

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

**O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A
INSEGURAÇÃO JURÍDICA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

FABIO RAMALHO DE CASTRO PAES

**Rio de Janeiro
2018/ 1º SEMESTRE**

FABIO PAES

**O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A
INSEGURANÇA JURÍDICA NOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Farlei Martins Riccio de Oliveira.**

Rio de Janeiro
2018/ 1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

P126p Paes, Fabio
O princípio da supremacia do interesse público e a
insegurança jurídica nos contratos administrativos
/ Fabio Paes. -- Rio de Janeiro, 2018.
61 f.

Orientador: Farlei Riccio.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Princípio da Supremacia do Interesse Público.
2. Contratos Administrativos. 3. Insegurança
Jurídica. 4. Cláusulas Exorbitantes. I. Riccio,
Farlei, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

FABIO PAES

**O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A
INSEGURANÇA JURÍDICA NOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Farlei Martins Riccio de Oliveira.**

Data de aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Farlei Martins Riccio de Oliveira
Professor Doutor – Faculdade Nacional de Direito, UFRJ – Professor Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018 / 1º SEMESTRE

*Aos meus pais e amigos por
todo apoio e incentivo.*

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, primeiramente aos meus pais por sempre me apoiarem e acreditarem em mim e me darem forças nos momentos mais difíceis.

Aos meus amigos de infância, por serem uma fonte inesgotável de diversão e capazes de levantar o ânimo de qualquer um.

Aos meus amigos de FND, que se tornaram essenciais no meu dia-a-dia, em especial, Isadora Oliveira e Julia Vieira.

À Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e à Fetranspor, lugares em que estagiei, por terem sido fundamentais no meu desenvolvimento profissional e pessoal.

À gloriosa Faculdade Nacional de Direito por ter me apresentado excelentes professores e ter me dado a oportunidade de adquirir um conhecimento que seria difícil conseguir em qualquer outro lugar.

Muito obrigado a todos que fazem parte dessa história!

“Você, eu, ninguém vai bater tão forte como a vida. Mas não se trata de bater com força, se trata de quanto você aguenta apanhar e seguir em frente. É assim que a vitória é feita.”

Rocky Balboa

RESUMO

PAES, Fabio. *O princípio da supremacia do interesse público e a insegurança jurídica nos contratos administrativos*. 2018. 61f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O objetivo da presente monografia é analisar o efeito do princípio da supremacia do interesse público nos contratos administrativos. Para isso, primeiramente são examinados os conceitos do termo “interesse público”. Simultaneamente, faz-se uma análise a respeito dos contratos administrativos e de suas cláusulas exorbitantes. Subsequentemente, o ponto central do trabalho é colocado à tona, demonstrando de que modo o princípio em análise acarreta uma insegurança jurídica nos contratos firmados entre Administração Pública e particulares.

Palavras-Chave: princípio da supremacia do interesse público; contratos administrativos; cláusulas exorbitantes; insegurança jurídica.

ABSTRACT

PAES, Fabio. *The principle of supremacy of the public interest*. 2018. 61f. Final Paper (Graduation in Law) – Federal University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O princípio da supremacia do interesse público e a insegurança jurídica nos contratos administrativos

The objective of this final paper is analyze the effect of the pinciple of supremacy of the public interest in the administrative contracts. For this, first are examined the concepts of the expression “public interest”. Simultaneously, it is made an alyze about the administrative contracts and your exorbitants clauses. Subsequently, the focus of this final paper is surfaced, demonstrating how the principle under review result in a juridical insecurity in the contracts signed by Government and particulars.

Keywords: principle of supremacy of the public interest; administrative contracts; exobirtants clauses; juridical insecurity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	13
2.1. Conceito	13
2.2. Evolução histórica	15
2.3. Problemas envolvendo a supremacia do interesse público	20
3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	27
3.1. Contratos administrativos	27
3.2. Cláusulas exorbitantes	31
4. A INSEGURANÇA JURÍDICA OCACIONADA PELAS INTERVENÇÕES CONTRATUAIS	41
4.1. O desinteresse em contratar pelos riscos envolvidos.....	41
4.2. A relação entre o conceito vago de “interesse público” e a insegurança jurídica.	43
4.3. Posicionamento jurisprudencial sobre as atitudes arbitrárias do Estado.....	45
4.4. Busca por soluções	49
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

1. INTRODUÇÃO

O princípio examinado no corrente trabalho é, para a doutrina clássica, preceito basilar do Direito Administrativo e sua aplicação é essencial para o bom funcionamento da coletividade. Contudo, a Constituição Federal de 1988 instaurou o Estado Democrático de Direito e colocou o cidadão como bem maior a ser protegido em uma sociedade, não à toa é conhecida como “Constituição Cidadã”. Isso se deve ao fato de a Carta Magna consagrar em seu texto uma série de princípios fundamentais baseados na dignidade da pessoa humana e em valores sociais. Muitos destes direitos sociais incluídos na nova Lei Maior dizem respeito à ordem econômica e, conseqüentemente, a função social do contrato é um dos princípios que devem ser garantidos na atual comunidade brasileira.

Esta Constituição que traz proteções aos direitos individuais pode ser entendida quando analisado o contexto pelo qual o país esteve inserido nos anos anteriores. Durante a Ditadura Militar, a sociedade brasileira conviveu com um regime autoritário que atribuía a legitimidade de seus atos ao princípio da supremacia do interesse público. O Estado cometia arbitrariedades e atrocidades alegando estar trabalhando em prol do acolhimento das vontades populares. Como bem se sabe, foi um período de restrição de direitos e garantias, razão pela qual, findo o regime autoritário, a nova Constituição Federal buscou colocar o cidadão em evidência.

Apesar da ampla aceitação do princípio da supremacia do interesse público e de seu status prestigiado no Direito Administrativo, a Constituição de 1988 fez com que esses entendimentos fossem revistos, já que ela valoriza o indivíduo, enquanto o princípio enaltece a coletividade. Em vista disso, os debates doutrinários surgiram e os autores contrários à existência desse preceito vem ganhando cada vez mais espaço. Busca-se entender o sentido da supremacia - se ela é absoluta e inquestionável -, definir seu conceito e traçar os limites da expressão “interesse público”. Um cenário de Estado Democrático de Direito não condiz com discursos de respostas prontas e incontestáveis. É, portanto, um tema em voga no Direito Público, razão pela qual se faz interessante o seu estudo.

Importante ressaltar de pronto que em nenhum momento se negará a importância do atendimento aos interesses públicos. É evidente que os anseios da sociedade devem ser perseguidos e acolhidos em sua máxima amplitude. O que se botará em xeque aqui é até que ponto é legítimo realizar essa persecução em detrimento de direitos individuais. Mais especificamente, se pode a Administração Pública, por meio de cláusulas exorbitantes que visam proteger as vontades coletivas, alterar e romper com a ordem natural dos contratos administrativos, prejudicando pessoas - físicas e jurídicas - que com ela contratam. Se analisarão as consequências que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado pode gerar nos contratos administrativos firmados entre Administração Pública e particulares, indagando se tal princípio deve ter sua aplicação de modo absoluto e ilimitado. Ademais, procura trazer algumas ideias que serviriam como solução para que os anseios populares e individuais convivessem de forma harmoniosa.

Para isso, a metodologia utilizada será a revisão bibliográfica de diversos autores do ramo do Direito Administrativo, contrapondo suas ideias divergentes. Valeu-se, também, do auxílio de artigos e da jurisprudência. Partindo-se das concepções amplas acerca do princípio da supremacia do interesse público e dos contratos administrativos, se buscará analisar como esses se relacionam e se delimitará o tema observando de que maneira eles podem interferir no desenvolvimento de uma sociedade.

Primeiramente, será feita uma análise acerca do princípio em questão. Tentará se definir seu conceito – missão nada fácil, conforme se verá -, demonstrar que ele sofre alterações em sua aplicação conforme o contexto histórico pelo qual passa determinada comunidade e finalizará seu exame levantando questões que o problematizem.

Após a apresentação do princípio da supremacia do interesse público serão analisados os contratos administrativos. Inicialmente, será importante distinguir os contratos administrativos dos contratos particulares, pois, conforme se verá, aquele apresenta algumas peculiaridades. Serão observados os principais pontos que fazem dos contratos administrativos algo tão particular e único. Impossível falar dos contratos desta natureza sem mencionar os processos licitatórios, que terão um breve espaço para sua exposição no presente trabalho. Passada as questões iniciais, se examinarão as cláusulas exorbitantes, explorando e esclarecendo suas espécies, seus modos e limites de utilização.

Nesta parte, também se tratará à tona certos preceitos que devem ser preservados quando do emprego das cláusulas em questões.

Por fim, o capítulo anterior às considerações finais buscará contrapor o princípio da supremacia do interesse público às vontades do particular contratado no contrato administrativo. Para isso, se demonstrará a fragilidade do conceito de interesse público, a insegurança que sua aplicação desenfreada gera e de que forma ele afasta as pessoas físicas e jurídicas dos processos licitatórios. Em seguida, serão apresentados julgados das altas cortes brasileiras que seguem a linha de raciocínio que será exposta durante o presente trabalho. Serão propostas algumas ideias que visem diminuir as confusões e problemas gerados pela execução quase que cega do princípio estudado. Na conclusão, será realizado um apanhado geral sobre todas as matérias levantadas nos capítulos que a antecedem.

2. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

2.1. Conceito

Para esclarecer o que é o princípio da supremacia do interesse público, primeiramente, cabe esclarecer o que é princípio. Robert Alexy definiu que princípios são mandados de otimização e não possuem aplicação imediata.¹ Desse modo, é necessário observar as condições fáticas e jurídicas para que eles sejam aplicados. Portanto, devem sempre ser valorados nos casos concretos e, por não serem normas de pronta aplicação, precisam passar por um juízo de ponderação. Atualmente, há um debate doutrinário em que se discute se a supremacia do interesse público se enquadra no perfil de um princípio, mas tal questão será analisada de forma mais minuciosa a frente. Cabe agora apenas tentar realizar sua conceituação para depois passar à problematização.

O princípio da supremacia do interesse público é considerado um dos preceitos basilares do Direito Administrativo. O dogma em questão pode ser entendido como a

¹ SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. O modelo de regras e princípios em Robert Alexy. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10552. Acesso em: 21.05.2018

prevalência das necessidades coletivas sobre as individuais. Em casos de conflito entre interesses privados e públicos, a solução deve visar um favorecimento à questão pública. Está expressamente previsto no art. 2º, parágrafo único, II e IV da Lei 9.784/99:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

...

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

...

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;²

Ao Estado é indispensável promover a satisfação de sua comunidade mediante o desempenho de certas funções administrativas, como por exemplo prover serviços públicos, exercer poder polícia. Essa atuação visa atender os chamados interesses públicos primários. Não se confundem com os secundários, que podem ser conceituados como os interesses do próprio ente público enquanto sujeito de direitos e obrigações.³

O princípio ora abordado refere-se à supremacia dos interesses públicos primários, ou seja, aqueles referentes à sociedade como um todo. Sua função principal é buscar sempre a segurança, a justiça. Diante disso, é possível aferir que para se atingir o *welfare state* – estado de bem estar social – é imprescindível que a Administração Pública aja de modo a se dedicar ao atendimento das utilidades sociais.⁴

Rousseau explica que o governo soberano é detentor de uma vontade geral que por sua vez se assemelha à vontade do povo pelo fato de aquela ser constante e sempre tender à utilidade pública. Segue explicando o filósofo que apenas o interesse geral tem a

² BRASIL. Lei nº 9.782, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19784.htm. Acesso em: 21.05.2018

³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo. Editora Método. 2014. p.35

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo. Atlas. 2015. p.36

capacidade de coordenar as forças do Estado na perseguição ao bem comum.⁵ Desta forma, o Poder Público, por meio de sua autoridade, exerce a governança buscando alcançar o pretendido por sua sociedade, de modo que atender fins particulares seria um claro desvio de sua função.

Hely Lopes Meirelles entende que “a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral”.⁶ Com isso, pode-se afirmar que a atuação estatal tem por base o interesse público. Diante de tal prerrogativa é que se torna possível entender o porque de os cidadãos se sujeitarem às vontades da Administração Pública: é função social dela prover o bem coletivo, de modo que a sociedade aceita esta capacidade dominadora da utilidade pública sobre a privada. Contudo, não pode o Estado alvejar as liberdades de seus particulares, podendo causar sérios danos aos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988. Portanto, ao mesmo tempo em que a atividade estatal se ampara e se guia na busca pelo bem estar geral, ela precisa se limitar nas liberdades individuais.⁷

Esta questão de ponderação de interesses será melhor abordada mais adiante, quando se problematizará a aplicação do princípio em questão. Por enquanto, analisado o seu conceito, passa-se à sua evolução histórica.

2.2. Evolução histórica

Para compreender toda a discussão existente nos dias de hoje acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é necessário compreender o desenvolvimento da sociedade e da disciplina do Direito Administrativo ao longo da história mundial e nacional.

Inicialmente, faz-se preciso voltar à Antiguidade. Observando com atenção a estrutura do Egito Antigo e da Mesopotâmia, é possível verificar que em ambas as sociedades existia um corpo de agentes administrativos dotados de autonomia e

⁵ ROSSEAU, Jean Jacques. O Contrato Social. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo. Editora Ridendo Castigat Mores. p. 36

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 41ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2014. p. 35

⁷ LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2006. p. 31

autoridade que possuíam como objetivo desenvolver atividades que atendessem os interesses da coletividade, como por exemplo a realização de obras públicas e a defesa contra inimigos externos. Contudo, apesar desta política voltada ao bem estar social, os súditos dos Impérios não possuíam qualquer poder ou voz para expressarem suas verdadeiras ambições e necessidades, de modo que a Administração Pública da época exercia seu papel de modo totalmente autoritário.

Na Grécia Antiga, a despeito de haver diversas instituições responsáveis pela governança, denotando assim uma menor concentração do poder de controle, as leis gregas garantiam a afirmação do poder da cidade sobre o povo, a exemplo do que acontecia no Egito e na Mesopotâmia. Já em Roma, mais precisamente no período de Império, criou-se todo um corpo burocrático formado por agentes públicos com a funções exclusivas destinadas a atender os interesses gerais dos romanos. Desta forma, através do Digesto, regulavam-se as variadas funções públicas, a tributação, os locais e obras públicas. O que se verifica de comum em todas as sociedades até aqui apresentadas é a intervenção estatal na esfera individual para regulação das atividades públicas que visam se adequar aos interesses do povo.

Passando-se à análise do período referente à Idade Média, pode-se afirmar que pouca coisa mudou sob a tutela das monarquias absolutistas. Com o poder autoritário e concentrado nas mãos do soberano, o Estado manteve-se intervencionista. Nesse período, aliás, tem-se uma demonstração clara da utilização equivocada do princípio ora estudado. Como já exposto anteriormente, o interesse público pode ser primário ou secundário. O secundário se refere ao interesse do Estado em prover a si mesmo e não à coletividade, ignorando os anseios populares. Pois bem, o interesse público supremo da Idade Média eram os interesses do Estado em se “agigantar” e ser cada vez mais detentor de poderes. Portanto, a ambição do soberano se camuflava sob o manto estatal para garantir a manutenção de seu próprio poder. Tal questão será objeto de uma apreciação mais minuciosa no capítulo seguinte, quando se observará se o princípio em foco ampara a preservação de privilégios estatais.

Com o fim dos regimes monárquicos absolutistas, surgem os Estados Liberais e com eles uma nova forma de se lidar com os interesses públicos. Inspirados pela Revolução Francesa, os regimes liberais, impulsionados pela insatisfação social referente

aos abusos das monarquias, sustentam como ideia basilar a defesa do cidadão frente às atitudes estatais, de tal forma que surge uma proteção ao indivíduo e aos seus direitos fundamentais como nunca se havia presenciado. Diante disso, o poder autoritário dos regimes anteriores perdeu espaço para uma nova visão em que os direitos dos homens eram valorizados, gerando assim uma limitação ao exercício de poder e a possíveis arbitrariedades governamentais. Portanto, a finalidade principal dos regimes que surgiram era garantir as liberdades individuais.

Como se sabe, a Revolução Francesa foi o grande símbolo do avanço liberal ocorrido no século XVIII. A liberdade, juntamente com a igualdade e a fraternidade, era o mais importante princípio defendido pelos revolucionários e serviu como base para a progressão social. Na prática, o interesse público era moldado pelas vontades particulares de cada cidadão, sem ser algo pré definido pelo Estado. Desta forma, as aspirações individuais eram exercidas sem qualquer interferência estatal, solidificando a ideia de um individualismo extremado e afastando ao máximo a atuação governamental nas atividades sociais.

O resultado desta política liberal em que se afastava o Estado das atividades foi o surgimento de uma profunda desigualdade social, vez que a exploração do trabalho, principalmente no período de Revolução Industrial, submeteu a classe economicamente mais fraca à um sistema no qual ela se subjugava à dominação dos mais poderosos. Além disso, a Crise de 1929 também foi importante para enfraquecer a ideia do Estado mínimo, de modo que paulatinamente foi surgindo o Estado Social.

O Estado Social ganhou força no início do século XX e tinha como conceito o abandono da individualidade do homem e a preocupação com os anseios populares. Neste período, o interesse público ganhou importância para atender o bem estar geral. O individualismo perpetuado pelos Estados Liberais foi deixado para trás para se valorizar o bem comum da sociedade. O princípio ora analisado assumiu uma função de supremacia que nunca havia se experimentado e se consolidou em posição superior aos interesses privados, em razão da necessidade de o Estado tentar solucionar as desigualdades

ocasionadas pela política liberal dos anos anteriores.⁸ A doutrina de Direito Administrativo no Brasil, durante o século XX, fez da supremacia do interesse público uma regra absoluta que deveria ser aplicada em todos os casos e sob quaisquer condições, sendo o princípio o fundamento basilar do regime administrativo brasileiro.

Utilizando como argumento a necessidade de retomada da ordem social e econômica, se justificou a inclusão de cláusulas exorbitantes nos contratos firmados entre o Estado e os particulares, dando poderes para aquele tomar atitudes unilaterais. Tais contratos serão melhores analisados adiante, mas o que se pode adiantar é que há um claro desequilíbrio contratual em favor da Administração Pública nessas relações. O que se vê, portanto, é uma imposição autoritária do princípio da supremacia do interesse público por parte do Estado.

Sob este manto de rejeição às regras liberais, o público sempre é valorizado quando em confronto com o privado. A sociedade apresenta um valor imensurável se comparada com as vontades individuais, de tal modo que o bem comum só pode ser assegurado se o todo se sobrepõe ao particular. Resume Daniel Sarmiento que “prioriza-se o Estado e a comunidade política em detrimento do indivíduo, partindo-se da premissa de que a realização dos fins coletivos deve constituir o objetivo máximo de cada componente da comunidade.”⁹ Tal entendimento forma a teoria do organicismo.

Existe também a teoria utilitarista. Nela, o interesse público deve ter sua supremacia, mas a vontade geral da sociedade é atendida se os interesses privados forem acolhidos. Portanto, se o Estado considerar os anseios da maioria dos indivíduos, conseqüentemente estará gerando o bem estar da coletividade. Portanto, o interesse público se revela na medida em que o maior número de pessoas tiver suas aspirações respondidas.

⁸ CARMO, Thiago Santos do. Interesse Público: identificação de balizas conceituais contemporâneas. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12797. Acesso em: 05.05.2018.

⁹ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.53.

Em suma, ambas as teorias aplicadas durante esse período de intervenção estatal valorizam a supremacia do interesse público sobre o privado, opondo-se aos princípios individualistas defendidos na época dos regimes liberais.

No Brasil, a Administração Pública se tornou burocrática, incompetente, inchada e um empecilho para o progresso de atividades particulares que buscavam o desenvolvimento da economia do país. Esta situação se agravou ainda mais durante o período de Ditadura Militar, quando a máquina estatal se voltou para a realização de seus próprios anseios, praticamente ignorando os desejos populares. Mais uma vez, os interesses públicos secundários foram postos a frente dos primários. Findo o regime ditatorial militar, o final da década de 80 e início da de 90 marca uma etapa de busca pela redemocratização da pátria. A base central deste novo momento foi a valorização do direito e da dignidade do homem, fazendo com que o Direito Administrativo e seus princípios passassem por algumas mudanças.

O Estado Democrático de Direito, período vivido - pelo menos em tese - desde o fim da Ditadura, confronta a clássica ideia vigente durante quase a totalidade do século XX: a de que o Estado deve ter sua prevalência de modo absoluto e incontestável, cabendo à sociedade seguir os conceitos impostos pela Administração Pública sem fazer qualquer tipo de contestação. Diante disso, o início do século XXI é marcado por uma maior participação do cidadão nas questões que lhes interessam, permitindo que a democracia se estabeleça de forma cada vez mais sólida e eficiente na sociedade. Portanto, vive-se um novo período liberal no qual não há mais espaço para a intervenção estatal desenfreada, mas sim para atos cooperativos entre Estado e sociedade. Um exemplo disso é que diversas atividades antes conduzidas exclusivamente pelas estatais foram transferidas para a iniciativa privada.

Diante deste contexto, há no Estado Democrático de Direito uma crescente evolução da preocupação com os direitos fundamentais, de modo que as teorias utilitarista e organicista tiveram que ser deixadas para trás, dando lugar ao personalismo. Thiago Gomes do Carmo traz a definição desta teoria:

“a pessoa humana deve ser privilegiada, considerada per si, não como um “órgão integrante de um corpo humano” que, apesar de importante, não possui função individualmente; o que não quer dizer a encampação do individualismo

clássico liberal, uma vez que ao Estado é reconhecida a função de traduzir a integridade e os valores fundamentais de todos na sociedade.”¹⁰

Com esta nova visão defendida por uma parcela da doutrina de Direito Administrativo Brasileiro, o interesse público tem sua essência voltada à realização dos direitos fundamentais, passando a funcionar como um combustível que visa a garantia dos direitos individuais e a preservação da dignidade da pessoa humana. Assim, os anseios públicos e privados devem possuir uma relação de igualdade, sem que qualquer supremacia de um sobre o outro seja pré estabelecida. É possível enxergar, portanto, um novo conceito sendo introduzido ao princípio da supremacia do interesse público, mas tal ideia não é bem aceita por parte da doutrina, conforme se explicitará mais adiante.

Demonstrada a evolução histórica do princípio, cabe agora passar a problematizá-lo e verificar de que modo ele pode ser um retrocesso. Ressalta-se que os questionamentos que serão feitos a seguir dizem respeito ao conceito clássico do preceito em questão e ainda muito protegido pela doutrina brasileira.

2.3. Problemas envolvendo a supremacia do interesse público

A primeira indagação a se fazer é verificar se a supremacia do interesse público se encaixa nos moldes de definição de princípio apresentadas no capítulo anterior e se, conseqüentemente, pode ser tratado como tal.

Em seu trabalho “Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, o Professor Humberto Ávila foca em questionar o caráter de princípio que detém a supremacia do interesse público.¹¹ Se utilizará tal artigo para sustentar as ideias expostas a seguir. Cabe salientar que não se negará a necessidade de o Estado ter sua função social voltada ao atendimento das vontades coletivas. Apenas se tentará traçar limites e levantar questionamentos acerca da supremacia acentuada do princípio em tela. Como bem assevera o Professor, “Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado.”¹²

¹⁰ CARMO, Thiago Santos do. Op. Cit.

¹¹ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado”. Revista Diálogo Jurídico. Ano I. Vol.I. Nº 7. Salvador. 2001.

¹² Ibid., p. 14

Inicialmente, com a análise do dito princípio, vê-se que o mesmo contém uma alta posição hierárquica independente do caso concreto. Ou seja, ele já é definido como prevalecedor num juízo *a priori*, ignorando-se as questões casuísticas.

Os princípios servem como base de auxílio e direcionamento para a aplicação do Direito. Como coloca Humberto Ávila, “Deles decorrem, direta ou indiretamente, normas de conduta ou instituição de valores e fins para a interpretação e a aplicação do Direito.”¹³ Uma característica fundamental dos princípios em geral é que sua aplicação prática depende das possibilidades fáticas, não se constituindo como regras de imediata execução, sendo necessária, muitas vezes, a realização da ponderação para verificar se sua utilização é cabível.

Diante disso, fica evidente a primeira problemática envolvendo o princípio da supremacia do interesse público. Ao ser definido como superior *a priori* e não *ex post* ante análise do caso concreto, ele se desvirtua do conceito geral de princípio. A prevalência não pode ser absoluta, tem de ser relativa, de modo que as circunstâncias reais definam qual melhor caminho a ser seguido.

Entretanto, apesar de muito interessante, o respeitável posicionamento de Humberto Ávila é minoritário. Foi aqui exposto para ser apenas mais um dos muitos pontos a serem levantados no debate sobre o princípio da supremacia do interesse público. A ampla maioria da doutrina adota a supremacia como princípio, mas tal razão não impede a realização de outros questionamentos a seu respeito. Outra indagação a ser feita é acerca de seu conceito.

Foi visto que o princípio em destaque pode ser definido como a prevalência dos anseios populares em detrimento dos particulares. Contudo, o conceito da expressão interesse público é vago, mal definido e capaz de gerar incertezas, conforme se verá.

Interesse pode ser definido como aquilo que se considera relevante, vantajoso e útil. Claramente, o que é necessário e valioso para alguém, pode não o ser para outro, de

¹³ Ibid., p. 7

modo que é possível observar o caráter subjetivo do “interesse”. Portanto, quem define o que é interessante para uma sociedade é o Poder Público que estabelece determinado ato como sendo de interesse geral.

Ser um conceito com muitas “folgas”, abrindo margem para diferentes interpretações, é considerado por alguns autores um aspecto positivo, pois permitiria a adaptação do princípio a distintas realidades.¹⁴ Entretanto, esta amplitude pode também ser concebida como o grande defeito do preceito em análise, vez que deixar sua aplicação sob critério dos governantes pode distorcê-lo. Como já falado anteriormente, trata-se de um conceito subjetivo. Com isso, pode o Administrador Público considerar que o que é vantajoso para ele também é para a sociedade como um todo, e nem sempre isso se traduzirá como verdadeiro. Afonso Queiró define perfeitamente o que é o conceito indeterminado:

“caracterizam-se por pertencer (...) ao mundo da sensibilidade, ao mundo da razão prática, onde domina a incerteza, o parecer de cada um, onde não existe uma lógica de valor universal, mas concepções individuais, acientíficas, subjetivas (*individuelle Antworte*), e então o juízo de subsunção não mantém já o mesmo caráter de necessidade lógica, de categoricidade”.¹⁵

Como se sabe, principalmente no Brasil, há uma alternância constante das ideologias dominantes na Administração Pública, seja em âmbito federal, estadual ou municipal. Diante disso, algo que hoje é considerado como interesse público por um governo, amanhã pode ser tratado como totalmente descartável e desprezível por outro governante, admitindo-se soluções distintas e contraditórias em um curto espaço de tempo. Portanto, a dificuldade em se estabelecer os limites deste fundamento jurídico é capaz de proporcionar incertezas políticas, variando conforme os indicadores sociais, econômicos e ideológicos de cada Estado. O limite conferido à Administração Pública para a fixação do que é o anseio popular é praticamente inexistente, fazendo com que o próprio administrador defina, de acordo com sua concepção pessoal, com exclusividade o seu conceito, o que nem sempre corresponderá com a real vontade geral. Em vista disso, esse conceito amplo do interesse público sujeito a variações políticas, apesar de se adaptar à diferentes contextos, produz muito mais problemas do que traz soluções.

¹⁴ MORENO, Fernando Sáinz. Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa. Editorial Civitas. Madrid. 1976. p.193

¹⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do “Desvio do Poder” em Direito Administrativo. p.61

Um caso concreto de fácil observação diz respeito às obras do PAC (Programa de Aceleração do Crescimento). Diversas delas foram paralisadas pelo Brasil inteiro devido à uma série de corte de investimentos. Afirma o Ministério do Planejamento que as interrupções ocorreram pois os cofres públicos sofrem com graves problemas que precisam ser sanados e, isso, seria uma forma de acolher os interesses públicos. Contudo, é difícil imaginar de que forma o interesse público foi atendido com a suspensão de obras que levariam benefícios à população local e com a demissão de milhares de funcionários.

Diante do contexto apresentado, uma indagação se faz importante: o princípio da supremacia do interesse público visa atender as necessidades coletivas ou é instrumento usado pelo Estado para que os administradores públicos se perpetuem no poder? Tal questionamento será melhor desenvolvido adiante, mas de início é capaz de responder que a Administração Pública se utiliza do princípio em questão para tomar atitudes arbitrárias e embaraçadas.

Emerson Moura afirma que este conceito jurídico indeterminado torna o interesse público “um elemento de legitimação e reafirmação da autoridade pública”.¹⁶ A Administração Pública, possuindo poder de polícia e autoridade para impor seus atos encobertos pelo “disfarce” do campo da discricionariedade, se aproveita do interesse público para ampliar ainda mais a força do Estado, deixando de corresponder aos anseios populares. O princípio em análise é utilizado como um recurso para o Poder Público exercer sua função ideológica, abandonando os anseios e necessidades da coletividade. Citando mais uma vez o referido autor, “a atividade administrativa é desenvolvida sob o manto do interesse público que, porém, se identifica com os interesses de manutenção e legitimação daquele que exerce o poder estatal”.¹⁷ No mesmo caminho segue Marçal Justen Filho:

Fundamentar decisões no ‘interesse público’ produz a adesão de todos, elimina a possibilidade de crítica. **Mais ainda**, a invocação do ‘interesse público’ imuniza as decisões estatais ao controle e permite que o governante faça o que

¹⁶ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo: O princípio da prossecução do interesse público. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2014. p. 72

¹⁷ Ibid., p. 81

ele acha deve ser feito, sem a comprovação de ser aquilo, efetivamente, o mais compatível com a democracia e com a conveniência coletiva.¹⁸

Ademais, o controle de legalidade destes referidos atos é realizado de modo restrito, de tal forma que a maioria das atividades administrativas não passa por um controle.

A definição vaga acima apresentada, juntada ao poder discricionário que tem a Administração Pública, reproduz um cenário de completa insegurança jurídica. Imagine por exemplo que determinado governo julgue necessário a realização de uma obra para melhor atender a população de determinada localidade. Assim, realiza a contratação de certa empresa privada, nos moldes exigidos pela lei, para efetivar a tal obra. Depois de começada a construção, muda-se o governo, e este novo decide que a edificação não acolheria os anseios populares e, por isso, opta por rescindir unilateralmente o contrato firmado com a iniciativa privada. Resta claro assim que o interesse público é definido por preceitos políticos, podendo compreender significados opostos em razão de qual grupo político está no poder. Esse caso ilustrado revela muito bem os dois pontos tratados até aqui: o conceito vago de interesse público e a insegurança jurídica trazida com sua aplicação discricionária.

O conceito indeterminado de interesse público implica em uma atuação discricionária dos agentes públicos. Tal atuação é baseada em critérios de conveniência e oportunidade, resultando, portanto, em uma grande margem interpretativa.¹⁹ Apenas o administrador público tem poderes para avaliar as condições em que são necessárias a tomada de certas práticas para alcançar o bem coletivo. Em razão disso, pode haver uma confusão – as vezes proposital –, por parte da Administração Pública, entre a discricionariedade e a arbitrariedade. O caráter discricionário dos atos que visam atender a vontade geral dificulta o estabelecimento de limites de atuação do Poder Público. Este cenário onde se unem a imprecisão do conceito de interesse público e a discricionariedade leva à um contexto perigoso em que muitas atitudes arbitrárias são tomadas.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal apud BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 26, maio/junho/julho, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>. Acesso em: 06/06/2018.

¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op.cit.

A indeterminação do interesse público é limitada por outra indeterminação, qual seja, o poder discricionário. É, portanto, uma noção difusa e abstrata que leva consigo os riscos da confusão e, principalmente, da manipulação, tornando capaz que os representantes do povo façam juízos equivocados sobre o que é o interesse da comunidade e atuem movidos por motivações estranhas ao bem comum. Com isso, não pode o bem geral ser tratado como um conceito ideológico e político, sendo preciso impor limites em seu exercício, devendo se basear nos princípios da realidade e razoabilidade.

Em face do exposto, resta evidente que o princípio da supremacia do interesse público não pode ser considerado absoluto. Sua prevalência deve sempre ser pautada nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e buscar apoio nos parâmetros da eficiência, economicidade, legitimidade e, principalmente, da consensualidade, procurando atender o máximo de interesses possíveis - inclusive os individuais -. Assim, a opção ideal para o Estado é estabelecer igualdade e mesmo grau de importância aos anseios privados e populares, sem um prévio juízo de superioridade entre eles. Quando estes forem opostos entre si, deve se analisar o caso concreto e colocados em ponderação para saber qual deles terá melhores efeitos. Essa cautela na hora da aplicação dos interesses deve ser pautada na proteção ao maior número de bens jurídicos possíveis, ou seja, a Administração deve atentar aos interesses presentes em determinada circunstância de modo a minimizar os sacrifícios decorrentes daquela situação. Em um Estado Democrático de Direito, é inconcebível que a Administração Pública mantenha a supremacia do interesse público como uma verdade absoluta.

Mais uma vez, deixa-se claro que a intenção do presente trabalho não é negar o papel fundamental dos interesses públicos, mas apenas questionar a superioridade deles em todo e qualquer contexto, de modo que sua aplicação só se dê quando realmente necessária.

Diante de todo o apresentado, pode-se concluir que é a Administração Pública que define o que é interesse público e quais os melhores atos para colocá-lo em prática. Em uma verdadeira democracia, os mais diversos grupos sociais são ouvidos para ajudar na definição das diretrizes públicas, permitindo o estabelecimento de políticas que realmente são voltadas aos interesses populares. Quem estabelece o que é vantajoso para a população é a própria população, sendo fundamental a participação dos cidadãos nos

projetos públicos. Interesse público é algo que deve ser conceituado pelo Poder Público juntamente com a presença dos particulares, conciliando interesses, pois não é somente um assunto do Estado, mas também de todo indivíduo. Tais políticas participativas podem ser realizadas por meio de referendos, plebiscitos, debates públicos. O fundamental é restringir a liberdade que tem o Estado para definir o que é interesse público.

Ademais, mesmo definido por uma atuação conjunta da Administração Pública e da sociedade, não pode o interesse público possuir uma supremacia absoluta e inquestionável diante dos interesses privados. Com a consolidação da Constituição de 1988, os direitos fundamentais foram elevados à um patamar no qual são tidos como preceitos básicos para o bom funcionamento da democracia, de tal modo que devem ser invioláveis. A proteção da dignidade humana contra as arbitrariedades do Poder Público passa a ser um tema fundamental no Estado Contemporâneo.

O art. 5º da Constituição, que trata dos direitos e garantias do cidadão, protege o indivíduo das violações que porventura possam ser cometidas contra ele por outros indivíduos e pela Administração Pública, de forma que suas liberdades e demais direitos não sejam violados por qualquer pessoa. O particular deixa de ser um mero súdito do Estado para se tornar um titular de uma esfera de direitos invioláveis. O que se vê, portanto, é uma ampliação das garantias individuais, o que nos faz questionar se o interesse público deve ser tão prevalente como indica o princípio aqui estudado. Ao Estado tem cabido respeitar e proteger o desenvolvimento do ser humano não só mais em seu aspecto coletivo, mas também individual. Como resultado, o Poder Público deve se abster de opinar nas liberdades particulares e se preocupar em promover a participação de todos os cidadãos na construção da definição sobre interesse público. Desta forma, resta claro que a concepção de um interesse público antagônico e superior aos anseios particulares está ultrapassada.

O interesse público deve passar a ser tratado como um anseio vinculado às vontades individuais, e não mais de forma contrária à elas. Coloca-se o ser humano no centro das atenções de forma que seus direitos fundamentais sejam protegidos e desenvolvidos, de tal modo que a atividade pública possua a participação dos cidadãos em suas deliberações.

“os direitos fundamentais são tidos como interesses públicos permanentes ao revés das outras necessidades coletivas que são variáveis de acordo com a alternância democrática como concreção de programas de governo em relação a serviços essenciais e os princípios constitucionais reitores da política social e econômica.”²⁰

Os direitos fundamentais devem ser interpretados da forma mais extensa possível, respeitando a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Como consequência, ocorre a inversão na ordem tradicional de submissão dos particulares às arbitrariedades do Estado que tenham como argumento o atendimento ao interesse público. Somente neste contexto será possível a redução das atitudes aleatórias e a formulação de contratos baseados na conciliação de interesses, com imposição de fronteiras nas chamadas cláusulas exorbitantes a favor do Estado.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1. Contratos administrativos

Contrato é o acordo de vontade firmado entre partes que cria direitos e obrigações. É regido por quatro princípios basilares: o *pacta sunt servanda* (exigência de observação ao que foi contratado), *lex inter partes* (proibição de alteração do convencionado), função social do contrato (art. 421, CC) e boa-fé (art. 422, CC).

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.²¹

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular (...) para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.”²² Esclarece-se que “objetivos de interesse público” se referem principalmente à obras e serviços públicos. Tais contratos apresentam como

²⁰ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Op.Cit. p. 155

²¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 27.05.2018

²² MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit. p. 233

características a formalidade (exigência de licitação; forma escrita), bilateralidade (obrigações recíprocas para as partes), comutatividade (obrigações previamente ajustadas e conhecidas) e o personalismo, ou *intuitu personae* (somente o contratado pode cumprir o que foi disposto no contrato). A lei pode prever exceções para essas características.

A doutrina separa os contratos administrativos em duas espécies: os contratos administrativos propriamente dito e os contratos privados da Administração. Os primeiros são regidos predominantemente pelo direito público com aplicação subsidiária das normas de direito privado. Neles, o Poder Público possui a seu favor um desequilíbrio contratual. Já a segunda espécie é regulada predominantemente pelas regras de direito privado e apresenta equilíbrio contratual entre a Administração Pública e o particular contratado. São exemplos deste segundo contrato os de compra e venda e os de locação. No presente trabalho será dado maior destaque à primeira espécie de contrato apresentada.

A Administração Pública deve observar regras estabelecidas em lei para firmar contratos, o que limita seus conteúdos e torna seus requisitos mais rígidos. Em contrapartida, ela goza de privilégios exclusivos, sendo este o grande diferencial entre os contratos administrativos e os privados. Utilizando-se de sua supremacia para fixar condições contratuais, pode o administrador público impor cláusulas exorbitantes, como por exemplo a alteração ou rescisão unilateral, sempre tendo como fim a prossecução dos interesses públicos. O objeto de contratação dos contratos administrativos é o acolhimento do interesse público. Diante disso, diversos autores sustentam que as cláusulas destes contratos devem ser observadas em prol da coletividade, e não para atender ao que foi firmado com o contratado. Por enquanto, não se questionará essa visão doutrinária pois o que se busca no presente momento é apenas expor conceitos e peculiaridades acerca dos contratos administrativos. Contudo, mais adiante esta linha de pensamento será problematizada.

O que torna o contrato administrativo tão peculiar é a posição preponderante da Administração Pública. Tal status só é possível devido ao tratamento desigual que permite um desequilíbrio contratual a favor do contratante governamental, conferindo à ele prerrogativas às quais estão sujeitas os contratados. Esta condição diferenciada entre os contratantes é explicável pelo fato de os contratos administrativos visarem alcançar os anseios populares, razão pela qual o ente público assume uma posição de supremacia

sobre o contratado. Como são contratos que visam beneficiar a coletividade, pode-se dizer que a eles não se aplica o princípio da *lex inter partes*. Outro princípio não empregado é o *pact sunt servanda* pois a condição conferida à Administração Pública permite que ela altere, ou, até mesmo, rescinda os contratos unilateralmente, em razão da mutabilidade pela qual pode passar o interesse público, o que, inegavelmente, gera instabilidade e traz insegurança jurídica aos contratos estabelecidos entre o Poder Público e os particulares.

Ao abordar contratos administrativos é preciso destacar a licitação, pois esta é exigência prévia para qualquer contratação da Administração Pública, com exceção dos casos previstos em lei. Apesar de a Lei 8.666/93 ser a reguladora das licitações, a Constituição da República também prevê a obrigatoriedade do procedimento em questão:

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

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.²³

A licitação existe para que o administrador público não escolha a seu bel-prazer as pessoas a serem contratadas, pois é fácil prever que esta liberdade poderia dar margem a escolhas equivocadas, isto sem mencionar nos fins escusos que poderia ter o administrador ao selecionar determinada pessoa. Com isso, o procedimento em questão tem seu fim em permitir que vários sujeitos concorram para serem escolhidos em determinada contratação e que a proposta mais vantajosa para a Administração seja selecionada. José dos Santos Carvalho Filho define licitação como sendo:

“o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por elas controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas por vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.”²⁴

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27.05.2018

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p.240

Fixadas as regras do processo licitatório, cabe ao administrador observá-las rigorosamente, de modo que a licitação é procedimento vinculado. Sua sistemática básica funciona no seguinte sentido: a Administração divulga o que pretende contratar e, com isso, as pessoas interessadas enviam suas propostas. A partir disso, a Administração Pública fará sua escolha baseada em critérios pré definidos, sendo fundamental a observância do chamado “custo benefício”, ou seja, analisar qual das propostas oferece mais benefícios aos interesses públicos pelo menor custo aos cofres. Portanto, a licitação não tem só como objeto a contratação de certa pessoa, mas também a possibilidade de oferecer ao ente público aquele serviço que melhor se adequará à necessidade do caso concreto.

Como já abordado, a licitação tem o objetivo de evitar condutas de improbidade por parte do administrador. Sua finalidade é realizar o procedimento dando tratamento impessoal a todos os concorrentes e firmando contrato com aquele que apresentar a melhor proposta. Com tal cenário, fica respeitado o princípio da moralidade administrativa. Outro fator importante que a licitação garante é a igualdade de oportunidades aos interessados em contratar com a Administração, permitindo a competitividade entre as pessoas.

O art. 3º da Lei 8.666/93 enumera os princípios norteadores da licitação:

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 vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.²⁵

O princípio da legalidade prevê que o administrador deve por em prática o que está disposto em lei acerca do procedimento licitatório, não tendo poder ou autoridade para ignorar a legislação. Já o princípio da igualdade tem o objetivo de garantir que todos os concorrentes compitam em iguais condições, sem que nenhuma vantagem seja oferecida à um deles. Outro princípio exposto no art.3º é o da publicidade, que visa

²⁵ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm. Acesso em: 31.05.2018

assegurar que a licitação seja amplamente divulgada, de modo que o maior número de propostas seja enviado à Administração. O princípio da probidade administrativa exige que o administrador atue de modo a realizar a melhor seleção possível, proporcionando assim a escolha do serviço que mais se adeque aos interesses públicos. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório significa que o que for estabelecido para o procedimento deve ser rigorosamente seguido por todos. Por fim, tem-se o princípio do julgamento objetivo que leciona que os critérios de seleção previstos no edital de licitação devem ser adotados no momento de seleção da proposta vencedora. Os princípios da moralidade e da impessoalidade já foram tratados no parágrafo anterior.

Toda esta abordagem feita até aqui sobre a licitação é para demonstrar que a pessoa escolhida para contratar com o Estado não surgiu do nada, mas passou por um filtro e, após despender esforços e até mesmo recursos para se apresentar como a melhor opção, ganhou de seus concorrentes por realmente se mostrar a mais habilitada para aquela contratação. “Desenhar” este cenário é importante para expor que o desequilíbrio contratual a favor da Administração Pública é uma aberração. Tal quadro se revelará ainda pior quando for tratada a questão das cláusulas exorbitantes.

3.2. Cláusulas exorbitantes

A Lei 8.666/93 confere à Administração Pública uma posição de supremacia em relação ao contratado nos contratos administrativos. Este desequilíbrio contratual em favor do ente público é traduzido por meio de cláusulas exorbitantes que funcionam como um trampolim para que o interesse público seja alcançado. Também conhecidas como cláusulas de privilégio, podem ser conceituadas como “as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada”.²⁶ Tais cláusulas são características exclusivas dos contratos regidos pelo Direito Público em que são partes a Administração Pública e um particular.

EMENTA: - ADMINISTRATIVO. 1) Contratos da administração. distinção entre contratos privados da administração. Somente quanto aos últimos é possível reconhecer à administração, em princípio, o poder de rescisão unilateral, por motivo de inexecução das obrigações de concessionário e para satisfação de interesse coletivo, sujeito o ato a controle "a posteriori" para

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit. p.195

eventual satisfação de perdas e danos. 2) Contrato pra exploração de hotel e de fontes de águas minerais de propriedade e lavra do estado de Santa Catarina, em Caldas da Imperatriz. Nele não há regras atinentes e custos e tarifas, que caracterizam a concessão de serviço público: trata-se de arrendamento complexo, em que as partes estão em pé de igualdade, nem há cláusulas inequivocamente exorbitantes da disciplina de relações jurídicas privadas, havendo-se, no contrário, incompatíveis com o poder implícito da rescisão unilateral, acrescendo, ainda, que não deve ser considerado serviço público aquele que outro particular pode prestar independentemente de concessão. 3) Rescisão que não poderia ter sido decretada unilateralmente por decretada unilateralmente por decreto do Poder Executivo. Conhecimento e provimento do recurso extraordinário, para concessão de segurança (STF - RE: 89217, Relator: Cordeiro Guerra, Data de Julgamento: 06/06/1979. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 26.10.1979 pp.080405 vol.01150-02 pp. 00318 RTJ vol. 00091-03 pp.01009)²⁷

O art. 58 da Lei 8.666/93 expõe quais são as cláusulas exorbitantes. Como estão previstas em lei, importante ressaltar que se aplicam independente de previsão contratual.

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.²⁸

Inicialmente, se faz necessário explicar o sentido de cada um dos incisos do referido artigo e elucidar o modo de aplicação destas cláusulas. A Administração Pública pode, em virtude da mutabilidade dos interesses públicos, alterar unilateralmente um contrato administrativo. Portanto, a cláusula surge no intuito de permitir uma flexibilização contratual de acordo com possíveis mudanças de rumo da vontade da sociedade. A alteração pode ser qualitativa (art. 65, I, Lei 8.666/93) ou quantitativa (art. 65, II, Lei 8.666/93).²⁹ A primeira diz respeito a modificações no projeto e especificações,

²⁷ STF. Recurso Extraordinário: RE 89217 / SC. Relator: Ministro Cordeiro Guerra. DJ: 26.20.1979. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2889217%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y84qqvum>. Acesso em: 01.06.2018

²⁸ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm. Acesso em: 01.06.2018

²⁹ 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;

enquanto que na segunda há uma remodelação na quantidade do objeto do contrato, alterando, conseqüentemente, o seu valor. Importante ressaltar que o art. 65, §1º da lei em questão prevê que os acréscimos e supressões que se fizerem de modo unilateral só podem ocorrer até o limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato. No caso de reforma de edifício ou equipamento, o limite é de 50%.³⁰ Alguns requisitos devem ser observados quando da alteração unilateral. É preciso que a modificação seja motivada por fato que afete o interesse público e seja superveniente à assinatura do contrato. O objeto contratual não pode sofrer alterações a ponto de ficar totalmente deturpado e estranho ao que era no início. Além disso, deve-se observar o equilíbrio econômico financeiro do contrato, mas esta questão específica será melhor tratada adiante.

Outra prerrogativa conferida pelas cláusulas exorbitantes é a de rescisão unilateral do contrato por parte da Administração Pública. Os motivos que ensejam tal atitude estão previstos no art. 78, Lei 8.666/93.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

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

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

³⁰ § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

- VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;
- VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;
- VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;
- IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;
- X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;
- XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;
- XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;
- XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;
- XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;
- 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;
- XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;
- XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.
- XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.³¹

O que se extrai com a análise do artigo em questão é que a rescisão unilateral pode se dar com ou sem culpa do particular. No presente trabalho, importante fazer uma observação nas causas de rescisão sem culpa do particular, em exclusivo a prevista no inciso XII. Este inciso trata da rescisão que se dá por razões de interesse público. Ou seja, pode a Administração Pública rescindir um contrato, ainda que sem qualquer culpa do contratado, para atender os anseios populares. Tal atitude deve ser justificada e deve haver uma alta relevância acerca do interesse em questão. Um ponto interessante a se observar é que o referido artigo também prevê a possibilidade de rescisão por culpa da Administração, mas o modo que o contratado tem para conseguir realizar isso é muito

³¹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm. Acesso em: 01.06.2018

mais dificultoso do quando a situação é inversa. No momento oportuno problematizará as cláusulas exorbitantes e este tema será melhor discutido. Por ora, limita-se à exposição das previsões do art. 58, Lei 8.666/93. Há ainda neste artigo uma previsão que permite que a Administração Pública aplique sanções aos contratados caso o particular incorra em inadimplências. O que chama atenção neste caso é que o contratante governamental que é parte do contrato é responsável por executar as penalidades, isto é, a pessoa contratante é a mesma que aplica sanções extracontratuais, um cenário propício à imparcialidades e arbitrariedades. Por fim, há ainda o poder de fiscalizar conferido à Administração para que ela acompanhe o cumprimento do contrato.

A Administração Pública se utiliza das cláusulas acima expostas com vistas a conseguir alcançar as demandas públicas, ocasionando um desequilíbrio contratual. Em virtude da desigualdade resultante destes contratos administrativos, é plenamente possível afirmar que o contratado se constitui como a parte mais fraca desta relação jurídica por não possuir as mesmas prerrogativas que o contratante governamental. Para que o vencedor do processo licitatório não entre no contrato sem garantias nenhuma, é necessário estabelecer certos limites às cláusulas exorbitantes.

O primeiro destes limites diz respeito à legalidade. A Administração Pública só pode se valer das cláusulas previstas em lei para se fazer superior à parte contratada. Uma vez utilizadas estas prerrogativas, elas devem respeitar as balizas impostas pela legislação nacional. Portanto, é preciso que haja um estrito respeito ao princípio da legalidade, já tendo o STJ decidido sobre caso desta natureza.

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA "A" - ADMINISTRATIVO - CONTRATO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - ALTERAÇÃO DO PREÇO DO PRODUTO POR DUAS PORTARIAS - CONVERSÃO DO CRUZEIRO REAL PARA O REAL - ACÓRDÃO QUE CONSIDEROU LEGAL A ADOÇÃO DE VALOR DIVERSO DA PARIDADE DE CR\$ 2.750,00 POR UM REAL - ILEGALIDADE DA PORTARIA N. 103, DE 22 DE JUNHO DE 1994, QUE ADOTOU CR\$ 3.013,00 POR UM REAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ARTIGO 334 DO CPC.

Os parâmetros utilizados pela Secretaria de Administração Geral do Ministério da Saúde para fixação dos valores a serem pagos pelo fornecimento de cada unidade do medicamento CAPD – Diálise Peritoneal Ambulatorial Contínua **não obedeceram os critérios legais de conversão entre Cruzeiro Real, URV e Real, na forma estabelecida pela Lei n. 9.069/95, fruto da conversão da Medida Provisória n. 596/94.** A Portaria n. 103, de 22 de junho de 1994, com efeitos a partir de 1º de julho do mesmo ano, desatende ao parâmetro legal de conversão da moeda, a refletir no pagamento do medicamento fornecido pela

impetrante, estipulado em R\$ 10,00 por unidade. Nem se alegue a existência de cláusula exorbitante no contrato de fornecimento, qual seja, a possibilidade de alteração unilateral por parte da Administração. Sabem-no todos que o administrador deve pautar a sua atuação pelo princípio da estrita legalidade, consagrado pela Carta Política de 1988 (art. 37, caput). Dessa forma, não poderia o Secretário de Assistência à Saúde do Ministério optar pela adoção de coeficiente superior aos R\$ 2.750,00 para conversão em Reais, o que levou ao pagamento do produto por preço inferior ao estipulado por lei (R\$ 10,96 por unidade), em nítido prejuízo ao administrado contratado. É direito do contratado auferir justa remuneração pelo serviço prestado, sob pena de rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A alteração da unidade monetária não poderia redundar em redução do valor pago pelo medicamento em consequência da adoção de critério de conversão da moeda superior ao legal, ainda que sob a alegação de redução do repasse de verbas ao Ministério da Saúde. Assiste à impetrante, pois, o direito ao recebimento das faturas emitidas pelo fornecimento do remédio de acordo o valor fixado na Portaria n. 85, de 18.05.1994, que obedeceu ao critério legal de paridade estabelecido pela Lei de conversão n. 9.069/95. Recurso especial conhecido, em parte, e, na parte conhecida, provido.

(STJ – Resp: 275.820 DF 2000/0089438-9, Relator: Ministro Franciulli Netto, Data de Julgamento: 09/09/2003, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 29/09/2003 p.177 RSTJ vol.181 p.161, grifos nossos)³²

Em contraponto às prerrogativas garantidas à Administração Pública, está o direito do contratado em ver preservado aquilo que foi acordado, de modo que subsista o equilíbrio econômico financeiro do contrato, conforme garante o art. 37, XXI, CRFB.³³ José dos Santos Carvalho Filho conceitua este equilíbrio como sendo a “a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste.”³⁴ A equação econômica financeira é definida no momento de apresentação da proposta e deve ser mantida durante toda a existência do contrato. Contudo, as cláusulas exorbitantes são elementos capazes de desestabilizar o equilíbrio e, para que ele se mantenha, existem alguns mecanismos previstos na legislação. O primeiro deles é o reajuste, previsto no art. 55, III, da Lei 8.666/93³⁵. Seu objetivo é preservar o acordo

³² STJ. Recurso Especial 275.820 DF 2000/0089438-9. Relator: Ministro Franciulli Netto. DJ: 29.09.2003. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=275820&b=ACOR&p=true&l=10&i=6>. Acesso em: 02.06.2018

³³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit. p.201

³⁵ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento

firmado em razão das alterações ocasionadas pela inflação. Outro procedimento para se manter o equilíbrio econômico financeiro é a revisão, presente no art. 65, II, d, da Lei 8.666/93³⁶. É aplicado para ajustar a equação do contrato quando ocorre algum fato superveniente que o desequilibre, como por exemplo uma alteração unilateral por parte da Administração para atender os interesses públicos.

É preciso deixar claro que o equilíbrio econômico financeiro do contrato não é apenas um desejo capitalista dos contratados, mas sim um princípio fundamental a ser seguido para viabilizar o objeto acordado. Os contratos administrativos demandam que haja uma remuneração condizente com as obrigações e riscos assumidos pela parte que contratou com a Administração Pública. Deixar de realizar o equilíbrio significa não apenas pôr em perigo a saúde financeira do contratado, como também ameaçar o prosseguimento do que foi ajustado entre as partes. Portanto, o Estado, sendo garantidor da ordem pública, deve sempre assegurar que os pagamentos auferidos pelo contratado estejam de acordo com o objeto do contrato, de modo que o encargo assumido por este e a contraprestação a que se obrigou aquele mantenham uma constância, evitando que o serviço ou obra ofertada não se torne onerosa e prejudicial.

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

A prerrogativa de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares é inerente à Administração. A despeito disso, há cláusulas imutáveis, que são aquelas referentes ao aspecto econômico-financeiro do contrato. **Às prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se a proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual.** É escusado dizer que ninguém se submeteria ao regime do contrato administrativo se lhe fosse tolhida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza. Os termos iniciais da avença hão de ser respeitados e, ao longo de toda a execução do contrato, a contraprestação pelos encargos suportados pelo contratado deve se ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros normais do empreendimento. In casu, por expressa determinação legal, os contratos administrativos não poderiam sofrer qualquer reajustamento. O chamado "Plano Cruzado", porém, não produziu os

³⁶ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

efeitos desejados e os preços voltaram a subir em razão da inflação. A nota de empenho, trazida aos autos pela ré, é documento unilateral e não representa a concordância por parte da empresa em relação ao cumprimento das obrigações contratuais pela TERRACAP. O que ficou incontroverso, na verdade, foi a entrega da obra e o pagamento do preço singelo, não a quitação. Recurso especial conhecido e provido. Decisão por unanimidade.

(STJ – Resp: 216.018 DF 1999/0045522-3, Relator: Ministro Franciulli Netto, Data de Julgamento: 05/06/2001, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 10/09/2001 p. 370 RDR vol. 21 p. 352, grifos nossos)³⁷

O princípio da exceção do contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus* – encontra previsão expressa nos arts. 476 e 477 do Código Civil.³⁸ Significa que uma parte não pode exigir a obrigação da outra caso ela mesma não tenha realizado a sua própria. Inicialmente, diante da defesa incondicional ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, a doutrina entendia que o princípio não se aplicava aos contratos administrativos. Contudo, a entrada em vigor da Lei 8.666/93 e seu art. 78, XV, permitiu uma nova interpretação sobre a possibilidade de utilização nos contratos administrativos do princípio em questão.

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;³⁹

A referida norma elucida que caso a Administração Pública incorra em inadimplência em prazo superior a 90 (noventa) dias, pode o contratado suspender suas atividades e interromper o cumprimento do contrato. Contudo, observa-se que o inciso supracitado fala apenas em “suspensão do cumprimento de suas obrigações”, o que faz a doutrina adotar a posição que para a rescisão contratual ocorrer seria necessário recorrer

³⁷ STJ. Recurso Especial 216.018 DF 1999/0045522-3. Relator: Ministro Franciulli Netto. DJ: 10.09.2001. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=216018&b=ACOR&p=false&l=10&i=3>.

Acesso em: 02.06.2018

³⁸ 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.

³⁹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm. Acesso em: 02.06.2018

à via judicial. Portanto, mais uma vez, está demonstrada o desequilíbrio entre as partes do contrato administrativo, pois enquanto uma parte necessita recorrer à justiça para rescindi-lo em caso de inadimplência, a outra pode fazê-lo de imediato.

ADMINISTRATIVO – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO A PACIENTES, ACOMPANHANTES E SERVIDORES DE HOSPITAIS PÚBLICOS – ATRASO NO PAGAMENTO POR MAIS DE 90 DIAS – EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO – ART. 78, XV, DA LEI 8.666/93 – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO – DESNECESSIDADE DE PROVIMENTO JUDICIAL – ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL: DESCABIMENTO – INFRINGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – SÚMULA 284/STF – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 126, 131, 165 E 458, II, DO CPC: INEXISTÊNCIA.

1. Descabe ao STJ, em sede de recurso especial, analisar possível ofensa a dispositivo constitucional.
2. Incide a Súmula 284/STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a fazer alegações genéricas, sem indicação precisa da omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Inúmeros precedentes desta Corte.
3. Acórdão suficientemente fundamentado não contraria os arts. 126, 131, 165 e 458, II, do CPC.
4. Com o advento da Lei 8.666/93, não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da exceptio non adimpleti contractus contra a Administração, ante o teor do art. 78, XV, do referido diploma legal. Por isso, despicienda a análise da questão sob o prisma do princípio da continuidade do serviço público.
5. **Se a Administração Pública deixou de efetuar os pagamentos devidos por mais de 90 (noventa) dias, pode o contratado, licitamente, suspender a execução do contrato, sendo desnecessária, nessa hipótese, a tutela jurisdicional porque o art. 78, XV, da Lei 8.666/93 lhe garante tal direito.**
6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (STJ – Resp: 910.802 RJ 2006/02733270, Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 03/06/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: 06/08/2008, grifos nossos)⁴⁰

Um ponto importante a ser destacado é que muitas vezes a Administração Pública se aproveita do prazo concedido pela lei para estender ao máximo a sua inadimplência e postergar o pagamento, de modo que, quando o fim dos 90 (noventa) dias se aproxima, ela realiza a remuneração dos vencimentos mais antigos. Ou seja, é comum os entes públicos se valerem da legislação, desvirtuando totalmente o sentido desta, para efetuarem em atraso os pagamentos às contratadas, tudo sob a alegação de controle dos gastos públicos. Consequentemente, o princípio do interesse público - sob a figura de contenção de despesas - é colocado acima não só do interesse privado, mas também de princípios basilares do Direito, como o da boa fé e o da confiança.

⁴⁰ STJ. Recurso Especial 910.802 RJ 2006/02733270. Relator: Ministra Eliana Calmon. DJ: 06.08.2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=910802&b=ACOR&p=false&l=10&i=5>. Acesso em: 02.06.2018.

Diante deste cenário em que nem mesmo a legislação conseguiu prever condições menos gravosas para o contratado, parte da doutrina defende o posicionamento de que a suspensão do cumprimento do contrato seria possível antes dos 90 (noventa) dias caso a dívida tornasse insustentável a continuação da execução das obrigações. Desta forma, o inadimplemento do ente público que ocasione uma inviabilização da continuidade de vigência do contrato, sendo grave o suficiente para impedir que o contratado dê sequência na realização de seus afazeres, permite a aplicação do princípio da exceção do contrato não cumprido nos contratos administrativos. Tal posicionamento é defendido por José dos Santos Carvalho Filho, que diz que o prejudicado tem direito à suspensão contratual caso, antes do prazo de 90 (noventa) dias a falta de pagamento tornar impossível a continuidade do contrato.⁴¹ Contudo, importante lembrar que a rescisão por parte do contratado sempre deverá ser buscada em via judicial, o que por si só já é um desequilíbrio contratual abusivo.

A função social do contrato é princípio previsto no art. 187 do Código Civil e se aplica tanto aos contratos particulares quanto aos administrativos.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.⁴²

Todo contrato produz efeitos perante a sociedade, não podendo os contratantes fazer dele um instrumento para atividades abusivas. Ele é um elemento que impulsiona o desenvolvimento social e que influencia toda a coletividade, vez que é capaz de promover a circulação de riquezas e aquecer a economia. Portanto, se o contrato por si só já é um garantidor de direitos sociais e se sua função social muitas vezes se confunde com os anseios populares, qualquer ato proveniente de um contrato administrativo que se voltasse contra o bem estar geral já seria condenável. As cláusulas exorbitantes surgem como ferramentas abusivas e que refletem o poder autoritário do Estado. De volta ao que foi exposto no capítulo anterior, é um utensílio que o ente público utiliza para se “esconder” sobre o manto do interesse público e tomar atitudes que só visam o interesse dele próprio.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit.. p.200

⁴² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 02.06.2018

O ideal seria o fim das cláusulas exorbitantes e a colocação das partes contratuais em pé de igualdade, deixando aos cidadãos, que são quem realmente sabem qual o interesse público, as ações coletivas quando estes se sentirem lesados. Ademais, a função social do contrato também produz efeitos entre os contratantes.⁴³ Posto desta forma, o princípio garante o equilíbrio econômico financeiro entre as partes, de tal modo que cláusulas abusivas que levem o contratado pela Administração Pública à um estado de crise financeira e prejudiquem o contrato quanto seu fim de fazer circular riquezas devem ser declaradas nulas pelo judiciário.

Como já visto no presente trabalho, vive-se em um Estado Democrático de Direito, no qual não se pode admitir atos que confrontem as garantias fundamentais. Diante disso, todos deveriam ser iguais em direitos e obrigações, inclusive nas relações contratuais, mas não é isso o que se vê atualmente nos contratos administrativos.

4. A INSEGURANÇA JURÍDICA OCASIONADA PELAS INTERVENÇÕES CONTRATUAIS

4.1. O desinteresse em contratar pelos riscos envolvidos

Ante todo este contexto apresentado, resta claro que contratar com a Administração Pública pode ser uma aventura jurídica. As prerrogativas concedidas em favor do Estado desequilibram os contratos administrativos de tal forma que estes podem deixar de ser interessante para as empresas, resultando em um afastamento destas de futuros processos licitatórios. Ora, se a partir da celebração do contrato a contratada se compromete à diversas obrigações de longo prazo e alto custo, demandando considerável investimento, exige-se que em troca ela tenha o mínimo de segurança jurídica para poder desenvolver a atividade celebrada.

⁴³ Enunciado 360 da IV Jornada de Direito Civil: O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.

O princípio da segurança jurídica objetiva, diante da mutabilidade da sociedade, a preservação das relações já consolidadas. Está previsto no art. 2º da Lei 9784/99, fazendo com que a Administração Pública o respeite.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.⁴⁴

Nos contratos administrativos pode ser interpretado como princípio que visa impedir que o Estado, no exercício de sua autoridade, os altere de modo que o que foi inicialmente contratado sofrer uma total distorção, seja em seu objeto ou em seu valor. Isso porque as expectativas iniciais da assinatura do contrato são legítimas e devem ser concretizadas ao máximo.

O poder da Administração de alterar unilateralmente o contrato não pode servir de fonte de abusos por parte do concedente (...). Tal solução, como é fácil perceber, espelha o necessário respeito que o Estado deve dispensar aos contratos que ele mesmo celebra, ao mesmo tempo em que assegura ao concessionário um mínimo de estabilidade na relação concessional.⁴⁵

Deste modo, arbitrariedades cometidas pela Administração Pública tendem a gerar desequilíbrio nos contratos e, conseqüentemente, resultam na insegurança jurídica. Este cenário caótico acaba por desestimular as pessoas, sejam físicas ou jurídicas, de contratarem junto ao governo.

Caso o particular ainda se sinta atraído em participar de uma relação contratual com o Estado, certamente ele embutirá em seu preço os riscos elevadíssimos que um contrato administrativo traz consigo. Com isso, o preço a ser cobrado do Poder Público será elevado, e tudo porque o próprio Poder Público propiciou essa situação.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19784.htm. Acesso em: 03.06.2018

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit. 2016. p. 513.

4.2. A relação entre o conceito vago de “interesse público” e a insegurança jurídica

Conforme já demonstrado, o interesse público possui um conceito amplo, vago e indefinido. Aqui não se discutirá a importância de a Administração perseguir e atender os anseios populares. Contudo, é necessário trazer a realidade à tona para observar a situação atual do país.

Infelizmente no Brasil, grande parte dos governantes possuem vontades escusas e se escondem debaixo do manto da persecução ao interesse público para por em prática atos que visam apenas seus próprios desejos e não os da coletividade. Tal conjuntura é propiciada pela falta de definição sobre quais os limites do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. No cenário político brasileiro, o interesse público assume um papel ideológico, sendo uma ferramenta utilizada para justificar os atos autoritários do Estado, restringindo as liberdades individuais, as garantias fundamentais e outros princípios basilares do Direito, como por exemplo o da segurança jurídica.

A supremacia do interesse público assume um papel tão inquestionável que passa a legitimar atitudes arbitrárias dos administradores públicos. O conceito é definido pela própria Administração, o que reforça a ideia de que o princípio pode ser utilizado para que ela reafirme seus valores e se faça cada vez mais autoritária, ao ponto de limitar diversas liberdades. Foi o que aconteceu, por exemplo, durante da Ditadura Militar no Brasil. Sob o argumento de defesa dos interesses da nação, o governo da época se utilizou do princípio da supremacia do interesse público para validar suas atitudes severas e persecutórias. O poder de polícia foi utilizado pelo Estado como forma de impedir atentados contra a ordem pública e a segurança nacional. Não é preciso adentrar de forma profunda na história do país para tomar conhecimento das inúmeras violações à direitos que ocorreram àquela época. Portanto, o governo ditatorial demonstrou como o interesse público pode ser desvirtuado e utilizado para cometer inúmeras atrocidades.

Observa-se então que a indefinição quanto ao conceito exato de interesse público proporciona uma avaliação instável e inconstante acerca do mesmo, e é exatamente deste ponto que administradores públicos oportunistas se utilizam para alcançar seus próprios fins políticos à custa do erário público e cerceando direitos dos cidadãos. Conforme já

explicitado no presente trabalho, o interesse público funciona muito mais como um elemento de reafirmação da autoridade pública do que um instrumento de satisfação das necessidades coletivas. Seu conceito abstrato traz consigo riscos de manipulação que podem ocorrer, inclusive, nos contratos administrativos.

A doutrina mais tradicional não trata a supremacia do interesse público como um princípio, mas como um axioma. Ou seja, é uma verdade absoluta e de aplicação imediata que não precisa ser ponderada, provada e demonstrada. Essa linha de pensamento, ainda muito presente no sistema nacional, possibilita a adoção de um conceito de supremacia impalpável que ocasiona atitudes obscuras, porém legítimas.

“a ausência de fundamentos jurídico-positivos explícitos ou implícitos do “princípio” “geral” da “supremacia” do interesse público, capazes de dar contornos relativos ao seu conteúdo - quais interesses são tidos público - e limites - as hipóteses que se sobrepõe e sobre quais interesses privados - deixam um campo fértil para sua aplicação, albergando sob o manto de público qualquer interesse dos titulares do poder.”⁴⁶

Destarte, apesar de a ação estatal com fundamento na perseguição às pretensões da coletividade ser legítima, o Estado, por meio de seus políticos, prioriza atender seus próprios interesses em detrimento dos públicos e privados. O que se presencia na prática é que os interesses públicos praticados pela Administração Pública são os secundários, quando na verdade o que deveria prevalecer eram os primários.

Por todo o exposto, a definição imprecisa sobre o princípio em tela acaba por ocasionar um cenário de insegurança jurídica e, conseqüentemente, afasta as empresas dos processos licitatórios ou faz com que elas aumentem seus preços de contratação. Em ambos os casos, a coletividade, que é quem, em tese, tem seus direitos garantidos de forma suprema e absoluta, se vê prejudicada. Ao agir deste modo apresentado, a Administração Pública deixa de observar o princípio da função social do contrato e da boa fé, preceitos basilares de qualquer contrato, seja administrativo ou não. A coletividade é desrespeitada enquanto o Estado age com improbidade e desonestidade.

⁴⁶ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Op. Cit. p. 144

4.3. Posicionamento jurisprudencial sobre as atitudes arbitrárias do Estado

O judiciário brasileiro não nega a aplicação das cláusulas exorbitantes por parte da Administração Pública nos contratos administrativos. Contudo, há diversas decisões que tem buscado coibir as práticas abusivas do Estado.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela inconstitucionalidade de lei que concedia descontos em pedágios para estudantes, sob a alegação de que as normas em questão acarretam em um desequilíbrio econômico financeiro.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.304/02 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. EXCLUSÃO DAS MOTOCICLETAS DA RELAÇÃO DE VEÍCULOS SUJEITOS AO PAGAMENTO DE PEDÁGIO. CONCESSÃO DE DESCONTO, AOS ESTUDANTES, DE CINQUENTA POR CENTO SOBRE O VALOR DO PEDÁGIO. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. AFRONTA.

1. **A lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública**, celebrado pela Administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação.

2. Afronta evidente ao princípio da harmonia entre os poderes, harmonia e não separação, na medida em que o Poder Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados.

3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.

(STF – ADI: 2733 ES, Relator: Ministro Eros Grau, Data de Julgamento: 26/10/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/02/2016, pp – 00011 ement vol-02219-02 pp-00280, grifos nossos)⁴⁷

Na mesma linha, buscando garantir o equilíbrio econômico financeiro, o Superior Tribunal de Justiça ao analisar as tarifas cobradas no serviço público de transporte coletivo intermunicipal, já vedou alteração contratual unilateral que gere um ônus insustentável ao contratado.

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 9º, § 4º, DA LEI 8.987/95. INADMISSIBILIDADE (SÚMULA 280/STF). OFENSA AO ART. 1º DA LEI 1.533/51. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

⁴⁷ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.733 ES. Relator: Ministro Eros Grau. DJ:03.02.2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2058826>. Acesso em: 07.06.2018

1. O Tribunal a quo concedeu a segurança e declarou nulo o Decreto 25.243/99, do Governador do Estado do Rio de Janeiro, para restabelecer a tabela tarifária anterior, com base nos seguintes fundamentos: (I) incompetência do Chefe do Poder Executivo Estadual para fixar a política tarifária do serviço de transporte coletivo intermunicipal, em face da competência do DETRO/RJ prevista no art. 2º, IX, da Lei Estadual 1.221/87; (II) **violação do devido processo legal, pois a alteração unilateral não permitiu às concessionárias o direito de discutir as cláusulas financeiras do contrato.**

2. A análise da suposta ofensa ao art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/95 – para se reconhecer a competência do Governador do Estado para reduzir, unilateralmente, a tarifa de transporte coletivo intermunicipal –, pressupõe, necessariamente, o reexame da legislação estadual, o que é inadmissível em face da orientação firmada na Súmula 280/STF.

3. Não procede a alegada contrariedade ao art. 1º da Lei 1.533/51, pois a Corte Estadual analisou e julgou a pretensão mandamental deduzida à luz do direito aplicável ao caso concreto, sem depender, para tanto, de prova técnica ou incursão nos aspectos fáticos da lide.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(STJ – Resp: 621.163 RJ 2003/0231972-4, Relator: Ministra Denise Arruda, Data de Julgamento: 12/02/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: 13/03/2006, p. 195, grifos nossos)⁴⁸

Em outra oportunidade, o STJ, ao examinar questão acerca da defasagem no valor das tarifas dos contratos de concessão de transporte aéreo, sentenciou no sentido de que a omissão do poder concedente para evitar a discrepância nos valores cobrados gerou um desequilíbrio no contrato e trouxe prejuízo para a concessionária, de modo que a esta coube indenização.

ADMINISTRATIVO E CIVIL. CONTRATO DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE AEREO. DEFASAGEM NO VALOR DAS TARIFAS. PREJUÍZO. INDENIZAÇÃO.

A Constituição Federal de 1967, sob a redação da Emenda n. 01/69, assegurava, nos contratos de concessão de serviços públicos, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do pacto, por meio da fixação de tarifas reais, suficientes, inclusive, para a justa remuneração do capital e a expansão dos serviços (art. 167, ii). O mesmo princípio, com maior abrangência, encontra-se esculpido no art. 37, XXI da nova carta política. **Demonstrada, de forma sobeja, por via de prova pericial e documental, a ocorrência de efetiva defasagem no valor das tarifas do transporte aéreo, com graves e vultosos prejuízos a empresa concessionária, em consequência de omissão do poder concedente, impõe-se a reparação dos danos por meio do pagamento de indenização.** Não comporta censura laudo pericial sobejamente fundamentado, que não sofreu impugnação na fase processual própria, nem se ofereceu qualquer alegação contra a capacidade técnica do experto oficial. Apelação e remessa oficial desprovida. Os autos retornaram do STJ a 3. Turma para exame e decisão do tema sob enfoque. A Turma por unanimidade, em 27/04/94, deu provimento a apelação, DJ de 02/05/94, com a seguinte ementa: PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. TITULARIDADE DA PRETENSÃO. QUALIDADE PARA

⁴⁸ STJ. Recurso Especial 621.163 RJ 2003/0231972-4. Relator: Ministra Denise Arruda. DJ: 13.03.2006. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=621163&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&p=false. Acesso em: 07.06.2018

AGIR. PERTINENCIA SUBJETIVA DA LIDE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROPOSTA POR PESSOA JURIDICA. ACIONISTA. PARTE ILEGITIMA. CPC, ARTS. 3 E 6. Tem legitimidade ativa ad causam o titular da pretensão posta em juízo, não se admitindo que alguém postule, em nome próprio, direito alheio, salvo nas hipóteses autorizadas por lei. Em ação de indenização proposta por empresa concessionária de transporte aéreo, objetivando o pagamento de prejuízos decorrentes de defasagem tarifária, os seus acionistas, por não serem titulares da prestação reclamada, não tem legitimidade ativa ad causam, já que as pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros (Código Civil, art. 20). O acionista controlador, nos termos do art. 116, da Lei n. 6.404/ 76, e detentor do poder de eleger a maioria dos órgãos da sociedade, de dirigir suas atividades sociais, de orientar o funcionamento dos seus órgãos, de fazer a mesma realizar o seu objeto e cumprir sua função social, o que, todavia, não o autoriza a postular, em nome próprio, direito da sociedade. Apelação parcialmente provida para excluir da lide os sócios da empresa concessionária, por ilegitimidade ativa ad causam. (TRF-1 AC: 11006 DF 91.01.11006-3, Relator: Juiz Vicente Leal, Data de Julgamento: 27/04/1994, Terceira Turma, Data de Publicação: 02/05/1994 DJ p. 19584, grifos nossos)⁴⁹

Em outra ação que questionava a incidência de tarifa por parte das concessionárias sobre os eixos suspensos dos caminhões, a Ministra Denise Arruda entendeu que os valores fixados na licitação devem ser preservados, visando a manutenção da estabilidade econômico financeira.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. COBRANÇA DE PEDÁGIO. TARIFA FIXADA, DISTINTAMENTE, PARA AS DIVERSAS CATEGORIAS DE VEÍCULOS, COM BASE NO NÚMERO DE EIXOS. INCIDÊNCIA DA TARIFA SOBRE O EIXO SUSPENSO, QUE NÃO TOCA A MALHA VIÁRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE.

(...)

5. É correto afirmar que um dos principais custos suportados pela empresa que administra e explora as rodovias em regime de concessão decorre da necessidade de recuperação e manutenção da malha viária, que sofre maior desgaste quanto maior for a pressão exercida sobre ela. Fala-se em pressão na medida em que a questão não se resume ao peso da carga, mas à relação peso versus área.

6. Basta imaginar que um caminhão de quinze toneladas com os cinco eixos tocando o asfalto produzirá menos desgaste que outro, nas mesmas condições, que estiver com um dos seus eixos suspenso, ainda que observadas as normas administrativas que definem os limites de peso — de acordo com o art. 99 do Código de Trânsito Brasileiro, "somente poderá transitar pelas vias terrestres o veículo cujo peso e dimensões atenderem aos limites estabelecidos pelo CONTRAN" —, normalmente fixados com base na quantidade de eixos do veículo.

7. Nessa hipótese, o caminhão com um dos eixos levantados causará maior desgaste da via e, a se considerar somente esse fator, deveria pagar uma tarifa mais alta, situação, no entanto, que não ocorre na forma como o pedágio é cobrado atualmente.

⁴⁹ TRF-1. Apelação Cível 11006 DF 91.01.11006-3. Relator: Juiz Vicente Leal. DJ: 02.05.1994. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2257539/apelacao-civel-ac-11006-df-20040100011006-4>. Acesso em: 07.06.2018

8. Por outro ângulo, é fácil perceber que um caminhão de cinco eixos pagará uma tarifa de pedágio maior que um de três, não obstante a possibilidade bastante plausível de que os dois estejam exercendo a mesma pressão sobre a malha viária, o que se obtém dividindo-se o seu peso total pela quantidade de eixos, ou seja, ainda que estejam provocando o mesmo desgaste, a tarifação, como é feita atualmente, será desigual.

(...)

10. Assim, considerando que a legislação que trata da matéria não impede a fixação da tarifa com base no número de eixos dos veículos e que essa parece ser a forma mais objetiva de fixá-la, deve prevalecer a sistemática prevista no contrato de concessão, sobretudo porque o art. 9º da Lei 8.987/95 dispõe que **"a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato"**.

(STJ – REsp: 1077298 RS 2008/0164119-0, Relator: Ministra Denise Arruda, Data de Julgamento: 28/04/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 03/06/2009, grifos nossos)⁵⁰

No Recurso Especial nº 976.836, o ministro Luiz Fux afirmou que quem contrata com o ente público está sujeito a ver seu contrato alterado unilateralmente, mas assegura que o equilíbrio econômico financeiro deve ser uma garantia contratual.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE TELEFONIA. DEMANDA ENTRE CONCESSIONÁRIA E USUÁRIO. PIS E COFINS. REPERCUSSÃO JURÍDICA DO ÔNUS FINANCEIRO AOS USUÁRIOS. FATURAS TELEFÔNICAS. LEGALIDADE. DISPOSIÇÃO NA LEI 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. TARIFAS DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA DOS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. A Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas **sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro**, remunerando-se pela própria exploração do serviço, e geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

2. O concessionário trava duas espécies de relações jurídicas a saber: (a) uma com o Poder concedente, titular, dentre outros, do ius imperii no atendimento do interesse público, ressalvadas eventuais indenizações legais; (b) outra com os usuários, de natureza consumerista reguladas, ambas, pelo contrato e supervisionadas pela Agência Reguladora correspondente.

(STJ – REsp: 976836 RS 2007/0187370-6, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 25/08/2010, Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 05/10/2010)⁵¹

⁵⁰ STJ. Recurso Especial 1077298 RS 2008/0164119-0. Relator: Ministra Denise Arruda. DJ: 03.06.2009. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1077298&b=ACOR&p=false&l=10&i=5>.

Acesso em: 07.06.2018

⁵¹ STJ. Recurso Especial 976.836 RS 2007/0187370-6. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 05.10.2010. Disponível em:

O que se vê é que, apesar de Administração Pública possuir prerrogativas para alterar os contratos administrativos independente da vontade da outra parte e em prol dos interesses públicos, tais privilégios não possuem limites infinitos, não podendo o Poder Público reduzir tarifas e deixar de aplicar reajustes sob o argumento de obter vantagens para a sociedade.

Não deve o administrado aceitar imposições autoritárias e descabidas do contratante governamental e, ainda que esteja situação de inferioridade em relação à Administração Pública, tem o direito de recorrer ao Judiciário para fazer cessar as arbitrariedades e reestabelecer o equilíbrio econômico financeiro.

O ideal seria um cenário onde os próprios entes públicos, quando realizassem alterações unilaterais, procurassem garantir meios e alternativas que pudessem manter o equilíbrio econômico financeiro, demonstrando sua boa fé. Contudo, o Poder Público efetua mudanças de modo arbitrário e as mantém enquanto não são questionadas, agindo maldosamente e com falta de lealdade com o contratado. Portanto, cabe ao Poder Judiciário, quando estimulado, fiscalizar a atuação do Executivo nos contratos administrativos, de modo que as cláusulas exorbitantes conferidas aos administrados sejam aplicadas dentro de seus limites.

4.4. Busca por soluções

Por todo o exposto no presente trabalho, resta claro que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado na forma como é aplicada hoje está distante de atender as reais necessidades da coletividade. Como já demonstrado, seu conceito vago e indefinido abre precedentes para que a Administração Pública pratique os mais diversos atos sob a égide de tal princípio, o que é perigoso, pois pode um administrador utilizar dele para realizar feitos obscuros que não atendem a sociedade, mas garantem uma maior forma de se perpetuar no poder.

Atualmente, o princípio em debate é muito mais aplicado em seu caráter secundário, qual seja, o de atender os interesses da própria Administração, do que em seu caráter primário e essencial, que seria responder aos anseios populares. Tratando-se de um país em que o cenário, infelizmente, é de um governo que busca se manter no comando utilizando-se até mesmo de meios ilegais, chega a ser utópico pensar que as cláusulas exorbitantes serão aplicadas dentro de seus limites e que os contratados terão sua saúde financeira respeitada.

Conforme já explicitado, a pessoa física ou jurídica escolhida no processo licitatório para celebrar contrato administrativo com a Administração Pública assume diversas obrigações de altos valores e efetua consideráveis investimentos, realizando alterações em seu patrimônio. Pense numa empresa contratada para realizar determinada obra de via pública. Um grande montante de capital será aplicado na realização desta obra, seja com a compra de materiais e instrumentos, seja com a pesquisa em tecnologias, ou até mesmo com a contratação de pessoal. Uma relação jurídica que demanda toda essa logística e aporte financeiro deve ser a mais estável possível. Sabe-se de toda a circulação de capital, movimentação na economia e geração de empregos que uma pessoa jurídica é capaz. Por isso, não podem elas serem tratadas como vilãs e apontadas como responsáveis por todo mal da sociedade, visto que também funcionam para, ainda que indiretamente, o atendimento dos interesses públicos. Por esta exposição, resta evidente que nos contratos administrativos elas merecem cláusulas que garantam o regular cumprimento do contrato, e não o cenário contrário que, infelizmente, é a realidade atual.

A aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado nos moldes como é realizada hoje é perigosa, vez que realizada por governos ineficientes como o brasileiro. Abre espaço e precedente para atitudes temerárias que buscam promover o bem antes da Administração Pública do que dos administrados. O que deve pautar a política pública de um país onde vigora a democracia é a busca pela garantia dos direitos fundamentais seguindo o princípio da dignidade da pessoa humana. A própria Constituição reconhece a preservação dos direitos fundamentais como vetor central da sociedade.

A arbitrariedade do Estado ocorre pela dificuldade em se estabelecer limites à aplicação da supremacia do interesse público, resultando em um contexto de insegurança

jurídica, que por sua vez acaba por afastar as pessoas dos contratos administrativos, ou no melhor dos casos, devido aos riscos e imprevisibilidades deste tipo de contrato, encarecer seu valor. Apesar de parecer contraditório, o ente público utiliza-se do princípio tema deste trabalho para não atender o interesse público. Explica-se: usando da supremacia do interesse público para cometer arbitrariedades e se manter com seu status, a Administração Pública não acolhe o desejo coletivo. E não só não o acolhe, como também atua no sentido de ir contra ele, pois cada vez mais torna-se menos atrativo ser contratado junto ao Poder Público, de modo que os serviços e obras ofertadas pelos particulares sofrem um aumento de preço. Da forma como é hoje, o Estado é um obstáculo ao exercício de direitos fundamentais, quando na verdade deveria ser o maior garantidor. Não pode o ente governamental utilizar o interesse público para preservar sua autoridade e ignorar a construção de melhorias para a sociedade.

A doutrina clássica aponta o princípio em tela como cerne do Direito Administrativo, sendo a razão de ser do Estado prover a ordem pública e satisfazer as necessidades dos cidadãos. O presente trabalho, em momento algum visou negar a importância do interesse público, mas apenas questionar seu conteúdo, seus efeitos e o modo absolutista com que é tratado o princípio da supremacia do interesse público. A crítica não é ao fato de a Administração Pública buscar atender os anseios populares, mas sim à forma em que estes anseios são (mal) definidos e aplicados de um jeito que garantias individuais e contratuais sejam sobrepujadas. Conforme já explanado, ao se assumir totalmente verdadeiro e soberano e de aplicação independente de qualquer ponderação, não está se falando de um princípio, mas sim de um axioma. Contudo, em um Estado Democrático de Direito e com o advento da Constituição da República de 1988, não pode um axioma prosperar em detrimento da dignidade da pessoa humana, da boa fé e da função social do contrato. Este são preceitos basilares do Direito atual que devem estar garantidos em qualquer tipo de relação, seja entre particulares ou entre estes e o Poder Público.

A centralidade dos direitos fundamentais garantida pela Constituição e a incerteza e indefinição do conceito de interesse público inviabilizam a aplicação absoluta e imponderada do princípio da supremacia. A melhor alternativa é analisar os interesses em questão no caso concreto para definir qual deve prevalecer. Esta ponderação deve se basear na proporcionalidade e na razoabilidade, ou seja, a medida adotada pelo Estado

tem de estar adequada à realidade do país e de seus cidadãos de tal modo que tanto interesse público como privado sejam alcançados em sua máxima amplitude. Proporcionalidade aqui também em sentido estrito de forma que a escolha de um interesse gere o menor dano possível ao interesse “rejeitado”. Há a necessidade de se encontrar um parâmetro justo em que haja uma concessão recíproca entre os interesses individuais e coletivos, de sorte que ambos sejam protegidos e aplicados. Portanto, um limita o outro para que nenhum dos dois tenha uma prevalência suprema e uma aplicação absoluta. Não se defende aqui que o jogo se inverta completamente e que os interesses privados passem a prevalecer sobre os públicos, sob risco de uma equivocada percepção de que apenas os direitos e garantias individuais pautem a estruturação do Direito Público brasileiro. O que se sustenta é que estes anseios particulares ocupem lugares mais expressivos do que habitam hoje, buscando um equilíbrio entre estes e as vontades populares para estruturar o regime administrativo.

Como bem salientam Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dalari, “interesse público não é uma expressão mágica, capaz de justificar todo e qualquer comportamento administrativo.”⁵² Portanto, sua aplicação não se deve dar do modo ilimitado e aleatório como acontece hoje. As garantias fundamentais são direitos básicos da sociedade contemporânea e previstas na Carta Maior, de tal forma que nenhum interesse público pode sobrepular sobre direitos individuais sem que antes seja feita uma análise minuciosa sobre o caso concreto. Esta é a principal proposta para enquadrar o princípio da supremacia de interesse público na sociedade atual: parar de tratá-lo como supremo e passar a ponderá-lo para verificar se é aplicável em determinada situação específica. Deve, portanto, ser analisado caso a caso.

“No caso do princípio da prossecução do interesse público, para que tenha maior peso no juízo de ponderação com os interesses envolvidos, não basta fundamentá-lo em uma suposta supremacia ou nas imperiosas necessidades coletivas, mas dotá-lo de uma argumentação jurídica baseada em parâmetros racionais e objetivos, capaz de legitimar a sua preponderância em concreto e trazer maior grau de objetividade e previsibilidade na decisão.”⁵³

⁵² FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo. Malheiros, 2007. p. 96

⁵³ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Op.Cit.* p. 210

Portanto, a tomada de atitudes que favoreçam um ou outro princípio devem vir acompanhadas de argumento robustos ao invés de uma fundamentação genérica baseada na mera alegação do interesse público.

Ademais, como explorado em capítulos anteriores, os princípios são mandados de otimização, ou seja, determinam que algo seja efetuado em seu maior alcance possível, mas sempre respeitando as possibilidades fáticas existentes. Posto desta forma, os princípios devem ser cumpridos em diversos níveis conforme a condição apresentada, de tal modo que nenhum pode se sobrepor a outro de maneira pré definida. Portanto, quando em conflito, eles devem ser ponderados pela Administração Pública, sem que qualquer princípio tenha sua aplicação de modo absoluto e inquestionável.

A doutrina tradicional se apoia na ideia de que a razão de ser do Estado é atender o interesse público e, por isso, a existência do princípio é necessária para a manutenção da ordem pública. Contudo, a questão não é levada para a prática. Diante de governos tão ineficientes e com péssimas administrações, não será um princípio de conceito vago e indefinido que manterá a organização da sociedade. Como já bem apresentado, a falta de conceito concreto de interesse público permite atos estatais autoritários que visam a perpetuação dos administrados no poder utilizando-se do princípio da supremacia, tornando tais atos legítimos. Essa é a realidade do Brasil, de modo que é insustentável manter o preceito como o mesmo status que lhe garantiu a doutrina outrora.

Os entes públicos brasileiros realizam péssimos serviços de administração e gestão, razão pela qual não é possível manter a expressão “interesse público” com um conceito amplo e indeterminado. Esta indefinição abre espaço para que a Administração Pública cometa arbitrariedades e realize atos a fim de assegurar os interesses estatais e não sociais. Por tal motivo, o Estado deve se pautar em uma atuação negativa e reduzida apenas à serviços essenciais, impedindo que medidas abusivas sejam tomadas.

O ideal seria que o Legislativo previsse em nosso ordenamento quando o interesse público deve prevalecer sobre o privado. Assim, os anseios populares imperariam sobre os individuais apenas nos casos previstos em lei. Desta forma, os contratos administrativos passariam a contar com menos aleatoriedade e, conseqüentemente, seus riscos diminuiriam. A grande problemática desta situação é a dificuldade de se prenciar

todas as situações de conflito entre vontades sociais e particulares. A nossa legislação prevê algumas situações em que foram definidas qual interesse deveria prevalecer em caso de conflito, como por exemplo as restrições à propriedade particular previstas na Constituição⁵⁴ e no Decreto Lei 3.365/41⁵⁵ e a ocupação, domínio e a posse de terras indígenas, também previstas na Constituição Federal⁵⁶. Outra situação prevista pela Carta Magna que garante a preponderância do interesse público sobre o privado diz respeito à inviolabilidade de domicílio.⁵⁷ Por fim, a Lei Maior também traz que o interesse social poderá restringir a publicidade de atos processuais.⁵⁸ Portanto, é possível o Legislativo delimitar hipóteses em que um interesse prevaleça sobre outro, servindo a legislação como um guia e um caminho luminoso, reduzindo as arbitrariedades estatais. Uma interessante solução então seria definir o que prevalece nas situações mais corriqueiras de nossa sociedade e deixar que a ponderação baseada nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade verifique qual a melhor decisão a ser tomada nos casos não previstos em lei.

O entendimento essencial que é preciso ter quanto ao princípio da supremacia do interesse público é que este não pode ser absoluto e deve sempre ser submetido à mecanismos de ponderação. Desta forma, é fundamental a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para tomar conhecimento do que trará mais vantagens no caso concreto, se o atendimento aos interesses públicos ou aos individuais. O que se propõe com a ponderação é um equilíbrio entre os princípios já apresentados neste trabalho. Enquanto o organicismo e o utilitarismo colocam o interesse público tão

⁵⁴ Art. 5º XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

⁵⁵ Art. 1º A desapropriação por utilidade pública regular-se-á por esta lei, em todo o território nacional. Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública: a) a segurança nacional; b) a defesa do Estado; c) o socorro público em caso de calamidade; d) a salubridade pública (...) o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; p) os demais casos previstos por leis especiais.

⁵⁶ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

⁵⁷ Art.5º XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

⁵⁸ Art. 5º LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

alto que os interesses privados são ignorados, o individualismo produz uma supervalorização dos interesses individuais, de modo que o público seja irrelevante. É preciso buscar o meio do caminho entre esses princípios antagônicos e isso só será alcançado com a análise das vantagens em jogo e com a ponderação entre elas. É necessário que a busca seja pela solução balanceada entre o interesse público e o privado, harmonizando os bens jurídicos protegidos por cada interesse. Com isso, busca-se afastar as respostas prontas que são dadas atualmente quando do conflito entre interesses públicos e privados, não sendo mais sustentável o princípio supremo como verdade absoluta e remédio para todas as adversidades. Nas palavras de Emerson Affonso da Costa Moura:

“o ordenamento jurídico é composto por uma pluralidade de princípios que refletem a multiplicidade de valores consagrados constitucionalmente e que não guardam supremacia de uns sobre os outros, pois “todos tem assento constitucional idêntico e se encontram no mesmo nível hierárquico.”⁵⁹

Desta forma, é inviável a criação de um único sistema para explicar o Direito, pois ele não se sustenta em um único fundamento, mas sim num conjunto de princípios, dentre os quais o da função social do contrato, o equilíbrio econômico financeiro e os direitos fundamentais.

Ademais, a sociedade atual é pluralista e dividida em diversos grupos, de tal forma que cada grupo social possui seus interesses próprios. Diante disso, até mesmo os interesses públicos podem ser conflitantes entre si, mostrando que nem sempre a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é a melhor alternativa, visto que não existe um anseio popular único e geral.

Outra questão importante analisada foi a da participação popular para definição daquilo que melhor irá lhe atender. Se o que se busca é o interesse público, nada melhor do que permitir que o próprio público estabeleça aquilo que irá lhe satisfazer. Ao cidadão, que nos contratos administrativos também é tratado como um cliente, são garantidas diversas formas de participação popular. Ocorre que é muito raro o uso dos instrumentos de atuação coletiva que a Constituição Federal de 1988 oferece. Iniciativa popular, referendo e plebiscito foram conceitos trazidos pela Constituição pós Ditadura Militar

⁵⁹ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Op. Cit. p. 208

para garantir uma maior participação de todos nas escolhas e decisões do Poder Público. Portanto, trazer o povo para participar das questões de políticas públicas seria uma boa solução para se determinar qual o real interesse público e com isso delimitar possíveis arbitrariedades.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como ficou verificado no presente trabalho, o princípio da supremacia do interesse público é tema amplamente debatido pela doutrina atual e está longe de resultar em uma linha de pensamento única acerca de sua aplicação, posto que vem deixando de ser tratado como algo absoluto e inquestionável por autores mais recentes. Inicialmente, era ideia uníssona que a intervenção administrativa que buscasse atender os anseios da coletividade era ação que não merecia maiores explicações e justificativas. Contudo, a má gestão dos governantes é algo que não pode deixar de ser ignorada quando da análise o princípio em questão. Ele garante poderes à Administração Pública que o utiliza de modo arbitrário e até mesmo obscuro para atender seus interesses próprios, desvirtuando totalmente a ideia central do preceito clássico. Por tal razão, visou se demonstrar de que modo o supracitado princípio influencia nos contratos administrativos. Aqui, tomou-se partido do lado que defende que a sua aplicação não deve ser absoluta e pré determinada, mas sim que é preciso haver ponderações para se manter o equilíbrio jurídico e a segurança nos contratos entre particulares e Administração Pública.

Para compreender o que foi exposto neste trabalho é necessário ter em mente que as pessoas que contratam com a Administração Pública não o fazem por benevolência ou altruísmo, mas porque o contrato poderá proporcionar benefícios econômicos para o contratado. Assim, ninguém está disposto a uma relação contratual com entes públicos que gere mais perdas do que ganhos. Com isso, a grande problemática surge quando o particular que é parte de um contrato administrativo vê este sofrer alterações e até mesmo rescisões por iniciativa única do contratante governamental. Como consequência destas atitudes, sob a alegação de perseguição aos interesses privados, foi possível observar que as pessoas interessadas em contratar com o Estado podem inserir em seus contratos valores que abarquem possíveis riscos, tornando o contrato administrativo extremamente oneroso para os cofres públicos.

O primeiro capítulo após a introdução buscou elucidar a evolução histórica do interesse público. Viu-se que nos Estados mais autoritários ele era posto de forma ilimitada, enquanto que nos regimes liberais era praticamente renegado. O cenário ideal mostrou-se aquele em que haja uma ponderação entre as vontades individuais e coletivas, conforme demanda um Estado Democrático de Direito. Ademais, foi exposto toda a problemática acerca da conceituação da expressão “interesse público”. Notou-se que seu conceito vago e indeterminado propicia ações arbitrárias e infundadas das autoridades administrativas, permitindo que os administradores tomem atitudes que vissem seus próprios anseios, renegando-se as necessidades da população.

O capítulo seguinte apresentou noções básica e breves sobre os contratos administrativos. O mais importante a se observar é o fato de que essa espécie de contrato concede prerrogativas exclusivas à Administração Pública. Tais privilégios são garantidos por meio das chamadas cláusulas exorbitantes que permitem a alteração e rescisão unilateral dos contratos sob a justificativa de atendimento ao interesse público. Foi apresentado quais perigos os benefícios concedidos ao contratante governamental podem trazer ao contrato. Um dos prejuízos é a quebra do equilíbrio econômico financeiro, vez que as atitudes unilaterais dos contratantes administrativos podem alterar completamente as condições contratuais. Outro problema exposto foi o desrespeito aos princípios da função social do contrato e da exceção do contrato não cumprido. Diante do que foi apresentado, restou claro que as cláusulas exorbitantes merecem ter limites para que o contrato administrativo não se torne uma aventura para pessoas físicas e jurídicas.

Tais atitudes unilaterais de iniciativa do Estado, quando realizadas em contratos administrativos, provocam instabilidades e acarretam em insegurança jurídica. A falta de garantias na hora de contratar faz com que muitos desistam de realizar negócios com o Poder Público e, aqueles que se aventuram nesta empreitada colocam o preço do contrato nas alturas para se resguardar de todos os ricos. A ausência de limites rígidos às cláusulas exorbitantes somada à péssima administração do Estado faz com a contratação pública seja uma verdadeira peripécia jurídica.

O terceiro capítulo debruçou-se na análise das decisões do Poder Judiciário sobre casos que envolvem contratos administrativos e cláusulas baseadas no princípio da

supremacia do interesse público. Restou comprovado que as altas cortes do país, apesar de garantirem a proteção aos direitos perseguidos pela coletividade, vedam atitudes excessivas por parte da Administração Pública. Ademais, foi trazido as consequências que o conceito vago de interesse público causa nos contratos, gerando as arbitrariedades governamentais podem resultar, por exemplo, na perda de interesse das pessoas na contratação com a Administração Pública e a tendência de preços cada vez mais altos nos processos licitatórios devido aos ricos envolvidos na relação contratual. Além disso, buscou-se demonstrar caminhos viáveis para que interesses públicos e privados convivam em harmonia. Uma solução levantada foi a de por os interesses em uma balança para ponderar, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, qual melhor para se aplicar no caso concreto. Outra conclusão a que se chegou foi a de que o Poder Legislativo pode, como já faz em algumas situações, prever o que deve prevalecer na ocorrência de conflito de interesses.

Hoje, a Administração Pública tem poder para intervir nas mais diversas esferas, não só a de contratos, para atender os desejos da comunidade. Em um cenário de crise econômica e política vivenciada pelo Brasil, é cada vez mais comum se presenciar contratos administrativos serem jogados ao léu e postos de lado sob a alegação de necessidade de corte de gastos – que é utilizado sob o manto do interesse público -, sem preocupação com todo o investimento que foi feito para que aquele contrato saísse do papel e ganhasse forma.

Diante de todo o exposto no presente trabalho, a melhor saída a ser tomada para a observação dos preceitos fundamentais e garantia da função social e do equilíbrio econômico financeiro do contrato é o de ponderar os interesses público e privado quando estes estiverem em conflito, de forma que a escolha de um prejudique o mínimo o outro. Além da ponderação, a participação popular na definição das políticas públicas seria uma boa saída para se ouvir os reais anseios e desejos da população, não deixando que a Administração Pública os defina de modo arbitrário e, muitas vezes, obscuros. Portanto, somente uma relativização do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, sem que haja hierarquização entre eles, seria capaz de fazer com que Administração Pública parasse de agir de modo aleatório e atentatório contra as empresas que são por ela contratadas. O tema do presente trabalho se demonstrou merecedor de debate, pois em uma sociedade em que a Constituição da República garante os direitos

fundamentais como pilar básico da estrutura da comunidade, não pode o interesse privado ser jogado de canto e ignorado pelas autoridades. Desta forma, resta justificável o debate inserido por esta monografia, vez que há um impacto sobre toda a população, não podendo o Estado continuar com suas arbitrariedades.

6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado”*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I. Vol.I. Nº 7. Salvador. 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27.05.2018

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18666cons.htm. Acesso em: 31.05.2018

_____. *Lei nº 9.782, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19784.htm. Acesso em: 21.05.2018

_____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19784.htm. Acesso em: 03.06.2018

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 27.05.2018

CARMO, Thiago Santos do. *Interesse Público: identificação de balizas conceituais contemporâneas*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12797. Acesso em: 05.05.2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo. Atlas. 2015.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo. Malheiros, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal apud BORGES, Alice Gonzalez. *Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, maio/junho/julho,2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>. Acesso em: 06/06/2018.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. 1ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2014.

MORENO, Fernando Sáinz. *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Editorial Civitas. Madrid. 1976.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um Fundamento do Regime Administrativo: O princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo. Método. 2014.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A Teoria do “Desvio do Poder” em Direito Administrativo*.

ROSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo. Editora Ridendo Castigat Mores.

SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2005.

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. *O modelo de regras e princípios em Robert Alexy*. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10552. Acesso em: 21.05.2018

