



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

As cláusulas contratuais administrativas exorbitantes diante dos princípios da economicidade e da eficiência.

Luciane Firmo da Silva

Rio de Janeiro

2016

LUCIANE FIRMO DA SILVA

As cláusulas contratuais administrativas exorbitantes diante dos princípios da economicidade e eficiência.

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título da Pós-Graduação *Lato Sensu em Direito Administrativo*.

Professor Orientador: Maria Carolina Cancellata de Amorim.

Rio de Janeiro
2016

AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS ADMINISTRATIVAS EXORBITANTES DIANTE DOS PRINCÍPIOS DA ECONOMICIDADE E EFICIÊNCIA.

Luciane Firmo da Silva

Graduada em Direito pela Faculdade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, e Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho.

Resumo: Atualmente, a questão da economicidade na realização dos contratos administrativos ganhou significativa relevância no debate acerca da eficácia na gestão pública e do alcance do efetivo interesse público. Um ponto que ainda gera controvérsia é as cláusulas exorbitantes inerentes aos contratos administrativos. No presente trabalho, buscar-se-á analisar se a regulamentação existente propicia a economicidade e, portanto, a eficácia dos contratos da Administração, de modo a garantir uma melhor gestão dos recursos públicos e alcance do interesse público.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Contrato Administrativo. Cláusulas Exorbitantes. Eficiência. Economicidade. Gestão Pública. Interesse Público.

Sumário: Introdução. 1. Dos princípios da eficiência e da economicidade. 2. Os contratos administrativos - conceito e cláusulas exorbitantes. 3. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos x Aplicação das cláusulas exorbitantes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente, a questão da economicidade na realização dos contratos administrativos ganhou significativa relevância no debate acerca da eficácia na gestão pública e do alcance do efetivo interesse público.

Um ponto que ainda gera controvérsia é as cláusulas exorbitantes inerentes aos contratos administrativos, uma vez que estas ensejam desequilíbrio entre as partes contratantes, ao conferir prerrogativas à administração e sujeições ao contratado.

Tais prerrogativas unilaterais em favor do estado geram insegurança e risco ao particular que, por conseguinte, inclui este risco incerto em sua proposta apresentada durante o certame licitatório, elevando o preço a ser cobrado do Poder público.

Com efeito, o presente trabalho enfoca a relativização da supremacia da Administração Pública nos contratos administrativos, em razão da presença natural das cláusulas exorbitantes, a fim de se atender especialmente a eficiência e a economicidade da gestão de recursos públicos.

Para melhor compreensão do tema, buscar-se-á: avaliar se a regulamentação existente propicia a economicidade e, portanto, a eficácia dos contratos da Administração, de modo a garantir uma melhor gestão dos recursos públicos e alcance do interesse público; propor mecanismos de relativização da supremacia da Administração Pública, especialmente quanto à aplicação das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos; e, demonstrar que a ausência de prerrogativas unilaterais em favor do Estado nos contratos administrativos não implica em risco ao interesse público, ao contrário, ao diminuir os riscos para o particular, os preços praticados na contratação se revelam mais justos, diminuindo os gastos da Administração e uma melhor gestão dos recursos públicos.

Inicia-se o primeiro capítulo discorrendo sobre dos princípios da eficiência e da economicidade, trazendo seus respectivos conceitos a luz da doutrina e jurisprudência pátria.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, acerca dos contratos administrativos e suas cláusulas exorbitantes, analisando a legislação vigente e decisões judiciais pertinentes ao tema.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Será analisada a relação existente entre os contratos administrativos e a gestão pública, de modo a se demonstrar a relativização da supremacia da Administração Pública nos contratos administrativos, e a restrição à aplicação das cláusulas exorbitantes, conforme anteriormente explicitado.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfico e pesquisa de jurisprudência.

1. OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMICIDADE

A doutrina clássica defendia a ideia de que os princípios, diferentemente das regras, não poderiam ensejar uma decisão, uma vez que apenas contem fundamentos a serem associados a outros fundamentos, de modo a embasar a regra já estabelecida.

Com efeito, até o positivismo aos princípios era conferido apenas o caráter de fonte normativa secundária, uma vez que sua aplicação dar-se-ia somente em casos de lacuna legal.

Ocorre que a partir do final do século XX, com o surgimento da fase pós-positivista jurídica, passou-se a reconhecer a normatividade primária dos princípios constitucionalmente estabelecidos. Como bem elucida Rafael Oliveira em sua obra, “*os princípios são considerados norma jurídicas, ao lado das regras, e podem ser invocados para controlar a juridicidade da atuação do Estado.*”¹

Na seara em comento, o princípio da eficiência restou introduzido no diploma Constitucional, através da Emenda Constitucional nº19 de 1998, no caput, do art. 37 da Constituição Federal que assim passou a dispor: “*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.*”²

Tal inserção se deu em razão da necessidade de eficiência na atuação da Administração, de modo a corresponder às demandas sociais, com o alcance de resultados de forma rápida e eficaz, evitando-se, assim, a gestão da coisa pública de modo burocrático. Em

¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Método. 2013. p. 41.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 21.02.2016.

outros termos, a eficiência na Administração Pública visa a atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas.

Quanto à sua aplicação, releva anotar que o princípio da eficiência deve ser observado durante todo o processo de contratação pela Administração, independentemente de ser precedido ou não de licitação.

Os meios utilizados pelo Poder Público na contratação devem ser otimizados, de modo a obter o fim ansiado, sem que ocorra desperdício de recursos. Por conseguinte, tem-se que o Estado deve obter a maior realização prática possível das finalidades públicas, com os menores ônus possíveis.

Todavia, convém ressaltar que a eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, somente ser analisada sob o viés econômico. Consoante consignado na doutrina pátria, a Administração ao realizar qualquer contratação “*tem o dever de considerar outros aspectos igualmente fundamentais: qualidade do serviço ou do bem, durabilidade, confiabilidade, universalização do serviço para o maior número possível de pessoas etc.*”³

Nesse contexto, é pertinente afirmar que nem sempre a medida mais barata será a mais eficiente na consecução do interesse público.

Ainda, com o objetivo de zelar pela alocação dos recursos públicos nas contratações, importante mencionar o princípio da economicidade insculpido no art. 70, *caput*, da CRFB/88⁴.

Este princípio representa, em síntese, o alcance dos resultados esperados com o menor custo possível. Trata-se da união da qualidade, celeridade e menor custo na contratação administrativa ou trato com os bens públicos.

³ OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. Op. cit. p. 120.

⁴ Art. 70. *A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.* BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Op. cit. (grifos nosso)

Nesse diapasão, importante, ainda, trazer à baila lição do i. professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto acerca do princípio ora em comento, *in verbis*:

Nesse sentido, em parte é corolário do princípio da *eficiência*, acima estudado, porque se volta à observância de uma relação, que aqui é especificamente *financeira*, portanto, mensurável ou estimável, entre *insumos* e *produtos*, pois, tanto quanto nas hipóteses aplicativas daquele princípio matriz, a *economicidade* tampouco prescinde de *parâmetros objetivos*, claros e previamente conhecidos, para que, em cotejo com eles, seja possível chegar-se a conclusões, juridicamente válidas, sobre sua eventual violação, não podendo decorrer, portanto, de uma apreciação *livre* e, muito menos, *subjetiva* dos atos da Administração, daí a necessidade de motivação quando de sua aplicação.⁵

Verifica-se, portanto, que o princípio da economicidade guarda estreita relação com o princípio da eficiência já explicitado, na medida em que ambos se referem à busca pela boa gestão dos recursos públicos, na contratação e/ou gerenciamento de bens públicos. Os dois princípios relacionam-se à melhora da relação custo/benefício da atividade da Administração.⁶

2. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – CONCEITO E CLÁUSULAS EXORBITANTES

O contrato administrativo é espécie de contrato da Administração que visa a execução de atividades de interesse público, seguindo um regime de Direito Público.

Com efeito, a distinção entre contrato administrativo e o contrato privado não está relacionada a sua subjetividade; ou seja, caracterizado o contrato administrativo por ser o ajuste em que figure entidade estatal, mas sim por apresentar um objeto específico e comum a todos os contratos administrativos: um interesse público.

Nesse sentido, inclusive, leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, confira-se:

Assim, nem todo contrato da Administração – aquele em que ela figure como parte – será um contrato administrativo, embora em ambas as hipóteses a contratação se sujeite a princípios e regras aplicáveis do Direito Administrativo, uma vez que, para configurar-se um contrato da Administração, aí sim, bastará o elemento sujeito.⁷

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 116.

⁶ RODRIGUES. Maria Isabel Araújo; ARAÚJO. Leticia Malta. *A relação entre os princípios da eficiência e da economicidade nos contratos administrativos*. Revista do Serviço Público. Brasília. n.63. p. 43-62. Jan/mar 2012. Disponível em: <<http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/87/84>>. Acesso em 17.03.2016.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit. p. 179.

Outrossim, ao contrário dos contratos privados, que são qualificados por uma relação horizontal entre as partes, uma vez que vigora o princípio da igualdade entre as partes, os contratos administrativos são marcados pela verticalidade da relação jurídica instalada.

Essa verticalidade se dá em razão da presença de diversas prerrogativas por parte da Administração Pública, denominadas cláusulas exorbitantes.

Saliente-se, por oportuno, que tais prerrogativas derivam da própria postura assumida pela Administração Pública, no sentido de resguardar o interesse público e de buscar na prática de todos os seus atos a finalidade pública de modo a garantir a igualdade e isonomia entre os particulares.

Frise-se, também, que na realidade, a atuação da Administração se dá de forma vinculada ao interesse público; não há escolha, não se leva em conta a vontade do administrador e eventuais interesses privados. O administrador, conforme entendimento da doutrina clássica, está, portanto, impedido de, discricionariamente, em certas circunstâncias, abrir mão das cláusulas exorbitantes em favor de determinada relação contratual.

As cláusulas exorbitantes encontram-se devidamente previstas em lei, qual seja, no art. 58, da Lei nº 8.666/1993, e sujeitam o contratado, segundo doutrina majoritária, independente de previsão edilícia ou contratual.

Consoante se infere da leitura do dispositivo legal acima destacado, o ordenamento jurídico brasileiro prevê as seguintes cláusulas exorbitantes: alteração unilateral, rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de sanções e ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando o ajuste visa a prestação de serviços essenciais.

A alteração unilateral do ajuste com o particular pela Administração, consoante previsto no artigo 65, I, da Lei 8.666/95, dar-se-á de forma: 1) qualitativa, quando há modificação do projeto ou das especificações, com vistas à melhor adequação técnica aos fins

do contrato (alínea ‘a’), ou 2) quantitativa, que se configura quando é preciso modificar o valor em virtude do aumento ou diminuição quantitativa do objeto contratual (alínea ‘b’).

Tais alterações, ademais, somente podem ocorrer desde que respeitada a necessidade de motivação, em razão de fato superveniente à contratação e não haja a descaracterização do objeto contratual.

Vale ainda consignar que as cláusulas exorbitantes somente podem incidir sobre à execução do objeto do contrato, não podendo refletir sobre quaisquer cláusula econômico-financeira, na forma do disposto do artigo 58, §1º, da Lei 8.666/1993⁸.

As cláusulas econômico-financeiras e monetárias não são passíveis de alteração sem a prévia concordância do contratado, sem que ocorra uma prévia mudança nas cláusulas pertinentes à execução do objeto contratual. Caberá a revisão daquelas cláusulas de forma derivada para que se preserve o equilíbrio do contrato (art. 58, §2º, da Lei 8.666/1993).

Como bem explicita José dos Santos Carvalho Filho:

*A alteração primária atinge apenas as cláusulas de execução da obra ou serviço, ou quantitativos do objeto, em caso de compras. Entretanto, a modificação do preço sempre configura como alteração derivada, vale dizer, não ocorre diretamente, mas sim como efeito da consumação de alguma daquelas situações.*⁹

Nesse sentido, igualmente, manifestou-se o i. Des. Jesse Torres quando do julgamento dos autos do processo nº 0251980-19.2008.8.19.0001, perante a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *in verbis*:

(...) O exercício da prerrogativa limita-se a incidir sobre as chamadas cláusulas de serviço ou regulamentares, ou seja, aquelas que concernem à execução do objeto contratado. Isto porque não há, nem pode haver, alteração unilateral das cláusulas econômico-financeiras e monetárias, que, consoante ressalvado no § 1º do mesmo art. 58, “não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado”, evidente homenagem ao princípio do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, que já se extrai do texto do art. 37, XXI, da Constituição da República, quando, ao cuidar das licitações e contratações administrativas, estipula que devem assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, “com cláusulas que

⁸BRASIL. Lei nº 8.666, vinte e um de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 20.02.2016.

⁹ CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 196-197.

estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta” (...).¹⁰

Com efeito, conforme ensinamento da doutrina pátria, há nos contratos administrativos o reconhecimento de dois tipos de cláusulas: (a) as cláusulas regulamentares, que não possuem natureza tipicamente contratual, já que decorrem do poder regulamentar, sendo estabelecidas e alteradas unilateralmente pela Administração Pública, ressalvado ao particular o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro eventualmente rompido; (b) as cláusulas financeiras que são tipicamente contratuais e, por serem atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro, não podem ser alteradas unilateralmente.¹¹

Ademais, os efeitos econômicos da alteração unilateral das cláusulas regulamentares devem respeitar os percentuais previstos no art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993; ou seja, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras não podem ultrapassar o equivalente a 25% do valor atualizado do contrato, e, no caso específico de reforma de edifício ou de equipamento, o limite será de 50% para os acréscimos.

Registre-se, nesse ponto, relevante controvérsia acerca do alcance de tais limitações á cláusulas qualitativas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende, em sua obra, que apenas as alterações quantitativas sujeitam-se aos limites impostos no art. 65, §1º, acima referenciado, posto que o dispositivo legal em comento somente faz referência expressa à modificação do valor do contrato decorrente de acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto, não se encontrando tal restrição quando trata das alterações qualitativa.¹²

¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Segunda Câmara Cível. Processo nº 0251980-19.2008.8.19.0001. APELACAO. Relator: DES. JESSE TORRES. Julgamento: 16/06/2010. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em:05.03.2016.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ainda Existem os Chamados Contratos Administrativos?* In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves Ribeiro (coord.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 402-403.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.p. 273.

Por outro lado, a corrente majoritária da jurisprudência e doutrina brasileira, entende que os limites descritos em lei devem ser observados em toda e qualquer alteração unilateral, qualitativa ou quantitativa.

Nesse contexto, manifesta-se o i. Des. Jesse Torres Pereira Junior, como se infere do julgamento transcrito a seguir:

Não é por outra razão que o exercício da prerrogativa da modificação unilateral do contrato pela Administração sujeita-se a condições severas e objetivamente mensuradas na lei, a saber: (a) a modificação vincula-se a finalidade de interesse público, ou seja, não pode decorrer de mero capricho do administrador; (b) há de ser motivada, tanto que o art. 65, caput, admite as alterações contratuais desde que “com as devidas justificativas”; e (c) observado índice prefixado – “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... Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos..., salvo: II – as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes” (art. 65, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.666/93).¹³

Argumenta, ainda, a doutrina e jurisprudência majoritária que a fixação de tais limites tem por fim evitar que alterações profundas no contrato ensejassem sua desnaturalização ou alteração do núcleo originário de seu objeto, de modo a ferir os princípios da segurança jurídica, boa-fé, economicidade e razoabilidade, que norteiam todos os atos da Administração.

No tange à rescisão unilateral dos contratos, vale destacar que tal prerrogativa prescinde de propositura de ação judicial, sendo os principais motivos: a culpa do particular, caracterizado principalmente pelo descumprimento do contrato, e o interesse da própria Administração Pública.

A culpa do particular, nos termos do artigo 78, da Lei 8.666/93, restará configurada quando, dentre outras circunstâncias: não houver o cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos se der forma irregular; ocorrer a lentidão no cumprimento do contrato,

¹³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Segunda Câmara Cível. Processo nº 0251980-19.2008.8.19.0001. APELACAO. Relator: DES. JESSE TORRES. Julgamento: 16/06/2010. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em:05.03.2016.

levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; ocorrer o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; dar-se a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração; se verificar 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; houver o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores; se comprovar o cometimento reiterado de faltas na sua execução.¹⁴

Por seu turno a Lei 8.666/1993, em seu artigo 78, inciso XII, previu que a modificação contratual pode ocorrer sem culpa do particular quando “*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*”. Frise-se que neste caso inexistente inadimplemento do contratado, uma vez que a rescisão se deve exclusivamente a razões administrativas.

Quando advier o inadimplemento pelo contratado, a Administração nada paga ao particular, ao contrário, é credora de indenização, caso reste comprovados prejuízos pelo descumprimento do contrato.

Salienta, ademais, José dos Santos Carvalho Filho, que “*o fato enseja, ainda, para a Administração, o direito de reter créditos, executar garantia contratual para ressarcimento dos prejuízos, assumir imediatamente o objeto do contrato e ocupar os locais necessários à execução*”¹⁵.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, vinte e um de junho de 1993. Op. cit. art. 78.

¹⁵ CARVALHO FILHO. José dos Santos. Op. cit. 199.

Ao contrário, se a rescisão ocorrer sem o inadimplemento pelo particular, a este cabe igualmente reparação pelos prejuízos suportados, devidamente comprovado, evitando-se, assim, o enriquecimento ilícito da Administração.

3. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS X APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos encontra-se presente na adequação da relação preço e objeto, que deve estar presente desde a pactuação.

Com efeito, a equação financeira revela-se verdadeiro princípio constitucional a ser observado na contratação com ente público, o qual se encontra insculpido no art.37, XXI, da CRFB, a saber:

“Art. 37. (...)

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.”¹⁶

Mister destacar, oportunamente, que o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pode ser suscitado tanto pelo particular, quanto pela Administração.

Destarte, a legislação consagra alguns mecanismos para se evitar o desequilíbrio dessa equação econômica no curso do contrato, sendo as mais relevantes o reajuste e a revisão do pactuado.

O reajuste é cláusula necessária dos contratos administrativos cujo objetivo é preservar o valor do contrato em virtude das oscilações econômicas que podem ocorrer durante sua vigência. Para haver o reajuste, portanto, deve ser expressa a avença nesse sentido, caso contrários, entender-se-á que o preço pactuado é fixo e irremovível.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 21.02.2016.

Já o direito à revisão independe de expressa previsão contratual, sendo necessário apenas a comprovação da existência de fato superveniente que tenha causado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

O desequilíbrio na contratação pode ser originário de fatos imprevisíveis (ou previsíveis com efeitos extraordinários), decorrentes de força maior, caso fortuito e fato do príncipe (fato extracontratual praticado pela Administração que repercute no contrato administrativo, exemplo: majoração de alíquota de um tributo).

No entanto, a necessidade de revisão de cláusulas contratuais pode ser originária da aplicação das cláusulas exorbitantes pela Administração Pública, especialmente com a alteração unilateral do contrato pelo ente público.

Como visto anteriormente, a Administração possui a prerrogativa de alteração independente do consentimento do particular contratado, desde que o objeto nuclear do contrato não descaracterizado, haja a devida motivação, e sejam mantidas as condições efetivas da proposta, de modo a garantir a equação financeira do contrato, a luz do que estabelece o art. 37, da CRFB/88, e respeitados os limites legais para modificação.

Tal privilégio decorrer da própria postura da Administração Pública em defender o interesse público, conforme bem elucidada o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto em obra sobre o tema: “(...) *o interesse público adviria como fundamento substantivo das prerrogativas, resolvendo o problema da exceção ao princípio da igualdade perante a lei, já que seria a própria lei a estabelecer as hipóteses de desigualação*”.¹⁷

No entanto, ainda que respeitados requisitos definidos na lei, a alteração unilateral do contrato provoca ônus para o contratado. Nesse contexto, especialmente à luz do princípio da economicidade, o qual ganhou significativa relevância no debate acerca da eficácia na gestão pública e do alcance do efetivo interesse público, recentemente, parte da doutrina pátria

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 574.

passou a relativizar a supremacia da Administração e do próprio interesse público diante de direitos e garantias fundamentais. Deste modo, a aplicação das cláusulas exorbitantes dependeria de expressa previsão no instrumento contratual.

Defende-se que a ausência de prerrogativas unilaterais em favor do Estado nos contratos administrativos não implica em risco ao interesse público, ao contrário, ao diminuir os riscos para o particular, os preços praticados na contratação se revelam mais justos, diminuindo os gastos da Administração e uma melhor gestão dos recursos públicos.

De fato, as cláusulas exorbitantes não podem servir de meio para a falta de planejamento da Administração, tão comum na gestão estatal brasileira.

Além disso, à luz de uma interpretação constitucional do direito administrativo, especialmente do conceito de interesse público, não há que se falar em um antagonismo entre esse e o interesse privado.

Com efeito, com a releitura do conceito de interesse público pelo viés constitucional, consoante os direitos fundamentais e a ideia de democracia, percebe-se que a atividade administrativa deve ser orientada pela persecução das necessidades coletivas, para a realização dos direitos da população.¹⁸

Entende a doutrina pós-moderna que se revela inapropriado aceitar a existência de um interesse público genérico, que possa ser imposto em abstrato pela Administração sobre os interesses particulares, havendo, na realidade interesses públicos específicos, legalmente definidos, de modo que a prerrogativa do Estado deve ser com estes compatíveis e servir efetivamente à sua promoção.

O interesse público, como norteador dos contratos administrativos, deve ser instrumento delimitador, a fim de que as necessidades da sociedade sejam atendidas de forma eficaz e econômica.

¹⁸ MOURA. Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo. O princípio da persecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014. p. 219.

Por conseguinte, os contratados não podem ser prejudicados em virtude de atitudes lacônicas e evasivas da Administração ao demandar uma aquisição e um bem ou serviço, ou seja, mediante a especificação deficiente ou valor orçado fora da realidade, sob o argumento de que a retificação, alteração do contrato advém da preservação do interesse público.

Nesse contexto, inclusive, o Tribunal de Contas da União, preocupado com as artimanhas utilizadas no momento da alteração do contrato, a exemplo do combatido "jogo de planilha" (o "jogo de planilha" ocorre quando uma proposta orçamentária contém itens com valores acima e abaixo do preço de mercado simultaneamente, que no somatório da planilha se compensam, totalizando um valor global abaixo do valor de mercado, atendendo momentaneamente ao interesse público), listou algumas providências a serem adotadas pela Administração Pública, de modo a garantir a legalidade e a idoneidade do termo aditivo, quais sejam:

"a) exigir que o projeto básico, com os elementos descritivos a ele pertinentes, seja tecnicamente adequado e atualizado, no momento da realização da licitação de obras públicas, conforme prescrevem os arts. 6º, inciso IX, e 7º, ambos da Lei 8.666/93, **evitando-se alterações contratuais que o desnaturem ou que sejam motivadas por erros grosseiros, omissões, insuficiências ou obsolescência do projeto básico, o qual deve permitir a correta aferição dos quantitativos de serviços necessários à execução integral da obra;**

(...)

c) havendo necessidade de celebração de aditivos contratuais, certificar-se de que a alteração contratual não se destina a suprimir a vantagem econômica inicialmente obtida pela Administração ('jogo de planilha'), **devendo a revisão ser coerente com o projeto básico;**

(...)

e) afastada essa hipótese, sendo a alteração tecnicamente justificável, por corresponder a um avanço qualitativo ou quantitativo genuíno em relação ao projeto da obra (art. 65, inciso I, alíneas 'a' e 'b', da Lei 8.666/93), e **efetuada exclusivamente para atender ao interesse público e não para propiciar ganhos indevidos, tudo amplamente comprovado, se o termo aditivo vier a reduzir ou suprimir o desconto originalmente concedido sobre o orçamento base, essa circunstância acarretará a presunção de possível desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a ser completa e cabalmente confirmada ou refutada pela Administração, oferecendo-se ampla oportunidade de manifestação da empresa contratada;**

(...)

g) na celebração de aditivos contratuais nos quais são acrescidos novos itens de serviços, não previstos no contrato original, os preços unitários devem ser deduzidos dos preços dos itens congêneres previstos no contrato original e das condições licitadas, **não se admitindo que, nas suas composições de preço, constem custos elementares de insumos diferentes dos atribuídos aos mesmos insumos em composições preexistentes nem taxas de consumo ou de produtividade em visível desacordo com as especificadas em composições semelhantes, atentando-**

se para o fato de que o preço de mercado sempre deverá servir de limitante superior.” (grifos nosso)¹⁹

Nessa perspectiva, como uma solução prática de administrar os interesses públicos nas relações entre Estado e contratado, surge a teoria da dupla motivação, como técnica de uso criterioso da discricionariedade administrativa, bem como a ponderação entre os interesses, de modo a moderar a aplicação das cláusulas exorbitantes de forma indiscriminada pela Administração.

Segundo esta teoria, há um momento da motivação para a adoção ou para o afastamento em tese da cláusula exorbitante, e outro momento de motivação para a aplicação de uma determinada cláusula exorbitante, em um certo contrato em uma determinada circunstância.²⁰

Por certo, a restrição à alteração unilateral do contrato propiciaria a manutenção, pelo menos em parte, da equação econômico-financeira do contrato, na medida em que o particular saberia de plano o preço do ajuste, sem necessidade da sua revisão.

Com a previsão específica de alteração em cada contrato, preservar-se-ia a confiança legítima do administrado, pois a transação seria realizada com maior transparência, consoante situações fáticas específicas e as peculiaridades de cada contrato.

Alcançar-se-ia uma maior efetividade nos resultados esperados com o menor custo possível, coadunando-se, portanto, a contratação pública aos princípios da eficiência e da economicidade.

Todavia, conservar-se o entendimento quanto à atuação da Administração Pública com supremacia e privilégios, aplicando as cláusulas exorbitantes com discricionariedade, desde que, repise-se, mantida a adequação do preço e objeto da contratação.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão Plenário nº 1755/2004, de 10 de novembro de 2004. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Disponível em: < <http://www.tcu.gov.br> > Acesso em: 17 jul. 2016.

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit. p. 586.

CONCLUSÃO

Restou demonstrado no presente trabalho que as cláusulas exorbitantes ensejam desequilíbrio entre as partes contratantes, ao conferir prerrogativas à administração e sujeições ao contratado.

Todavia, apesar de tais prerrogativas por parte da administração, importante e obrigatório se revela a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, já que este é verdadeiro princípio constitucional a ser observado, insculpido no art.37, XXI, da CRFB.

Importante lembrar que a Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93) prevê limitações a tais alterações, de modo a preservar a adequação aos princípios da segurança jurídica, boa-fé, economicidade e razoabilidade, que norteiam todos os atos da Administração.

Nesse contexto, especialmente à luz do princípio da economicidade, o qual ganhou significativa relevância no debate acerca da eficácia na gestão pública e do alcance do efetivo interesse público, propõe-se a relativização da supremacia da Administração.

Desta forma, a aplicação das cláusulas exorbitantes dependeria de expressa previsão no instrumento contratual, com previsões específicas ao contrato celebrado e conforme circunstância específicas, de modo a limitar o alvedrio ilegítimo por parte do gestor público.

De fato, não pode a Administração, no exercício de seu poder discricionário, introduzir de forma desvantajosa e prejudicial ao particular cláusulas desvantajosas em relação a circunstâncias e condições anteriormente estipuladas.

Com efeito, a alteração inicial do contrato deveria pressupor uma negociação, uma consensualidade entre os contratantes, bem como e, principalmente, uma motivação específica e detalhada caso a caso. Como orienta o Tribunal de Contas da União no acórdão 1755/2004,

a alteração do contrato pelo Estado deve ser efetuada exclusivamente para atender ao interesse público e não para propiciar ganhos indevidos.

O interesse público, interpretado em consonância com as garantas constitucionais, não se revela em oposição ao interesse privado, individual. Ao contrário, resguarda o particular contra os excessos da Administração.

Realmente, como norteador dos contratos administrativos, o interesse público nesse viés constitucional, revela-se um importante delimitador da discricionariedade administrativa, a fim de que as necessidades da sociedade sejam atendidas de forma eficaz e econômica.

Defendeu-se, em resumo, que a restrição à alteração unilateral do contrato, propicia a manutenção, pelo mesmo em parte, da equação econômico-financeira do contrato, uma vez que o particular saberia de plano o preço do ajuste, sem necessidade da sua revisão, diminuindo, ainda, os arbítrios e preços praticados na contratação, e, conseqüentemente, os gastos da Administração e uma melhor gestão dos recursos públicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 21.02.2016.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 20.02.2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão Plenário nº 1755/2004, de 10 de novembro de 2004. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Disponível em: < <http://www.tcu.gov.br> > Acesso em: 17 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Segunda Câmara Cível. Processo nº 0251980-19.2008.8.19.0001. Apelação. Relator: Des. Jesse Torres. Julgamento: 16/06/2010. Disponível em < <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 05.03.2016.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Ainda Existem os Chamados Contratos Administrativos?* In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coord.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 398-411.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 571-592.

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*. 3º ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

_____. *Princípios do Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Método. 2013.

PEREIRA JR. Jesse Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração Pública*. 8º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RODRIGUES. Maria Isabel Araújo; ARAÚJO. Letícia Malta. *A relação entre os princípios da eficiência e da economicidade nos contratos administrativos*. Revista do Serviço Público.

Brasília. n.63. p. 43-62. Jan/mar 2012. Disponível em:
<<http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/87/84>>. Acesso em 17.03.2016.

SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos. *Cláusulas exorbitantes: da teoria a prática*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coord.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 381-397.