



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A preservação do equilíbrio nos contratos administrativos através da Relativização das
Cláusulas Exorbitantes e da Repartição Objetiva dos Riscos

Thais Antonia Medina Correia

Rio de Janeiro

2016

THAIS ANTONIA MEDINA CORREIA

A PRESERVAÇÃO DO EQUILIBRIO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
ATRAVÉS DA RELATIVIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES E DA
REPARTIÇÃO OBJETIVA DOS RISCOS

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro em Direito Administrativo
Professor Orientador:
Maria Carolina Cancellata de Amorim

Rio de Janeiro
2016

A PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ATRAVÉS DA RELATIVIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES E DA REPARTIÇÃO OBJETIVA DOS RISCOS

Thais Antonia Medina Correia

Graduada em direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós graduada em Direito Administrativo pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: Os contratos administrativos sempre foram contemplados pelas Cláusulas Exorbitantes que conferem à Administração prerrogativas especiais em relação aos particulares. Entretanto, os questionamentos acerca da real Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, o dinamismo e a complexidade das relações contratuais, os desequilíbrios econômicos e financeiros que podem prejudicar o contratante e o contratado, têm gerado discussões acerca da necessidade de revisar esse modelo e introduzir novos mecanismos capazes de garantir uma relação contratual mais segura e equilibrada para ambas as partes.

Palavras chave: Direito Administrativo. Contratos Administrativos. Cláusulas exorbitantes. Riscos. Equilíbrio econômico financeiro. Relativização. Objetivação.

Sumário: Introdução. 1. Cláusulas exorbitantes e suas finalidades. 2. Situações que desequilibram o contrato administrativo. 2.1. Alteração do equilíbrio econômico financeiro pelos incisos I e II do art. 58. 3. Como reduzir a insegurança e aumentar o equilíbrio nos contratos administrativos? 3.1. Relativização das Cláusulas Exorbitantes. 3.2. Repartição objetiva dos riscos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro é organizado com base na divisão da Administração, seus órgãos e entidades em direta e indireta, a fim de concretizar com maior eficiência a prestação de importantes serviços públicos e de atividades essenciais para realização de políticas públicas em geral. Com o propósito de alcançar seus interesses e viabilizar seus objetivos o Estado precisa estabelecer relações jurídicas que muitas vezes são materializadas por meio do contrato.

A legislação, consubstanciada principalmente na Lei 8.666, estabeleceu um modelo de cláusulas especiais aplicáveis aos contratos administrativos. Elas conferem ao Poder Público

prerrogativas capazes de estabelecer vantagens à Administração em função da sua finalidade primordial e indisponível de alcançar o interesse público, trata-se das Cláusulas Exorbitante.

Entretanto, embora esse modelo legalmente constituído e utilizado nos contratos administrativos atuais seja pacífico na doutrina e na jurisprudência, algumas considerações críticas vêm questionando a sua aplicação.

O dinamismo comercial da sociedade com inúmeros concorrentes, preços, publicidade e juntamente com as novas tendências do Direito Administrativo moderno a partir da reinterpretção do princípio da legalidade, da necessidade de transparência, motivação e legitimidade, vem tornando desfavorável o uso de algumas Cláusulas Exorbitantes diante de determinados contratos administrativos com particulares.

Elas podem gerar desequilíbrios no negócio jurídico o que, conseqüentemente, aumenta a insegurança do particular em função das restrições às quais está submetido situação que o leva, muitas vezes, a incorporar o risco da avença no preço do produto ou serviço, onerando não só a Administração como também o consumidor final.

Dentre todas as prerrogativas do Poder Público é possível perceber que as Cláusulas Exorbitantes mais problemáticas são as que permitem a rescisão e a alteração unilateral do contrato, além de todo o regime de álea administrativa consubstanciado em fato do príncipe e fato da administração, conforme será exposto no decorrer do artigo.

Não obstante os riscos normais do contrato, essas situações podem gerar desequilíbrios financeiros e prejudicar o cumprimento do negócio, ocasionando um prejuízo ao particular que nem sempre é remediado através de compensações financeiras e reajustes. Diante disso cumpre saber em que medida é necessário aplicar as cláusulas exorbitantes, indiscriminadamente, em todos os contratos e até que ponto é possível repartir os riscos entre os contratantes para evitar desequilíbrios em função dos danos que ocorrerão.

Nesse contexto, consagra-se o objetivo do presente artigo: apresentar a possibilidade de flexibilização dessas cláusulas, como uma alternativa doutrinária, capaz de ser utilizada para equacionar as prerrogativas contratuais da Administração Pública com os interesses privados e solucionar os desequilíbrios econômicos e financeiros do contrato por meio de uma divisão de riscos e prejuízos menos perniciosos.

Eventual sucesso dessa proposta pode ser fundamental para aumentar a segurança jurídica e evitar os custos adicionais que a Administração suporta em função da precificação do risco.

O tema será abordado com enfoque nas disposições da Lei 8.666/93, sem prejuízo, contudo, de eventuais referências aos contratos de Concessão. A fim de melhor desenvolver a

questão principal será realizada uma breve verificação dos institutos clássicos que permeiam a matéria para, posteriormente, adentrar nas considerações sucintas que serão trazidas sobre o objeto de pesquisa.

1. CLÁUSULAS EXORBITANTES E SUAS FINALIDADES

Contratos são atos jurídicos bilaterais presentes na sociedade desde o início da sua organização coletiva. A primeira face é de contrato civil que gerencia as relações privadas, ou seja, entre particulares. Contudo, com a evolução das relações sociais em conjunto com as modificações na estrutura governamental e política dos países, outros arranjos econômicos foram surgindo e deram origem a uma relação entre o particular e o Estado.

Como a Administração brasileira não possui todos os insumos necessários para realizar suas atividades, ela precisa adquirir voluntariamente bens e serviços junto a empresas por meio de contratos, que em princípio são precedidos de licitação¹ e, uma vez que não é viável exercer todas as atividades diretamente, é obrigada a utilizar as empresas privadas para auxiliar na prestação de alguns serviços necessários. Desse modo, nasceram contratos celebrados pelo Poder Público com o particular.

Nesse sentido, a Administração Pública no exercício das suas contratações pode realizá-las de duas maneiras diferentes, por meio dos Contratos Administrativos e dos Contratos privados da Administração². Embora existam posições doutrinárias³ que divergem dessa classificação, é inegável que há grande diferença entre ambos os tipos de contrato.

Os Contratos da Administração são contratos privados celebrados pelo Estado e, regidos predominantemente pelo direito civil. A Administração não assume posição de Poder Público, e, portanto, suas prerrogativas não são imediatamente inseridas o que, por sua vez,

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 353.

² Para o autor Rafael Oliveira a expressão “contratos da Administração” é gênero do qual resultam as duas espécies acima mencionadas. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos, teoria e prática*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Cap. 3.

³ A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta em seu livro três correntes doutrinárias a respeito dos contratos administrativos. A primeira nega a existência do contrato administrativo por afirmar que eles não observam características inerentes a todos os contratos como o princípio da igualdade entre as partes, a autonomia da vontade e a força obrigatória das convenções. A segunda afirma que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos e não existem contratos privados, visto que, sempre que a Administração contrata há interferência do regime jurídico público que determina a competência, a forma, o procedimento etc. A terceira estabelece que os contratos administrativos são espécie do gênero contrato e tem características próprias que os diferenciam dos contratos de direito privado. Esse último posicionamento é, inclusive, o adotado pela autora. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 263-265.

confere maior equilíbrio entre os contratantes. Porém, o art. 62,§3º, I da Lei 8.666⁴ permite que essas Cláusulas Exorbitantes sejam aplicadas “no que couber”. São exemplos, os contratos de locação que a Administração realiza.⁵

Por outro lado, os Contratos Administrativos são celebrados sob o regime de direito público e não há equilíbrio contratual visto que ocorre a inserção do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular, o que restringe, portanto, a isonomia entre as partes em função da aplicação das Cláusulas Exorbitantes. São exemplos, os contratos de concessão de serviços públicos.⁶ Admite-se, contudo, uma aplicação supletiva das normas de direito privado.

É possível concluir, portanto, que a principal diferença entre as espécies de contrato é a presença das Cláusulas Exorbitantes que modificam a relação de equilíbrio entre os contratantes, já que todos têm como finalidade, em última medida, o interesse público⁷.

Tais Cláusulas estão previstas no art. 58 da Lei 8.666/93.

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.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

⁴ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 62, § 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado; II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos, teoria e prática*. 3º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Cap. 3.

⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos, teoria e prática*. 3º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Cap. 3.

⁷ Apesar de muitos doutrinadores realizarem a classificação em Contratos Administrativos e Contratos da Administração, cumpre esclarecer que a autora Maria João Estorninho contesta a divisão entre “contratos públicos” e “contratos privados” na medida em que diversos contratos privados também sofrem interferências legislativas, principalmente quando uma das partes é hipossuficiente, portanto, em sua opinião, qualquer espécie de contrato pode conter cláusulas exorbitantes. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 355 e 356.

Elas impõem sujeições ao particular que contrata com a Administração independentemente de haver previsão contratual, pois decorrem da lei. Uma vez que o contrato administrativo é de adesão, o contratado apenas acolhe suas cláusulas sem autoridade para exigir qualquer modificação, afinal, quando integra a licitação pode observar se o contrato final é de seu interesse ou não. Porém, apesar dessa adesão, e do poder de autotutela da Administração Pública, o uso de tais prerrogativas contratuais deve ser precedido de motivação, respeito a ampla defesa e ao contraditório⁸.

A professora Di Pietro⁹ afirma que cláusulas dessa natureza podem ser definidas como “aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado”.

A inserção dessas cláusulas é corolário da necessidade do gestor de sempre buscar atingir o interesse público quando em confronto com o interesse particular, inclusive porque, aquele o é indisponível. Trata-se, portanto, da materialização da Supremacia do Interesse Público. Com esse fundamento, o artigo 58 acima transcrito foi inserido na Lei Geral de Licitações, autorizando o Poder Público a adotar providências singulares quando achar necessário.

Com base nessas prerrogativas, o gestor público pode indicar um representante para proceder com específicas fiscalizações na execução do contrato, quando assim entender necessário. Nesse procedimento o fiscal deverá anotar as ocorrências relevantes em registro próprio e determinar as regularizações conforme o art. 67¹⁰, da Lei 8.666/93.

A Administração também pode aplicar sanções aos contratantes que não executarem o objeto ou realizarem sua obrigação de maneira incompleta; o art. 87¹¹ estabelece as espécies de sanções e esclarece a sua aplicação.

⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos, teoria e prática*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. cap. 3.6.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.p. 269.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 67- A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

¹¹ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 87- Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

O Poder Público também guarda a prerrogativa de ocupar os bens do contratado que estejam vinculados ao objeto do contrato a fim de evitar prejuízos ao interesse público e não comprometer a continuidade do serviço.

Porém, as Cláusulas Exorbitantes mais problemáticas nos contratos administrativos são as dispostas nos incisos I e II, pois elas podem gerar grandes desequilíbrios econômicos no negócio jurídico. O poder de rescisão unilateral autoriza a Administração a extinguir o contrato sem a concordância do particular e sem a prévia autorização judicial, segundo previsão do art. 79, I¹². E o poder de modificação unilateral autoriza que alguns elementos sejam alterados.

De fato, nos parágrafos 1º e 2º o legislador demonstrou preocupação pela manutenção do equilíbrio econômico financeiro entre as partes e realizou previsões sobre o reestabelecimento do mesmo. Ocorre que, apesar de tais conjecturas, é importante observar o tema sob à luz das mudanças sociais e econômicas que as empresas privadas, o Direito Administrativo e a gestão pública vêm passando.

Trata-se de uma realidade comercial que está modificando a relação contratual entre o público e o privado, gerando uma doutrina questionadora que oferece propostas de adequação dos contratos a nova realidade social, procurando equalizar o interesse público, orientado com auxílio das Cláusulas Exorbitantes, e os interesses privados.

O objetivo das contestações a esse sistema é analisar até que ponto torna-se vantajosa a aplicação dessas cláusulas a todos os contratos administrativos, e se a atual divisão de riscos contratuais em álea ordinária e extraordinária é, de fato, suficiente diante da complexidade das relações de mercado.

Nesse contexto, é importante avaliar propostas de mecanismos capazes de possibilitar um grau de equilíbrio razoável entre os contratantes através da flexibilização das Cláusulas Exorbitantes e da repartição objetiva dos riscos. Tais medidas tem a finalidade de balancear os interesses de ordem econômica e financeira, a fim de que os ajustes contratuais sejam menos inconstantes para ambas as partes.

Um contrato mais equilibrado diminui a necessidade de sucessivas revisões e evita que haja onerosidade excessiva de uma das partes, situação que pode resultar na rescisão da avença. Ademais, a adaptação dos dispositivos legais referentes às cláusulas contratuais pode ser vantajosa, na medida em que confere ao particular maior segurança jurídica ao contratar, o que, conseqüentemente, beneficia a Administração de várias maneiras.

¹² BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 79- A rescisão do contrato poderá ser: I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior.

Em primeiro lugar, a segurança jurídica atrai mais interessados em contratar com o poder público, tanto parceiros privados nacionais quanto internacionais. Isso enseja um procedimento licitatório com mais propostas e, portanto, dinâmico, impessoal, eficiente e competitivo. Em segundo lugar, se o particular estiver convencido de que seus investimentos estão sendo aplicados em um negócio estável é provável que ele deixe de embutir a incerteza dos riscos no preço final do produto/serviço. O resultado seria benéfico para Administração que preservaria o princípio da economicidade, e para o usuário, que pagaria um preço mais módico.

2. SITUAÇÕES QUE DESEQUILIBRAM O CONTRATO ADMINISTRATIVO

Um importante fator presente nos contratos administrativos é o respeito à equação econômico-financeira fixada no momento da sua celebração¹³. Apesar de se tratar de uma relação desigual em função das prerrogativas do Poder Público, o equilíbrio econômico deve ser preservado, pois eventual alteração que resulte na modificação do projeto financeiro inicialmente planejado pode desestabilizar o contrato por inteiro e invalidar a sua execução. Esse resultado não é positivo para o particular e tampouco para a Administração.

O desequilíbrio econômico do contrato pode decorrer de variadas situações, previsíveis ou imprevisíveis, e dependendo da natureza da instabilidade, ela será corrigida por um instrumento específico.

Ordinariamente, os contratos estão submetidos a álea usual dos negócios jurídicos, ou seja, situações externas e alheias a vontade das partes que podem interferir no objeto ou em seu valor, mas diante de fatos previsíveis naturais que geram oscilações como por exemplo, a correção monetária em razão da atualização da moeda ou da inflação e a variação de preços e insumos que refletem nos custos da produção, deve-se aplicar a Cláusula do Reajuste¹⁴. Trata-se de um mecanismo usualmente adotado apenas para corrigir os valores monetários e não configura uma proteção especial para o contratado¹⁵.

¹³ Inclusive, a manutenção do equilíbrio econômico financeiro encontra-se no art. 37, XXI, CF que determina a necessidade de manter as condições da proposta.

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos, teoria e prática*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Cap. 3.7.1

¹⁵ A álea econômica ordinária ou empresarial, presente em qualquer tipo de negócio, não pode, pelo menos na visão tradicional de divisão de riscos nos contratos administrativos, ensejar uma proteção especial para o contratado pela Administração. Circunstâncias previsíveis; imprevisíveis mas de resultados contornáveis; ou de pequenos reflexos econômicos, devem ser suportadas pelo contratado. O contratado da Administração continua sendo um empreendedor da iniciativa privada, sujeito, portanto, aos riscos de sua atividade. ARAGÃO,

Existem, porém, acontecimentos extraordinários imprevisíveis que podem comprometer o contrato e, por essa razão, a doutrina civilista consagra a Teoria da Imprevisão. Assim, define-se que os contratos devem ser cumpridos enquanto os termos em que ele foi celebrado se mantiverem, contudo, caso haja alguma alteração imprevisível e extraordinária durante a sua vigência que modifique as condições econômicas tornando-o oneroso demais para uma das partes e concedendo muitos benefícios para a outra, será possível rever as suas cláusulas¹⁶. No que tange aos Contratos Administrativos, há uma previsão sobre a aplicação dessa Teoria no art. 65, II, d da Lei 8.666/93¹⁷ a qual o professor Alexandre Aragão denomina de “especial aplicação da Teoria da Imprevisão”¹⁸.

Se por um lado essas consequências excepcionais não podem impedir o cumprimento das obrigações pelo contratado, por outro, ele não deve responder sozinho pelos prejuízos de um contrato que, na verdade, interessa a toda a coletividade e tampouco apenas o poder público deve arcar com os desequilíbrios provenientes desses acontecimentos, uma vez que não os deu causa. Por essa razão o ônus da circunstância imprevisível e extraordinária deve ser repactuado entre os contratantes¹⁹.

Entretanto, como será demonstrado a seguir, um desequilíbrio pode advir em razão do exercício das Cláusulas Exorbitantes pela Administração que, apesar de serem previsíveis, podem gerar consequências não calculadas com prejuízos que não são suficientemente compensados com indenizações e reajustes. Nesses casos, a lei prevê não somente a possibilidade de ser realizada uma Revisão, mas também, como última medida, a rescisão do contrato.

Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 362 e 363.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. *Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, v.3. São Paulo: Método, 2014. Cap. 4.2

¹⁷ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos; II- por acordo entre as 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.

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 361.

¹⁹ Ibid, p. 366.

2.1- ALTERAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO PELOS INCISOS I E II DO ART. 58.

A álea administrativa, segundo a professora Di Pietro²⁰ é composta por três modalidades capazes de desequilibrar o contrato: o fato do príncipe, o fato da administração e o poder de alteração unilateral do contrato.

Por fato do príncipe entende-se o ato de autoridade do ente contratante que, embora não esteja diretamente relacionado com o contrato produz efeitos que repercutem indiretamente sobre ele e, assim, o equilíbrio é rompido. É, portanto, uma medida geral que atinge o contrato reflexamente como, por exemplo, a criação de um tributo que incide sobre matérias primas necessárias a execução do objeto²¹. Nesse caso, a Administração faz parte da divisão dos riscos, pois deu causa ao desequilíbrio.

O Fato da Administração, por sua vez, é o ato praticado pela Administração, como parte do contrato, mediante um comportamento irregular, através, por exemplo, do não cumprimento de suas obrigações contratuais ou da inadimplência, acarretando um desequilíbrio econômico ou tornando a execução impossível²².

O art. 78, XVI da Lei 8.666 faz previsão dessas hipóteses que, dependendo da gravidade, podem levar à recomposição do equilíbrio financeiro, à suspensão do contrato por inadimplemento ou até a sua paralisação completa, o que confere ao contratado o direito a exigir a rescisão do negócio com o pagamento de indenização e ressarcimento dos valores já investidos.

No que tange ao poder de alteração unilateral do contrato, trata-se de Cláusula Exorbitante prevista no art. 58, I e disciplinada no art. 65, I da L. 8.666/93 e indubitavelmente acarreta um desequilíbrio econômico e financeiro no contrato, razão pela qual o legislador impôs limites a sua utilização, como forma de cumprir os preceitos dos parágrafos 2º e 3º do artigo 58.

As alterações unilaterais apenas são permitidas em duas hipóteses: quando houver modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 290

²¹ *Ibid.* p. 290-293.

²² [...] deixa de entregar o local da obra ou do serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou não expede a tempo as competentes ordens de serviço, ou pratica qualquer ato impediendo dos trabalhos a cargo da outra parte. Até mesmo a falta de pagamento, por longo tempo, das prestações contratuais, pode constituir fato da Administração capaz de autorizar a rescisão do contrato por culpa do Poder Público com as indenizações devidas. Hely Lopes Meirelles, 1990:230 apud, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 293.

objetivos ou quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos pelo §1º do art. 65.

Art. 65, § 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.

Trata-se, portanto, de uma alteração que pode ser qualitativa ou quantitativa, ou seja, modificando o projeto ou o valor, de modo que, fica permitido aumentar ou diminuir a quantidade inicialmente pactuada ou então, alterar o valor contratado, desde que, respeitados os limites acima descritos.

O estabelecimento dessas porcentagens é uma tentativa de evitar que as alterações sejam excessivas e desarrazoadas prejudicando o particular e inviabilizando o cumprimento das suas obrigações.

O contratado deve suportar tais alterações, uma vez que elas fazem parte do seu encargo assumido diante da contratação com a Administração²³. Contudo, caso os limites sejam excedidos serão consideradas ilegais, situação que o autorizará a pedir a extinção do contrato.

Alexandre Aragão²⁴ explica as consequências do descumprimento desse artigo.

Ultrapassar esses limites representaria um acréscimo de valor ao contrato de tal magnitude que chegaria a subverter – senão em todos os aspectos, ao menos no econômico – o próprio objeto do contrato, violando os princípios da impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório e competitividade (art. 30, Lei 8.666/93) [...].

Porém, ainda que esses limites sejam respeitados, se a alteração afetar o equilíbrio econômico financeiro de uma maneira muito intensa, o contratado pode pedir a Revisão do negócio para que sejam realizadas as adaptações necessárias. A Revisão, portanto, não é um procedimento periódico devendo ser arguida estritamente quando o equilíbrio inicial do contrato for violado. Trata-se, portanto, de um instituto de recomposição da equação econômico-financeira por meio do qual o preço, o prazo, a forma de pagamento ou outros ajustes são modificados para que o equilíbrio seja mantido.

²³BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 65,§1º: limite de 25% do valor inicial do contrato para acréscimos ou supressões nas obras, serviços ou compras; limite de 50% para acréscimos no caso de reforma de edifício ou equipamentos.

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 364.

Apesar de tais alterações serem legalmente permitidas o objeto do contrato não pode ser modificado, pois isso significaria fraude à licitação. Então, a Administração não pode fazer um processo licitatório contratando um objeto específico para, após a realização do contrato, alterá-lo por outro de acordo com seu convencimento e sob a justificativa de agir conforme o interesse público. Isso está diretamente ligado ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório, segundo o qual a Administração sempre deve observar as regras previamente constituídas no edital de licitação, que é o instrumento convocatório por excelência. A discricionariedade permitida pela lei só pode ser exercida no momento de elaboração do instrumento e não no curso da licitação ou da contratação²⁵.

Diante da desigualdade natural do contrato administrativo, o particular (que já suporta todas as prerrogativas e privilégios da Administração com quem contrata) não pode também ficar submetido a possíveis arbitrariedades de gestores mal intencionados que eventualmente modifiquem as cláusulas subvertendo o seu real objetivo sob o pretexto de guardar o interesse público.

Por esse conceito ser dotado de perigoso subjetivismo, o legislador procurou definir as margens de alteração das negociações, impondo a necessidade de motivação e de compensação financeira em hipóteses específicas como tentativa de garantir a segurança jurídica contratual firmada entre as partes.

Além da alteração unilateral do contrato, a Administração possui a prerrogativa de rescindi-lo unilateralmente (conforme disposto no art. 58, II e no art. 79, I ambos da Lei 8.666/93), o que também pode interferir no equilíbrio econômico do negócio pactuado.

Tal situação pode ocorrer por culpa do contratado (art. 78, I a VIII e XVIII); sem culpa do contratado (art. 78, IX a XI); por razões de interesse público (art. 78, XII); por caso fortuito ou força maior (art. 78, XVII).

Nas hipóteses em que o contratado praticou atos que inadvertidamente conduziram a rescisão, ele deve arcar com as consequências do seu inadimplemento, ou seja, a Administração não possui o dever de indenizá-lo. Na verdade, ele fica sujeito a consequências como sanções, perda da garantia e ressarcimento do prejuízo²⁶.

Entretanto, quando a rescisão ocorre baseada no interesse público, em virtude de não mais haver conveniência em continuar com o negócio, a Administração deve ressarcir o

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 364.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.p. 283.

contratado pelos prejuízos comprovados, o que lhe é devido pela execução e os custos da desmobilização, além da devolução da garantia (art. 79, §2º, I a III)²⁷.

De fato, a discricionariedade é um poder da Administração e seus atos são dotados de autotutela, logo, não se faz necessário obter prévia autorização judicial para rescindir ou alterar o contrato. E ainda, uma vez que essas prerrogativas estão descritas na lei, o particular as conhece quando realiza o negócio e, portanto, tem consciência das condições as quais está submetido e das possíveis alterações, modificações nos limites do ajuste, fiscalização das atividades e eventuais sanções que poderá sofrer.

Entretanto, tais providências não podem afetar a margem de lucro inicialmente pactuada sem que o particular tenha uma compensação financeira pelos prejuízos que ele não deu causa. Por outro lado, a Administração também não pode ser responsabilizada por todas as áleas contratuais e suportar sozinha sucessivas indenizações.

Enfim, justamente por conhecer esse cenário desigual o particular acrescenta aos valores dos contratos as desvantagens que suporta e conseqüentemente a Administração arca com os custos dessa insegurança.

Diante dessa conjuntura, na tentativa de trazer melhorias a esse quadro a doutrina vem refletindo sobre a real necessidade de incluir, indiscriminadamente em todos os contratos, as Cláusulas Exorbitantes e avaliando a possibilidade de flexibilizá-las caso a caso. É importante também verificar a viabilidade de uma repartição objetiva dos riscos entre os contratantes com a finalidade de minimizar os impactos e desequilíbrios que os danos havidos no decorrer do contrato poderão causar. Estudar a gestão dos riscos tem grande interesse público e relevância prática porque, uma vez que o serviço não é prestado ou o objeto não é entregue, os maiores prejudicados são a população e o gestor²⁸.

Portanto, a manutenção do equilíbrio do contrato é fundamental para que o negócio seja executado. Se o particular ou a Administração não puder cumpri-lo a rescisão será inevitável e conseqüentemente o processo licitatório deverá ser refeito para a elaboração de uma nova contratação. Essa conjuntura exige tempo, mobilização de profissionais qualificados, recursos disponíveis dentre vários outros elementos.

²⁷Ibid. p. 284. Trata-se de obrigação que também decorre do direito do contratado à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro; este é estabelecido em função de vários fatores, dentre os quais o prazo de duração do contrato; rescindido antes do termo ajustado, rompe-se o equilíbrio e a Administração é obrigada a compensar pecuniariamente o prejudicado.

²⁸SAMPAIO, P. R. P.; ARAUJO, T. C. Previsibilidade ou resiliência? Notas sobre a repartição de riscos em contratos administrativos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v.1, p. 312.

3. COMO REDUZIR A INSEGURANÇA E AUMENTAR O EQUILÍBRIO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS?

Tradicionalmente o princípio da Supremacia do Interesse Público consagra a imposição de condutas aos particulares pela Administração porque seus interesses se sobrepõem aos daqueles, assim, havendo colisão entre um interesse público e um privado, o público, em tese, prevalece, pois corresponde a toda coletividade.

Ocorre que essa concepção vem sendo questionada, porque entre princípios não há supremacia ou sobreposição, visto que eles estão na mesma posição hierárquica e, portanto, eventual conflito deve ser solucionado através da ponderação dos interesses com observância das peculiaridades do caso concreto. Inclusive, o professor Humberto Ávila²⁹, defende que mesmo os interesses públicos devem ser ponderados entre si, uma vez que eles são múltiplos.

Em síntese, o referido autor apregoa que:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. **Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado.** (...) Se eles — o interesse público e o privado — são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos.⁴³ A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e o interesse privado não estão principialmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência.

No mesmo sentido, Alexandre Aragão³⁰;

Não há uma prevalência *a priori* do interesse público sobre os interesses particulares, até porque são múltiplos tanto os interesses públicos como privados, entrando em conflitos positivos e negativos entre si. Às vezes, satisfazer o interesse público é sacrificar um interesse “do Estado” e priorizar um interesse privado.

O autor também afirma que as situações disciplinadas pelo direito público são muito complexas e difíceis de serem resolvidas com uma aplicação abstrata e geral de prevalência de um interesse sobre o outro. Por essa razão, a melhor solução é utilizar a ponderação de interesses sem invocar a supremacia de nenhum em particular.

A discussão contemporânea sobre o princípio mencionado coloca em evidência a obrigatoriedade das Cláusulas Exorbitantes nos contratos administrativos, que são a sua

²⁹ ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. *Revista: diálogo jurídico*. Ano I. v. I, n.7. Outubro/2001- Salvador-BA., p. 12 e 13.

³⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 83.

principal característica, pois concretizam as prerrogativas do Poder Público nos negócios jurídicos.

Diante disso, é possível indagar em que medida a imposição dessas cláusulas em todos os contratos, indiscriminadamente, traz benefícios aos contratantes, principalmente porque elas “desequilibram a relação contratual gerando insegurança e risco ao particular que, naturalmente, embutirá o risco incerto em sua proposta apresentada durante o procedimento licitatório, elevando o preço a ser cobrado do poder público”³¹.

Nesse contexto surge o seguinte questionamento: como manter o equilíbrio econômico e financeiro em um contrato que essencialmente é desequilibrado?

Na tentativa de responder a essa indagação serão apresentadas duas propostas possivelmente viáveis e capazes de minimizar a insegurança jurídica que decorre dessa conjuntura: relativizar as cláusulas exorbitantes e repartir objetivamente os riscos.

3.1. RELATIVIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

A sociedade moderna vem impondo mudanças ao Direito Administrativo e exigindo adequação das contratações aos novos paradigmas que orientam as relações negociais. O professor Diogo de Figueiredo aponta como novos parâmetros para a contratação pública:

A preeminência dos direitos fundamentais, a exigência de legitimidade, a necessidade de assegurar competitividade, a indispensabilidade de criar e aperfeiçoar as tecnologias, a importância da publicidade e da visibilidade da atuação pública, a obrigatoriedade da motivação e a inafastabilidade de controles multimodais cada vez mais especializados.

Diante desse contexto, ele propõe uma flexibilização das Cláusulas Exorbitantes em cada situação contratual conjugada com a Teoria da Dupla Motivação, pois, embora o interesse público seja indisponível, ele pode ser adequado em cada contrato a fim de que sejam especificadas as condições em que será atendido³².

Ele afirma que essa modificação paradigmática é necessária em virtude das mudanças ocorridas na economia de mercado moderna que demanda alta competitividade por capitais e tecnologia, de modo que o Estado assume o papel de “formulador político de instrumento de fomento”³³.

³¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos, teoria e prática*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Cap. 3.6.7.

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*. Direito Administrativo Brasil-Argentina. Estudos em homenagem a Agustín Gordillo. p. 86.

³³ *Ibid.* p. 86.

Para o autor, as prerrogativas públicas são muito genéricas e sem relação com as situações fáticas, o que prejudica a transparência da transação. Isso também afeta a confiança legítima do administrado, porque as Cláusulas podem servir para finalidades legítimas ou simular intenções ilegítimas corruptas³⁴.

Ele defende que;

Ante a imensa diversidade de contratos possíveis, firmados nos inúmeros setores de atividade da administração pública, não é lógico que o administrador público permaneça jungido a comandos muito gerais que, sobre serem em grande parte anacrônicos e, desde logo por serem gerais, não admitem a necessária modulação para atender às miríades de circunstâncias próprias de cada contratação.

Assim, a Administração não deveria invocar o interesse público como argumento defensivo para as modificações unilaterais que deseja impor aos contratos ou para rescindi-los porque é um conceito muito aberto que não permite ao particular uma contra-argumentação. Ele fica sujeito ao encerramento do contrato ou a sua modificação, na forma da lei, de acordo com a conveniência do contratante e recebendo uma compensação financeira que nem sempre é suficiente diante dos prejuízos suportados.

Portanto, a Administração deveria avaliar caso a caso a possibilidade de inserir as cláusulas exorbitantes, contudo, é imprescindível que haja motivação quando da escolha por qual prerrogativa utilizar. Nesse sentido, o autor defende a utilização da Teoria da Dupla Motivação que opera como uma dupla garantia de legitimidade e de segurança jurídica para o contratante sem, contudo, reduzir o atendimento ao interesse público.

Essa Teoria consubstancia-se em um primeiro momento de motivação no qual o administrador deve justificar as suas razões para afastar ou acolher em tese uma Cláusula Exorbitante. No segundo momento ele deve motivar o uso concreto de uma determinada cláusula prevista contratualmente³⁵.

É importante ressaltar que a flexibilização do uso das Cláusulas Exorbitantes não deve ser dissociada de uma atuação consensual.

A consensualidade se insere como mecanismo capaz de restringir a tradicional imposição autoritária da Supremacia do Interesse Público e a impossibilidade de sua disposição. Diogo de Figueiredo a define como um princípio que abrange a colaboração no planejamento, na tomada de decisão, na execução, no controle e na solução de conflitos

³⁴ Ibid. p. 87.

³⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos, teoria e prática*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Cap. 3.6.7

através da conciliação, da mediação e da arbitragem³⁶. O autor ainda afirma o consenso como o “método para o mais fácil, mais célere e menos dispendioso atingimento de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado”³⁷.

Esse princípio afasta a atuação unilateral da Administração Pública, que passa a incentivar a participação do contratante na reformulação dos ajustes contratuais e a utilizar mecanismos consensuais de atuação, o que termina por conferir maior legitimidade às decisões do Poder Público³⁸.

Utilizar a consensualidade no Direito Administrativo em suas relações com particulares implica na realização da ponderação dos interesses públicos e privados, visto que já não há uma superioridade dos interesses públicos, pois ambos devem ser preservados. Isso aumenta a eficiência das decisões, na medida em que seus destinatários as aceitam melhor, consequentemente evitam-se discussões posteriores que podem gerar instabilidade³⁹.

Por essa razão, devem ser usada nos contratos administrativos, para que o contratante conjugue seus interesses com a Administração e assim evite o desequilíbrio econômico que pode gerar prejuízos para ambos.

3.2. REPARTIÇÃO OBJETIVA DOS RISCOS

Conforme já foi elucidado anteriormente, é impossível estabelecer um contrato administrativo imune a riscos, pois essa atividade está naturalmente sujeita a áleas previsíveis e imprevisíveis. Contratações, principalmente aquelas à longo prazo, estão suscetíveis a constantes modificações externas.

Não obstante, é necessário considerar as possíveis perturbações que o contrato sofrerá. É exatamente isso que a lei 8.666 pretende fazer quando prevê uma matriz inicial de risco e define as medidas compensatórias, contudo, tal medida é insuficiente, pois não alcança todas as situações que a álea administrativa pode gerar. Ademais, se couber aos Tribunais Superiores definir quando uma inflação ou taxa de juros serão consideradas álea ordinária ou extraordinária, a insegurança jurídica para os contratantes e investidores será maior.

³⁶MOREIRA 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, cap. 20.4.5 (princípio da consensualidade).

³⁷Ibid.

³⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2013, cap. 3.2.10.

³⁹Ibid.

De fato, diante da impossibilidade e dos custos financeiros de realizar uma previsão minuciosa de todos os riscos capazes de causar um desequilíbrio no contrato, o ideal é que eles sejam constantemente ajustados e repactuados. Inclusive, diante das modificações unilaterais administrativas e outras situações supervenientes que causam um desequilíbrio econômico e financeiro, a lei permite que seja realizada uma Revisão a fim de que o equilíbrio se mantenha (art. 58, §§1º e 2º, L. 8.666).

Porém, não é viável estabelecer um regime de constantes repactuações nos contratos administrativos, pois isso poderia modificar o objeto do contrato e caracterizar uma violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Segundo a professora Patrícia Sampaio⁴⁰:

Na teoria econômica dos contratos complexos e de longo prazo a renegociação não é em si um problema: antes seria uma consequência inafastável da sua inerente incompletude já acima apontada. (...) De fato, a teoria dos contratos relacionais sugere que, na redação dos contratos seja priorizado antes o estabelecimento de regras claras sobre o processo de renegociação e preenchimento das suas inevitáveis lacunas do que uma preocupação em disciplinar detalhadamente as situações com que as partes poderão vir a se defrontar no futuro. (...) No entanto essas características não se amoldam facilmente aos contratos administrativos. Antes o contrário; o princípio da vinculação ao instrumento convocatório – do qual a minuta do contrato é parte inerente – seria incompatível com a ideia de repactuação ao longo do tempo. Mesmo que regras procedimentais fossem previstas para essa revisão na minuta do contrato submetida à licitação, seria questionável que grandes afastamentos do seu teor inicial pudessem advir desses processos de renegociação sem que surgissem alegações de violação do princípio da vinculação ao edital ou mesmo do julgamento objetivo das propostas.

A repartição objetiva dos riscos vem, justamente, trazer uma alternativa a essa problemática. Nesse sentido a Lei 11.079/04 que institui normas para contratação de Parceria Público Privada⁴¹ traz importantes inovações quanto ao tema possibilitando que os riscos sejam objetivamente compartilhados ao invés de prever situações genéricas aplicáveis a todos⁴² contratantes.

Patrícia Sampaio⁴³, ao explicar o fenômeno, afirma que, em primeiro lugar, é preciso enfrentar situações de risco específicas e não genéricas, sendo que esses riscos precisam ser analisados objetivamente, ou seja, a partir de uma avaliação para apurar quem está em

⁴⁰ SAMPAIO, P. R. P.; ARAUJO, T. C. Previsibilidade ou resiliência? Notas sobre a repartição de riscos em contratos administrativos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v.1 p. 326-327.

⁴¹ As parcerias público-privadas são espécie de contratos de concessão muito complexos, que envolvem elevado montante de capital e longa duração o que os torna mais suscetível a desequilíbrios decorrentes de situações adversas. Por essa razão o legislador inovou em sua disciplina.

⁴² Os contratos de PPP terão em sua minuta o rol dos riscos que serão suportados pelos contratantes, pela administração e pelos usuários. Vide artigos 4º, VI; art. 5º, III, IX, Lei n. 11.079/04, 30 de dezembro de 2004.

⁴³ SAMPAIO, P. R. P.; ARAUJO, T. C. Previsibilidade ou resiliência? Notas sobre a repartição de riscos em contratos administrativos. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v.1 p. 328-329.

melhores condições de evitar que o risco se transmude em dano e, caso o dano ocorra, quem está em melhor condição de remediá-lo. Uma vantagem dessa solução é a redução dos custos de transação: quanto mais detalhada uma matriz de risco menos esforço e tempo para remediar o evento danoso quando ele ocorrer.

Contudo, a objetivação da matriz de risco tende a aumentar os custos da elaboração do contrato *ex ante*, pois tempo e recursos serão gastos na tentativa de listar os eventos incertos, mensurá-los e depois alocar o risco para o particular ou para a administração. Por essa razão, é necessário racionalizar o mecanismo de descoberta e mitigação dos riscos, a fim de que sejam organizados parâmetros específicos para auxiliar na redução do tempo com instrumentos que permitam adaptação e preservação, reduzindo a necessidade de repactuações durante o cumprimento do contrato.

CONCLUSÃO

A complexidade das situações jurídicas modernas, do mercado econômico, do consumo e da contratação, vêm tornando inócua a simplória divisão entre direito público e direito privado, na medida em que ambos estão cada vez mais entrelaçados. Essa situação se reflete, inevitavelmente, no Direito Administrativo.

As relações contratuais firmadas pela Administração com particulares sempre estiveram pautadas na aplicação das Cláusulas Exorbitantes como fundamentais para alcançar a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. Entretanto, com os questionamentos a respeito da “supremacia” começaram também os questionamentos a respeito das “exorbitâncias”.

O presente artigo buscou demonstrar como a pura aplicação de tais cláusulas sem uma reflexão concreta das consequências práticas ocasionadas pode ser perniciosa para ambos os contratantes, pois são capazes de causar desequilíbrios econômicos e financeiros que ultrapassam a álea ordinária e prejudicam a continuação da execução.

Se a finalidade inicial do legislador ao inserir tais prerrogativas era provocar um desequilíbrio contratual para beneficiar o interesse público, o resultado final se transformou na tentativa do particular em diminuir as suas consequências inevitáveis e se proteger da incerteza do risco com o objetivo de se resguardar dos “exageros públicos” e se preparar para eventuais rescisões, alterações unilaterais, fiscalizações, aplicação de sanções dentre outras situações. E apesar da aplicação dessas cláusulas estar submetida a necessidade de

justificativa do gestor, o fantasma do conceito subjetivo “interesse público” como fundamento, sempre ronda as contratações.

Nesse cenário, ao contrário do que se esperava, a inclusão dessas cláusulas acabou, em alguma medida, por criar desvantagens para a própria Administração que em certos casos contrata por valores maiores, arca com indenizações, riscos, ajustes e se não conseguir fazer com que o contrato siga seu curso, precisa rescindi-lo e começar um novo processo licitatório para uma nova contratação.

As Cláusulas Exorbitantes, apesar de não serem imprevisíveis e extraordinárias, são inevitáveis e podem gerar consequências não calculáveis, logo, merecem atenção. Por essa razão, foram trazidas duas diferentes propostas doutrinárias que podem ser aplicadas a esse contexto como tentativa de assegurar maior equilíbrio entre os contratantes e segurança jurídica. A busca por tal equilíbrio visa melhorar as relações econômicas, mas não igualar as condições de contratações, visto que a Administração precisa de mecanismos mais benéficos que lhe traga proveitos.

Por um lado a flexibilização das Cláusulas Exorbitantes é medida interessante e plenamente viável. Por óbvio, retirá-las completamente do ordenamento não é uma opção, pois isso transformaria o contrato administrativo em um contrato puramente civil e privado. Porém, é possível flexibilizar a sua inserção caso a caso por meio da Teoria da Dupla Motivação, afinal, é provável que nem todas sejam imprescindíveis em todos os contratos.

Outra medida é a repartição objetiva dos riscos. Trata-se de alternativa que em alguma medida vem sendo introduzida na legislação mais recente e permite que os contratantes dividam os riscos e os danos de acordo com aquele que tem melhores condições de com ele arcar.

As Cláusulas Exorbitantes são indispensáveis ao contrato administrativo e ao interesse público, contudo, devem ser aplicadas de maneira racional e coerente com a realidade dos contratantes. Por essa razão, o artigo apontou propostas que, apesar de serem conjecturas ainda no campo doutrinário e, portanto pouco exploradas na legislação, são importantes contribuições acadêmicas que atentam para os problemas do regime atual e buscam instrumentos capazes de diminuir as inseguranças jurídicas que envolvem as contratações, tanto para os particulares quanto para a Administração.

REFEFÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2º ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Cap. IV, p. 82-84 e Cap. XIII, p. 353-377.

ÁVILA, Humberto. *Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular*. Revista: diálogo jurídico. Ano I.Vol. I,nº 7.Outubro/2001- Salvador-BA., p.12-13.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 15 out. 2015.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 out. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27 ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Atlas. Cap. 8, p. 371.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27º ed. São Paulo: Atlas, 2014. Cap. 8, p.273-295.

Hely Lopes Meirelles, 1990:230. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 27º ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 293.

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. Capítulo V- Princípios informativos e interpretativos. 20.4- Princípios gerais do Direito Administrativo (item 20.4.5. Princípio da consensualidade) iBooks.

_____. *O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*. Direito Administrativo Brasil-Argentina. Estudos em homenagem a Agustín Gordillo. Coordenador: Farlei Martins Riccio de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 81-96. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=HoZ8U9qbxMQC&pg=PA75&lpg=PA75&dq=o+futuro+das+cl%C3%A1usulas+exorbitantes+nos+contratos+administrativos&source=bl&ots=23X-G6cefE&sig=bXWrQixOcXbuSxe49-6WAZQWK1I&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwjUpNTDr_XNAhXlIgzAKHcPzBqsQ6AEINzAF#v=onepage&q=o%20futuro%20das%20cl%C3%A1usulas%20exorbitantes%20nos%20contratos%20administrativos&f=false> Acesso em: 10 abr. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos, teoria e prática*. 3º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Capítulo 3- Contratos Administrativos (item. 3.6 e 3.7) Capítulo 3.2 (item 3.2.10). iBooks.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2013, cap. 3.2.10.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 3, Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. São Paulo: Método, 2014. Capítulo 4.2. iBooks.

SAMPAIO, P. R. P.; ARAUJO, T. C. *Previsibilidade ou resiliência? Notas sobre a*

repartição de riscos em contratos administrativos. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 1, p. 311-333, 2014.