



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO-EMERJ

A POLITIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO: A DISPUTA ENTRE O
INTERESSE PÚBLICO E A VONTADE DO GESTOR

Magno Martins Mendes

Rio de Janeiro
2020

MAGNO MARTINS MENDES

A POLITIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO: A DISPUTA ENTRE O
INTERESSE PÚBLICO E A VONTADE DO GESTOR

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* em Dir. Administrativo da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Maria Carolina Cancellata de Amorim

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2020

A POLITIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO: A DISPUTA ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E A VONTADE DO GESTOR

Magno Martins Mendes

Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho. Advogado

Resumo – O pensamento dominante da doutrina e jurisprudência brasileira sustenta a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como um dos centros da atividade Administrativa do Estado. Questão importante e que repercute na atividade contratual do Estado e que deve ser apresentada para discussão é a “politização do interesse público”, trata de situação em que o interesse público termina por representar interesses, vontades de aspecto político do gestor que está no poder e não o da sociedade e suas necessidades. Contextos como este ocorrem na maioria das vezes pelas atitudes dos titulares dos cargos políticos, que em grande parte de suas ações são focadas exclusivamente em seus interesses pessoais, num claro desvio do interesse coletivo, cumprindo apenas uma agenda política de governo. Portanto, são atuações que em nome do interesse público os gestores justificam seus atos nem sempre lícitos ou legítimos. Nesse cenário, o presente artigo busca analisar e criticar a descrita atuação, também as repercussões e efeitos para os Contratos Administrativos quanto a consecução do objeto e para o ente privado contratado.

Palavras-Chave – Administração Pública. Contrato Administrativo. Interesse Público Consequencialismo.

Sumário – Introdução. 1. A Atividade Contratual do Estado: A Administração Pública e o Contrato Administrativo. 2. O Interesse Político na Gestão do Contrato Administrativo: Interesse Público X Vontade Do Gestor. 3. A Relação Contratual Administrativa e os Novos Paradigmas Da Lei 13.655/2018.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a repercussão ou efeitos gerados quando a gestão do contrato administrativo sofre a influência da vontade política do gestor, sobrepondo ao objetivo de interesse público e o interesse privado, ou seja, quando a vontade política afeta a consecução do objeto contratado e do respeito às cláusulas contratuais em relação ao contratado. Trata-se da análise da atividade contratual do Estado através da Administração Pública¹, aquela direcionada ao atendimento das necessidades coletivas e individuais por meio do Contrato Administrativo². O que se pretende, baseado em conceitos doutrinários, é

¹ Conjunto de agentes, serviços e órgãos instituídos pelo Estado com o objetivo de fazer a gestão de certas áreas de uma sociedade.

² Este definido como sendo o ajuste entre o ente público e o privado para a consecução de objeto de interesse coletivo (público), portanto é um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas

produzir análise crítica do que podemos chamar de “interesse político sobre o contrato administrativo”, quando o interesse pessoal do gestor conduz a relação contratual na administração pública, portanto, nesse caso, se trata de abordar e verificar as repercussões para o contratado e principalmente para o interesse público em tese almejado, que neste caso representa o objeto do contrato administrativo a ser executado. Desse modo, o primeiro capítulo apresenta conteúdo conceitual histórico e contemporâneo da atividade contratual do Estado desempenhado pela Administração Pública, apresentando conceitos e definições de matriz constitucional.

No segundo capítulo segue-se ponderando as definições doutrinárias e normativas, ampliando a reflexão para os efeitos negativos do interesse político na gestão do contrato administrativo ocasionados pelas atitudes dos titulares dos cargos políticos enquanto buscam prevalecer interesses pessoais ao invés do público, uma vez que as ações dos governantes focadas exclusivamente em seus interesses pessoais, o que revela um claro desvio de finalidade da função pública. Em relação ao contrato administrativo, em síntese, é a interferência da vontade política do gestor no contrato administrativo. Ainda no segundo capítulo será apresentada análise do comportamento do gestor público a luz do pensamento de Montesquieu³, visto que seu conteúdo traz reflexão crítica quanto a prevalência do interesse pessoal em detrimento do público

Demonstrado esse cenário, no terceiro capítulo serão apresentados os novos paradigmas para Administração Pública e seus reflexos na gestão dos contratos administrativos, produzindo uma análise dos efeitos da Lei 13.655/2018⁴ na atividade contratual administrativa, que embora ainda subordinada a Lei 8.666/93⁵, consolida o conceito de consequencialismo⁶ também na esfera administrativa.

Para tanto, se utilizará no presente artigo a metodologia de pesquisa de fontes doutrinárias e conceitos sociais e filosóficos, para que esta pesquisa contribua para o meio jurídico interessado no tema da atividade contratual da Administração Pública, permitindo

³ Barão de Montesquieu, filósofo francês do século do XVIII, sua principal obra, "Do Espírito das Leis", se tornou referência mundial para advogados, legisladores e outros cientistas sociais. A obra faz um vasto estudo nas áreas de direito, história, economia, geografia e teoria política que percorreu mais de dez anos até sua publicação em 1748.

⁴ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro 7 A LINDB é o Decreto-lei nº 4.657/42 alterado recentemente pela Lei nº 13.655/2018, que tinha nomenclatura de LICC (Lei de Introdução ao Código Civil). Atualmente a referida Lei é aplicável a todos os ramos do Direito brasileiro.

⁵ Lei 8.666/1993, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública

⁶ Consequencialismo: Trata do dever de motivar (geral a toda decisão) que passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor.

avaliar a relação entre o público e o privado no que diz respeito ao contrato administrativo e suas influências igualmente contemporâneas.

1. A ATIVIDADE CONTRATUAL DO ESTADO: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CONTRATO ADMINISTRATIVO

O surgimento do Direito Administrativo é atribuído geralmente a Lei 28 Pluviose do ano VIII, editada em 1800, na alvorada da Revolução Francesa. Esta organiza e limita externamente a Administração Pública, não é em vão que se argumenta que o Direito Administrativo no Brasil tem sua matriz no direito francês. A partir deste movimento seria possível superar as estruturas de poder baseadas na vontade do soberano. O direito passaria a fundar a atuação estatal, passando assim do absolutismo de um soberano para a submissão do Estado a legalidade.

O episódio central da história administrativa do século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vedação legal. O Executivo opera dentro dos limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário.⁷

Todavia, mesmo após séculos, gestores públicos praticam o pecado autoritário ao descumprir com comandos legais e contratuais. Ainda que regidos por normas específicas do direito público, os contratos administrativos, ainda subsidiariamente, incidem em caráter supletivo os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (art. 54, *caput*, da Lei 8666/1993)⁸.

Se no ambiente privado, a liberdade, em princípio, é ampla e informal, no ambiente público temos a exigência de série de requisitos tanto formais como de conteúdo, que são impostos por lei à Administração estatal, eis a submissão absoluta a legalidade. Embora esta disponha, a seu turno, de privilégios próprios para fixar, alterar e extinguir tais contratos, são esses privilégios que caracterizam a alegada supremacia em face do outro contratante, fazendo

⁷ TÁCITO, Caio. *Evolução Histórica do Direito Administrativo*, in *Temas de Direito Público*, vol. I, 1997, p.2.

⁸ Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-os, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

valer-se de posição superior em face dos interesses privados. A Administração Pública detém esse papel na medida em que é a principal responsável por atender o interesse público.

Tamanho peso e relevância da atividade contratual praticada pela administração pública têm a base e fundamentos de seu exercício nos princípios norteadores esculpidos na Constituição da República, conforme o artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998:

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

Norteados por esses princípios, surge materialmente os elementos essenciais formadores do contrato administrativo, elencados no artigo 55 da Lei 8.666/93:

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

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

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

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

§ 1o (vetado)

§ 2o Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6o do art. 32 desta Lei.

§ 3o No ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da Lei no 4.320, de 17 de março de 1964.

Uma vez estabelecidos os princípios norteadores e os elementos essenciais do contrato administrativo, cabe adiante abordar na prática a essência dos contratos administrativos consolidado na doutrina, afirmando-se que em virtude do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, os contratos administrativos são espécies de contratos de adesão. Estes, embora sinalagmáticos, impõem condições e cláusulas unilateralmente e caracterizam-se como verdadeiros contratos de adesão. Significa que o início da celebração do contrato, no que concerne a debates e tratativas quanto às vontades das partes, representa uma transigência ou negociação que fica eliminada, visto que uma das partes, a Administração, determina à outra contratada como um todo, o instrumento inteiro do negócio que o contratado em geral não pode recusar, com a predominância apenas da igualdade jurídica. Logo, trata-se de uma espécie de contrato, regulamento, estabelecido previamente pela contratante e que a contratada aceita ou não, segundo as normas de rigorosa padronização. Na elaboração e também na análise dos contratos administrativos, sempre se levará em conta o interesse público, evidente não se rejeitará ou se negará os princípios da boa-fé e da probidade, que devem ser respeitados pelo Poder Público. Entretanto, prevalece a máxima de que uma das partes impõe a sua vontade à outra, no caso se trata da prevalência da Administração Pública, uma vez que os contratos administrativos são regidos por normas de Direito Público, distintos dos negócios jurídicos privados, pois visam à preservação dos interesses públicos, o da coletividade.

2. O INTERESSE POLÍTICO NA GESTÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO: INTERESSE PÚBLICO X VONTADE DO GESTOR

A sociedade não almeja uma Administração Pública, como ente dotado de personalidade jurídica, que não cumpra com suas obrigações contratuais, bem como ela não admite a formação do Estado para usurpar as riquezas dos particulares, ainda que seja sob o argumento de distribuir direitos sociais.

Nesse perfil de gestão conhecemos o fenômeno da fragmentação administrativa do Estado, que se trata de processo de reforma e busca por uma eficiência das funções públicas, considerando que ele não possui meios de atender todas as obrigações impostas pela Constituição Federal. Neste contexto, o ente privado assume um papel de colaborador e cooperador, via contrato administrativo, na consecução de um modelo de estado de bem estar. Assim, sob a ótica do direito administrativo, a fragmentação pode ser observada pela modificação do ato administrativo como forma principal de operação da Administração Pública, para um crescimento da atividade contratual no direito público administrativo. Assim, tem-se a transferência de tarefas para os sujeitos privados, sem, contudo, implicar no abandono da responsabilidade estatal para consecução do interesse público, emergindo a figura de um Estado Regulador. Abandona-se a ideia de um Estado prestador de bens e serviços para um agir da Administração Pública reguladora, financiadora das atividades que tenham por fim atender a sociedade.

Portanto, o cenário aponta que o ente privado assume papel na relação contratual de agente colaborador e executor na implantação de um modelo de estado de bem-estar. Destarte, a iniciativa privada consolida o processo de fragmentação das atividades da Administração Pública, por meio da atividade contratual entre o público e o privado, em que o Estado assume papel de garantidor e defensor da realização social, do interesse público.

A atividade contratual do Estado que celebra com o ente privado o contrato administrativo, merece detido exame considerando a sua relevância e as consequências nocivas quando ocorre o descumprimento do contrato, a ruptura do pacto. A prevalência da Administração Pública no contrato vez que representa o interesse público, lhe confere prerrogativas para que lhe sejam assegurada supremacia em vistas de atender o fim colimado do contrato. Tais prerrogativas são conferidas no contrato administrativo por meio das cláusulas exorbitantes e do poder sancionatório conferido por lei. São ferramentas ou instrumentos que se aplicados indevidamente, traz consequências para o interesse público e para a segurança jurídica, são reflexos do ato administrativo inadequado ao caso concreto. São circunstâncias de menosprezo ao contrato, apego ao interesse político e da vontade do gestor, que evidencia a fraqueza dos membros da sociedade em face da força do Leviatã. Nesses casos, é de fácil percepção a violação às garantias individuais, às leis de responsabilidade

fiscal, à violação ao estado democrático de direito, a sensação de impunidade e, o pior, a sensação de incapacidade de manutenção de relação jurídica-contratual equilibrada com a Administração Pública. Os fenômenos citados ocorrem quando o gestor público privilegia a política de governo, interesse político e sua mera vontade, em total descompromisso ou vinculação com a política de Estado. Práticas como cancelamento de empenho quando o objeto contratual já está concluído, na maioria dos casos, acontece em clara manobra orçamentária perpetrada com a finalidade de dar outra destinação aos recursos antes destinados a um fim determinado. Igualmente, os atrasos recorrentes de pagamentos, a o atraso nas medições de obras públicas, a rescisão unilateral com aplicação do poder sancionador sem justa motivação, são apenas exemplos de má gestão do contrato, em que na verdade não buscam a consecução do objeto do contrato, mas tem a finalidade de atender a vontade do gestor, satisfazendo o interesse político ao invés do público. Essas dinâmicas revelam, sem qualquer sombra de dúvida, que não se conformam aos princípios do direito a que a Administração Pública está submetida.

A análise da atuação da Administração Pública na gestão de contratos com a iniciativa privada deve considerar inicialmente que toda ação pública, no sentido de agir e não processual, cumpra um ciclo virtuoso de gestão no sentido amplo, que contemple o planejamento, a execução, o controle e a avaliação. A discricionariedade administrativa não poderá prevalecer, uma vez que está submetida a política pública traçada na Constituição da República, por isso todos os atos dos gestores públicos, inclusive os discricionários como mera prerrogativa e não poder, devem estar subordinados aos princípios norteadores, conforme o citado artigo 37, caput, da Constituição da República, além de se submeterem ao controle institucional e social.

Portanto, o cenário onde o gestor manifesta seu interesse político e pessoal na gestão do contrato administrativo e na tomada das decisões administrativas, não é um ato republicano e não se adequa a essência do estado democrático de direito. Ao contrário, é na prática absolutista onde prevalece a vontade do Rei, que invariavelmente não atende ao interesse público e sequer a consecução do objeto do contrato administrativo. Sobre essa questão, nada mais apropriado do que rememorar o pensamento de Montesquieu em sua obra *O Espírito das Leis*, quando trata dos princípios dos diversos governos. O autor, crítico severo e irônico da monarquia absolutista, define três formas de governo baseados em igualmente três princípios: No governo despótico o princípio predominante, o motor da sociedade, é o medo; no governo monárquico o princípio é a honra; e na república, uma democracia, o

princípio predominante é a virtude. Esta última compreendida como excelência moral, mas quando a corrupção se instala, cessa a virtude. Montesquieu disserta:

[...] quando num governo popular as leis tiverem cessado de ser executadas, como isto só pode vir da corrupção da república, o Estado já estará perdido...Quando cessa a virtude, a ambição entra nos corações que estão prontos para recebê-la, e a avareza entra em todos. Os desejos mudam de objeto; o que se amava não se ama mais; era-se livre com as leis, quer-se ser livre contra elas; cada cidadão é como um escravo fugido da casa do seu senhor; o que era máxima é chamado de rigor, o que era regra chamam-no de incômodo, o que era cuidado chamam-no de temor. É na frugalidade que se encontra a avareza, não no desejo de possuir.

Antes, o bem dos particulares formava o tesouro público; mas agora o tesouro público torna-se patrimônio de particulares. A república é um despojo; e sua força consiste em nada além do poder de alguns cidadãos e na licenciosidade de todos.⁹

A melhor decisão, a que se enquadra no sentido da virtude apontada por Montesquieu, seria, portanto, a decisão motivada, adequada e necessária, que contempla os princípios constitucionais, mas principalmente a que atenda o interesse público almejado. Estes são critérios regentes inafastáveis que a Administração deve obedecer, principalmente nas contratações e condução dos procedimentos licitatórios e nos contratos administrativos.

A atividade contratual administrativa desempenhada pelo ente público contratante já está instrumentalizada e resguardada, não só através das cláusulas exorbitantes previstas, mas principalmente pela proteção legislativa conferida ao Estado enquanto parte de uma relação jurídica, um contrato sinalagmático administrativo. O Estado é um credor especial, a ele cabe o papel de criar tributo, cobrar pelo seu pagamento e ainda examinar e julgar as manifestações dos contribuintes. Na atividade contratual administrativa de semelhante poder é dado ao ente público quando a mesma legislação lhe confere o poder sancionador sob a égide de proteção ao interesse coletivo ou a proteção da res pública. Logo, é exatamente esse contexto que propicia aos maus gestores a prática de arbitrariedades, quando faz uso da legislação simplesmente para atender aos interesses do governo que representa, benefício e vontade do gestor em detrimento do real interesse público.

Outra questão relevante é o descumprimento do contrato administrativo pelo contratante (Administração Pública), que em regra não repercute para o gestor inadimplente, afinal quando o Estado se torna inadimplente tem o privilégio de dever e pagar quando puder, recorrendo aos conhecidos precatórios. Nesse cenário a vontade do gestor é realizada e os

⁹ Montesquieu. *O Espírito das leis*. pag. 32-34.

desdobramento e efeitos do seu ato somente recairão no futuro em outra administração, contudo incidindo os mesmos efeitos prejudiciais para o interesse público. Conclui-se que não se pode admitir que o Estado não cumpra o seu contrato, bem como não respeite o *pacta sunt servanda*, pois o contratado tem o direito de acreditar e confiar no Estado. Afinal, o que será de uma sociedade cujo Estado não cumpre seus contratos?

3. A RELAÇÃO CONTRATUAL ADMINISTRATIVA E OS NOVOS PARADIGMAS DA LEI 13.655/2018

Ao contrário do que muito se apregoa, não há conflito de interesses no contrato administrativo. Sua natureza sinalagmática, dentro do *pacta sunt servanda* prepondera a convergência de interesses, sem, contudo, perder de vista a relevância do objeto no que diz respeito a sua natureza pública. O debate e a reflexão cabível é o pensamento da supremacia do interesse público, o que se tem feito até hoje para preservá-lo, a legitimidade e o real interesse do gestor público na tomada de suas decisões. Portanto, é importante tratar a questão por intermédio de um novo paradigma para gestão dos contratos administrativos e o exercício das cláusulas exorbitantes, sem pugnar pela desconstrução da doutrina tradicional, como também não descartar o método da teoria moderna.

O gestor público deve observar, no momento da decisão, aspectos interdisciplinares, empíricos e pragmáticos no momento de exercer as prerrogativas da Administração perante o particular nos contratos administrativos. Evidente que o uso das prerrogativas da Administração é legítimo na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos, o quer dizer que a aplicação da supremacia do interesse público sobre o privado deve ocorrer quando for indispensável ao interesse público. Por conseguinte, não descarta a ponderação de princípios para decidir sobre a prevalência dos interesses. Essa assertiva traduz o conceito da relevância a um certo grau da necessidade da supremacia do interesse público sobre o privado apenas atuando como limitador para o Estado.

Ao partir do pensamento ideológico para o pragmático, a garantia dos direitos dos particulares (interesses privados), no respeito ao direito do particular contrato e principalmente ao contrato administrativo, tem total relevância no sistema no qual poderá proporcionar segurança jurídica que, por via de consequência, irá encorajar os indivíduos a desenvolver suas atividades econômicas e contratar com a Administração Pública. Logo,

atender os interesses privados em boa parte das contratações significa responder, sobremaneira, o interesse público através do respeito ao *pacta sunt servanda*.

Não há dúvidas de que a modificação do Estado, após o fenômeno do pós-positivismo e liberalização de atividades econômicas ocorrida nos anos 80, transformou o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Todavia, o sistema jurídico brasileiro ainda contém normas que estabelecem essa superioridade, consubstanciada nas cláusulas exorbitantes e no poder sancionador previsto no contrato administrativo, como a possibilidade de rescindi-lo ou sancionar a parte contratada de forma unilateral, como preceitua o artigo 86 e 87 da Lei 8.666/1993:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

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.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada

a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Desse modo, faz-se importante destacar que o contrato administrativo é um ajuste de vontades, como os contratos comuns, pois nessa espécie a Administração Pública faz parte da avença e o objeto contratado visa alcançar alguma finalidade pública. O que diferencia o contrato administrativo propriamente dito das demais espécies de contratos é a supremacia de poder da Administração Pública em estabelecer de forma unilateral os termos contratuais, inclusive tendo a prerrogativa de criar cláusulas exorbitantes aos contratos comuns. Tais exigências, se estabelecidas no direito privado, seriam nulas, na medida em que criam desigualdade entre as partes.

Cretella Junior assim define as prerrogativas contidas no contrato administrativo a favor da Administração Pública:

Desse modo, 'cláusula exorbitante' é a proposição mandamental, formulada pela administração e aceita pelo particular, e que, inscrita entre as demais cláusulas do contrato, tipifica-o como administrativo.¹⁰

Portanto, sempre que a Administração impor sua supremacia de poder público para contratar particular, gozará de prerrogativas para garantir a finalidade pública, no qual ela, por meio de atos unilaterais, poderá alterar os direitos e deveres do contratado, exclusive as cláusulas econômicas do contrato. Esses privilégios estão dispostos no art. 58 da Lei nº 8.666/93, que apresenta rol de prerrogativas que facultam sua aplicação nos contratos administrativos.

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;

¹⁰ CRETELLA JUNIOR, José. *As cláusulas "de privilégio" nos contratos administrativos*. Revista de Direito Administrativo - nº 161. p. 728, jul./set., 1985.

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.

Em primeira análise, constata-se que as cláusulas exorbitantes consubstanciam a supremacia do interesse público sobre o privado, o que ocorre de fato. Contudo, o sistema jurídico que regula as contratações públicas possui diversos comandos que afixam a manutenção dos direitos do administrado, seja para equilibrar a relação contratual ou para indenizá-lo. Consequentemente, conclui-se que o sistema jurídico ao tempo que garante o atendimento ao interesse público, por intermédio das prerrogativas conferidas à Administração, não se abstém de garantir os direitos dos particulares. Enfim, protege-se o objetivo do Estado sem atribuir a responsabilidade de financiador ao contratado.

De forma distinta ao que se acaba de aludir, o novo paradigma do Direito Administrativo propõe a interpretação das cláusulas exorbitantes visando atender ao interesse da coletividade por meio de uma análise interdisciplinar, empírica e pragmática, não devendo essa interpretação contar com o sopesamento de princípios como regra.

Não obstante, é importante salientar que o interesse público não é imutável, ele deve ser analisado no momento da decisão, nas circunstâncias em que se dará o ato, e de acordo com os seus resultados, mais atual dizer suas consequências. Quer dizer que atender o interesse privado pode ser tão relevante quanto atender o interesse público. Esta nova concepção, de forma acertada e contemporânea, defende que a verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo não ocorreu com a ascensão teórica e prática de ideias como a relativização da noção de supremacia do interesse público, mas com uma mudança na abordagem metodológica e conceitual da disciplina. O novo estilo de direito administrativo é pragmático, empiricista, assistematizador e assistemático, cético em relação à centralidade do discurso jurídico. O pensamento é consolidado pela Lei 13.655/2018, cuja relevância central está no consequencialismo das decisões do estado notadamente em relação ao ato administrativo, incluindo a contemplação do comportamento contratual no contrato administrativo.

Nessa conformidade, não há margem para decisões tradicionais eivadas de interpretações autoritárias de supremacia de uma parte sobre a outra ou incansáveis ponderações de valores. Atualmente, numa relação contratual administrativa, impõe-se observar aspectos empíricos, interdisciplinares e pragmáticos, amparado pelos artigos 20 e 21 da lei 13.655/2018.

Art. 20 . Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

A revelação de método que se baseia na conjugação de teorias jurídicas, filosóficas, sociológicas e econômicas, leva em consideração o advento do período denominado pós-positivismo, no qual as normas deixam de ser o centro das atenções e os princípios passam a integrar as relações, sobretudo na relação entre o Estado e o indivíduo.

Neste contexto, não há margem, nos dias de hoje, de aplicação de um sistema jurídico que seja operativamente fechado. No entanto, é irrefutável que não se devem tratar tais diferenças sob o manto isolado da normatividade, sem observar os aspectos políticos e econômicos. Os efeitos da decisão repercutem para melhor conclusão a favor do interesse geral, que abrange o interesse público sem deixar de considerar o privado. Portanto, funcionam os atos decisórios a partir de uma visão pragmática, assim como as normas devem ser determinadas pelos fatos e as decisões devem ser adaptadas aos contextos em que são tomadas. Desse modo, como sustenta o pragmatismo, as decisões podem adequar-se permanentemente à realidade, além de revisar as normas à luz dos fatos.

O método pragmático induz o agente público a fugir-se da ideologia e busca resolver seus conflitos por intermédio da realidade empírica, da relação harmônica dos

sistemas e sob uma visão prática do resultado, com o fim de assegurar segurança jurídica. Essa visão pragmática e consequencialista, não se pode esquecer, se consolidou com a Lei 13.655/18. Muito embora a lei ainda receba críticas, os atos decisórios, seja no âmbito do judiciário, seja no administrativo, deve indicar as consequências da decisão, propiciando um ato administrativo ou uma decisão judicial, mais realístico e próxima das partes envolvidas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho examinou como as partes, tanto o ente público contratante quanto o privado contratado, se relacionam no contrato administrativo no que diz respeito ao *pacta sunt servanda*. Nesse ambiente contratual verificou-se que a politização da gestão do contrato administrativo satisfaz a vontade do gestor, mas não atende ao interesse público. Esse modo de administrar não satisfaz o contrato, na medida em que a consecução do seu objeto depende da sua adequação ao plano político e não ao plano social. Portanto, é um modelo que torna o Estado ineficiente para atender legitimamente a coletividade.

Em um cenário que o Estado celebra com a iniciativa privada o contrato administrativo para consecução de seus objetivos e necessidades coletivas, é necessário que essa relação contratual entre o Estado e o particular, se desenvolva em ambiente onde os conceitos de interesse público e segurança jurídica sejam sólidos, garantindo que o contrato será cumprido. Mais ainda, onde a decisão administrativa contenha proporcionalidade, necessidade e adequação sem jamais ensejar uma aplicação subjetiva subordinada a interesses do gestor. O que se propõe é que o gestor ao exame do caso que lhe é apresentado ao exercer sua discricionariedade observe além dos conceitos expostos, observe em última análise a repercussão e efeitos da sua decisão na amplitude que a relação contratual administrativa exige, o que significa as consequências de sua decisão. Um conceito, normatizado pela Lei 13.655/2018, além da motivação como requisito do ato administrativo também contemplado pela referida lei.

A aplicação dos princípios esculpido no art. 37 da CRFB nas decisões administrativas, o respeito ao *pacta sunt servanda* no contrato administrativo, são elementos condutores para segurança jurídica na relação contratual com o ente público. São esses conceitos e modelos de atuação da atividade contratual do Estado que o gestor deve se submeter para não perder de vista a consecução do objeto finalístico previsto no contrato administrativo, o bem comum almejado.

REFERÊNCIAS

AVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular, 11ª ed. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. As cláusulas "de privilégio" nos contratos administrativos. Revista de Direito Administrativo - nº 161. p. 728, jul./set., 1985.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179 - 198, jan./abr. 2014

BRUNIZIO, Gilmar. A influência das relações interdisciplinares e da teoria do pragmatismo na aplicação das cláusulas exorbitantes na contratação governamental, Revista Constituição e Garantia de Direitos, Rio de Janeiro, p. 116 – 133, Issn 1982 – 310X.

FREITAS, Daniela Bandeira de. A fragmentação administrativa do Estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídicos-políticos. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari: Direito administrativo para Céticos. Malheiros Editores, 2014.

TÁCITO, Caio. Evolução Histórica do Direito Administrativo. In: Temas de direito público: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. Do Espírito das Leis – in Coleção Os Pensadores - Montesquieu. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 - Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 16 de dezembro de 2019.

_____. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm> Acesso em: 16 de dezembro de 2019;

