

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE DIREITO

**BEATRIZ MILHOMEM MONDEGO LEITE**

**AS CLÁUSULAS EXORBITANTES E A FUNÇÃO SOCIAL NO CONTRATO  
ADMINISTRATIVO BEM COMO NO PROCESSO LICITATÓRIO**

São Luís

2018

**BEATRIZ MILHOMEM MONDEGO LEITE**

**AS CLÁUSULAS EXORBITANTES E A FUNÇÃO SOCIAL NO CONTRATO  
ADMINISTRATIVO BEM COMO NO PROCESSO LICITATÓRIO**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para  
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre José Edilson Caridade Ribeiro.

São Luís

2018

Leite, Beatriz Milhomem Mondego.

**AS CLÁUSULAS EXORBITANTES E A FUNÇÃO SOCIAL NO CONTRATO ADMINISTRATIVO BEM COMO NO PROCESSO LICITATÓRIO** / Beatriz Milhomem Mondego Leite. - 2018.

45 f.

Orientador (a): José Edilson Caridade Ribeiro.

Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2018.

1. Administração Pública. 2. Cláusulas exorbitantes.
3. Contrato administrativo. 4. Licitação. I. Ribeiro, José Edilson Caridade. II. Título.

**BEATRIZ MILHOMEM MONDEGO LEITE**

**AS CLÁUSULAS EXORBITANTES E A FUNÇÃO SOCIAL NO CONTRATO  
ADMINISTRATIVO BEM COMO NO PROCESSO LICITATÓRIO**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para  
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_\_, às    horas

BANCA EXAMINADORA

---

**Prof. Me. José Edilson Caridade Ribeiro** (Orientador)

---

**Examinador I**

---

**Examinador II**

Dedico este trabalho, tal qual minha carreira no Direito, ao meu bondoso Pai Celeste, o qual é Insondável em Seus planos e Fiel em Suas promessas. Também dedico à minha mãe, por motivos incontáveis como as estrelas que brilham no céu. A todos os meus familiares, amigos e professores. Por fim, dedico ao meu sobrinho Miguel, luz dos meus olhos, para que ele cresça em uma sociedade mais justa e tolerante.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, meu companheiro na vida, presente nos momentos bons que passei nestes cinco anos e meio, mas também ao meu lado nas dificuldades.

Sou grata a minha mãe, minha amiga e a melhor pessoa que eu conheço, por sacrificar muito para me ver realizando meu sonho de me formar em Direito; ao meu pai e sua esposa Sandra, pelas orações e palavras de encorajamento; a minha irmã por ser do jeito que ela é pra que eu fosse do jeito que eu sou; ao meu cunhado André por se juntar a nossa turma durante esses anos; ao meu Miguel, a criança mais linda e amada que existe, meu eterno amor.

Em memória da minha avó, espelho do meu ser e minha primeira educadora.

Gratidão por meus priminhos que eu tanto amo, pois não sabem o quanto me ajudaram nestes anos, apenas com seus olhares de candura, seus abraços apertados e suas brincadeiras; pelos três meses em que fui acolhida por minha tia Iara como filha e por tio Paulo, enquanto estava na Universidade Federal da Bahia; aos meus tios e tias, primos e primas, principalmente aos que me deram de presente priminhos pra amar, cuidar e brincar.

Obrigada à minha família na fé, àqueles que deixei na igreja do CASL, na igreja da Pituba em Salvador, mas sobretudo à Comunidade VIVA, por reavivar em mim a comunhão em Cristo e principalmente ao Ministério de Louvor; Flávia, maestro Deivaldo, Laura, Nicolle, Shirley, Carol, Ronny, Kelma, Elizeu, Renato, Ana Paula, a nossa banda... Perdoem se eu esqueci de alguém!

Muito obrigada pelas amizades lindas que tenho o prazer de chamar de minhas; Ludmilla, que me ajudou muito no decorrer dessa jornada e do trabalho, incentivando-me, estando ao meu lado nos piores e nos melhores momentos, obrigada por ser uma pessoa rara nesse mundo; Wander, propriedade da querida Ludmilla e amigo incondicional, pelo apoio e também por instalar o Office no computador, não é mesmo?

À Sarah, que presenteia o mundo de quem a ama com sua presença, obrigada pela amizade leal e por sua personalidade que só não ama quem não quer; Ana Paula, que pra mim vai ser Poca até velhinha, pelo apoio principalmente nos primeiros anos de curso; Carol, a qual foi trazida de novo pra minha vida por algo que só entendo ser amor genuíno; a Regyana, por ser minha amiga desde a escola e por trocarmos forças nesta reta final.

À Edna, minha conselheira e amiga. À Josy, meu segundo par de mãos nesse trabalho, não teria conseguido sem sua ajuda e sem suas orações junto com a Ana Lu, muito obrigada meninas de Deus!

*To Julie, my dear friend, who helped me with my abstract and praying for me.  
Thanks girl, come back as soon as possible! Love you!*

Obrigada também aos Pastores Jurandir, Leilson, Tadeu e Dudu, que oraram comigo e por mim durante os momentos mais difíceis.

Aos meus colegas de turma tanto da 2013.1, quanto da 2013.2, também agradeço; principalmente às minhas caronas e confidentes; Pedro Albuquerque, que sabe o porquê e também por eu querer ser que nem ele quando eu crescer; Wady, que não dava conselhos bons, mas tudo bem, e a todos os que me deram carona, obrigada, gente (sério).

A Matheus Alencar, que nunca me deu carona, mas entrou na vida da minha amiga Sarah e mudou a *playlist* de *heavy metal* e deixou as viagens com ela muito mais tranquilas e sem curvas perigosas.

Aos meus amigos que deixei em Salvador e serão juristas incríveis, principalmente Jorge Alan e Ederlan Câmara, amo vocês; ao meu amigo e primo Lincoln também, meu futuro médico.

Por fim, agradeço aos meus professores da UFMA; Valéria Montenegro, por sua vida escrita em forma de poesia; Maria Tereza Oliveira, por ser a professora mais linda e amada que já pisou nesta Universidade; Oriana Gomes, minha mentora, chefe de estágio e exemplo de probidade e compromisso; Caldas Furtado, por me fazer amar financeiro e ter a inspiração pra este trabalho; Edilson Caridade, por ensinar com amor e paciência.

A Gláucio, por ser exemplo de professor amigo; Humberto Oliveira, que ensina com maestria e bom humor, por seis cadeiras; Eliud Costa, por nos fazer entender direito tributário de forma simples; Marcelo Carvalho, por ter me feito amar o direito empresarial.

Também não poderia deixar de agradecer a Pablo Stolze, que no pouco tempo na UFBA ensinava o direito civil de forma simples nas tardes de sol soteropolitano, assim como o professor Georges Humbert de direito ambiental.

Ao meu professor de cursinho pra OAB, Matheus Carvalho, que é o coração deste trabalho. A todos os professores que se empenham, muito obrigada.

A Edilson Caridade, novamente, por aceitar ser meu orientador e também grande exemplo de bondade e sabedoria, apoiando-me quando mais precisei de apoio. Também agradeço à solicitude do coordenador Alex Rahbani e da coordenadora de monografia Anamaria Silva.

Ao meu chefe no Núcleo de Prática Jurídica da UFMA, Dr. Luiz Roberto Gomes, por me incentivar e acreditar que um dia serei magistrada, como é meu objetivo, além de me

ensinar lições de vida importantes. Também ao Dr. Irlan Jucá, do Mediando, por suas ideias inovadoras; a todos os funcionários do Núcleo.

A todos os que oraram por mim, torceram, me apoiaram de alguma forma e se esquece de alguém, saiba que minha mente pode ter esquecido, mas o meu coração certamente lembrará.

E às minhas cadelinhas Sol e Bessie, por se deitarem aos meus pés enquanto redigia esse trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho constitui-se em um estudo sobre o processo de contratação pela Administração Pública, com enfoque na análise crítica das cláusulas exorbitantes. Para seguirmos uma lógica didática, estabelecemos primeiro o conceito de Administração Pública, suas características e como funciona sua atuação junto ao particular. Deste ponto, partimos para um aprofundado olhar sobre o processo de licitação realizado pelo Poder Público, mostrando suas modalidades, seu procedimento e informações mais importantes. Depois deste estudo inicial é que pudemos passar para os contratos administrativos, juntamente com suas espécies e peculiaridades. Por fim, entramos na questão das cláusulas exorbitantes, com um ponto de vista mais aberto, analisando não só seu cabimento, mas fazendo um paralelo com a função social do contrato e com o princípio da boa-fé. Respeitando nosso objetivo de interdisciplinar a análise, terminamos com a gestão fiscal responsável sob a égide da Lei Complementar n. 101/00.

**Palavras-chave:** Administração Pública; licitação; contrato administrativo; cláusulas exorbitantes.

## **ABSTRACT**

The present work is a study about the hiring process by public administration, focusing on the critical analysis of exorbitant clauses. In order to follow didactic logic, we first establish the concept of public administration, its characteristics, and how its performance works with a person. From this point, we set out to take an in-depth look at the public bidding process, showing its modalities, procedures, and paramount information. After this initial study, we move on to administrative contracts, along with their categories and peculiarities. Finally, we enter into the question of exorbitant clauses, with an expanded perspective, analyzing not only their appropriateness, but paralleling the social function of the contract and the principle of good faith. Regarding our objective of interdisciplinary analysis, we end with the fiscal management responsible under the aegis of Complementary Law n. 101/00.

**Keywords:** Public Administration; bidding; administrative contract; exorbitant clauses.

## **LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS**

CF/88	Constituição Federal de 1988.
CPC	Código de Processo Civil (vigente).
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito.
CTN	Código Tributário Nacional.
FMI	Fundo Monetário Internacional.
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal.
RDC	Regime Diferenciado de Contratação.
STF	Supremo Tribunal Federal.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	13
<b>3. O PROCESSO LICITATÓRIO</b> .....	16
<b>3.1 Princípios</b> .....	17
<b>3.2 Modalidades</b> .....	18
<b>3.3 Dispensa e Inexigibilidade</b> .....	20
<b>4. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	24
<b>4.1 Breve Histórico do Direito Contratual</b> .....	25
<b>4.2 Os Contratos Administrativos</b> .....	26
<b>4.3 Contratos em Espécie</b> .....	28
<b>4.4 Regime Diferenciado De Contratação</b> .....	29
<b>5. AS CLÁUSSULAS EXORBITANTES</b> .....	31
<b>5.1 Hipóteses</b> .....	31
<b>5.2 A Função Social do Contrato</b> .....	32
<b>5.3 O Princípio da Boa-Fé Objetiva</b> .....	33
<b>5.4 Gestão Fiscal Responsável</b> .....	35
<b>6. CONCLUSÃO</b> .....	41
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	43

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios do cidadão na atualidade é saber como atua o Poder Público e quais são as regras que o norteia em suas atividades. Ainda é um tabu a forma como a Administração Pública cuida do interesse público, gerenciando os recursos que arrecada do contribuinte e repassando-os para as diversas áreas sob a égide administrativa.

Recentes escândalos políticos e a formação da CPI do Mensalão, da Operação Lava Jato, do *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff pela prática de atos que afrontaram o fisco, entre outras notícias, que não nos cabe analisar no momento; deixaram o povo brasileiro mais desconfiado com a gestão financeira do país, sobretudo das atividades essenciais, como a saúde, a segurança e a educação.

Além disso, é perceptível nas Academias o desinteresse ou interesse mínimo de seus acadêmicos com tais assuntos, principalmente o direito administrativo e financeiro, por possuírem conteúdos extensos e com diversa base normativa.

É por este motivo que este trabalho pretende enfrentar tais questões de forma simples, objetiva e didática, para que seus leitores o compreendam em sua essência. Partindo deste pressuposto, começaremos com a análise de como procede a Administração Pública em suas contratações por meio do processo licitatório, que será devidamente analisado, outra questão que assusta alguns estudantes de Direito.

Também estudaremos as peculiaridades dos contratos administrativos, dando ênfase às cláusulas exorbitantes e é neste ponto específico que precisaremos de um enfoque mais crítico, até mesmo para cumprir os objetivos aos quais este estudo se propõe, que se resumem em simplificar o entendimento.

Outrossim, analisaremos todo este conteúdo supracitado à luz do princípio da função social do contrato, focando-nos, como antes afirmamos, na compreensão de como funcionam os institutos da licitação e dos contratos administrativos sob tal égide, atentos às cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos.

Pretendemos utilizar, a partir do método dedutivo - do mais geral para o mais específico -, utilizar doutrina dos direitos administrativo, financeiro e tributário; bem como artigos publicados nas três áreas para a construção de um saber amplo e interdisciplinar, bem como de uma visão holística sobre o assunto.

Por fim, sustentamos a importância e atualidade deste trabalho, pois conhecer o direito financeiro e entender como a Administração Pública trabalha nunca foi tão importante

para o cidadão brasileiro diante de todos os escândalos que podem colocar em dúvida o trabalho do Poder Público.

## 2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública tem como base dois pilares: a supremacia do interesse público sobre o privado, o que lhe dá prerrogativas, e a indisponibilidade do interesse público, o que lhe confere limitações. (CARVALHO, 2017).

Princípios são as bases fundamentais de um sistema de normas, que condicionam toda a estruturação de um determinado ramo do Direito. Importante notar que os princípios não precisam estar presentes expressamente na legislação; possuem a validade e lançam seus efeitos independentemente de positivação.

Para o Direito Administrativo, em razão da ausência de codificação e de sua recente origem, os princípios revestem-se de grande importância, pois auxiliam na compreensão e consolidação de seus institutos. (CRISTINA, FRANCESCHET, PAVIONE, 2017).

No *caput* do artigo 37 da nossa Constituição, encontramos os princípios constitucionais expressos da Administração Pública, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. (BRASIL, 1988)

A legalidade, que vai além do que obedecer ao que está legislado, mas significa a subordinação obrigatória à lei; a impessoalidade, que possui duas vertentes, tanto a não discriminação do indivíduo como na garantia que o agente público possui de que seus atos praticados no exercício de sua função serão imputados ao Estado.

Mencionado princípio deve ser lido de forma diferente para o particular e para a Administração.

O particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com a dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, consoante estudado.

Por sua vez, a Administração só poderá fazer o que a lei permitir. Deve andar nos “trilhos da lei”, corroborando a máxima do direito inglês: rule of law, not of men.

Trata-se do princípio da legalidade estrita, que, por seu turno, não é absoluto, na medida em que a doutrina identifica algumas restrições. (LENZA, 2014).

Por último, a moralidade, que nada mais é do que tratar a coisa pública com honestidade; a publicidade consiste na transparência, mas apesar de ser requisito de eficácia dos atos administrativos, possui exceções, como nos atos sigilosos; por fim, a eficiência, incluída pela Emenda Constitucional 19/1998, é a busca por bons resultados.

A ordem do dia é a produtividade, e o Estado deve alcançar os resultados. Para tanto, mecanismos de incentivo devem existir para os servidores (e controle do desempenho deles), mas, também, a Administração terá de estar dotada de estrutura para a sua concretização. (LENZA, 2014).

Além destes, a Administração Pública obedece a alguns princípios elencados no artigo 5º, como do contraditório e ampla defesa - tanto prévia quanto técnica -, isonomia na lei (material) e perante a lei (formal), inafastabilidade do controle jurisdicional em que não precisa esgotar a via administrativa, em regra, e na defesa da coisa julgada administrativa, porém, sendo

apenas na esfera administrativa. Assim são elencados os princípios expressos. (CARVALHO, 2017)

Em interessante constatação, se todos são iguais perante a lei (art. 5.º, caput), necessariamente o serão perante a Administração, que deverá atuar sem favoritismo ou perseguição, tratando a todos de modo igual ou, quando necessário, fazendo a discriminação necessária para se chegar à igualdade real ou material.

Assim, a Administração deve sempre buscar a concretização do interesse público e não do particular. (LENZA, 2014).

Já os princípios implícitos encontram-se espalhados na legislação. O primeiro é encontrado no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei 9.784/1995, e corresponde à segurança jurídica, em que nova interpretação da lei não pode retroagir para violar direitos de terceiros, ou seja, enquanto não declarada a ilegalidade, o ato produz todos os seus efeitos.

Na mesma lei, encontramos o princípio da motivação no artigo 2º, que é o dever de fundamentação e o da razoabilidade ou proporcionalidade, a qual limita a discricionariedade, protege a aceitabilidade social e regula a aplicação das penas.

A continuidade está regulada no artigo 6º da Lei 8987/1995, garantindo a atuação administrativa ininterrupta. E, por fim, temos as Súmulas 346 e 473 do STF regulando a autotutela administrativa que consiste em um poder-dever de anular os atos que contenham vício de legalidade e revogar os que atentem contra o interesse público. Importante lembrar que o princípio da autotutela não afasta a tutela jurisdicional. (CARVALHO, 2017)

Segundo a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os princípios estão na base da Administração Pública. Porém, é necessário examinar os poderes que decorrem de tais princípios para as autoridades que atuam em nome do Poder Público. Estes poderes são inerentes à Administração Pública. (DI PIETRO, 2015)

Quanto aos poderes da Administração Pública, estes estão diretamente ligados à necessidade de atender o interesse público, sob pena de não serem válidos. O abuso de poder pode se dar através do excesso, por não ter a competência, ou do desvio, quando é cumprida a finalidade para que foi proposta. Podem ser exercidos vinculados ou discricionariamente. São classificados em: normativo, hierárquico, disciplinar e de polícia. Assim, contamos com a preciosa lição de Alexandre Mazza:

Para o adequado cumprimento de duas competências constitucionais, a legislação confere à Administração Pública competências especiais. Sendo prerrogativas ligadas a obrigações, as competências administrativas constituem verdadeiros poderes-deveres instrumentais para a defesa do interesse público. (MAZZA, 2013)

O poder normativo é responsável por editar normas gerais e abstratas dentro dos limites da lei, facilitando sua aplicação. O poder hierárquico é o poder interno dentro de uma mesma pessoa jurídica de um ato que pode ser delegado ou avocado. O poder disciplinar

concerne na aplicação de sanções e penalidades aos que têm vínculo especial com o poder público seja por hierarquia ou por contrato.

Por fim, o poder de polícia, conceituado no artigo 78 do CTN, podendo ser resumido na restrição de liberdades ou propriedade para obtenção do interesse público, ressalta-se que o poder de polícia não pode ser delegado a particulares no caso da aplicação de normas e sanções, apenas nos de fiscalização e consentimento.

Assim, resta-nos falar da organização administrativa. Há a prestação centralizada, que abarca a União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Na descentralização, encontramos tanto o particular concessionário ou permissionário, quanto as entidades da administração indireta - autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista -; e ainda temos a desconcentração, ou seja, a criação de órgãos internos e especializados. (CARVALHO, 2017)

A Administração Pública, portanto, compreende todos os entes aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa (DI PIETRO, 2015). Cada um deles com sua função e competência formam um diagrama de colaboração administrativa. É neste contexto que entenderemos o processo licitatório.

### 3 O PROCESSO LICITATÓRIO

A licitação é um procedimento administrativo prévio às contratações do Poder Público. (CARVALHO, 2017)

Entre as finalidades das licitações, elencadas no artigo 3º da Lei 8.666/93, está a seleção da proposta mais vantajosa, garantindo o interesse público, pois quanto mais onerosa é a contratação, mais reflexos terão no fisco. Além deste, contamos com a proteção da isonomia nos contratos e, perfeitamente cabível no cenário jurídico internacional, o desenvolvimento nacional sustentável.

O art. 37, XXI da CF/88 prevê como regra a realização de licitação pública prévia para a contratação de obras, serviços, compras e alienações. Sendo competência privativa da União a edição de normas gerais sobre licitações e contratos (art. 22, XVII, da CF), foi promulgada Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos- LLC) para regular o tema. Posteriormente foi editada a Lei 10.520/02, que regulou a modalidade de licitação denominada pregão e, mais recentemente, normas específicas aplicáveis às empresas estatais previstas na Lei 13.303/2016.

{...}

Licitação é o procedimento pelo qual o ente público seleciona a proposta de contratação mais vantajosa dentre as que forem oferecidas pelos interessados. A licitação deverá, ainda, ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório (as regras do certame devem estar detalhadamente previstas no edital), do julgamento objetivo (vedação de utilização de elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado no julgamento das propostas) e dos que lhe são correlatos. (CRISTINA, FRANCESCHET, PAVIONE, 2017)

Deste modo, em nosso estudo já podemos constatar a importância de entes privados ou mesmo particulares nas atividades próprias da Administração Pública. Com tal desmembramento e considerando os aspectos financeiros na organização de todos os serviços de atribuição pública. Inclusive, trazemos à baía a lição do professor Lucas Rocha Furtado:

A Administração Pública atua de forma totalmente distinta dos particulares. Estes estão livres para praticar qualquer ato ou desenvolver qualquer atividade, desde que lei não proíba. Essa regra consta expressamente na Constituição Federal que, em seu art. 5º, II, dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A Administração Pública, ao contrário, sujeita-se ao regime jurídico administrativo, devendo observar os diversos princípios constitucionais, dentre os quais destacamos o da legalidade e o da impessoalidade, que estão diretamente ligados à existência do processo licitatório.

Devemos, desde já, lembrar que a licitação é atividade meio. Faz-se a licitação tendo em vista a celebração de futuro contrato. A Administração deverá, como regra, antes de celebrar qualquer contrato, promover o devido procedimento licitatório, o que distingue a atuação administrativa da forma de agir dos particulares.” (FURTADO, 2015)

Fica bem claro observarmos a necessidade que a Administração tem de passar algumas destas tarefas adiante, garantindo a execução ordenada de suas obrigações para com a sociedade. Começamos então a entender o cabimento e a importância do processo licitatório.

### 3.1 Princípios

Além de obedecer aos princípios gerais da Administração Pública, principalmente, o da publicidade, ou seja, da transparência durante suas fases, há outros princípios específicos do processo licitatório, que analisaremos a seguir.

O primeiro deles é o sigilo das propostas de cada licitante, desta feita, todas elas são abertas em conjunto, impedindo assim o favorecimento de uma em detrimento de outra que venha receber informações privilegiadas sobre seus concorrentes.

Em segundo lugar, temos a vinculação ao instrumento convocatório que, em regra, é um edital. Tal instrumento estabelece todas as normas que devem ser observadas durante o processo licitatório; sendo, portanto, um ato administrativo.

O princípio do julgamento objetivo está intimamente ligado com o anterior, pois o critério de escolha está previamente estabelecido no edital. Em regra, o critério é o do menor preço, mas também podemos ter: melhor técnica; técnica e preço; ou do menor lance. No caso de empate devem ser seguidos os critérios do artigo 3º, §2º, da Lei 8.666/1993: produto produzido no Brasil; ser uma empresa brasileira; investir em tecnologia ou pesquisa no Brasil; ser uma empresa que respeita a cota mínima de empregados deficientes ou reabilitados da previdência. Se o empate persistir, passa-se ao sorteio.

Interessante observar que a Lei Complementar 123/06 postula que no caso de empate na licitação envolvendo Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, estas têm preferência no desempate.

No caso do princípio da publicidade, vale ressaltar a lição de Lucas Rocha Furtado sobre tal princípio geral da Administração Pública, especificamente tratando-se da licitação:

Acerca do dever de dar publicidade aos atos decorrentes de uma licitação, é especialmente interessante a regra relativa à realização do convite, modalidade de licitação. Nela, apesar de a Administração poder escolher quem quiser, o instrumento convocatório — ainda que não obrigatória a sua publicação em órgão de divulgação oficial — deve ser afixado no quadro de avisos da repartição, de modo a permitir que outros interessados não convidados possam participar do certame. Essa regra é de plena realização dos princípios da publicidade e da moralidade. (FURTADO, 2015)

Além dos princípios supracitados, observa-se o chamado intervalo mínimo, previsto no artigo 21 da Lei de Licitações, que estabelece um intervalo para cada modalidade licitatória.

A obrigatoriedade é apenas para os entes da Administração Direta e Indireta, fundos especiais e os demais entes controlados por dinheiro público. Porém, veremos doravante as hipóteses de inexigibilidade.

Finalmente, o processo licitatório precisa de uma Comissão, em regra, que será responsável por proceder ao processo licitatório, e seus membros respondem solidariamente pelos atos da comissão. (CARVALHO, 2017)

Agora que pudemos entender os princípios que norteiam o processo licitatório, passemos para a análise de como este acontece, o que dependerá da modalidade exigida.

### 3.2 Modalidades

As modalidades gerais são: concorrência; convite; concurso; leilão; pregão; e tomada de preço. Lucas Rocha Furtado, ilustríssimo doutrinador, ensina:

A Lei nº 8.666/93 estabelece em seu art. 22 as diferentes modalidades de licitação. Às cinco modalidades indicadas pela Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/02 acrescentou nova categoria, o pregão. Licitação, portanto, é gênero do qual a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão são suas espécies.

A Lei das Licitações define quando deverá ser utilizada cada modalidade, bem assim a Lei que instituiu a modalidade pregão. É bem verdade que algumas dessas modalidades poderão, eventualmente, conforme será visto em seguida, ser utilizadas como alternativas — é o que ocorre, por exemplo, com a concorrência, a tomada de preços e o convite. Veremos que em relação a essas três modalidades de licitação, será o valor do objeto a ser contratado que irá determinar a modalidade a ser adotada. Para grandes contratos, cujos valores são indicados no art. 23, a Lei nº 8.666/93 determina que seja adotada a concorrência. Para contratos de pequeno porte, poderá ser utilizado o convite (conforme já foi estudado no capítulo anterior, se o valor for realmente reduzido — para obras e serviços de engenharia inferiores a R\$15.000,00, e para compras e outros serviços inferiores a R\$8.000,00 —, a licitação será dispensável). E para contratos de valores médios, a modalidade será a tomada de preços. Observamos que a Lei nº 8.666/93 indica os valores que irão definir a modalidade de licitação a ser adotada.

O citado art. 22 da Lei nº 8.666/93, portanto, constitui o ponto de partida para o estudo das modalidades de licitação em razão de que este dispositivo:

1 Apresenta a definição de cada uma dessas modalidades; e

2 Indica quando cada uma deve ser utilizada. (FURTADO, 2015)

A modalidade concorrência é obrigatória para obras e serviços de engenharia acima de um milhão e quinhentos mil reais e para bens e outros serviços acima de seiscentos e cinquenta mil reais. É utilizada para concessão de serviços públicos e direitos reais de uso, para a empreitada integral - todas as etapas da obra -, para aquisição e alienação de bens imóveis e nos casos de licitação internacional, em regra.

O procedimento da concorrência serve de modelo genérico para as outras modalidades de licitação, por isso, iremos nos deter nos aspectos mais importantes. Existem, pois, duas fases, uma interna, com os atos preparatórios, e outra externa que começa com a publicação do edital.

Após a publicação do edital no Diário Oficial e em jornal de grande circulação, há a fase de habilitação dos licitantes, em que serão verificados os requisitos indispensáveis de

ordem jurídica, técnica, econômico-financeira, trabalhista (observar se cumpre o inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal), e se está regular junto ao fisco e à justiça do trabalho em sede de execução.

Então, classifica-se as propostas depois da abertura destas, homologa-se o resultado pela autoridade máxima do órgão e termina-se o certame declarando oficialmente o vencedor da licitação, antes de contratar. Vale ressaltar que a administração não é obrigada a celebrar o contrato.

Na modalidade tomada de preço não há fase de habilitação. É a licitação setorial, que acontece para obras de engenharia que não ultrapassem um milhão e meio de reais e para bens e serviços de até seiscentos e cinquenta mil reais.

A modalidade licitatória chamada de convite tem prazos menores, inclusive para interposição de recursos, não há fase de habilitação, nem publicação de edital, pois o instrumento convocatório utilizado é a carta-convite, que é enviada e afixada no átrio da repartição que a emitiu. Outra peculiaridade é que por motivo de interesse público é possível que não haja comissão, dependendo apenas de um servidor efetivo do órgão.

Já a modalidade concurso é dedicada à contratação de trabalho técnico, artístico ou científico; podendo ser concedido ao vencedor tanto a remuneração como um prêmio. A comissão é especial, não sendo necessária a presença de servidores públicos, e sim de pessoas idôneas com conhecimento na área do concurso.

O leilão é a licitação que visa à alienação de bens móveis - desafetados, apreendidos ou empenhados - e imóveis - no caso da dação em pagamento ou decorrente de decisão judicial -. Não há comissão, o responsável é o leiloeiro oficial ou servidor público designado para a tarefa. Sempre será do tipo maior lance, sendo igual ou superior ao da avaliação.

A modalidade que mais difere da concorrência em seu procedimento é o pregão. Para garantir a celeridade e o menor preço as fases são invertidas, sendo a classificação antes da habilitação e a homologação após adjudicação. Não há possibilidades de interposição de recurso entre as fases, apenas depois da adjudicação.

O pregão é do tipo menor preço, é menos burocrática, não havendo comissão, apenas o pregoeiro do órgão e uma comissão auxiliar. É regida pela Lei n. 10.520/02 e tem como objeto a aquisição de bens e serviços comuns. Atualmente é prioridade entre os procedimentos na Administração Pública.

Aspecto peculiar do pregão está relacionado à necessidade de que no âmbito da União, assim como no de cada Estado, de cada Município e do Distrito Federal, seja editado regulamento para definir a sua aplicação. No âmbito da Administração Pública federal, a União aprovou o Decreto nº 3.555/00, para definir como os órgãos e

entidades da Administração Pública federal irão proceder na aplicação dessa nova modalidade de licitação [...]

O pregão surge como nova modalidade de licitação a ser utilizada, em algumas situações, alternativamente às modalidades comuns disciplinadas pela Lei nº 8.666/93.

A Lei nº 10.520/02 restringe a utilização do pregão a algumas situações especiais, relacionadas à contratação pela Administração Pública de bens e serviços comuns.

Utilizando como exemplo a compra de veículos, é de se concluir que se o administrador segue a Lei nº 8.666/93, ele irá adotar a concorrência, a tomada de preços ou o convite, escolhendo dentre essas três em função do preço estimado do contrato. Caso o administrador opte pelo pregão para a mesma compra de veículos, o valor estimado do contrato irá interferir apenas na forma de dar divulgação ao pregão, podendo ser utilizado seja qual for o valor a ser contratado. (FURTADO, 2015)

Importante ainda para nossa análise é a licitação para registro de preços, que consta de ata de registro de preços válida por um ano, com a contratação acontecendo na medida da necessidade do órgão.

Outro ponto que precisa ser abordado é o regramento da Lei Complementar 123/06, que dá certa prerrogativa para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, como as cotas de até 25%, dispensa da comprovação de regularidade fiscal e trabalhista na fase de habilitação e a licitação exclusiva para valores até oitenta mil reais.

### 3.3 Dispensa e inexigibilidade

Começamos o nosso estudo com a preciosa lição de Alexandre Mazza:

Recentemente identificados pela doutrina, os casos de licitação dispensada não envolvem a possibilidade discricionária, como nas hipóteses convencionais de dispensa, de a Administração escolher entre promover a licitação ou realizar a contratação direta. Trata-se, portanto, de situações em que a contratação direta é uma decisão vinculada.

A própria Lei n. 8.666/93 distingue casos de licitação “dispensável” (art. 24, caput) e de licitação “dispensada” (art. 17). Naqueles, a Administração decide discricionariamente se a melhor solução é licitar ou contratar diretamente; nestes, a realização da licitação está de antemão excluída, dispensada. (MAZZA, 2013)

Os casos de dispensa constam no rol taxativo apresentado pelo artigo 24 da Lei 8.666/1993 e os de inexigibilidade no rol exemplificativo nos três incisos do artigo 25 da mesma lei. Vejamos em síntese.

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens,

públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas; [...]

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. [...] (BRASIL, 1993)

Dentre as hipóteses de contratação sem licitação a mais comum são, sem dúvida, as licitações dispensáveis, previstas no citado artigo 24 da Lei nº 8.666/93. O artigo 24, até o momento da elaboração do presente estudo, possui trinta e quatro hipóteses nas quais o legislador autorizou dispensar a licitação. (BOSELLI; LEONETTI, 2016)

O primeiro conceito é mais simples. Se a Constituição estabeleceu a obrigatoriedade de se realizar o processo licitatório, o gestor público somente estará autorizado a realizar a contratação afastando a licitação nas hipóteses em que for expressamente autorizado pela lei. Este conceito é, de certa forma, básico e está claramente expresso no caput do artigo 24 da Lei nº 8.666/93: “Art. 24. É dispensável a licitação”. (BOSELLI; LEONETTI, 2016)

Nota-se que o legislador, claramente, utilizou uma redação que permite inferir que a lista de incisos que seguirá o caput será uma lista taxativa, ao contrário das hipóteses de inexigibilidade de licitação.

Lembramos que ao afastar o processo licitatório o gestor público está deixando de atender ao mandamento constitucional e só poderia fazê-lo nas hipóteses em que for expressamente autorizado pelo legislador como já dito. Deste conceito se desdobra a segunda ideia das dispensas de licitação: a questão da motivação para que o legislador infraconstitucional crie hipótese de licitação dispensável, seguindo um dos preceitos fundamentais que norteiam todos os atos da Administração Pública. (BOSELLI; LEONETTI, 2016)

Porém, será considerada constitucional a lei ordinária que criar exceção à regra licitatória, contrariando o estabelecido o inciso XXI do artigo 37 da Constituição, pois estamos

diante da admissibilidade de tais hipóteses no próprio texto constitucional. Contudo, isso não significa, sob nenhum aspecto, que toda e qualquer norma que afaste o processo licitatório será considerada constitucional.

Há sim que se realizar juízo material acerca da validade jurídica de norma exceptuadora da regra licitatória sob pena de se conferir poder ao legislador infraconstitucional para revogar uma regra constitucional.

Sobre o assunto, trazemos ainda ao bojo do estudo, decisão jurisprudencial para melhor visualização das hipóteses na prática:

EMENTA. PREFEITO. HOMOLOGAÇÃO DE CONTRATO. INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO. INOBSERVÂNCIA ÀS NORMAS DA LEI 8.666/93. AUSÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME DESCRITO NO ART. 89, CAPUT, DA LEI 8.666/93. IMPRESCINDÍVEL COMPROVAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR PREJUÍZO AO ERÁRIO E DO EFETIVO PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. O delito de dispensa ou inexigibilidade de licitação está previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, tipo que visa proteger uma série variada de bens jurídicos além do patrimônio público, tais como a moralidade administrativa, a legalidade, a impessoalidade dentre outros. 2. Segundo o mais recente entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o crime supramencionado exige dolo do agente em causar dano ao erário, além de efetivo prejuízo ao ente público. 3. Condenar penalmente um Administrador Público, pura e simplesmente, por ter homologado procedimentos de licitação ou dispensa, sem a demonstração de um mínimo de indícios de que houve participação dolosa e resultado danoso ao ente público, configura responsabilização objetiva, o que é rechaçado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro. Entendimento em sentido contrário acabaria por transferir para a seara penal comportamentos que ofendem o cumprimento de deveres simplesmente administrativos, que envolvem a ineficiência/incompetência gerencial, que se resolvem no âmbito das ações de improbidade administrativa. 4. Ausente dolo específico do acusado, bem como não tendo ocorrido prejuízo ao município, não deve subsistir a condenação. 5. Recurso defensivo provido. (TJ-ES - APL: 00005085220098080059, Relator: SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA, Data de Julgamento: 26/06/2013, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/10/2013)

Não há dúvida, portanto, que a norma criadora de dispensa de licitação deve estar dotada de justificativa jurídica, econômica, técnica ou fática que fundamente a criação de norma capaz de excetuar o mandamento constitucional, até porque, como dissemos anteriormente, devemos observar o princípio da motivação antes de qualquer análise. (BOSELLI; LEONETTI, 2016)

A licitação dispensada nada mais é do que uma inexigibilidade de licitação que o legislador optou por criar um rol de possibilidades.

A Constituição determina expressamente que o processo licitatório é regra para todas as contratações públicas ressalvadas as hipóteses previstas em lei. Ou seja, só existem duas situações em que será feita uma contratação sem processo licitatório: quando a lei autoriza expressamente (dispensa); e quando, por questões fáticas, é impossível cumprir o mandamento constitucional (inexigibilidade).

A última advertência que fazemos em relação à inexigibilidade de licitação é no sentido de que as hipóteses indicadas nos incisos I a III do art. 25 não são exaustivas. Isto significa que em outras situações em que a Administração se depare com inviabilidade de competição, a licitação será inexigível. É raro no âmbito da Administração serem verificadas outras hipóteses de inviabilidade de competição que não as indicadas nos incisos do art. 25, porém não impossível.

[...]

De igual modo o TCU decidiu, relativamente ao credenciamento por parte de órgãos e entidades públicos, de profissionais e instituições médico hospitalares, que seria aplicável a hipótese prevista no caput do art. 25 da Lei nº 8.666/93. Nesse caso de prestação de assistência médica, seria extremamente difícil, se não impossível, definirem-se critérios objetivos para o julgamento de licitações eventualmente instauradas para esse fim. O que melhor realiza o interesse público, nesses casos, é a Administração proceder ao credenciamento do maior número de prestadores de serviços, pessoas físicas ou jurídicas, com inexigibilidade de licitação e deixar ao prudente arbítrio dos beneficiários diretos da assistência, a tarefa de eleger, dentre os credenciados, o profissional ou instituição médica que melhor lhes mereça a confiança. (FURTADO, 2015)

Após analisarmos o processo licitatório em todos os seus aspectos gerais e específicos, principalmente no que tange aos procedimentos utilizados no certame em suas diversas modalidades, concluímos que é um procedimento regido por várias regras fiscalizadoras e que pretendem dar ao certame a segurança jurídica necessária.

Podemos passar para o estudo dos contratos administrativos, a próxima fase a ser seguida na contratação da Administração Pública, afinal, esta é a ordem fática dos acontecimentos na prática.

## 4 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Desde os primórdios da humanidade, o contrato está presente em nossas relações sociais. O próprio Estado, como ente assegurador de direitos e dotado de deveres para com o povo, só existe por causa do que conhecemos como Contrato Social, que nada mais é do que o indivíduo renunciando a seus poderes-deveres de autotutela para um organismo maior, com um controle concentrado.

No mesmo sentido, Lucas Rocha Furtado preleciona:

A atividade material da Administração Pública não se desenvolve apenas por meio de atos unilaterais de vontade. Historicamente, estes constituíam o principal instrumento de atuação da Administração Pública. Esta se tem utilizado, todavia, com cada vez mais frequência de novos instrumentos para formalizar o seu relacionamento com os particulares.

A Administração necessita firmar acordos com entidades privadas com vistas à realização de obras, à aquisição de bens ou à prestação de serviços. O objetivo precípuo desses acordos de vontade era e continua a ser, em grande medida, o de atender às demandas internas da Administração Pública, que sempre necessitou da colaboração dos particulares para o fornecimento de bens e de serviços.

Nota-se, contudo, que, nos dias atuais, o fortalecimento do conceito de Estado democrático e social de direito, a partir da perspectiva de Estado cooperativo, leva a Administração Pública a assumir, com cada vez mais intensidade, novas atribuições externas. Diante dessa nova realidade, especialmente no que concerne à prestação de novos serviços públicos ou de utilidade pública e ao desempenho das atividades de fomento, os acordos de vontade têm sido considerados os instrumentos mais adequados para permitir que os particulares colaborem com o desempenho das novas atividades estatais. (FURTADO, 2015)

Assim, de um lado temos o contrato como acordo de vontades e a Administração Pública com natureza de direito privado, nivelando-se ao particular, garantindo a horizontalidade; nos que predominam a relação de direito público tem-se a verticalidade do Poder Público sobre o particular. Justifica-se aqui a supremacia do interesse da Administração Pública na relação jurídica.

Já adiantamos em nossa primeira análise que não se pode observar o cumprimento integral do princípio da igualdade entre as partes, da autonomia da vontade e da força obrigatória das convenções. Certa é a supremacia do ente público, a submissão ao que é disposto em lei e a volatilidade das cláusulas contratuais diante do interesse da Administração Pública, justificando respectivamente o descumprimento dos princípios supracitados.

Abrimos, então, para a fundamentação da ocorrência das chamadas cláusulas exorbitantes baseadas neste princípio da supremacia do interesse público, tendo este princípio garantia na formação de normas e também em sua implementação, pois, ressaltamos, o objetivo principal do direito público é a proteção do interesse público, o bem-estar da coletividade. (DI PIETRO, 2015).

As cláusulas exorbitantes entram, portanto, neste cenário de imposição, tendo previsão obrigatória, prevendo direitos e garantias que só serão dadas à Administração Pública, em detrimento do interesse do particular contratado; consideradas no âmbito da supremacia do interesse público.

A própria Lei de Licitação enumera algumas destas cláusulas, que serão adiante estudadas: exigência de garantia; alteração unilateral; rescisão unilateral; fiscalização; aplicação de penalidades; anulação e retomada do objeto.

Diante de necessária introdução ao assunto, não podemos começar nossa análise sobre os contratos administrativos sem um breve passeio ao histórico do direito contratual até os dias de hoje.

#### **4.1 Breve histórico do direito contratual**

As relações negociais estão intrinsecamente ligadas à existência de uma sociedade que concorda com a conduta entre si. Antes mesmo do surgimento na moeda, as relações comerciais já existiam em forma de trocas de mercadorias.

Os hebreus já tinham a noção de contrato muito antes da fundação de Roma, como conhece-se da história bíblica de Abraão comprando um campo e uma caverna para enterrar sua esposa Sara. (OTERO; PINHEIRO, 2012)

No Egito existiam formas rudimentares de disciplinar o casamento e relações envolvendo propriedade de imóveis através da venda, do juramento ou da tradição. Já na Grécia o ponto marcante foi o contrato de casamento, restringindo a poligamia. Em relação aos bens, aplicavam-se multas e até castigos físicos. (OTERO; PINHEIRO, 2012)

Mas foi em Roma, na Tábua VI, que surgiu a obrigação e o contrato. O conceito de obrigação deriva do fato de que o credor poder dispor do corpo de seu devedor, até o surgimento da *Lex Poetelia Papiria*, em 326 a.C., segundo a qual, a partir de então, os bens do devedor é que passariam a responder pelas dívidas.

Na Idade Média tivemos o Direito Canônico, com um contrato firmado através da expressão de vontade das partes e de juramento de fé. O descumprimento era tido como pecado e julgava-se ter consequências eternas. (OTERO; PINHEIRO, 2012)

No século XIX, durante a Revolução Industrial, observado o postulado da *pacta sunt servanda*, adotou-se a concepção de que o contrato servia como lei para as partes, tendo cumprimento obrigatório e sem ressalvas. Tivemos então o ápice da liberdade contratual, que por vezes gerou injustiça e desigualdade.

Com advento da Revolução Industrial e os direitos civis e políticos do homem e do cidadão, a liberdade significava um individualismo exacerbado e crescente desigualdade social; pois era a máxima do desenvolvimento industrial. (OTERO; PINHEIRO, 2012)

Desta feita, temos a necessidade de intervenção do Estado para resolver tais problemas e solver os reclames dos trabalhadores, que entra neste cenário no século XIX intervindo para garantir os direitos sociais, de forma ainda superficial. (PAMPLONA; SILVA, 2015)

A presença do Estado tornou-se cada vez mais marcante após a Segunda Guerra Mundial na economia dos Estados, para o reconhecimento jurídico da dignidade humana e a consideração da função social da propriedade, devido às consequências de cunho social e a perda sem precedentes. (OTERO; PINHEIRO, 2012)

Assim, o direito contratual sofre drásticas modificações com a participação ativa do Estado. No caso brasileiro, por exemplo, houve a consideração, ao lado dos princípios tradicionais da matéria contratual, da função social dos contratos, do equilíbrio material entre as partes e da boa-fé objetiva. (PAMPLONA; SILVA, 2015)

Por isso é que se tende afirmar que surgiram em torno da justiça contratual e da função dos contratos muitas discussões de forma a determinar uma readequação dos contratos, ambientada ao Estado Social e levando em conta não só o interesse econômico, mas a garantia de relações econômicas e financeiras pautadas na justiça e nos direitos fundamentais. (OTERO; PINHEIRO, 2012)

## **4.2 Os contratos administrativos**

Os contratos administrativos não são sinônimos dos contratos da administração. Os contratos da administração são todos aqueles celebrados pelo Poder Público, mas os contratos administrativos são especificamente aqueles regidos pelo Direito Público.

Celso Antônio Bandeira de Mello define o contrato administrativo como:

Um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado. (MELLO, 2015)

As características dos contratos administrativos são peculiares. São eles de adesão e perfeitos apenas com a anuência das partes, diferente dos contratos reais que só produzem efeito com a entrega da coisa. Assim, são comutativos, com direitos e obrigações previamente definidos.

Em regra, são formais, precisando de instrumentos de contrato que obedeçam a um certo formalismo. Dentro deste preceito, encontramos as cláusulas necessárias à sua validade, que podem ser dispensadas para contratações de até cento e cinquenta mil reais se obras e até oitenta mil se bens; que são os casos da carta contrato, nota de empenho ou ordem de serviço. Serão obrigatoriamente formais no caso de contratos realizados nas modalidades licitatórias de concorrência e tomada de preço.

Observamos que em todos os casos o contrato será escrito, com exceção aos abaixo de quatro mil reais, de pronta entrega e de pronto pagamento. A publicação do resumo do contrato dar-se-á até o quinto dia útil do mês seguinte para a sua providência e mais vinte dias úteis para a publicação. Estes últimos são requisitos de eficácia do contrato. (CARVALHO, 2017)

Tratando-se de garantia, esta pode ser até de 5% do valor do contrato, a não ser que seja um contrato de grande vulto, alta complexidade ou riscos financeiros consideráveis, podendo chegar a 10%. A garantia tem ampla possibilidade, dando-se em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro garantia ou fiança bancária.

Adimplindo-se o contrato, a garantia será devolvida. Porém, diante do inadimplemento, será executada a garantia sem prejuízo de indenização. Se houver bens em depósito, o valor do bem será acrescido à garantia. (CARVALHO, 2017)

“No contrato administrativo deve ser observado o chamado equilíbrio econômico-financeiro, que é assegurado no art. 37, XXI da CF/88 (“mantidas as condições efetivas da proposta”). O equilíbrio nada mais é do que a observância da equação econômico-financeira existente quando da assinatura do contrato, entre os encargos assumidos pelo contratado e a retribuição da Administração, mantendo-se o mais próximo possível o preço do objeto contratado durante todo o prazo de vigência do contrato.” (CRISTINA, FRANCESCHET, PAVIONE, 2017)

Vale lembrar que só é possível a subcontratação parcial desde que haja previsão no edital, ou contrato, e autorização do Poder Público.

A duração do contrato, de acordo com o que preceitua o artigo 57 do 8.666/1993. Os contratos possuem prazo determinado e prazo de vigência do crédito orçamentário de um ano. As exceções são do Plano Plurianual, quatro anos; das prestações contínuas, até sessenta meses, somadas as prorrogações sucessivas por períodos iguais, porém, com necessidade justificada podem ser prorrogados por doze meses.

No caso de aluguel de equipamentos e programas de informática, teremos o prazo de quarenta e oito meses. Os incisos IV, XIX, XXVIII e XXXI do artigo 24 da Lei 8.666/1993 trazem um prazo de cento e vinte meses. Em contratos que não vinculam crédito orçamentário nem geram despesa os prazos são maiores que os normais.

Ressaltamos que a prorrogação de qualquer contrato deve dar-se de forma expressa, respeitada a sua vigência. Deve ser prevista no edital e no contrato administrativo, com a justificativa de sua vantagem. (CARVALHO, 2017)

Como ora supracitado, há cláusulas necessárias nos contratos administrativos. Delas merecem destaque a correção monetária, que é prevista no contrato com os índices oficiais. Também temos o reajuste previsto no contrato, que é o aumento no seu custo. Quando o reajuste não consegue equilibrar o contrato novamente, temos a recomposição.

O instituto da recomposição ou revisão dá-se nos casos de caso fortuito ou força maior; interferências imprevistas, que são aquelas que já existiam antes do contrato, mas depois da celebração é que foram descobertas no curso da execução; fato da Administração, que atua ou se omite; e, por fim, o fato do príncipe, que acontece fora do contrato, mas atinge o contrato.

A extinção do contrato administrativo pode ocorrer com a conclusão do objeto ou advento do termo - chamada de extinção natural -; com a anulação no caso de vício de ilegalidade, com efeitos *ex tunc*, tendo o particular direito à indenização se o problema não acontecera por causa dele; por fim, há a rescisão, em três casos.

Unilateral pela Administração Pública em caso de inadimplemento ou no interesse público; judicial pelo particular diante do inadimplemento da Administração; amigável, distrato ou bilateral quando ambos não têm mais interesse no contrato; e de pleno direito no caso de uma situação alheia à vontade das partes que impede o cumprimento do contrato. (CARVALHO, 2017)

Desta forma, passamos à análise de algumas peculiaridades do estudo dos contratos administrativos.

### **4.3 Contratos em espécie**

Importante analisarmos os contratos em espécie disciplinados pela Lei 8.666/1993. Os três básicos são: o de fornecimento de bens; de prestações de serviços; e de execução de obras; analisados detidamente a seguir.

O contrato de fornecimento de bens é baseado em pesquisas de mercado e possuem prazo máximo para entrega, estando tais informações contidas no edital de sua modalidade licitatória.

Já a prestação de serviços é um contrato de concessão que quem paga é o usuário do serviço. Também baseado em pesquisa de mercado tem prazo peremptório.

Por último, temos o contrato de execução de obra com prazo máximo para a entrega da obra e seu valor é baseado no seu procedimento que começa com um projeto básico de arquitetura ou uma planilha, passando para um projeto executivo com cronograma e depois para a obra. Ressaltamos que aqueles que foram responsáveis pelo projeto básico e pelo executivo são impedidos de participar da licitação para executar a obra, mas podem fiscalizá-la. (CARVALHO, 2017)

#### **4.4 Regime diferenciado de contratação**

Com os eventos sediados no Brasil, Copa das Confederações, Copa do Mundo, Olimpíadas e Paraolimpíadas, criou-se o Regime Diferenciado de Contratação, para a execução das obras necessárias. Tal regime encontra-se disciplinado pela Lei 12.462/2009. (CARVALHO, 2017)

Após o término dos eventos achou-se por bem aplicar o RDC para as obras do Sistema Único de Saúde, de Instituições Públicas de Ensino, do Programa de Aceleração do Crescimento, penitenciárias, obras e serviços de mobilidade urbana e para contratações de Institutos de Ciência e Tecnologia. (CARVALHO, 2017)

Nas licitações a comissão é composta pela maioria de servidores efetivos; o edital é divulgado no Diário Oficial - em obras com valor de até cento e cinquenta mil reais e bens de até oitenta mil reais é dispensada esta publicação no Diário - e no endereço eletrônico do órgão; a classificação das propostas precede a habilitação; podem aparecer os tipos menor preço ou maior desconto, técnica e preço, conteúdo artístico, maior oferta e maior retorno econômico. Sobretudo é respeitado o princípio do julgamento objetivo.

Além disso, pode-se contratar mais de uma empresa com o mesmo objeto. No caso de identificação da marca pode ser para que haja padronização do objeto, ou que esta seja a única capaz de atender o objeto, ou para a identificação do objeto ou similar de igual qualidade.

A habilitação segue o rito da Lei 8.666/1993 e o encerramento do certame pode ser com a adjudicação e depois a homologação ou com a anulação por vício de ilegalidade ou revogação por causa de interesse público superveniente.

No caso de penalidade de suspensão de contratar com a Administração Pública, o prazo é de até cinco anos. (CARVALHO, 2017)

Trazemos aqui algumas decisões judiciais sobre o assunto:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PRELIMINAR DE  
INCOMPETÊNCIA DO TJDF REJEITADA - LEI DISTRITAL 5.254 DE  
23.12.2013 - DISPÕE SOBRE APLICAÇÃO

**DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - NOVA HIPÓTESE DE SUBMISSÃO AO RDC - PROJETOS ESTRUTURANTES DO DISTRITO FEDERAL - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - INCOMPATIBILIDADE COM A LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL - PRESENÇA DO PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS - LIMINAR CONCEDIDA. I. CABE AO TJDFT PROCESSAR E JULGAR AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADAS EM FACE DA LEI ORGÂNICA DISTRITAL (ART. 30 DA LEI 9.868 /99 E ART. 8º, INCISO I, ALÍNEA N, DA LEI 11.697 /08). II. PRESENTE O PERICULUM IN MORA PELA IMINENTE LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO, POR MEIO DE CONTRATAÇÕES DERIVADAS DE PROCEDIMENTO QUE AFASTA A LICITAÇÃO PÚBLICA EM HIPÓTESE NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO FEDERAL. III. O FUMUS BONI IURIS APRESENTA-SE NA PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES DA REQUERENTE, EVIDENCIADA PELA AFRONTA À LODF. IV. IMPÕE-SE A SUSPENSÃO DO ART. 1º, INC. V E PARÁGRAFO ÚNICO, E DO ART. 3º DA LEI 5.254/13, COM EFEITOS EX NUNC. V. LIMINAR CONCEDIDA. (TJ-DF - ADI: 20140020015816 DF 0001591-40.2014.8.07.0000, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 25/02/2014, Conselho Especial, Data de Publicação: Publicado no DJE: 24/04/2014. Pág.: 53)**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DO TJDFT E VIABILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DA ADI LEI DISTRITAL 5.254 DE 23.12.2013 DISPÕE SOBRE APLICAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – NOVA HIPÓTESE DE SUBMISSÃO AO RDC PROJETOS ESTRUTURANTES DO DISTRITO FEDERAL PROCEDIMENTO LICITATÓRIO INCOMPATIBILIDADE COM A LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. I. Cabe ao TJDFT processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face da Lei Orgânica Distrital (art. 30 da Lei 9.868/99 e art. 8º, inciso I, alínea n, da Lei 11.697/08). II. O confronto da Lei Distrital com dispositivos da Lei Orgânica do DF faz emergir a viabilidade jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade. III. Definir as hipóteses de aplicação de nova modalidade licitatória é tema que se insere como norma geral, e não como norma suplementar. O Distrito Federal invadiu a seara que é reservada à União, pois estabeleceu norma geral sobre licitação, o que lhe é vedado, não só pela Constituição, mas, no que interessa aqui, pela Lei Orgânica do Distrito Federal. IV. Julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º, inc. V e parágrafo único, e do artigo 3º, ambos da Lei 5.254/13, com efeitos ex tunc e erga omnes. Ressalva da Relatora quanto à modulação dos efeitos. (TJ-DF - ADI: 20140020015816, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 25/11/2014, Conselho Especial, Data de Publicação: Publicado no DJE: 09/12/2014. Pág.: 13)**

Assim, concluímos nosso estudo geral sobre os contratos administrativos, deixando de mencionar as cláusulas exorbitantes, por serem objeto de nossa análise crítica adiante.

## 5 AS CLÁUSULAS EXORBITANTES

As cláusulas exorbitantes estão implícitas em todos os contratos administrativos e representa desigualdade entre as partes. Como descreve Alexandre Mazza:

Uma das características fundamentais dos contratos administrativos é a presença das chamadas cláusulas exorbitantes. São regras que conferem poderes contratuais especiais, projetando a Administração Pública para uma posição de superioridade diante do particular contratado. São prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado e, por isso, são aplicáveis ainda que não escritas no instrumento contratual. (MAZZA, 2013)

Para começar nosso estudo, é de suma importância conhecer quando ocorrem suas hipóteses de incidência.

### 5.1 Hipóteses

A primeira hipótese está relacionada tanto ao projeto quanto ao valor: a alteração unilateral. Seus limites estão regulados pela Lei 8,612/1992, sendo de 25% de para mais ou para menos, podendo chegar até 50% de acréscimo em se tratando de reforma. Ressalta-se que qualquer acréscimo deve ser acompanhado de aumento no valor pactuado e vice-versa, garantindo assim o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O segundo caso é da rescisão unilateral pela Administração Pública por inadimplemento do particular ou por interesse público, resguardado o direito à indenização. Na concessão de serviço público, o inadimplemento é chamado de caducidade e o interesse público de encampação. é necessário neste caso observar a instauração de processo administrativo regular, assegurando o contraditório e a ampla defesa.

Há também a prerrogativa de fiscalização e controle, que, na verdade, tem natureza de poder-dever. Na portaria expedida pelo órgão constará o ente que fiscalizará o contrato.

Além disso, conta-se com a possibilidade que a Administração Pública tem de ocupar temporariamente os bens do contratado para manter a continuidade do serviço. Se houver dano ao bem, o particular tem direito à indenização. (CARVALHO, 2017)

Por fim, a Administração Pública também poderá aplicar penalidades, de acordo com o artigo 87 da Lei 8.666/1993; não precisando de ação judicial, podendo ser aplicada administrativamente, mediante processo administrativo com contraditório e ampla defesa.

As penalidades podem ser de advertência em casos menos graves; de multa, isolada ou cumulativamente com outras penas; de suspensão para contratar com o Poder Público por no máximo dois anos; de declaração de inidoneidade por no máximo dois anos também,

porém, precisa de reabilitação com o ressarcimento ao erário. Não se deve confundir multa como ressarcimento ao erário.

Importante destacar que a Administração Pública respeitará o princípio da proporcionalidade na aplicação das multas e o responsável pela aplicação será o Secretário de Estado ou o Ministro de Estado competente. (CARVALHO, 2017)

## **5.2 A função social do contrato**

As mudanças que aconteceram no cenário político, econômico e social brasileiro fizeram eclodir o processo de constitucionalização dos direitos, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, irradiando suas normas dotadas de força normativa sobre todo o ordenamento jurídico, e considerando todos os outros ramos do ponto de vista constitucional. (PAMPLONA; SILVA, 2015)

Desta feita, este fato possibilitou o rearranjo dos diversos institutos, o rompimento com dogmas jurídicos antiquados, a relativização da dicotomia entre direito público e privado, bem como a necessidade de criação de novos estatutos jurídicos.

A invocação do princípio da função social só deve ser feita quando for interesse social e representar um bem para a coletividade, não para atender a interesses individuais com vantagens para um grupo de pessoas em particular que sempre se aproveita de lacunas dos conceitos para se beneficiarem. (CHAVES; FERREIRA, 2015)

Neste cenário, paulatinamente, as normas contratuais também foram redimensionadas pelos valores constitucionais que objetivam a consolidação de um legítimo Estado Democrático de Direito, do ponto de vista legal e axiológico. (CHAVES; FERREIRA, 2015)

Como já vimos na introdução à nossa análise, as previsões das cláusulas exorbitantes – previsão legal das cláusulas exorbitantes e garantia da função social dos contratos – são explicitamente contraditórias e inconciliáveis, fazendo-se necessária a imposição de uma frente a outra. (CHAVES; FERREIRA, 2015)

A cláusula é, assim, considerada exorbitante quando comparada a um contrato regido exclusivamente pelo direito privado, os quais não comportam a existência de privilégios. (PAMPLONA; SILVA, 2015)

Quando pensamos em um contrato de natureza pública, automaticamente ligamos a ele a finalidade pública que é estendida a toda prática administrativa, sem considerada então, uma “verdade universal” em qualquer prática voltada para esta finalidade pública, sendo por

esta razão passível de anulação no caso de desvio de sua finalidade. (PAMPLONA; SILVA, 2015)

Além disso, entendemos que o instrumento contratual é uma composição de vontades formalizada através dele e abriga a vontade de cada parte, não podendo ser desprezado o interesse da sociedade pelos contratantes que integram tal relação jurídica através de um pacto entre eles. Nesta linha assevera Marrara:

O emprego dessas armas deve vir justificado [...] as cláusulas exorbitantes seriam condicionadas por circunstâncias diferenciadas e previsão legal, bem como delimitadas por direitos fundamentais e compensações econômicas. (MARRARA, 2016)

Com um juízo de equidade, no entanto, consideramos possível a conciliação dos até então institutos considerados inconciliáveis no caso concreto, ponderando a Administração Pública sobre os efeitos negativos da implementação de uma de suas hipóteses de cláusula exorbitante.

### **5.3 O princípio da boa-fé objetiva**

Podemos observar que tal interesse público pode esbarrar no princípio da boa-fé objetiva, deste modo é correto afirmar que o respeito ao princípio da boa-fé objetiva é indício de uma relação com probidade. Logo se alguma das partes estiver inadimplente, este estará ofendendo o princípio da boa-fé objetiva. (PIRES; REZENDE, 2015)

Mas, a ponderação é justificada nos moldes do princípio da Supremacia do Interesse Público que deve ser garantia da sociedade. As cláusulas exorbitantes materializam a posição de superioridade da Administração Pública face ao administrado. Contudo, em razão da eficácia vertical dos direitos fundamentais, estas condições contratuais excepcionais não podem lesar direitos humanos inatos.

A improbidade administrativa, inclusive, é um ato ilícito, refere-se a uma lesão da moralidade administrativa, enquadrando-se entre os crimes de responsabilidade. O fato é que o contrato, quando observados o princípio da boa-fé objetiva e da probidade, gera para as partes a segurança jurídica. (PIRES; REZENDE, 2015)

Outra demonstração da natureza geral da boa-fé decorre da vedação ao abuso de direito. Constitui pressuposto de toda relação jurídica, seja de direito material, seja de direito processual, que as pessoas envolvidas se comportem lealmente. Esta conduta leal não convive com o exercício anormal e desmedido de algum direito.

Deste modo, o parâmetro, que diferencia o comportamento regular do abusivo, repousa na boa-fé esperada das pessoas, conforme as circunstâncias fáticas do momento vivido.

O ato administrativo, resultado do processo administrativo, deve ser claro, preciso e assegurar previsibilidade de situações e relações jurídicas que envolvam o Poder Público, com o fim de se tutelar segurança ao sistema jurídico.

A confiança consiste na expectativa que se pode ter em relação à outra pessoa. Na seara administrativa, a confiança repousa na crença depositada na Administração Pública participativa, em razão das exigências da legalidade democrática. Neste sentido, é razoável esperar, por imposição constitucional, que o Poder Público permita a participação, respeite o administrado e não permita abusos de direito nem atos arbitrários. (PIRES; REZENDE, 2015)

Assim, a confiança exige que a Administração Pública aja sempre corretamente, lícitamente e pautada na razoabilidade e proporcionalidade. A lealdade materializa-se pela colaboração e cooperação. Administração Pública e administrado constituem sujeitos complementares na busca e no alcance do interesse público. (PIRES; REZENDE, 2015)

A razoabilidade, como já analisado, concede bom senso ao agir administrativo. Neste contexto, imprescindível aceitar que a moralidade administrativa invoca a ética, alicerçada na legalidade

Por conseguinte, necessário analisar que o fato jurídico conforme o direito submetesse ao plano da validade. Os fatos ilícitos não podem ser nulos ou anuláveis, visto que seria desarrazoado invalidar um ato contrário ao direito ao invés de buscar a responsabilização pela prática do mesmo, pois por prerrogativa, nem mesmo existiria.

Portanto, o único fato jurídico que pode ultrapassar o plano da validade e que se não o fizer será nulo ou anulável consiste no ato jurídico lícito dotado da consciência em obter resultado permitido pelo sistema jurídico.

Os pressupostos de validade, referentes ao sujeito do ato jurídico, no âmbito do direito público, repousam na competência, capacidade e ausência de vícios da vontade. Deste modo, o agente que pratica o ato legislativo, administrativo e processual deve possuir competência, isto é, atribuição legal para poder agir.

A boa-fé representa fidelidade à vontade expressa no ato jurídico e permite o cumprimento da promessa feita. Ela consiste em dever, não com o sentido de imposição, mas concebido como fator de união.

Desta maneira, a boa-fé abandona a técnica eminentemente formal, para valoração do que é legítimo e justo, buscando o alcance da finalidade do ato diante das legítimas

expectativas dos envolvidos, de forma cooperada e solidária. Enfim, a boa-fé se forma dos deveres de lealdade e probidade.

Assim, partir do pressuposto de que a cláusula exorbitante não fere o princípio da boa-fé objetiva, desde que seja pautado no alcance do interesse público e tenha como finalidade precípua a garantia de direitos e não a afronta a algum deles.

Como a Administração Pública é a única que possui tal prerrogativa em detrimento do particular contratado, deve observar com cautela a motivação e a moralidade na execução de seus atos, principalmente se recorre ou não a alguma cláusula exorbitante. (PIRES; REZENDE, 2015)

#### **5.4 A gestão fiscal responsável**

Quando a Constituição Federal estabelece que à União compete cuidar de determinado assunto, cria um dever, no sentido de que esta passa a estar obrigada a fazer determinada atividade. Ao estabelecer que compete à União assegurar a execução de alguma atividade, o texto pressupõe que existam pessoas a quem incumbirá o atendimento do mandamento constitucional. Será necessidade pública, pois que haja entes públicos dotados de meios materiais suficientes ao cumprimento de tal tarefa. (OLIVEIRA, 2006)

Haverá necessidade da contratação de homens e de equipamentos, de prédios etc. Há a necessidade-fim, ou seja, o bem jurídico-político, no caso, tutelado, e a imperiosidade da existência das necessidades-meio, para que a primeira possa ser prestada efetivamente. (OLIVEIRA, 2006)

Quem define as necessidades públicas é a Constituição e as leis que a complementam. A definição é jurídica e depende do momento histórico. Porém, não se pode confundir as necessidades do Estado com as necessidades públicas, pois, nem sempre significam a mesma coisa. As primeiras podem conter interesses de determinado governante em certo momento histórico. As segundas refletem os reais interesses da sociedade. (OLIVEIRA, 2006)

Na medida em que se tem a necessidade pública como objetivo a ser satisfeito pelo Estado, de acordo com as definições constitucionais e legais, a atividade financeira deste buscará obter recursos para atender a tais necessidades.

Daí definir o direito financeiro como o ordenamento jurídico da Fazenda Pública com organização própria, de sua situação jurídica como titular de direitos e obrigações, de suas ações e relações jurídicas.

O ordenamento normativo traça os fins; o direito financeiro busca os meios para dar condições a que sejam eles satisfeitos. Busca as receitas, administra-as e gasta os recursos, para cumprir os fins do Estado.

A atividade financeira, então, é precedida pela definição das necessidades públicas.

Conhecendo tais necessidades públicas, podemos distinguir a existência de três momentos distintos: o da obtenção de recursos; o de sua gestão (intermediado pelo orçamento: aplicação, exploração dos bens do Estado, distribuição, etc.) e o do gasto, com o qual se cumpre a previsão orçamentária e se satisfazem as necessidades previstas.

Atividade financeira é, pois, a arrecadação de receitas, sua gestão, fiscalização e a realização do gasto, a fim de atender às necessidades públicas.

Com a edição da Lei Complementar nº 101/00 (LRF) e da Lei nº 10.028/00, que alterou o Código Penal, a Lei nº 1.079/50 e o Decreto-Lei nº 201/67, o Brasil passou a experimentar um novo regime de administração dos recursos públicos, denominado de Gestão Fiscal Responsável, que está assentado em 4 (quatro) pilares: o planejamento, a transparência, o controle das contas públicas e a responsabilização. (FURTADO, 2014)

A Lei de Responsabilidade Fiscal veio por exigência do Fundo Monetário Internacional que, por meio do Comitê Interino entendeu que deveria promover ele mesmo uma maior transparência fiscal.

Não há como negar a influência do Fundo Monetário Internacional (FMI) na edição da Lei Complementar nº 101/00 (LRF), fato que gera sempre muito polêmica, a partir da acusação de ofensa à soberania nacional. Por outro lado, não se pode colocar o pagamento da dívida externa e o controle das contas públicas em polos antagônicos. Ressalte-se, inclusive, que as questões a serem resolvidas com os credores internacionais do Brasil devem ser tratadas no âmbito da Política Econômica e do Direito Internacional e não do Direito Financeiro. De qualquer modo, as pressões do organismo internacional encontraram aqui terreno fértil para a implementação de um programa de ajuste fiscal. (FURTADO, 2014)

Assim, o Comitê Interino procura estimular os países-membros a aplicarem o chamado Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal. Sendo assim, no "pacote" de transações financeiras com o Brasil, o FMI exigiu a aprovação de texto normativo que desse visibilidade às contas públicas.

A Lei Complementar 101/2000 veio sanar espaço punitivo contra o mau administrador público, pois estabelece ela requisitos imprescindíveis no âmbito financeiro público, para cumprimento pelos administradores. O desequilíbrio orçamentário, o gasto excessivo com pessoal, as operações irresponsáveis de crédito, o descuido com o patrimônio público, tudo passa a ser fiscalizado e sancionado por esta lei.

Responsável é a pessoa que deve suportar a consequência de sua ação antijurídica, típica e punível. Assim, a Lei Complementar 101/2000 veio disciplinar os artigos 163 e 169 da Constituição Federal.

A Lei de Responsabilidade Fiscal é uma das mais importantes normas regentes da gestão pública e marco na evolução do direito financeiro pátrio. Furtado (2013) assevera que, com a edição da LRF, o Brasil passou a experimentar um novo regime de administração dos recursos públicos, denominado de Gestão Fiscal Responsável, que está assentado em quatro pilares: planejamento, transparência, controle das contas públicas e responsabilização.

Entre outras relevantes inovações, a LRF estipulou regras relativas à responsabilidade na gestão fiscal, o que pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. (FURTADO, 2014)

Como o Estado encampa finalidades, atividades públicas em seu sentido mais amplo, deve ter disponibilidades financeiras para atendê-las. Os objetivos do Estado só podem ser alcançados se dispuser ele de recursos para, através de meios instrumentais, tais como prédios, móveis e pessoal, cumprir as determinações constitucionais ou legais. (OLIVEIRA, 2006)

Portanto, o Estado tem que manter seu aparato, pagar seus prédios e servidores e fiscalizar suas próprias despesas.

A experiência brasileira, em todos os planos de governo, mostra que há um verdadeiro descaso no tocante à gestão da coisa pública. O dinheiro público é confundido com o particular. Políticos inescrupulosos cuidam do dinheiro oficial como coisa particular. Destinam-no aos mais diversos fins, longe daqueles de atingimento das finalidades públicas. (OLIVEIRA, 2006)

O endividamento alcança as fronteiras do absurdo. É comum que se onere o Município ou o Estado, porque está em vias de terminar o mandato do governante, deixando que o próximo pague. Os restos a pagar sobejam nos orçamentos. A emissão de títulos dá-se acima dos limites permitidos.

Daí surgira a necessidade da denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000).

A ação planejada pressupõe que seja apontado o objetivo e que se fixem rumos e caminhos a seguir. Deve estar presente um procedimento para o atingimento dos fins. A transparência decorre da exigência do disposto no artigo 37 da Constituição Federal. A prevenção de riscos deriva do planejamento. Fixada a meta, o roteiro não pode ter desvios. A publicidade do que se está fazendo e do que se pretende fazer é decorrência natural do controle e da explicitação e superação de riscos, em outras palavras, da transparência. (OLIVEIRA, 2006)

Os excessos decorrentes dos desvios devem ser corrigidos a tempo e periodicamente, como manda a lei. Se os limites forem ultrapassados, é importante que se corrija o rumo e se retorne à finalidade previamente delineada. A renúncia de receita pode existir, com a correspondente recuperação dos recursos ainda não previstos. A geração de despesa com pessoal pode ocorrer, mas com a correspondente receita e com os limites fixados na lei. Vemos aqui a explícita demonstração do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Em suma, observamos que a legislação é rigorosa e tem orientação vivaz aos aplicadores das verbas públicas.

Os contratos administrativos válidos decorrem de um procedimento administrativo igualmente válido. Se houve tramitação regular e a Administração Pública escolheu a melhor proposta ou aquela que lhe convinha, de acordo com os critérios especificados no edital, homologa o procedimento, entendendo-o regular e válido e adjudica o objeto da licitação, isto é, ao lado de entender que o objeto interessa, aquela é a melhor proposta e esta está de acordo com o que a Administração Pública pretende. (OLIVEIRA, 2006)

Como vimos, adjudicar não é o mesmo que contratar. Não se confundem o direito à adjudicação com o eventual direito de contratar. O vencedor da concorrência, em hipótese onde sua proposta reponta, segundo os critérios do edital, a um só tempo como a mais vantajosa e a mais satisfatória, tem direito à adjudicação, e não apenas interesse legítimo, porém, a Administração Pública não tem o dever de contratá-lo.

Assim como analisamos em capítulo próprio, o contrato como o ajuste de vontades que tem o objetivo de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Dele nascem direitos e obrigações. A diferença entre o contrato de direito público e o de direito privado é que naquele, uma das partes é a Administração Pública. Ao lado de tal detalhe subjetivo, há outros itens que lhe dão identidade própria.

As diversificações devem constar do instrumento do contrato, ou seja: forma de pagamento, prazos, hipóteses de rescisão, direitos e garantias, penalidades, legislação aplicável, a exata identificação do objeto, garantias etc. Estas são as cláusulas exorbitantes. (OLIVEIRA, 2006)

O contrato deve ser cumprido em sua totalidade. Hipóteses, no entanto, podem ocorrer que impeçam seu cumprimento, já aqui analisados. Há enumeração de itens que tornam impossível o cumprimento contratual como, por exemplo, o caso fortuito e a força maior, a interrupção ou diminuição do ritmo de trabalho, atraso da Administração, fato de terceiro etc. (OLIVEIRA, 2006)

No entanto, as denominadas cláusulas administrativas podem sofrer algumas alterações.

O artigo 42 traz o que se denomina "restos a pagar". A ideia é que não seja comprometido o orçamento do exercício vindouro. Se a despesa deve ser paga no exercício, não há como assumir obrigação acima de tal período.

Observe-se que o artigo 57 da Lei de Licitação estabelece que "a duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários". Se a obrigação é de trato sucessivo nada obsta que pagamento seja feito no último dia do ano. Ultrapassando o período, não haverá responsabilidade do governante, uma vez que assumiu obrigação adequada e oportuna.

Impõe-se ressaltar que a lei não considera restos a pagar as despesas assumidas em contratos de longo prazo, mesmo porque tais despesas surgem atreladas às respectivas receitas de longo prazo.

O parágrafo único do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal dispõe que "na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.". Desta forma, não pode o governante assumir compromissos e efetuar cálculo a menor, apenas para efeito de poder assumir o débito.

Podemos observar aqui que a Administração Pública, ao autorizar alguma obra (compra ou aquisição de serviço) deve estudar bem os encargos que advirão.

Outro dispositivo que alcança os contratos em curso é o parágrafo 2º do artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal ao estabelecer que "não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente".

Em face de tal dispositivo, a Administração Pública deve cumprir os pagamentos decorrentes da Constituição, da lei e deve atender ao pagamento do serviço da dívida. Logo, os demais contratos firmados com a Administração podem ter o pagamento sustado, encaixando-se assim em caso de força maior. (OLIVEIRA, 2006)

Cabe a nós ressaltar que a gestão pública tem sofrido fortes impactos da prevalência do capital como impulsionador da economia. O Brasil tem esgotado a possibilidade de tributar os particulares. Estes estão exauridos em suas disponibilidades para contribuir com o Poder Público, inclusive põe-se incrédula diante da atuação do Poder Público na defesa dos direitos e garantias mais básicos. (OLIVEIRA, 2006)

Aqui salientamos que as cláusulas exorbitantes trazem ainda mais insegurança e noção de "nós e eles" para o particular frente à Administração Pública. Os desafios a serem

enfrentados são muitos e é por isso que nos cabe, como operadores do direito, buscar não só o equilíbrio da atuação Estatal, mas a compreensão daqueles que não tem tanto entendimento.

Desta forma, faremos um Brasil uno e unido verdadeiramente em prol do interesse público.

## 6 CONCLUSÃO

Pudemos observar ao longo de nossa análise que, com um estudo mais acurado sobre o direito administrativo, relacionando-o com outros ramos do direito, como o direito financeiro e tributário, chegamos a conclusões objetivas e mais fáceis de compreender.

Começamos analisando os principais aspectos da Administração Pública, seus princípios, características e como se organiza. Depois deste breve estudo, imprescindível para nossa análise, passamos a abordar o processo licitatório.

Além das características gerais e do conceito de licitação, foi de suma importância entendermos cada um de seus princípios objetivos. Porém, como explicamos, é preciso ressaltar que mesmo com tais princípios específicos, o processo licitatório deve observar os princípios gerais da Administração Pública.

Ainda falando sobre licitações, depreendemos as peculiaridades de cada modalidade licitatória; utilizando como modelo o procedimento da concorrência. Mesmo assim, pudemos concluir que a modalidade mais utilizada atualmente pela Administração Pública é o pregão. Por fim, demonstramos brevemente as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Então, passamos para o capítulo seguinte, dedicado aos contratos administrativos. A partir de um breve apanhado histórico do direito contratual, entendemos suas fases até chegar aos dias de hoje, como nosso ordenamento jurídico vigente.

Após esta compreensão holística, analisamos cada aspecto do contrato administrativo, passando por suas características, duração e extinção, finalmente. Dedicamos dois tópicos para o estudo dos contratos em espécie e para o Regime Diferenciado de Contratação, que mereciam um estudo mais detido. Só então pudemos passar para nossa análise principal: as cláusulas exorbitantes.

Então, pudemos passar para o estudo mais aprofundado das cláusulas exorbitantes e entendermos primeiramente seu conceito como cláusulas estritamente concedidas à Administração Pública, podendo esta rescindir o contrato de maneira unilateral até aplicar penalidades ao particular contratado.

Após isso, pudemos conceber as hipóteses em que são analisadas e constituídas as cláusulas exorbitantes, as quais estão delimitadas na Lei de Licitação, Lei 8.666/1993. Tratamos o cabimento de cada uma e salientamos ao final a importância do respeito ao princípio da proporcionalidade.

Em seguida, tratamos da função social do contrato no ordenamento jurídico, sendo essa análise imprescindível ao falarmos das cláusulas exorbitantes. Pudemos concluir que mesmo à princípio parecerem inconciliáveis, podem sim coexistir em um espaço que se respeite a razoabilidade e também a supracitada proporcionalidade.

Avançando no estudo, chegamos ao princípio da boa-fé objetiva, tratando de seu conceito e de como este funciona no contexto da contratação pela Administração Pública, sem perdermos de vista as cláusulas exorbitantes.

Terminamos nosso estudo com o foco na gestão fiscal responsável do ente público. Pudemos observar os problemas existentes em nosso ordenamento jurídico no que concerne à gestão financeira e as possíveis soluções, como o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal e todas as suas implicações tanto na licitação quanto na contratação. Assim, as cláusulas exorbitantes, *lato sensu*, não poderão exorbitar, *stricto sensu*, em sua efetividade.

Concluímos, portanto, que se obedecidos os princípios e às finalidades aos quais os contratos e todas as atividades públicas que a Administração Pública se propõe a realizar, temos pacífica existência das cláusulas exorbitantes dentro de nosso ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

BOSELLI, Felipe Cesar Lapa; LEONETTI, Carlos Araújo. Uma análise crítica da dispensa e inexigibilidade de licitação - em busca de uma teoria que possibilite a aplicação a casos concretos. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF. **Anais eletrônicos**. Brasília/DF: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/e1k54hhs/giSXn777HPYF5kEt.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2006.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2000.

BRASIL. Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro 2006. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2006.

BRASIL. Lei nº 8.612 de 30 de dezembro de 1992. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1992.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1993.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1995.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1999.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União - DF. Representação nº 00395019980/DF – Distrito Federal. Relator: Humberto Guimarães Souto. **Pesquisa de Jurisprudência**, Jurisprudência, 19 setembro 2000. Disponível em: <<https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342677839/representacao-repr-395019980?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça - DF. Ação direta de inconstitucionalidade nº 20140020015816/DF – Distrito Federal. Relator: Sandra de Santis. **Pesquisa de Jurisprudência**, Jurisprudência, 24 abril 2014. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117674352/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-20140020015816-df-0001591-4020148070000?ref=serpasp>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça - DF. Ação direta de inconstitucionalidade nº 20140020015816/DF – Distrito Federal. Relator: Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça. **Pesquisa de Jurisprudência**, Jurisprudência, 9 dezembro 2014. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311526070/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-20140020015816?ref=serp>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

CAMARGO, João Batista; LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder de (Coord.). **Contas governamentais e responsabilidade fiscal: desafios para o controle externo - estudos de ministros e conselheiros substitutos dos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 371 p. ISBN 978-85-450-0246-8.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**, 18ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

CHAVES, Fábio Barbosa; FERREIRA, Luciano Carlos. Contratos administrativos como substrato da autonomia privada: a mitigação das cláusulas exorbitantes. In: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. **Anais eletrônicos**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/h0yx9ly1/G3LrY10M3d7N31B7.pdf>>. Acesso em: 4 de jun. 2018.

CRISTINA, Flávia; FRANCESCHET, Júlio, PAVIONE, Lucas (Org.). **Exame da OAB: todas as disciplinas**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017. p. 1361-1369.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. ISBN 978-85-224-9720-1.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**, 6ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. ISBN 978-85-450-0083-9.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. **Direito financeiro**. 4. ed. rev. ampl. e atual. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 685 p. ISBN 978-85-7700-688-5.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21454-5.

MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. **Administrativo**, São Paulo, 18 jul. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/07/18/as-clausulas-exorbitantes-diante-da-contratualizacao-administrativa/>>. Acesso em: 4 de jun. 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-18936-2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos do Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. ISBN 852030849.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de Oliveira. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. ISBN 85-203-2868-7.

OTERO, Cleber Sanfelici; PINHEIRO, Vanessa Morzelle. A função social dos contratos administrativos e privados e sua importância para os direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, [S.l.], v. 12, n. 2, p. 397-417, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/2512/1748>>. Acesso em: 4 de jun. 2018.

PAMPLONA, Francisca Edineusa; SILVA, Adriano Fábio Cordeiro da. A efetividade do princípio da função social do contrato e seus reflexos no contexto socioeconômico do Estado brasileiro. In: XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS. **Anais eletrônicos**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/aynm5hh3/jsTZ0y3Q9N0H170k.pdf>>. Acesso em: 4 de jun. 2018.

PIRES, Lucas Lasmar; REZENDE, Vinicius de Paula. **Cláusulas exorbitantes frente aos princípios da supremacia do interesse público e boa-fé objetiva**. [S.l.]: 2015. Disponível em: <[www.esamcuberlandia.com.br/revistaidea/index.php/idea/article/download/185/137](http://www.esamcuberlandia.com.br/revistaidea/index.php/idea/article/download/185/137)>. Acesso em: 4 de jul. de 2018.