

As cláusulas exorbitantes e a distinção dos contratos da administração em contratos administrativos e contratos de direito privado

*Sirlene Nunes Arêdes**

1. Introdução

Seguindo inspiração francesa, a maior parte dos países integrantes da chamada família romano-germânica, entre os quais se inclui o Brasil, divide os contratos da administração em contratos administrativos e contratos privados da administração.

Há que se perguntar, todavia, quais as implicações dessa distinção no sistema jurídico brasileiro e, especialmente, apontar as diferenças existentes entre ambas as categorias de contratos da administração. O estudo dessas implicações, bem como das diferenças jurídicas entre ambas as categorias, tem por base o sistema jurídico francês, no qual, por via legal e jurisprudencial, originou-se a distinção entre contratos administrativos e contratos privados da administração. Assim, inicia-se este artigo com a análise dos critérios utilizados pela doutrina e jurisprudência francesas para identificar o contrato administrativo. Em seguida, passa-se a expor as principais críticas que, por ora, recaem sobre tal sistema, para, enfim, comparar o sistema francês com o brasileiro, destacando-se, quanto a este, a inutilidade da distinção entre contratos administrativos e contratos privados da administração.

* Mestre e doutoranda em direito público pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Procuradora da Câmara Municipal de Belo Horizonte/MG. Professora do Curso de Direito da Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais (Fead-MG).

2. A teoria dos contratos da administração na França

Crítérios do contrato administrativo

Na França, vários são os critérios utilizados para identificar o contrato administrativo e separá-lo dos contratos privados da administração. O primeiro critério utilizado, oriundo ainda da repartição de competências entre a jurisdição administrativa e a comum, advém da determinação legal da competência, uma vez que aquela repartição excluía da apreciação do Judiciário os conflitos de que fossem partes as pessoas administrativas.

De fato, logo após a Revolução Francesa (1789), ao serem criados os tribunais administrativos,¹ a legislação atribuiu a eles a competência para julgar os conflitos oriundos das relações contratuais da administração. Devido à competência da jurisdição administrativa para julgamento de tais relações, todos os contratos da administração seriam administrativos, vez que submetidos à jurisdição administrativa. Adotou-se, portanto, o critério orgânico, segundo o qual a mera participação de uma pessoa jurídica de direito público transferia a competência para a jurisdição administrativa, tornando o contrato administrativo (Estorninho, 1990:24).

Nesse sentido, Estorninho (1990:23 e segs.) afirma que a ausência de diferenciação substancial entre tais contratos e os contratos firmados pelos particulares era aceita pela doutrina da época. Pellegrino (1990:69) também afirma que a separação inicial entre os contratos surgiu da necessidade “de excluir tanto quanto possível a atividade administrativa do controle dos tribunais ordinários”, ou seja, o contrato administrativo surgiu primeiramente no âmbito processual, somente depois foi que a doutrina buscou a substantivação dos chamados contratos administrativos.

Essa busca pela substantivação adveio das polêmicas acerca da repartição de competências entre as jurisdições francesas que, posteriormente, introduziu o debate: se os contratos administrativos em nada se diferenciavam dos firmados pelos

¹ Segundo Pellegrino (1990:68 e segs.), “as câmaras jurisdicionais especializadas em matéria administrativa remontam a períodos anteriores à Revolução Francesa. O Antigo Regime, com efeito, contemplava órgãos, tais como *Cour de aides*, *Chambres de Comptes* ou *Jurisdiction des eaux et forêts*. O fundamento político da criação desses órgãos estava em que, para vencer os obstáculos postos pelo Parlamento à sua ação administrativa, o rei incumbia os seus delegados do julgamento de diversos litígios dessa natureza. Instaurada a Revolução e difundida a ideia da tripartição de ‘poderes’, sistematizada por Montesquieu, surgiu a dúvida acerca da possibilidade ou mesmo da conveniência político-administrativa de se conferir ao Judiciário a atribuição de julgar os atos do Executivo. Temia-se que essa nova responsabilidade conferida ao Judiciário pudesse ser tida como intromissão indevida na esfera de atribuições desse último. O receio do Parlamento do Antigo Regime de que o Judiciário viesse assumir uma tal postura de oposição e de ingerência levou a que se mantivesse a tradição do juiz administrativo, é certo que com algum aperfeiçoamento que mais tarde adveio da especialização”.

particulares, não se justificaria a jurisdição privilegiada. Tal argumentação se levantou porque a tradição jurídica francesa firmara-se sob o princípio de que o juiz administrativo apenas atuaria nos casos em que se reconhecesse que o ato praticado pelo Estado fosse substancialmente distinto dos atos praticados pelos particulares.²

De fato, o surgimento do contencioso administrativo francês levou ao surgimento de um direito novo — o direito administrativo —, aplicável às relações entre a administração e os particulares. Começou-se, então, a exigir que a jurisdição administrativa somente julgasse os conflitos em que fosse necessária a aplicação desse direito novo.

Foi então que se iniciou a busca pela substantivação do contrato administrativo. Com esse intento, vários critérios foram levantados pela doutrina e/ou aplicados pela jurisprudência ao longo do século XX. Entre os quais persiste até hoje, desenvolvida pela doutrina e amplamente aplicada jurisprudencialmente, a distinção dos contratos administrativos dos contratos privados da administração a partir da noção de serviço público.

Segundo o critério do serviço público, um contrato seria administrativo sempre que uma pessoa jurídica de direito público executasse uma atividade que tivesse um fim de serviço público ou que fosse a execução mesma de um serviço público. Esse critério não extinguiu a caracterização legal do contrato administrativo, mas com ela conviveu, de forma que, na França, ainda encontram-se contratos administrativos por determinação legal.

Com o declínio da noção de serviço público, consagrou-se na França um novo critério substancial de diferenciação entre os contratos administrativos e os contratos privados da administração: trata-se da presença de cláusulas exorbitantes nos contratos. A adoção do critério das cláusulas exorbitantes passou, então, a coexistir com o critério do serviço público.

² Em passagem que merece citação literal, Pellegrino (1990:76) esclarece: “A distinção tem por motivação histórica, aliás, já referida: o propósito de excluir certos contratos de controle pelo Poder Judiciário. Eis porque, até hoje, na França, a investigação do regime jurídico aplicável ao contrato tem o seu elemento decisivo na determinação legal da competência: *o contrato é administrativo porque alguma lei submete expressamente à jurisdição administrativa o seu eventual controle, independentemente da matéria ali versada*. Essa perspectiva, que parece inverter a ordem natural das coisas, é alvo da preocupação do jurista francês, que está continuamente procurando sistematizar a teoria em bases científicas, daí as diversas teses que surgiram ao longo do tempo, para identificar o traço essencial do contrato administrativo. É evidente que o móvel político não se transmuta em critério lógico-jurídico de um momento para outro, pelo que se explica a controvérsia ainda existente sobre a matéria, após decênios de meditação. O ponto de partida das novas reflexões, além disso, ainda repousa na concepção de que os atos da Administração não são todos iguais, e de que alguns deles, por representarem manifestação de supremacia, devem estar sujeitos à jurisdição administrativa. Isto é pacífico na França e praticamente se confunde com a própria noção de direito administrativo naquele país. A partir daí, a doutrina e a jurisprudência do Conselho de Estado desenvolveram, particularmente no último século, doutrinas voltadas para extrair de elementos próprios do contrato algo que identificasse a posição de supremacia da Administração na relação jurídica, e, por consequência (não mais como causa), a competência do juiz administrativo” (grifos nossos).

Assim, o contrato administrativo, na França (e nos demais países cuja influência francesa se faz sentir), pode ser substancialmente diferenciado dos contratos privados da administração pelo fim ou execução “mesma” de um serviço público ou pela presença de cláusulas exorbitantes do direito comum.

A priori, tais critérios somente são aplicáveis quando há a presença de uma pessoa jurídica de direito público, de sorte que as pessoas de direito privado somente praticam contratos privados — critério orgânico do contrato administrativo.

Porém, a jurisprudência abrandou tal posicionamento, permitindo que pessoas privadas pratiquem contrato administrativo, desde que atuem “*pour compte*” de uma pessoa pública — teoria do mandato. A teoria do mandato, diferentemente do que se pode imaginar, não exige que a pessoa pública tenha qualquer relação com a pessoa privada, nem que esta atue ligada àquela, mas é aplicada quando se reconhece que a pessoa privada pratica uma atividade que pertence “por natureza” ao Estado (*jurisprudence Peyrot*), ou quando possuiu organização e modo de funcionamento semelhantes ao das pessoas públicas (*jurisprudence Laurent*), ou ainda quando se encontra presente um “ambiente exorbitante” (*faisceau d’indices* — *jurisprudence Société d’équipement de la région montpelliéraine*).

A jurisprudência aplica tais critérios de forma diferenciada. O critério do fim do serviço público aplica-se independentemente da vontade das partes e de previsão legal. Reconhecido que o contrato destina-se à execução mesma de um serviço público ou que tem por fim um serviço público, reconhece-se também sua natureza administrativa e sua subsequente submissão ao juízo administrativo.

Diferente é a aplicação do critério das cláusulas exorbitantes. Neste permite-se, em alguns casos, que as partes escolham a natureza jurídica do contrato a partir da inserção em seus textos das chamadas cláusulas exorbitantes. Assim, um contrato que seria inicialmente de direito privado passa a ser administrativo porque as partes nele inseriram alguma cláusula exorbitante do direito comum.³

Porém, o critério não é utilizado apenas quando as partes assim o desejem. Há casos em que se entende que pelo objeto do contrato ou por determinação legal, a presença das cláusulas exorbitantes impõe-se independentemente da vontade das partes. Assim, mesmo que o contrato nada diga, já que as partes não inseriram em seu texto tais cláusulas, eles são considerados contratos administrativos.

Esses são os critérios utilizados, na França, para identificar um contrato administrativo e diferenciá-lo dos chamados contratos privados da administração.⁴ Na

³ “Segundo os teóricos da cláusula exorbitante, as estipulações contratuais tendo por objeto submeter os particulares a obrigações estranhas, por sua natureza, àquelas passíveis de serem livremente consentidas, nos quadros da lei civil, se previstas em ajustes celebrados pela Administração, revelariam a intenção das partes de colocar-se sob um regime de poder público” (Pellegriano, 1990:78).

⁴ “Un contrat est par nature administratif à deux conditions cumulatives. La première condition est tirée de la présence como cocontractant d’une personne public. [...] La seconde condition cumulative tient au contenu du

França, os contratos privados da administração são, por exclusão, todos os demais, isto é, tanto os que a lei expressamente determina como submetidos à jurisdição comum, quanto os que não têm por fim um serviço público ou não possuem cláusulas exorbitantes.

Crítica à distinção entre contratos administrativos e contratos privados da administração

Pois bem, surgida inicialmente a partir da divisão de jurisdição na França (isto é, tendo por base um critério formal-processual), a distinção entre os contratos administrativos e os contratos privados da administração hoje se encontra estruturada sobre uma base (*supostamente*) material.

Entendem os franceses que os contratos administrativos são substancialmente distintos dos contratos privados dos particulares e dos da própria administração, e essa natureza distinta seria devida tanto ao fim do serviço público a que se vinculam alguns contratos administrativos, quanto à presença de cláusulas exorbitantes do direito privado.

Porém, ambos os critérios materiais vêm sendo objeto de vários questionamentos pelos doutrinadores tanto na França, quanto nos países que se encontram sob sua influência, já que a análise do direito positivo demonstra a inexistência de critério lógico-jurídico que distinga os contratos administrativos daqueles ditos de direito privado da administração. Assim, nem o critério do fim do serviço público, nem o critério das cláusulas exorbitantes demonstram a presença de um regime jurídico diverso para tais contratos.

A primeira crítica aos critérios do contrato administrativo recai sobre a noção de serviço público. Na prática, a questão da determinação do elemento serviço público na França é tão confusa que já houve quem dissesse que a distinção dos contratos administrativos a partir do critério da execução de um serviço público (*mission de service public*) “*semble fluctuer suivant les humeurs de la jurisprudence*” (Clamens, 2001).

O problema se inicia com a própria concepção de serviço público, ou seja, na identificação de uma atividade como pública e de outra como privada. Segundo Clamens (2001), não há distinção material entre tais atividades, servindo a dife-

contrat qui doit permettre de le regarder comme de droit public. Il est alors possible distinguer quatre situations alternatives: est un contrat administratif par détermination de la loi ou par nature, le contrat conclu par une personne publique et relatif soit à l'exécution de travaux publics, soit à l'occupation du domaine public, soit comportant des clauses exorbitantes de droit commun, soit le contrat relatif à l'exécution même du service public” (Schwartz, 1999:1165).

renção entre atividade pública e atividade privada unicamente para complicar o direito positivo.

Também Lichère (2002:342), ao criticar a jurisprudência *Peyrot* (segundo a qual o contrato travado com o intuito de promover a construção de estradas entre esta empresa e quaisquer outras seria administrativo, pois a construção de estradas é uma atividade que por natureza pertence ao Estado), indaga se é possível falar que a construção de estradas, na França, é uma atividade que pertence por natureza ao Estado, já que em razão da *Loi du 18 avril de 1955*, a construção destas é confiada quase que exclusivamente a pessoas privadas desde então.

Ora, cabe tão somente ao direito positivo determinar quais as atividades pertencentes ao Estado e separá-las daquelas reservadas aos particulares. A historicidade e contingência do direito demonstram que não é possível defender a existência de atividades que pertençam ao Estado “por natureza”, como que oriundas de preceitos de direito natural.

A respeito das chamadas atividades pertencentes por natureza ao Estado, Lichère (2002:343) conclui que embora seja possível pensar que existam atividades que pertençam por essência ao Estado, as quais seriam seus elementos constitutivos e cuja ausência seria suficiente para caracterizar sua decadência, é muito difícil afirmar que existam atividades que lhe pertençam por natureza, bem como precisar quais seriam estas.⁵ E de outra maneira não poderia ser, pois é função do direito positivo “determinar”, e não simplesmente declarar, quais são as atividades que pertencem exclusivamente ao Estado, impedindo, portanto, a ação do particular.

Na França, a aplicação aleatória do critério pode ser vista ao se analisar os contratos firmados pelos estabelecimentos que prestam os chamados “serviços públicos comerciais e industriais do Estado”. Caso tais contratos sejam firmados com outros que não os usuários, são considerados contratos administrativos, pois há uma missão de serviço público; porém, os contratos firmados com os usuários são contratos privados. Já os contratos firmados entre os estabelecimentos que prestam “serviços públicos administrativos” com seus usuários são considerados contratos administrativos, pois há a execução mesma de um serviço público.

A questão da dupla natureza do regime jurídico do serviço público (outra existente no Brasil e ainda presente na França) foi abordada por Cirne Lima (1953:21 e segs.) ao criticar os critérios franceses de determinação do contrato administrativo. Segundo esse autor:

Defronta-nos, agora, a dificuldade da determinação dos caracteres do contrato de Direito Administrativo. Por que caracteres se reconhece um contra-

⁵ “Si l’on peut penser qu’il existe des activités qui appartiennent par essence à l’État, qui en sont les éléments constitutifs et dont l’absence suffirait à caractériser sa déliquescence, il est plus difficile d’affirmer qu’il existe des activités qui lui appartiennent naturellement et de s’accorder sur leur nombre” (Lichère, 2002:343).

to administrativo? [...] Sobre a matéria, as duas doutrinas mais difundidas nos vêm da França. A primeira procura caracterizar o contrato de Direito Administrativo pelo fim mediato a que tende, um fim de serviço público. É a teoria de Duguit. A segunda, sem desatender ao elemento finalístico, junta-lhe, como complemento, o requisito da eleição do Direito Administrativo para reger o contrato, eleição feita pela administração e aceita pelo particular. É a teoria de Jèze, que assim atribui ao Direito Administrativo, nesse respeito, a feição de direito convencional, fundado sobre o princípio da autonomia da vontade. Nenhuma das duas doutrinas é satisfatória. A de Duguit identifica a execução do serviço público com um dos atos, em que ela se decompõe, a fim de caracterizar esse ato, ou seja, o contato celebrado pela administração, não pelo seu fim imediato, mas pelo fim a que se dirige a atividade, em que ele se insere. Esse critério somente seria verdadeiro se toda a atividade de execução dos serviços públicos fosse regida pelo Direito Administrativo. Nessa hipótese, realmente, desde que o inserível naquela atividade, porque tendente a seu fim específico, o contrato, celebrado pela administração, tornar-se-ia, só por isso, um contrato de Direito Administrativo. Mas bem sabemos que não é assim: atos de Direito Privado podem ser praticados pelas pessoas administrativas na execução do serviço público.

O critério do serviço público vem sendo especialmente criticado na França a propósito dos agentes contratuais da administração pública.⁶ Nesse campo, a jurisprudência determinou a competência jurisdicional a partir da natureza da atividade desenvolvida, isto é, o contrato seria administrativo se a atividade desenvolvida tivesse por fim a “execução mesma” de um serviço público administrativo. Por tal critério, os agentes contratuais incumbidos da limpeza de um estabelecimento escolar estariam vinculados por um contrato de direito privado, enquanto os agentes contratados para exercerem a vigilância sobre os infantes estariam sobre um vínculo de direito público (Chapus, 1996:517).

A ausência de qualquer diferenciação substantiva entre tais contratos foi reconhecida pelo Tribunal de Conflitos, que aboliu a distinção entre os agentes contratuais e os submeteu todos ao regime de direito público, independentemente das atividades que desempenhassem.⁷ Após essa decisão do Tribunal de Conflitos que unificou o regime jurídico dos agentes estatais contratados, as novas leis têm de-

⁶ “Dans ce cadre la jurisprudence concernant les agents publics permet de systématiser les incohérences de l’utilisation du critère de la participation ou de l’exécution à une mission de service public pour qualifier un contrat d’administratif” (Clamens, 2001).

⁷ “Les personnels non statutaires travaillant pour le compte d’un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi” (TC 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes, AJ 1996, p. 355).

terminado que alguns contratos específicos sejam submetidos ao direito privado, criando nova distinção e submetendo a regimes diversos agentes que exercem a mesma atividade.⁸

Embora a decisão supracitada do Tribunal de Conflitos venha sendo elogiada pela doutrina, devido a seu caráter simplificador, há quem ainda a critique por se limitar aos estabelecimentos que exercem serviços públicos administrativos (prevalência do critério orgânico), pois também ocasiona que contratados que exercem as mesmas atividades nos chamados estabelecimentos comerciais e industriais do Estado estejam submetidos ao direito do trabalho (Clamens, 2001).

Portanto, a determinação do campo de aplicação da doutrina do serviço público tem gerado insatisfações na doutrina francesa, havendo mesmo quem opine pela renúncia a este critério, em face da dificuldade de separação entre uma atividade de serviço público e uma atividade privada.⁹

Porém, o critério do serviço público não é o único a ser contestado pela doutrina. Mesma sorte segue o critério das chamadas cláusulas exorbitantes, vez que seus defensores jamais puderam demonstrar com clareza o que seriam as tais “cláusulas exorbitantes do direito comum”.

Vedel (1973:233), após definir cláusulas exorbitantes como aquelas insuscetíveis de existência no direito civil, questionava se a natureza dessas cláusulas caracterizar-se-ia pela “ilegalidade” ou pela “inabitualidade” delas no direito civil, pois, embora a doutrina definisse tais cláusulas como inexistentes no direito civil, as cláusulas que a jurisprudência conhecia como exorbitantes eram, em sua maioria, apenas inabituais no direito comum.¹⁰

Chapus (1996:509), por sua vez, demonstra que a noção de cláusula exorbitante não é unívoca. Primeiramente, demonstra que tal pode significar aquelas que

⁸ Foi o que ocorreu com a *Loi n° 97-940, du 16 octobre 1997*, que determinou que os contratos *emplois-jeunes* sejam regidos pelo direito privado, independentemente da atividade exercida pelo contratado. Traoré (1998:225 e segs.) critica severamente a determinação legal, demonstrando que tal determinação não segue qualquer critério e leva a que pessoas que exercem exatamente a mesma atividade em um mesmo estabelecimento estejam submetidas a regimes diversos.

⁹ É necessário acrescentar que, na França, a questão é bem mais complexa do que no Brasil. É que em nosso sistema, há definição legal dos serviços públicos, isto é, para que uma atividade seja considerada serviço público é necessária a caracterização legal e a subsequente submissão da atividade ao direito público. Na França, não bastasse a própria dificuldade de caracterização das atividades tidas como serviço público há ainda a divisão destes em serviços públicos administrativos, submetidos ao regime de direito público, e serviços públicos comerciais e industriais do Estado, que seguem o regime de direito privado.

¹⁰ “*Les clauses exorbitantes sont des stipulations ‘ayant pour objet de conférer aux parties de droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d’être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles a commerciales’, ou encore ‘des clauses différant par leur nature des celles qui peuvent être inscrites dans un contrat analogue de droit civil’.* [...] *La question qui se pose est de savoir si la clause exorbitante est une stipulation qui ne se rencontre pas dans les contrats de droit privé parce qu’elle y serait illicite ou simplement parce que, en fait, les contractants n’ont pas l’habitude d’y recourir. Cependant, la plupart des clauses que la jurisprudence retient comme exorbitantes du droit commun ne seraient pas illicites dans un contrat de droit privé, mais y sont inusuelles en fait*” (Vedel, 1973:233).

não podem existir nas relações entre pessoas privadas e cita como exemplos as que estabelecem efeitos sobre terceiros. Num segundo momento, demonstra que cláusula exorbitante pode ser também aquela que coloca o contratado em posição de submissão perante a administração, ou seja, que estabelece uma relação de desigualdade, por colocar o contratado sob o controle ou mesmo sob a autoridade da pessoa pública contratante.

A divisão das cláusulas exorbitantes em duas categorias, tendo por base as decisões jurisprudenciais, também é feita por Schwartz (1999:1167),¹¹ segundo quem a primeira categoria de cláusulas exorbitantes do direito comum é composta por cláusulas concernentes às manifestações do exercício de prerrogativas de poder público: portanto, impensáveis no direito privado. Seriam cláusulas, em sua maioria, ilícitas nas relações privadas. Cita, como exemplo, as cláusulas que concedem benefícios fiscais aos contratados do poder público e as cláusulas que preveem o exercício do poder de polícia, entre outras. De fato, tais cláusulas jamais poderiam existir no direito civil, mas tal impossibilidade decorre de que são atos de exclusiva competência do Estado, ou seja, são cláusulas que tratam de assuntos que a legislação positiva determinou como concernentes somente ao poder público.¹²

Ao lado dessas cláusulas que tratam de assuntos afetos por lei, ao Estado, o autor menciona aquelas que são exorbitantes porque colocam o contratado sob uma situação de controle ou sob a autoridade da pessoa pública.

Porém, Chapus demonstra que, ao julgar os processos que tratam dos contratos administrativos em função das atualmente nominadas cláusulas exorbitantes, a jurisdição tem negado que tais cláusulas confirmam aos contratantes algum direito ou obrigação por natureza diferente daqueles existentes no direito privado.

Ora, a partir do momento em que se começa a questionar a natureza jurídica das relações nascidas a partir das cláusulas exorbitantes, isto é, nega-se a diferenciação substancial entre essas e aquelas existentes no direito privado,

¹¹ *“La première catégorie de clauses exorbitantes du droit commun concerne les clauses manifestant l’exercice de prérogatives de puissance publique ou impensables en droit privé. Ces clauses seraient pour la plupart illicites dans des relations de droit privé [...] La seconde catégorie de clauses exorbitantes du droit commun regroupe celles de ces clauses qui placent le cocontractant sous le contrôle ou sous l’autorité de la personne publique”* (Schwartz, 1999:1167).

¹² A definição de contrato administrativo a partir do exercício de prerrogativas públicas é defendida por Cirne Lima (1953:23): “Para chegarmos, pois, a afirmar a existência de um contrato de Direito Administrativo, força é que deparemos, no negócio jurídico contratual sob exame as qualificações seguintes: a) no que concerne aos sujeitos, um, ao menos, há de ser uma pessoa administrativa como tal existencialmente vinculada ao fim característico da administração pública e, conseqüentemente, submetida ao Direito Administrativo; b) no que respeita ao objeto — não o objeto da obrigação, mas o objeto de uma, ao menos, das prestações obrigacionais —, este terá que ser: I) ou alguma coisa do domínio público, ou do patrimônio administrativo, como tal vinculada ao fim característico da administração pública e, por igual, submetida ao Direito Público; II) ou um fato que, diretamente, represente o exercício da própria administração pública ou atividade administrativa, como tal regido necessariamente pelo Direito Administrativo”.

começa-se também a questionar a existência e a utilidade de tal critério. Segundo Chapus (1996:508), afirmar-se que as cláusulas exorbitantes não são aquelas que, por sua própria natureza, não podem ser convencionadas no direito privado, é obscurecer a tal ponto a noção de cláusula exorbitante que seria melhor renunciar a esse critério.

De fato, embora sempre tenha se afirmado que as cláusulas exorbitantes seriam ilícitas no direito comum, a aplicação do critério é feita tão só na presença de cláusulas que são pouco usuais no direito privado. Ora, o fato de uma cláusula ser pouco habitual no contrato de direito privado, não a torna juridicamente distinta quando aplicada aos contratos celebrados pela administração.¹³ De fato, a quantidade de vezes que se utiliza uma norma jurídica (legal, principiológica, costumeira ou contratual) não altera sua natureza.

Uma classificação jurídica deve basear-se em diversidades no regime jurídico, de forma que, ao se entender que as cláusulas exorbitantes não possuem regime diverso daquelas existentes nos contratos privados, decerto estar-se-ia negando qualquer utilidade da classificação.

Nota-se, portanto, mesmo na doutrina francesa, grande dificuldade para determinar o conteúdo das cláusulas exorbitantes, dificuldade que não passa despercebida a Chapus, o qual, na impossibilidade de determinar precisamente o que seriam as tais cláusulas exorbitantes, critério jurisprudencial de determinação do contrato administrativo, acaba por afirmar que *“un jour, peut-être, on saura ce qu’est exactement une ‘clause exorbitante du droit comum’”* (Chapus, 1996:511).

Diante de tal quadro, nota-se que a jurisdição comum¹⁴ tem negado o caráter de exorbitância a determinadas cláusulas tidas tradicionalmente como exorbitantes. O fato de ser a jurisdição comum a negar esse caráter, demonstra que Vedel tinha razão ao questionar a forma pela qual os juízes administrativos identificariam as cláusulas que não poderiam existir no direito comum, já que eles jamais julgam os contratos entre os particulares (Vedel apud Clamens, 2001).

Clamens (2001), citando Venezia e Llorens, demonstra que algumas cláusulas tidas como exorbitantes pelo juízo administrativo são absolutamente possíveis nos contratos privados. É o que ocorre, por exemplo, com a cláusula de rescisão unilateral, que nada apresenta de excepcional em relação a um contrato de direito

¹³ “A jurisprudência, que emprega frequentemente a expressão ‘cláusula exorbitante’ ou ‘derrogatória de Direito Comum’ e que lhe atribuiu consequências tão importantes, infelizmente não a define. Há, na doutrina, duas concepções muito diferentes a respeito de uma tal cláusula: para Vedel é toda cláusula incomum nos contratos de Direito Privado. Parecia-me que não se poderia extrair uma qualificação jurídica de um simples caráter inabitual e eu havia proposto o critério, que me parecia mais jurídico, da impossibilidade de inscrever tal cláusula em um contrato de Direito Privado sem infringir a ‘ordem pública’” (Walline apud Mello, 2008:608) (grifos nossos).

¹⁴ Cass. 1ère Civ., 24 mars 1987, Commune de Doubs c. M. Ammerich, Bull. Civ., nº 110.

privado, já que o art. 1.794 do Código Civil francês¹⁵ reconhece esse poder nos contratos de empreitada.¹⁶ O mesmo se diga a respeito das cláusulas que preveem o poder de alteração unilateral, já que, nos contratos de empreitada, os mestres de obras detêm semelhante poder. Idem no que diz respeito ao poder de fiscalização e/ou direção, pois, segundo Clamens (2001), é possível que em um contrato privado de locação de um salão exista uma cláusula que estabeleça em favor do locador o poder de se pronunciar sobre a escolha de espetáculos organizados pelo locatário.

Assim, há o reconhecimento de que as chamadas cláusulas exorbitantes não se distinguem materialmente das cláusulas existentes nos contratos de direito privado. E mais: na França, mesmo que se entendesse que tais cláusulas estabelecem uma desigualdade tal que são impossíveis de existirem no direito privado, há que se chamar a atenção para a aplicação do direito da concorrência. É que as empresas privadas vêm invocando a aplicação do direito da concorrência para contestarem a aplicação das chamadas cláusulas exorbitantes, de tal forma que a cláusula é tida como ilícita se não estiver de acordo com as regras da concorrência.¹⁷

No momento, ao que indica, a doutrina e a jurisprudência francesas parecem caminhar a passos largos para a conclusão de que não existe diferença jurídica entre as cláusulas estipuladas nos contratos administrativos e aquelas estipuladas nos contratos privados (Clamens, 2001).

3. O sistema brasileiro dos contratos da administração

Contratos administrativos e contratos privados: divergências doutrinárias

No Brasil, a questão dos contratos firmados pela administração tem levantado as mais divergentes opiniões doutrinárias. A respeito, é possível citar pelo menos três correntes: uma que não aceita a prática de contratos pela administração, outra que entende que todos os contratos celebrados pela administração são de direito

¹⁵ "Art. 1.794 du Code Civil Le maître peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise."

¹⁶ A partir dessa constatação, já em 1987, a Corte de Cassação (Cass. 1ère Civ., 24 mars 1987, Commune de Doubs c. M. Ammerich, Bull. Civ., nº 110) se negou a qualificar uma cláusula dessa espécie como exorbitante e, a partir daí, de declinar a competência para a jurisdição administrativa.

¹⁷ "A titre d'illustration, les juges judiciaires ont pu estimer que la clause de non-responsabilité présente dans les contrats proposés par la Poste, avant que celle-ci ne devienne un établissement public industriel et commercial, à ses annonceurs privés révélait l'existence d'un abus de position dominante. Elle a donc, pour cette raison, été annulée" (Clamens, 2001).

público, e a terceira que divide os contratos firmados pela administração em contratos administrativos e contratos privados da administração.¹⁸

A primeira corrente, defendida, entre outros, por Celso Antônio Bandeira de Mello, sustenta que a administração não pratica contratos, já que os chamados contratos administrativos impõem ônus tão graves aos particulares, limitando de tal forma a autonomia da vontade, que não podem ser chamados de contratos. Outro aspecto que impede sua prática é que, o contrato, por definição, é lei entre as partes, ao passo que o chamado contrato administrativo, por permitir que a administração a qualquer momento altere as prestações devidas pelo contratado, perde esse caráter de vínculo, não podendo ser chamado de contrato.¹⁹

A despeito da autoridade dos defensores dessa corrente, entende-se que tal não se sustenta em face do ordenamento jurídico positivo.²⁰ De fato, como já demonstrado nas críticas feitas aos critérios do contrato administrativo, especialmente ao das cláusulas exorbitantes, pode-se afirmar, como se pretende demonstrar abaixo, que os chamados contratos administrativos não possuem regime jurídico diferente daqueles firmados pelos particulares em suas relações particulares.

A segunda corrente que se identifica no direito brasileiro separa os contratos da administração em contratos administrativos e contratos regidos pelo direito privado. A exemplo do que ocorre na doutrina francesa, também no Brasil, vários são os critérios utilizados para separar tais espécies de contrato.²¹

Prevalece, contudo, o entendimento daqueles que determinam a existência dos contratos administrativos a partir da presença, em seus textos, das chamadas cláusulas exorbitantes do direito comum, a exemplo de Di Pietro (2009:253):

¹⁸ O tema foi desenvolvido por Rui Cirne Lima (1953:16 e segs.).

¹⁹ “As prerrogativas da Administração no chamado contrato administrativo são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, sua ‘exorbitância’ ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns. É de notar que as prerrogativas em pauta colocam o ‘contrato’ à mercê de uma das partes, tanto no que atina à continuidade quanto, dentro de certos limites, no que respeita às condições relativas à prestação devida pelo particular. Daí que *subvertem profundamente a noção de contrato encontrada na teoria geral do Direito, autorizando a questionar se ainda seria o caso de usar com propriedade esta titulação. A qualificação ‘administrativo’ aposta à palavra ‘contrato’ parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio sentido substantivo* (Mello, 2008:606) (grifos nossos).

²⁰ Contestando as críticas que essa corrente faz ao contrato administrativo, devido à posição de supremacia da administração ante o particular, Pellegrino (1990:72 e segs.) e Cirne Lima (1953:16 e segs.).

²¹ Di Pietro (2009:253) apresenta os seguintes critérios utilizados pela doutrina brasileira para distinguir o contrato administrativo do contrato de direito privado: 1. o critério subjetivo ou orgânico, segundo o qual seriam contratos administrativos aqueles em que a administração agisse como poder público e de direito privado aqueles em que a administração não agisse com tal poder; 2. critério do objeto: o contrato administrativo tem por objeto a organização e funcionamento dos serviços públicos, enquanto os contratos privados da administração têm por conteúdo atividades privadas; 3. o contrato administrativo se diferencia dos contratos privados da administração pela finalidade pública dos primeiros; 4. o contrato administrativo seria caracterizado pelo procedimento de contratação; e, finalmente, 5. o contrato administrativo seria aquele que possui cláusulas exorbitantes do direito comum.

assim chamadas porque estão fora da órbita (*ex orbita*) do direito comum e cuja finalidade é a de assegurar a posição de supremacia da Administração em relação ao particular. Assim são cláusulas que asseguram o poder de alteração unilateral do contrato, a sua rescisão unilateral antes do prazo, a imposição de penalidades administrativas e tantas outras.

Ao problema já dantes mencionado da própria definição de cláusulas exorbitantes — que a doutrina nacional se limita a dizer que são cláusulas que “não existem” ou que “são incomuns no direito privado” — a doutrina brasileira enfrenta outro problema para sustentar a presença de dois tipos de contrato no direito pátrio, qual seja, a previsão, no art. 62, §3º, da Lei nº 8.666/93,²² de que aos contratos privados em que a administração for parte aplicam-se, no que couber, as “cláusulas exorbitantes”.

Deve-se mencionar que as chamadas cláusulas exorbitantes reconhecidas pela doutrina brasileira encontram-se previstas nos arts. 58 a 61 da Lei nº 8.666/93, de forma que, se os contratos administrativos são aqueles que possuem tais cláusulas e se estas devem ser aplicadas aos contratos privados da administração, tal distinção perde sentido, pois mesmo que se aceite a noção de cláusula exorbitante, os contratos celebrados pela administração brasileira pelos modos privados devem conter as cláusulas previstas para os contratos administrativos.

Todavia, a despeito do citado dispositivo, parte da doutrina ainda sustenta o duplo regime jurídico para os contratos da administração, fundamentando-se em que a expressão “no que couber”, estabelecida no texto legal, resguardaria essa duplicidade. Assim, a diferenciação continuaria a existir, porque nos contratos administrativos a aplicação das chamadas cláusulas exorbitantes ocorreria independentemente da previsão contratual, enquanto nos contratos privados da administração, as cláusulas exorbitantes somente teriam incidência se previstas contratualmente.²³

Esclareça-se, todavia, que mesmo os defensores do duplo regime para os contratos da administração entendem que também aos contratos privados da administração se impõem certas derrogações ao direito privado, devido à simples presença

²² “Aplica-se o disposto nos artigos 55 e 58 a 61 desta lei e demais normas gerais, no que couber: I — aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, pelo direito privado; II — aos contratos que a Administração for parte como usuária de serviço público.”

²³ Nesse sentido: “A verdade é que, diante do texto do art. 62, §3º, do Estatuto, será forçoso reconhecer que o legislador praticamente acabou com os contratos privados da Administração, já que, em relação a alguns deles, determinou a aplicação de princípios de direito público incompatíveis com os postulados obrigacionais de direito privado. [...] Por outro lado, e levando em conta a impropriedade da norma não é desarrazoado interpretar a expressão ‘no que couber’, contida no texto, como significando que tais princípios de direito público só serão aplicáveis quando expressos no instrumento contratual” (Carvalho Filho, 2009:184).

da administração. Di Pietro, por exemplo, ao mencionar os tipos de contratos celebrados pela administração, reconhece que existem os contratos de direito privado, “regidos pelo Código Civil, parcialmente derogados por normas publicistas” (Di Pietro, 2009:256), ao lado dos contratos administrativos, que podem ser tipicamente administrativos (sem paralelo no direito privado) ou contratos administrativos que possuem paralelo no direito privado, mas que se submetem inteiramente ao direito público. Contudo, há dificuldade nessa doutrina exatamente em distinguir os contratos privados da administração dos contratos administrativos, já que (Di Pietro, 2009:256):

embora de “regimes jurídicos” diversos, nem sempre é fácil a distinção entre os contratos privados da administração e os contratos administrativos, pois, como os primeiros têm regime de direito privado “parcialmente derogados pelo direito público”, essa derrogação lhes imprime algumas características que também existem nos da segunda categoria. Importa, portanto, indicar os pontos comuns e os traços distintivos entre os dois tipos de “contratos da administração”.

A partir dessa constatação, a doutrina brasileira, majoritariamente, firma-se no critério das cláusulas exorbitantes do direito privado para afirmar a distinção entre tais contratos. Porém, é de se lembrar que, hodiernamente, os contratos do direito privado contêm muitos dispositivos semelhantes àqueles tidos como exorbitantes quando previstos nos contratos da administração. É de se perguntar, portanto, se, em face de tais evoluções legislativas, cabe manter ainda o mesmo conceito de contrato administrativo, isto é, como aquele que possui cláusulas que não podem ser livremente pactuadas nos contratos particulares sob pena de nulidade.

Por fim, há também aqueles que defendem que todos os contratos celebrados pela administração são administrativos. Para esses autores (Di Pietro, 2009:252):

o que não existe é contrato privado, porque em todos os acordos de que participa a Administração Pública há sempre a interferência do regime jurídico administrativo; quanto à competência, à forma, ao procedimento, à finalidade, aplica-se sempre o direito público e não o direito privado. É o que ocorre nos contratos de compra e venda, locação, comodato, quando celebrados pelo poder público.

Porém, essa corrente encontra resistência na doutrina brasileira que, tradicionalmente, adere à distinção existente no sistema francês dos contratos da administração em dois grupos, negando a possibilidade de regime jurídico uno para

os contratos celebrados pela administração em virtude da simples presença da administração no acordo.²⁴

As cláusulas exorbitantes como critério distintivo na doutrina brasileira

O critério das cláusulas exorbitantes é utilizado pela doutrina majoritária no Brasil a fim de separar em contratos administrativos e contratos privados os ajustes celebrados pela administração. A conceituação dessas cláusulas é feita a partir da constatação de que elas conferem ao poder público, em função das necessidades do serviço público,²⁵ posição de supremacia sobre o contratado.²⁶

Embora já tenham sido demonstradas as críticas feitas pela doutrina francesa sobre esse critério, é necessário acrescentar algumas considerações tendo em vista o ordenamento jurídico positivo brasileiro.

Para tanto, retoma-se as observações anteriores de que as chamadas cláusulas exorbitantes do direito comum — porque colocariam o particular em situação tal de sujeição que não seriam possíveis nos contratos de direito privado — não são tão exorbitantes assim no direito positivo brasileiro.

No ordenamento jurídico nacional, quais seriam as cláusulas tidas como exorbitantes pela doutrina e consagradas no texto da Lei nº 8.666/93? Na esteira de Carvalho Filho (2009:185) cita-se como “prerrogativas” da administração, isto é, “como princípios que formam a estrutura do regime jurídico de direito público, aplicável basicamente aos contratos administrativos”, as seguintes: alteração unilateral do contrato, rescisão unilateral, fiscalização da execução do contrato, aplicação de sanções, e ocupação provisória de bens móveis e imóveis em dadas situações.²⁷

²⁴ “É, para logo, compreensível que o simples fato de ser um dos contraentes pessoa administrativa não é suficiente para caracterizar o contrato de Direito Administrativo. As pessoas administrativas celebram, por igual, contratos de Direito Privado e, até, de Direito Processual; algumas delas estendem a sua atividade contratual ao próprio direito das gentes” (Cirne Lima, 1953:21 e segs.).

²⁵ Expressão usada em sentido amplo, como toda atividade que é desempenhada pelo Estado tendo por fim atingir o interesse público.

²⁶ “Cláusulas de privilégio, também denominadas *cláusulas exorbitantes*, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada” (Carvalho Filho, 2009:185).

“[...] o que realmente o tipifica e o distingue do contrato privado é a participação da Administração na relação jurídica com supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste. Desse privilégio administrativo na relação contratual decorre para a Administração a faculdade de impor as chamadas cláusulas exorbitantes do Direito Comum” (Meirelles, 2000:200).

²⁷ A noção de cláusula exorbitante também é dada por Pellegrino (1990:81), que diz: “as cláusulas exorbitantes podem consignar as mais diversas prerrogativas, no interesse do serviço público. Representam poderes da Administração de alteração e rescisão unilateral do contrato, fiscalização e controle de sua

Antes de adentrar ao exame dessas cláusulas existentes nos contratos administrativos, é necessário destacar que “tais cláusulas somente podem figurar nos contratos administrativos porque há previsão legal a respeito delas”.

De fato, por mais importante que seja a atividade a ser desenvolvida pela administração pública e por mais que ela necessite das chamadas prerrogativas decorrentes de sua submissão ao regime jurídico-administrativo, é necessário ter em mente que, no sistema jurídico brasileiro, a administração somente pode fazer o que a lei determina. Isso porque o administrador público está submetido aos preceitos determinantes da relação de administração, que limita sua atuação aos casos previstos na lei (Cirne Lima, 2007:105 e segs.).

Como o ordenamento jurídico pátrio expressamente determina a submissão da administração pública ao princípio da legalidade nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, ao administrador público somente cabe exercer as funções que a lei previamente lhe determina, da mesma forma que a existência de eventuais prerrogativas depende de expressa previsão legal.

Essas limitações aplicam-se ao regime contratual da administração, vez que, também nesse âmbito, qualquer poder que a administração pretenda exercer deve estar legalmente previsto. Caso não haja o permissivo legal, a administração, ao contratar, deve se limitar a aplicar as regras já existentes e dirigidas ao particular. Se o legislador não consagrou determinado privilégio para a administração, não pode esta, por via contratual, aumentar suas prerrogativas, para além do que a lei permite, por mais dignas e nobres que sejam suas finalidades.

Pois bem, uma vez consagradas legislativamente as “prerrogativas” administrativas e permitindo a lei que a administração delas faça uso também ao celebrar contratos inicialmente regidos pelo direito privado, teriam essas prerrogativas o efeito de alterar a natureza jurídica desses contratos celebrados pela administração inicialmente pelo direito privado?

Entende-se que não, uma vez que tais cláusulas estão previstas em vários contratos privados típicos (que nada têm de inabituais) e, da mesma forma que nas relações privadas, as chamadas “cláusulas exorbitantes” somente se aplicam devido à previsão legal.

É com base nessas premissas que serão analisadas algumas das cláusulas destacadas pela doutrina brasileira como exorbitantes do direito privado, seja por serem consideradas incomuns, seja por serem consideradas ilícitas nos contratos privados, em face da especial supremacia que conferem à administração na relação contratual.

execução, aplicação de penalidades, inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido, que imprimem ao contrato administrativo a marca do direito público.

Alteração unilateral do contrato

A cláusula exorbitante *par excellence* do contrato administrativo é a que prevê em favor da administração a possibilidade de alteração unilateral do acordo. Aqueles que negam a possibilidade de a administração celebrar contratos têm nessa cláusula um de seus principais fundamentos, pois a alteração unilateral do contrato alteraria sua própria noção jurídica, visto que os contratos fazem lei entre as partes.

Porém, esse “poder da Administração, de introduzir no decurso da execução do contrato alterações às prestações a realizar pelo seu cocontratante, foi desde sempre sujeito a severas limitações” (Estorninho, 1990:133). De fato, no modelo atual, as alterações que a administração faz nos contratos não podem mudar o objeto deles e tampouco podem ultrapassar certos limites legais.

No caso do objeto, a determinação de sua manutenção decorre de vários princípios administrativos. A submissão da administração ao processo licitatório com vistas a contratar objeto determinado impede que esta posteriormente o modifique, a fim de evitar a burla a todo processo licitatório, maculando a moralidade e a impessoalidade administrativa. Também a própria Lei nº 8.666/93 determina que o edital do certame tenha como anexo a minuta do contrato, que é vinculante para a administração.

Destarte, a alteração das prestações devidas pelo contratado é possível, mas não a alteração do objeto do contrato. Porém, mesmo as alterações das prestações são limitadas aos casos de alteração do projeto ou das especificações deste e de quantidade do objeto contratual (art. 65, Lei nº 8.666/93). E mais, conforme o §1º do mesmo dispositivo, as alterações quantitativas são limitadas a determinados valores, de sorte que a administração, conquanto possa alterar o contrato, somente pode fazê-lo dentro desses limites.

Ocorre que essa prerrogativa existente em favor da administração, de alterar unilateralmente os contratos que celebra, de forma alguma exorbita do direito comum. Nesse sentido, Estorninho (1990:136), ao tratar do tema, afirmou:

O que me parece mais significativo nesta evolução é o facto de se ter abandonado definitivamente a ideia de que a introdução de modificações durante a execução do contrato administrativo seja, em si mesma, algo exorbitante em relação ao Direito Privado. Já lá vai o tempo em que este carácter dinâmico e flexível do contrato administrativo era considerado como sendo dele exclusivo e absolutamente impensável nos contratos jurídico-privados.

Assim, quanto à alteração contratual nos contratos privados, o ordenamento jurídico nacional não apenas autoriza a alteração contratual em todos os contratos

privados quando houver acordo entre as partes, como também autoriza, em determinados contratos, que uma das partes imponha sua vontade de alteração contratual a outra parte, durante a execução do contrato, cabendo a essa exclusivamente o recebimento de despesas e danos oriundos daquela conduta.

Veja-se que tanto nesses casos presentes no direito privado, como no caso do contrato administrativo, a alteração unilateral do contrato durante sua execução, independentemente de aceitação da outra parte, somente é cabível porque expressamente previsto em lei.

Cita-se, como exemplo de contrato privado em que há o poder de alteração unilateral do conteúdo contratual por uma das partes, o contrato de transporte de coisas, cuja regulação permite que o remetente altere, mesmo após iniciado o transporte da coisa, o destinatário desta.²⁸ Outro exemplo constante no direito privado brasileiro é encontrado no art. 469, §3º da CLT que, ao regular o contrato de trabalho, permite ao empregador a mudança da localidade de prestação do serviço pelo empregado.²⁹ O Código Civil prevê, ainda, quanto aos contratos de empreitada, a possibilidade de que o dono da obra altere o projeto inicial (se o projeto for de terceiro é necessária a anuência deste) sendo o empreiteiro obrigado a aceitar as alterações, recebendo o preço equivalente, desde que tais alterações não sejam desproporcionais ao projeto inicialmente aprovado.³⁰

Veja-se que em todos esses contratos, a lei dá a um particular, sobre o outro, poderes similares àqueles que a Lei nº 8.666/93 concede à administração, qual seja, de alterar unilateralmente o conteúdo contratual. Assim, tanto no direito privado como no direito público encontram-se contratos em que uma das partes detém sobre a outra o poder de determinar a alteração contratual, sem que essa possa licitamente se recusar ao cumprimento. Também é a lei que determina, tanto no direito privado quanto no direito administrativo, os limites das alterações contratuais, sendo o poder de alteração previsto pelo direito administrativo tão vinculado quanto aqueles previstos para os particulares.

²⁸ Código Civil: “Art. 748. Até a entrega da coisa, pode o remetente desistir do transporte e pedi-la de volta, ou ordenar seja entregue a outro destinatário, pagando, em ambos os casos, os acréscimos de despesa decorrentes da contraordem, mais as perdas e danos que houver”.

²⁹ Consolidação das Leis do Trabalho, art. 469, §3º: “Em caso de necessidade de serviço, o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% (vinte e cinco por cento) dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação”.

³⁰ Código Civil: “Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimos no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra”.

“Art. 625. Poderá o empreiteiro suspender a obra: [...] III — se as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço.”

Assim, em face do direito positivo brasileiro, não é possível dizer que a alteração unilateral dos contratos é uma prerrogativa da administração, somente possível de existir nos contratos administrativos e, se existentes nos contratos privados, seria eivada de ilegalidade.

Rescisão unilateral

A legislação brasileira (art. 78, XII e XIII, da Lei nº 8.666/93) prevê a possibilidade de a administração pôr fim ao contrato independentemente da anuência da outra parte, desde que lhe sejam assegurados o ressarcimento pelos prejuízos sofridos e o pagamento pelas obras já executadas. Vez que essa prerrogativa não é prevista a favor do contratado (que somente pode rescindir o contrato nos casos de culpa da administração ou de ocorrência de força maior), entende-se que se trata de uma prerrogativa administrativa: logo, de uma cláusula exorbitante que coloca a administração numa situação de privilégio inexistente nos contratos firmados entre os particulares.

A despeito da real supremacia que o ordenamento jurídico confere à administração, ao permitir-lhe rescindir unilateralmente o contrato administrativo, não é a administração a única beneficiária de tal prerrogativa no direito positivo brasileiro.

Nos termos do art. 623 do Código Civil, nos contratos de empreitada, ao dono da obra é lícito determinar-lhe a suspensão, mesmo que a construção tenha sido iniciada. Da mesma forma que a legislação administrativa, a legislação civil prevê que, ao rescindir unilateralmente o contrato, o dono da obra deve indenizar ao empreiteiro os prejuízos sofridos.³¹ Porém, prerrogativa semelhante não é conferida ao empreiteiro que, da mesma forma que o contratado da administração, somente pode rescindir o contrato se ficar constatada a justa causa decorrente de falta do dono da obra ou de motivo de força maior.³² Nesse caso, a situação da administração ao rescindir o contrato administrativo é semelhante a do dono da obra, sendo

³¹ Código Civil: “Art. 623. Mesmo após iniciada a construção, pode o dono da obra suspendê-la, desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra”.

³² Código Civil: “Art. 624. Suspensa a execução da empreitada sem justa causa, responde o empreiteiro por perdas e danos”.

“Art. 625. Poderá o empreiteiro suspender a obra: [...] I — por culpa do dono, ou por motivo de força maior; II — quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços; III — se as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço.”

que a ambos não se impõem a prática de ato ilícito, mas devem indenizar o contratado. Todavia, àquele que contrata com administração pública, da mesma forma que ao empreiteiro, é imputada a prática do ilícito, devendo ambos indenizar a outra parte.

Outro beneficiário da prerrogativa de rescisão unilateral do contrato é o locatário. Nesse sentido, dispõe a Lei nº 8.245/91 em seu art. 4º, na redação dada pela Lei nº 12.112/2009:

Art. 4º. Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcionalmente ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.

Veja-se que, diante dos textos legais, a situação do locador é a mesma do empreiteiro e a do contratado da administração: embora esteja obrigado a aceitar a rescisão unilateral do contrato pela simples vontade da outra parte, recebendo compensação pecuniária, não pode ele mesmo rescindir o contrato, exceto nos casos expressamente previstos em lei — no caso, o locador somente pode rescindir o contrato se houver culpa do locatário ou em outras situações também expressas em lei.

Tendo em vista a habitualidade dos contratos de empreitada e de locação em nosso meio, não se pode nem mesmo dizer que a cláusula de rescisão unilateral é exorbitante em função da sua inabitualidade no direito privado. De fato, tal cláusula, da mesma forma que a cláusula administrativa de rescisão unilateral, é lícita no direito privado sempre que prevista em lei, não se constituindo, portanto, em norma que foge da órbita civil de contratação.

Fiscalização da execução do contrato

Uma terceira cláusula tida como exorbitante pela doutrina do direito administrativo, por colocar a administração numa situação de supremacia sobre o particular, é a que prevê a possibilidade de fiscalização, por parte da administração, da execução do contrato.

Mais uma vez, acompanhando a doutrina de Estorninho, entende-se que o poder de fiscalização previsto em favor da administração não é exclusividade do contrato administrativo, podendo-se mesmo dizer que ele é inerente a todos os contratos, ainda que a lei expressamente ressalve essa “prerrogativa” em algumas situações específicas.

É o que ocorre, mais uma vez, nos contratos de empreitada, em que o empreiteiro fica obrigado a aceitar as instruções recebidas pelo dono da obra, sob pena de este ao final se recusar, legitimamente, a receber a obra.³³

Outro contrato privado que prevê a fiscalização da execução do contrato pelo contratante é o contrato de trabalho. Nesse contrato, não apenas há a previsão genérica de fiscalização ou controle por parte do empregador, como ainda a subordinação integra a própria noção de contrato de trabalho, isto é, para haver uma relação trabalhista é imprescindível que haja a subordinação do empregado ao empregador.³⁴

Ademais, a fiscalização se encontra presente em todos os contratos privados, sendo decorrência dela a possibilidade de uma parte invocar diante da outra a exceção do contrato não cumprido,³⁵ bem como a possibilidade de rescisão por inadimplemento da outra parte.³⁶

Aplicação de sanções

Outra cláusula que é enumerada pela doutrina entre as chamadas cláusulas exorbitantes do direito comum é a prevista no art. 58, IV, da Lei nº 8.666/93 referente à aplicação de sanções ao contratado faltoso. Diz-se, por vezes, que a exorbitância dessas cláusulas advém das finalidades das sanções, pois elas objetivam a execução do contrato e não punição do contratado pela inexecução contratual.

Primeiramente, é de se negar que todas as sanções previstas visem à execução do contrato. Ora, quando a administração rescinde o contrato por falta do contratante e aplica-lhe a sanção de declaração de idoneidade ou de impedimento de contratar (art. 87, III e IV, da Lei nº 8.666/93), certo é que não busca a efetivação do contrato, mas sim a punição mesma do contratado faltoso, até porque, tal sanção de forma alguma possibilitará o bom cumprimento do contrato.

Em segundo lugar é também de se negar a natureza exorbitante da aplicação de sanções pela administração. É que, nos contratos privados, não apenas é possí-

³³ Código Civil: “Art. 615. Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza”.

³⁴ CLT: “Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”.

“Art. 4º. Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.”

³⁵ Código Civil: “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

³⁶ Código Civil: “Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

vel, como é mesmo comum, a estipulação de sanções por inexecução contratual. É possível citar como conhecidos exemplos no direito positivo brasileiro os institutos “cláusula penal” e “arras penitenciais”, que têm a função de penalizar os contratantes faltosos pela inexecução total ou parcial do contrato; também no direito do trabalho a rescisão sanção, denominada “justa causa”, visa a punição do empregado faltoso; bem como a aplicação de penalidades de advertência e suspensão³⁷ aos empregados, sendo que, no contrato de trabalho, reconhece-se, inclusive, um poder disciplinar ao empregador (Gonçalves, 2009).

Assim, também a imposição de sanções não é instituto privativo dos contratos administrativos, sendo lícitas e também comuns nas relações entre particulares.

Há que se considerar, inclusive, que as sanções de suspensão temporária do direito de contratar com a administração, por prazo de até dois anos, e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública enquanto perdurarem os motivos que levaram à imposição dessa sanção (art. 87, III e IV, da Lei nº 8.666/93), longe de constituírem-se em prerrogativas, estão entre as “limitações” impostas à administração pelo regime jurídico-administrativo. De fato, entre os particulares, ainda que haja exceções, a regra é que a decisão de não contratar com determinada pessoa é absolutamente íntima independentemente de quaisquer motivações ou apurações sobre culpa ou dolo da outra parte e pelo prazo que quiser o contratante. Todavia, a administração pública não tem poder similar, sendo que para excluir alguém de suas contratações só pode fazê-lo motivadamente e as sanções do art. 87, III e IV da Lei nº 8.666/93 são a única forma pela qual a administração pode usar dos poderes que os particulares gozam, via de regra, sem limitações legais.

Não há como entender que a administração, em face da possibilidade de aplicação dessas sanções, exerça prerrogativa em relação ao contratado.

Por fim, cabe lembrar que alguns autores também sustentam como cláusula exorbitante a chamada “inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido”. Porém, a partir da Lei nº 8.666/93 (art. 78, XV), não se pode mais falar em “inoponibilidade”, mas apenas em “restrições” ao uso da exceção do contrato não cumprido. De fato, a lei exige que o contratado suporte a inadimplência do poder público por até 90 dias, para só então invocar a *exceptio non adimpleti contractus*.

Todavia, embora durante longo tempo não se pudesse invocar essa cláusula em face do poder público, e no âmbito privado tivesse ela ampla aplicação, o direito vigente não mais consagra esse sistema. De fato, não apenas, como já dito, os particulares podem — com restrições — invocar a exceção do contrato não cum-

³⁷ CLT: “Art. 474. A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho”.

prido em face da administração, como também há situações em que a legislação e a jurisprudência impõem limitações para a aplicação dessa cláusula em face de particulares. Nesse sentido, a proibição de que o estabelecimento escolar imponha quaisquer restrições educacionais ao aluno inadimplente.³⁸

Veja-se, portanto, que as chamadas cláusulas exorbitantes, utilizadas pela doutrina para identificar os contratos da administração regidos pelo direito público, nada têm de exorbitantes em relação às cláusulas possíveis de serem estipuladas entre os contratantes privados.

Ora, uma vez que o conceito de cláusula exorbitante é incapaz de estabelecer diferenciação jurídica entre os contratos privados e os contratos administrativos, é de questionar a existência e a utilidade de uma suposta duplicidade de regime jurídico para os contratos da administração.

4. Utilidade da distinção dos contratos da administração em dois grupos

A distinção dos contratos da administração em contratos privados e contratos administrativos somente se justifica se a uma categoria aplicar-se normas que não sejam aplicáveis à outra, isto é, se houver alguma diferença quanto ao regime jurídico aplicável.

De fato, como toda classificação jurídica, também essa somente deve subsistir se mostrar-se útil à sistematização do ordenamento jurídico a fim de permitir sua melhor aplicação, uma vez que as classificações somente se justificam quando possuem alguma utilidade prática.³⁹

Na França, a necessidade de tal distinção é devida à divisão de competências entre o contencioso administrativo e os tribunais judiciais. Como explanado, foi para justificar a divisão de competências entre as jurisdições francesas que se partiu para a busca da substantivação do contrato administrativo.

³⁸ Lei nº 9.870/99: "Art. 6º. São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias".

³⁹ "Toda classificação em ciência é feita sob o prisma da utilidade: as classificações são formuladas para servirem a algum fim. Elas não existem por si, isto é, não derivam da 'natureza das coisas'. Um mesmo grupo de objetos pode ser dividido de diferentes formas, através de várias classificações. Por isso, nas palavras de Carrió, 'as classificações não são verdadeiras nem falsas, são úteis ou inúteis: suas vantagens estão submetidas ao interesse de quem as formula e à sua fecundidade para apresentar um campo de conhecimento de maneira mais facilmente compreensível ou mais rica em consequências desejáveis'" (Sundfeld, 2003:146).

Mas essa divisão sempre foi contestada por parte da doutrina e os critérios utilizados pelos juízes administrativos, para determinação do contrato administrativo, atualmente vêm sendo negados pelos juízes comuns. A ausência de diferença substancial entre os chamados contratos administrativos e os contratos privados da administração tem levado a que autores advoguem a unificação do juízo dos contratos da administração ou mesmo um critério jurídico de divisão de competências (Clamens, 2001).

Logo se vê que, no Brasil, em face da unicidade jurisdicional consagrada no sistema, essa utilidade inexistente. De fato, independentemente de o contrato ser classificado pela doutrina como administrativo ou de direito privado da administração, o juízo competente para julgamento não se altera, mesmo nas comarcas que preveem varas especializadas para julgamento dos litígios da administração.

Mesmo na França, consoante afirma Clamens (2001), a comparação da jurisprudência administrativa com a comum permite notar apenas pequenas diferenças quanto à resolução dos conflitos que envolvem o contrato administrativo. A primeira seria a recusa do contencioso administrativo, em nome do interesse comum, de validar um contrato administrativo firmado com vício de competência. A outra diferença diz respeito à execução do contrato, já que, diferentemente da jurisdição administrativa, a jurisdição comum não aplica a teoria da imprevisão a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, e também porque o contencioso administrativo reconhece a possibilidade de alteração unilateral do contrato pela pessoa pública.

A leitura de tais diferenças permite excluir tal diferenciação do direito brasileiro. De fato, quanto à teoria da imprevisão, esta já é aplicada amplamente pela jurisprudência brasileira em todos os contratos, principalmente nos celebrados entre os particulares, de sorte que a consagração legislativa (arts. 478-480 CC) desta teoria, nada mais fez que positivar a jurisprudência então existente.

Quanto à possibilidade de alteração das condições de execução do contrato, entre nós essa potestade existe, seja o contrato administrativo celebrado por pessoa jurídica de direito público, seja por pessoa administrativa de direito privado. Da mesma forma, a obrigatoriedade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de todos os contratos, independentemente de sua qualificação pública ou privada, uma vez que deriva de norma constitucional (art. 37, XXI, CF/88) que assegura ao contratado da administração a manutenção das condições da proposta.

A questão da validade do contrato e da possibilidade de intervenção de terceiros questionando a legitimidade dos contratos da administração também segue o mesmo regime jurídico para todos os contratos da administração. É necessário dizer que, em função da aplicação de normas de direito público a todos os contratos celebrados pela administração e ainda em função de normas constitucionais e legais, o controle dos contratos da administração é o mesmo, independentemente

de ser chamado de contrato administrativo ou de contrato privado. De fato, todos eles estão sujeitos às mesmas regras que determinam a competência e os requisitos de contratação; também são todos eles passíveis de controle por meio da ação civil pública, da ação popular e pela atuação do Tribunal de Contas; sem contar que para efeitos de improbidade administrativa, tanto os administradores quanto aqueles que celebram contratos com a administração ficam submetidos às prescrições da Lei nº 8.429/92.

No caso, a aplicação desses dispositivos e o controle efetuado pelos órgãos legitimados (internos e externos) não se alteram em função da natureza jurídica do contrato. Não há maior liberdade para o administrador público brasileiro na celebração dos contratos regidos pelo Código Civil e por demais leis privadas em comparação àqueles regidos pela Lei nº 8.666/93 e legislação correlata. Se a administração pública celebrar contrato privado, qualquer que seja, estará sempre sujeita às regras de competência, à finalidade pública, aos limites orçamentários e à licitação.

Fundamentada nessas conclusões, entendo que não existem no ordenamento jurídico brasileiro diferenças jurídicas que justifiquem a insistente distinção dos contratos da administração em contratos de direito privado e contratos administrativos.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 10. ed. Paris: Montchrestien, 1996. t. 1.

CIRNE LIMA, Rui. Contratos administrativos e atos de comércio. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 16-26, abr./jun. 1953.

_____. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

CLAMENS, Stéphanie. La distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé au regard du dualisme juridictionnel. *Revue de l'Actualité Juridique Française*, avr. 2001. Disponível em: <www.rajf.org/article.php3?id_article=9>. Acesso em: 3 dez. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

GONÇALVES, Marcos Fernandes. Penalidades trabalhistas: advertência, suspensão, multa e demissão, maio 2009. Disponível em: <www.juslaboral.net/2009/05/penalidades-trabalhistas-advertencia.html>. Acesso em: 2 abr. 2010.

LICHÉRE, François. L'évolution du critère organique du contrat administratif. *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, p. 341-351, mars./avr. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. Os contratos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 179, n. 80, p. 68-91, jan./jun. 1990.

SCHWARTZ, Rémy. Un marché soumis au code des marchés publics n'est pas de ce seul fait un contrat administratif. *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, v. 15, n. 6. p. 1163-1171, nov./déc. 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TRAORÉ, Seydou. Les "contrats emplois-jeunes" de la Loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 et les critères jurisprudentiels des contrats de l'administration. *Revue du Droit Public*, Paris, n. 1, p. 225-243, 1998.

VEDEL, Georges. *Droit administratif*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.