

O “Custo da Administração” em Contratos Administrativos: uma análise da repercussão econômica das cláusulas exorbitantes e o abuso da posição da administração pública enquanto contratante

*Pedro de Menezes Niebuhr**

*Cláudio Ladeira de Oliveira***

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar os principais fatores capazes de encarecer o custo dos contratos administrativos em relação às contratações privadas similares. A investigação analisa a premissa estabelecida por parte relevante da doutrina, de que as cláusulas exorbitantes que atribuem à Administração Pública uma posição privilegiada na relação contratual produzem a elevação dos custos de transação dos contratos administrativos. Referida abordagem é colocada em perspectiva, na medida em que a grande maioria das cláusulas exorbitantes, em situação de normalidade, não justificariam o incremento dos custos do contratado privado, notadamente ainda na fase de elaboração de suas propostas em licitação pública. Conclui-se, diante desse cenário, que o abuso da posição de contratante pela Administração Pública, que recorrentemente atrasa o cumprimento de suas obrigações contratuais, notadamente o dever de pagar pontualmente a contraprestação devida, é um fator mais decisivo e determinante de risco do negócio com a Administração Pública. Esse risco é, de forma mais palpável, precificado pelo contratado privado e transferido à sua proposta. Convém, portanto, conceber mecanismos para exigir o cumprimento pontual das obrigações da Administração Pública, em preferência à mera extinção das cláusulas exorbitantes.

Palavras-chave: Cláusulas exorbitantes. Contratos administrativos. Custos de transação. Custo da Administração.

Recebido em: 15/05/2018 | Aprovado em: 10/07/2018

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v32i3.9172>

* Professor dos Programas de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. Doutor em Direito pela PUC/RS. Coordenador do Grupo de Pesquisas em Direito Público da UFSC. Advogado. Email: pedromn.ufsc@gmail.com

** Professor dos Programas de Graduação e Pós-graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. Doutor em Direito pela UFSC. Coordenador do Grupo de Pesquisas em Constitucionalismo Político da UFSC. Email: claudioladeiradeoliveira@gmail.com

Introdução

Existe a impressão, entre muitos, de que a Administração Pública paga mais caro em contratos administrativos quando comparado com o custo de uma contratação privada equivalente¹. No entanto, é importante não generalizar o discurso, notadamente sem base em dados empíricos que confirmem a suspeita. Pode ser bastante provável que, em determinados casos, a Administração Pública alcance, em contratos administrativos, condições inclusive melhores que aquelas praticadas junto ao mercado consumidor em geral. Toma-se, como exemplo, o fornecimento de combustíveis. A Administração Pública, por comprar em maior escala, pode obter descontos significativamente mais vantajosos que aqueles preços praticados na bomba ao consumidor final.

Todavia, o fato da Administração Pública, circunstancialmente, obter condições mais vantajosas em contratos administrativos quando comparados com contratos privados não impede que se cogite o contrário. Os contratos administrativos podem, sim, ser mais caros se comparados aos contratos privados para compras e serviços equivalentes e, eventualmente, o são.

Isso pode ocorrer por diversos fatores. Um deles, que rotineiramente se cogita, é o eventual custo adicional que as cláusulas exorbitantes podem impingir aos contratos administrativos. O argumento parte da premissa de que as cláusulas exorbitantes colocam a Administração Pública numa posição contratual superior e privilegiada em relação ao contratado privado. Essas prerrogativas contratuais especiais seriam precificadas pelo contratado particular e incrementariam o valor final pago pela Administração Pública por dado produto ou serviço.

O presente artigo admite, em tese, a veracidade dessa premissa, qual seja, de que as cláusulas exorbitantes podem, de fato, incrementar o custo de transação dos contratos administrativos. Pondera-se, no entanto, que essa operação de precificação das cláusulas exorbitantes nas propostas dos futuros contratados não ocorreria em todos os casos, em todos os contratos administrativos. E mais, cogita-se que a maioria significativa das cláusulas exorbitantes, pelo menos em sua previsão abstrata e na sua execução regular, não enseja, necessariamente, o incremento de custo da contratação.

O problema enfrentado no presente artigo consiste em saber, portanto, o que de fato seria suscetível de causar incremento no custo de contratos administrativos, quando comparados a contratos privados similares.

A hipótese trabalhada - e a presente análise é especulativa nesse sentido - é que o abuso da posição de contratante pela Administração Pública aliado à ausência de mecanismos adequados e eficazes para defesa dos direitos dos contratados diante de eventual inadimplemento da Administração possuem papel significativamente mais relevante na avaliação e precificação de riscos, por parte do contratado privado, do que a mera previsão, abstrata, das cláusulas exorbitantes (ou mesmo sua própria aplicação prática, regular). O argumento é que parte expressiva das cláusulas exorbitantes, por si só, não seriam aptas a provocar o incremento dos custos de contratos administrativos, pelo menos daqueles contratos menos vultosos e complexos. O reiterado inadimplemento das obrigações contratuais da Administração e a ausência de mecanismos eficientes para o contratado particular forçar o adimplemento ou restabelecer a normalidade na contratação, são fatores mais propensos a elevar os custos de contratações administrativas.

As cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos

No desempenho de suas funções a Administração Pública precisa, rotineiramente, contratar com terceiros o fornecimento de bens e a prestação de serviços. Em virtude do interesse envolvido com a execução das atividades administrativas - leia-se interesse público - o vínculo jurídico que une o particular à Administração Pública é substancialmente distinto da relação jurídica contratual que se estabelece entre agentes privados.

A doutrina clássica do Direito Civil identifica pelo menos os seguintes princípios gerais do contrato privado: a) autonomia da vontade ou a liberdade contratual; b) obrigatoriedade da convenção ou força obrigatória dos contratos; c) função social; d) boa-fé². Pelo princípio da autonomia da vontade às partes contratantes é reconhecido o direito de estipular, livremente, os termos (cláusulas) do vínculo que se constitui, respeitadas as normas de ordem pública incidentes sobre a espécie. O princípio da força obrigatória dos contratos, por sua vez, significa que o contrato faz lei entre as partes, isto é, deve ser fielmente cumprido pelos contratantes. Trata-se da tradução da máxima de direito *pacta sunt servanda*.

Estas notas essenciais são explicadas, basicamente, em função da relação de horizontalidade em que os agentes contratantes se veem inseridos, bem

como da necessidade de se garantir a intangibilidade do contrato, isto é, a impossibilidade de uma das partes alterá-lo unilateralmente.

Nas relações contratuais administrativas, consideradas para a presente investigação aquelas que envolvem o Poder Público (nesta qualidade) e o contratado privado, o estabelecimento do vínculo entre os contratantes não é orientado pelo mesmo regime jurídico privado. O fato de se envolver recursos públicos – que enseja a observância de regras especiais para a formalização da avença e execução do objeto contratado – e, especialmente, a consecução de interesses coletivos, transindividuais, explica a submissão do contrato administrativo a uma sistemática especial. Como há muito anota Jean Rivero³:

Le régime des contrats administratifs déroge donc au droit commun des contrats à la fois par les prérogatives qu'il consacre au profit de l'administration, et par les sujétions qu'il lui impose, les unes et les autres trouvant leur principe dans l'intérêt général.

A constatação de Rivero justifica a condução do contrato administrativo por um regime jurídico especial, que coloca um dos contratantes – a Administração Pública – em posição diferenciada se comparada ao equilíbrio então havido entre as partes contratantes no âmbito de relações privadas. É isso que registra Joel de Menezes Niebuhr⁴:

Logo, a atividade da Administração Pública é marcada pela unilateralidade, por privilégios que lhe são concedidos em favor da imposição do público ao individual, o que revela relações jurídicas desequilibradas, bem diferentes das que são típicas dos ramos do Direito Privado. Em apertada síntese, cabe dizer que a Administração Pública é armada de poder, isto é, da capacidade de fazer valer os seus desígnios em face dos interesses de cunho individual, independentemente do consentimento de seus titulares.

Com vistas, portanto, a viabilizar a satisfação do interesse da coletividade, mesmo diante da oposição ou da discordância de um interesse individual (do contratado privado), passou-se a reconhecer a prerrogativa da Administração Pública de, dentre outros comportamentos: a) definir unilateralmente as condições e cláusulas contratuais (à exceção do preço ou do equilíbrio econômico financeiro da proposta); b) de praticar atos de fiscalização do cumprimento das obrigações pelo contratado (inclusive com a imposição unilateral e auto executória de sanções); c) de rescindir o contrato por motivos de interesse público; d) de alterar o contrato para melhor atender o interesse público, possivelmente mutável⁵. A possibilidade de alterar unilateralmente, fiscalizar e sancionar o contratado privado consubstancia o que a doutrina, influenciada pela jurisprudência,

dência do Conselho de Estado francês, cunhou como cláusulas exorbitantes. Como ensinam Georges Vedel e Pierre Delvolvé⁶:

Les clauses exorbitantes sont des stipulations [...] << des clauses différant par leur nature de celles qui peuvent être inscrites dans un contrat analogue de droit civil>> [...]

Ainsi sont exorbitantes du droit commun les clauses dites <<penales>>, les clauses prévoyant le droit de résiliation unilatérale au profit de l'Administration, le pouvoir de l'Administration de donner des instructions, etc. Toutes ces clauses ne seraient pas nécessairement illicites dans un contrat de droit privé, mais elles ne s'y rencontrent pas fréquemment au profit de l'un des cocontractants.

Essas prerrogativas especiais conferidas à Administração Pública são, portanto, chamadas de cláusulas exorbitantes especialmente em função de não encontrarem correspondentes no direito comum, no direito privado. Tratam-se de atribuições cuja existência se presume necessária para conformar a relação jurídica estabelecida (ou a ser) com o contratado privado ao escopo almejado na contratação administrativa⁷.

Parte-se do pressuposto de que estas prerrogativas são essenciais para viabilizar a satisfação do resultado efetivamente pretendido pela contratação e da forma que melhor venha a atender ao interesse público. Ao contratado, ao contrário do que se sucede no âmbito privado, não é dado influir ou se opor (nos termos da lei) à definição e redefinição do objeto contratado.

Reconhecendo, ainda, que o cumprimento da obrigação assumida pelo particular interessa à coletividade, à satisfação de um (ou mais) interesse(s) público(s), à Administração Pública é atribuída a capacidade para, caracterizada a falta do contratado privado, imputar-lhe diretamente as consequências de sua conduta, não só como forma de forçar a adequação do comportamento aos temas pactuados como, inclusive, para reprimi-las. É atribuída à Administração Pública a possibilidade, inclusive, de rescindir unilateralmente o contrato e assumir o cumprimento da obrigação do contratado. Algumas⁸ dessas prerrogativas foram expressamente reconhecidas no artigo 58 da Lei nº 8.666/1993,⁹ da seguinte forma:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste.

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

A questão é saber em que medida essas prerrogativas especiais atribuídas à Administração Pública podem, de fato, provocar incremento do custo do contrato administrativo.

As possíveis repercussões econômicas das cláusulas exorbitantes

Existem avaliações, feitas principalmente a partir da chamada "Análise Econômica do Direito", que buscam demonstrar que a previsão de cláusulas exorbitantes (na lei e no contrato administrativo) impõem à Administração Pública custos adicionais, não experimentados no âmbito de contratações privadas (porque, via de regra, tais prerrogativas especiais não incidem sobre estas).

É o que defende, por exemplo, Marcos Nobrega¹⁰. O autor sustenta que o particular precifica os riscos inerentes à incidência das cláusulas exorbitantes e lhes traduz na sua proposta. Por exemplo, se o licitante estima que há uma elevada probabilidade de a Administração Pública rescindir unilateralmente o contrato, ele dará mais atenção a isso e aumentará seus preços. As prerrogativas da Administração elevam, em suma, os custos de transação:

As cláusulas exorbitantes significam prerrogativas para a administração, mas como estabelecem específicos incentivos para o sistema econômico, acabam por determinar elevados custos de transação que devem ser considerados na execução dos contratos administrativos. O Estado Leviatã se retroalimenta espalhando incentivos perversos no sistema de contratações públicas¹¹.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas¹² compartilham de posicionamento similar:

Como é sabido, no âmbito de uma relação contratual, os agentes incorrem em custos na fase pré-contratual e, posteriormente, à sua celebração. Na fase pré-contratual, os principais custos de transação tem lugar: na redação do contrato, na definição do seu objeto, nas negociações para a obtenção das melhores condições para a contratação. Após a sua formação, os custos incidentes sobre tais avenças são os relacionados à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais, à solução dos conflitos e à eventual repactuação das condições inicialmente acordadas.

Justamente pelo fato das cláusulas exorbitantes incrementarem os custos da contratação, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas defendem a supressão das exorbitâncias contratuais em favor do Poder Público. A prerrogativa de alterar unilateralmente o contrato geraria incentivos indesejáveis, principalmente de desestímulo, à Administração Pública, para planejar com zelo suas contratações. A imprecisão de projetos (permitida diante da possibilidade, virtual, de alterações futuras, caso se façam necessárias) provocaria, ainda, efeitos perversos, como os constantes pedidos de reequilíbrio contratual. Ela, a possibilidade de alterar unilateralmente o contrato, deveria ser suprimida nos contratos de curto prazo, onde não costuma haver uma mutação relevante no interesse público apta a lhe justificar. No que toca ao poder de fiscalização dos contratos, ele seria costumeiramente exercido de forma desequilibrada, posto que a Administração não disporia de todas as informações para apurar se a obrigação do contratado vem sendo (ou foi) executada tal qual contratada; por isso, os autores sustentam que a fiscalização deveria ser deslocada da Administração Pública para um terceiro, notadamente por meio de auditorias independentes. A mesma solução – transferência a um terceiro independente, desta vez um árbitro - deveria ser aplicada à prerrogativa de sancionar e de extinguir unilateralmente o contrato, para evitar o potencial conflito de interesses (a parte contratante é também, quem julga) e incrementar a qualidade da decisão técnica sobre o inadimplemento contratual¹³.

Em termos gerais, sobreditas análises são (ou pelo menos podem ser) corretas. Presume-se plausível que os contratados privados precifiquem os riscos da aplicação, contra si, de eventual prerrogativa especial (ou cláusula exorbitante) em um contrato administrativo, que possa desestabilizá-lo, onerá-lo ou mesmo extingui-lo abruptamente, e inclua esse preço em sua proposta, elevando os custos de contratação para a Administração Pública.

A atribuição de um preço às cláusulas exorbitantes ocorreria, principalmente, diante daqueles casos em que contratado privado não tem como ante-

ver, ao tempo da formatação de sua proposta, se a Administração Pública vai, efetivamente, exercer no futuro determinada prerrogativa contratual, independentemente do comportamento do próprio contratado privado. Essas hipóteses têm lugar quando a cláusula exorbitante atribui à Administração Pública a faculdade de praticar atos com repercussão econômica direta e relevante na relação contratual sem que, para tanto, seja exigida a concorrência de qualquer comportamento por parte do contratado privado. É o caso, por exemplo, do atraso no pagamento do contrato, pela Administração Pública, por até 90 dias (inciso XV do artigo 78 da Lei nº 8.666/1993) e da rescisão unilateral do contrato por motivo de interesse público (inciso XII do artigo 78 da Lei nº 8.666/1993), dentre outros.

Nessas situações, o contratado privado fica integralmente à mercê da vontade da Administração, que pode lhe impor consequências econômicas relevantes sem que, insista-se, o comportamento do contratado privado tenha sido determinante ou relevante para a perturbação da avença. O contratado privado encontra-se, nesses casos, em posição efetivamente vulnerável, capaz de lhe impor prejuízos significativos se a prerrogativa especial venha, efetivamente, a ser exercida. Aqui reside o campo propício para a precificação, por parte dos particulares, do risco de perturbação contratual.

O que se pondera é que grande parte das cláusulas exorbitantes não colocam o contratado privado em posição tão vulnerável a ponto de levar ele a majorar seus preços, operação que em um processo competitivo poderia, inclusive, alijá-lo da disputa (a proposta mais cara pode não se sagrar vencedora no certame). Toma-se, por exemplo, a cláusula exorbitante que permite alterações unilaterais no contrato (inciso I do artigo 58 da Lei nº 8.666/1993). Primeiro, elas são limitadas pela lei (o limite das alterações quantitativas é expressamente consignado no §1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993, ao passo que o limite das alterações qualitativas costuma decorrer da jurisprudência dos órgãos de controle). Segundo, elas devem ser precedidas de alteração contratual expressa, e acompanhada das respectivas compensações financeiras (§§4º e 6º do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993). Significa dizer que, em condições de normalidade, isto é, licitude do comportamento contratual da Administração Pública, o contratado privado não majoraria seus custos diante da possibilidade, em perspectiva, de alteração unilateral do contrato, haja vista que ele (o contratado) seria, de toda forma, compensado economicamente caso isso viesse a ocorrer.

O mesmo se diz quanto às cláusulas exorbitantes que autorizam a Administração Pública fiscalizar, sancionar o contratado privado e rescindir o contrato em virtude de eventual comportamento contratual faltante provocado pelo último (incisos II, III e IV do artigo 58 da Lei nº 8.666/1993). Também em condições de normalidade, isto é, de licitude do comportamento contratual da Administração Pública, o contratado privado não majoraria seus custos diante da possibilidade de ser sancionado por potencial descumprimento contratual no futuro. Seria razoável supor que o contratado privado precificaria o risco do sancionamento caso ele não tivesse certeza da possibilidade de cumprir com sua obrigação ou não estivesse disposto a fazê-lo. Nessas hipóteses, há um horizonte, potencial, de descumprimento da obrigação suscetível de sancionamento, passível de precificação. Não obstante, em situação de normalidade, o particular firma o contrato no intuito de cumpri-lo tal qual ajustado; nesse cenário, quando o particular estabelece como premissa o fato de que se cumprir com sua obrigação ele não será sancionado, não há motivo bastante para o contratado privado incrementar seus custos, e com isso correr o risco de não se sagrar vencedor do processo licitatório.

Quer-se dizer que, nas hipóteses em que as cláusulas exorbitantes exigem a concorrência de um comportamento faltoso pelo contratado privado para que sejam impostas consequências negativas com repercussão econômica na relação contratual, ou nos casos em que as cláusulas exorbitantes, mesmo atribuído à Administração Pública a prerrogativa de influir unilateralmente na relação contratual, são acompanhadas de mecanismos de compensação econômica ao contratado privado em decorrência do exercício daquela prerrogativa, não há motivo lógico para o contratado privado precificar o risco da aplicação da sobredita cláusula ainda em perspectiva, na fase de formatação de sua proposta, em sede de licitação. No primeiro caso bastaria com que o contratado privado se assegurasse de adimplir suas próprias obrigações para evitar a aplicação da cláusula exorbitante e seu correspondente efeito econômico negativo; no segundo, o contratado sequer seria, em tese, prejudicado em função do exercício da prerrogativa especial.

Quer-se concluir, com isso, que à exceção das situações em que a incidência da cláusula exorbitante independe do comportamento do próprio contratado privado ou não é acompanhada de mecanismos eficientes de compensação econômica do contratado privado (dos quais o atraso do pagamento por até 90 dias e a rescisão unilateral por interesse público são os principais exemplos),

nos demais casos a mera previsão da existência das sobreditas prerrogativas contratuais especiais em favor da Administração Pública não enseja, por si só, risco com relevante repercussão econômica a ser precificado nas propostas.

É bastante provável, portanto, que eventual eliminação da previsão legal das cláusulas exorbitantes poderia não surtir o efeito desejado, qual seja, de redução dos custos dos contratos administrativos.

A postura da Administração Pública na condição de contratante como fator determinante para a quantificação do risco do negócio no contrato administrativo

Está-se a dizer, até aqui, que, em situação de normalidade, a mera previsão da existência de cláusulas exorbitantes (ou, pelo menos, a grande maioria delas) não é motivo suficiente para induzir que o contratado privado precifique, ainda na etapa pré-contratual, eventual risco da aplicação dessa previsão em seu desfavor.

Não significa dizer que não seja necessário repensar algumas cláusulas exorbitantes, especialmente as que conferem privilégio injustificado à Administração Pública e desequilibram, de forma desproporcional e irrazoada, a relação contratual.

Ainda que não se consiga traçar, diretamente, uma relação causa-efeito decorrente das prerrogativas de alterar, fiscalizar, sancionar e rescindir unilateralmente o contrato, com uma elevação nos custos dos contratos administrativos, é de todo oportuno que se discuta e se revise algumas cláusulas exorbitantes.

Exemplo disso é o inciso XV do artigo 78 da Lei nº 8.666/1993, que permite a Administração atrasar o pagamento por até 90 dias, sem que isso caracterize motivo suficiente para o contratado suspender as suas obrigações. Referida disposição, sobretudo quando exercida sem a devida e indispensável motivação – clara, objetiva e congruente com a decisão – transfere ao contratado privado um ônus flagrantemente desproporcional, injustificado. Essa possibilidade, virtual, de atraso de pagamento pode onerar de forma injustificada o contrato, merecendo de fato ser revista.

Salvo, portanto, algumas exceções pontuais - de cláusulas exorbitantes que efetivamente possam elevar os custos das contratações - o fator determinante

para o encarecimento de contratos administrativos reside no recorrente e reiterado descumprimento das obrigações da própria Administração – como a procrastinação da realização das medições, o desrespeito à ordem cronológica de pagamento das faturas, o atraso ou não pagamento da contraprestação devida na forma e tempo ajustados no contrato, entre outros.

É notório que a Administração Pública é contumaz descumpridora de suas obrigações¹⁴. A empresa que vai participar de uma licitação já sabe que pode enfrentar problemas à frente com dificuldades para, especialmente, receber o que lhe é devido.

A Administração Pública pode impor severos constrangimentos ao contratado privado para que este receba o que lhe é devido. Primeiro, procrastinar os pagamentos de forma indefinida, acenando com promessas de quitação não cumpridas. Muitas vezes o contratado privado se submete a esse cenário de indefinição porque um rompimento no relacionamento com a Administração Pública pode ser ainda pior, em termos de perspectiva de recebimento. Então, não é raro que o contratado privado prefira trabalhar com a promessa de pagamento do que fazer seus direitos judicialmente, sofrendo, com isso, represálias.

Aliás, eventual represália administrativa é um fator importante a se considerar. A Administração Pública pode atuar, com desvio de finalidade, imputando ao contratado uma desconformidade contratual a fim de esquivar-se, ela própria, da culpa pela inadimplência. Como a própria Administração Pública contratante é a julgadora dos processos sancionatórios, é deveras comum que o contratado privado prefira se sujeitar a atrasos do que criar indisposição com a Administração Pública.

Na hipótese de não haver outra saída para o contratado privado senão o Judiciário, o cenário é desolador. Muitas vezes a própria Administração Pública induz o contratado privado para a judicialização, porque ganha tempo com isso. Os processos judiciais não são céleres, por vezes não tratam do tema de forma adequada (com a especificidade técnica que lhe deve ser própria). A Administração Pública induz o contratado privado para a judicialização porque a discussão judicial alonga ainda mais o dever de cumprir com suas obrigações. É possível que uma obrigação contraída em determinado mandato eleitoral só venha a ser cumprida por algumas gestões futuras.

O contratado privado que se socorre do Judiciário para fazer valer suas garantias enfrenta, portanto, uma tramitação lenta, burocrática, para uma decisão que resolva a controvérsia. O problema é que depois de toda tramitação

do processo o particular ainda deve aguardar a satisfação do seu crédito em regime de precatório, na forma preconizada pelo artigo 100 da Constituição Federal. Se o contratado privado receber, é possível que isso aconteça anos, décadas após o cumprimento de sua obrigação.

Esse risco, concreto e notório, de inadimplência da Administração traduz-se numa variável relevante para o contratante privado, que pode acabar sendo quantificada na sua proposta e elevar o custo da contratação. Devem, portanto, ser concebidas e aperfeiçoadas ferramentas que desestimulem ou revertam a cultura de inadimplência por parte da Administração Pública.

O principal problema é que o descumprimento das obrigações contratuais pela Administração Pública parece não ser tratado, pelos órgãos de controle, com a devida importância e com o mesmo rigor que a eventual falta contratual do contratado privado. Essa disfunção, quando atribuída à Administração Pública, é tida inclusive como algo relativamente normal; atrasos e contratempos para pagamento são esperados.

É indispensável levar a sério a inadimplência da Administração da Administração Pública. O agente que deliberadamente atrasa pagamentos ou não paga, quando o deveria fazer, deve ser responsabilizado. A certeza da punição funcional pode desestimular o comportamento artil ou desidioso e levar o trato com a coisa pública de forma mais séria e comprometida. Ademais, a longo prazo o órgão que incorpora em sua rotina a cultura do cumprimento de obrigações sinaliza ao mercado seu comportamento. O contratado privado que se relaciona com uma organização com credibilidade em tese será mais propenso a não quantificar a inadimplência como risco do negócio, inclusive para se tornar mais competitivo em relação aos seus concorrentes.

Além disso, mostra-se estratégico proteger a posição contratual do contratado privado prevendo, entre outras soluções, o recurso a métodos alternativos de solução de litígios, como arbitragem, sobre aspectos eminentemente contratuais – tal qual discussões sobre reequilíbrio econômico financeiro e adimplemento de obrigações, entre outras. Essa previsão foi, de forma definitiva, consagrada no ordenamento legal brasileiro por intermédio da relativamente recente inclusão do §1º ao artigo 1º da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem)¹⁵. A perspectiva de que o contratado particular, diante de contratempos, possa provocar uma câmara arbitral e obter uma decisão técnica em prazo razoável também pode equacionar, parcialmente, o risco do inadimplemento (ou, ao menos, o risco da demora por uma solução de eventual litígio)

Por fim, nem sempre o comportamento faltoso da Administração Pública é flagrante. Por vezes, a Administração Pública esconde-se em filigranas contratuais para escusar e justificar o não pagamento. Invoca-se alguma desconformidade na execução da obra e não se homologa a medição; busca-se retardar, de alguma forma, a emissão das notas fiscais; não se observa a ordem cronológica de pagamentos. A legislação deve ser aprimorada nesses gargalos. Deve-se disponibilizar maior instrumental para o contratado para fazer valer seus direitos, como a liberação implícita do faturamento diante da demora da Administração Pública, o recebimento de percentual incontroverso do contrato etc. Outrossim, o controlador deve não só ter ciência da prática de tais subterfúgios, para reprimi-los, como perceber seus efeitos negativos sobre o sistema econômico.

Considerações finais

Existem razões plausíveis para crer que é equivocada a premissa, comumente aceita por parte relevante da doutrina, segundo a qual as cláusulas exorbitantes, que atribuem à Administração Pública uma posição privilegiada na relação contratual, produzem a elevação dos custos de transação dos contratos administrativos.

Por um lado, as cláusulas exorbitantes, em situação de normalidade, não justificariam o incremento dos custos do contratado privado, notadamente ainda na fase de elaboração de suas propostas em licitação pública. Por outro lado, devido à natureza peculiar dos contratos realizados com a administração pública e ao dever da administração de fiscalizar e promover o interesse geral, a simples extinção das cláusulas exorbitantes também não seria uma medida isenta de custos e consequências imprevistas prejudiciais à boa execução dos contratos.

Na verdade, existem sólidas razões para crer que o fator decisivo e determinante de risco do negócio com a Administração Pública é o abuso da posição de contratante pela Administração Pública, que recorrentemente atrasa o cumprimento de suas obrigações contratuais, notadamente o dever de pagar pontualmente a contraprestação devida. É essa prática reiterada a responsável pelo incremento dos custos de contratação com a administração pública. O exemplo mais contundente é a permissão para que a Administração atrase o pagamento

por até 90 dias, sem que isso caracterize motivo suficiente para o contratado suspender as suas obrigações (Lei nº 8.666/1993, art. 78, inciso XV).

Sendo assim, as propostas de reformas institucionais não deveriam focar as atenções em retirar da administração pública poderes que, se corretamente delineados e utilizados, podem promover a melhor execução contratual (e conseqüente diminuição dos custos), mediante por exemplo a fiscalização e prevenção de irregularidades. Pelo contrário, o objetivo deveria ser conceber mecanismos para forçar o cumprimento pontual das obrigações da Administração Pública, em preferência à mera extinção das cláusulas exorbitantes.

The "Cost of Administration" in Administrative Contracts: an analysis of the economic repercussion of the exorbitant clauses and the abuse of the position of the public administration as contractor

Abstract

The objective of this article is to analyze the main factors capable of increasing the cost of administrative contracts in relation to similar private contracting. The research examines the premise established by a relevant part of the doctrine that exorbitant clauses which give the Public Administration a privileged position in the contractual relationship result in an increase in the transaction costs of administrative contracts. This approach is put in perspective, since the vast majority of exorbitant clauses, in a situation of normality, would not justify the increase of the costs of the private contractor, especially during the elaboration phase of their proposals in public bidding. In view of this scenario, it is concluded that the abuse of the position of contractor by the Public Administration, which has repeatedly delayed the fulfillment of its contractual obligations, notably the obligation to pay the due consideration on time, is a more decisive and determinant factor of business risk with the Public Administration. This risk is more palpably priced by the private contractor and transferred to his proposal. It is therefore appropriate to devise mechanisms to enforce punctual compliance with the obligations of the Public Administration, in preference to the mere extinction of exorbitant clauses.

Key-Words: Exorbitant clauses. Transaction costs. Administrative contracts.

Notas

- ¹ Toma-se, por exemplo, a afirmação de Ronaldo Coelho Lamarão: “partindo-se do pressuposto de que nenhum contrato é completo e existindo um período de tempo tão longo como inato aos contratos de concessão, surgem incertezas que se refletem nos custos de transação. Nesse desiderato, com tantas possibilidades e salvaguardas, renegociações, oportunismo, insituições desatualizadas, entre outras ocorrências, o custo de se negociar com o Poder Público se eleva, é o que se chama popularmente de ‘Custo da Administração’, ou seja, boa parte do que é vendido para ela, seja produto ou serviço é com um preço superior ao praticado no mercado” (LAMARÃO, Ronaldo Coelho. Os custos de transação do contrato administrativo derivado de licitação: uma incidência da teoria da imprevisão. *Revista Direito em Discurso*, v. 4, n. 2, p. 11-21).
- ² Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*: 2ª Parte. 34 ed. atualizada por Carlos Alberto Dabus Malif e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9 e ss.; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 343 e ss.
- ³ Grifo no original. RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 7 ed. Paris: Dalloz, 1975, p. 118. Tradução livre do autor: “O regime dos contratos administrativos derroga portanto o direito comum dos contratos pelos poderes que estatui em benefício da administração, e pelas sujeições que impõe, uns aos outros e encontra sua origem no princípio do interesse geral”.
- ⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 656
- ⁵ Sobre o assunto, leiam-se os comentários de Roberto Dromi: “Por este principio la Admnsitración tiene competencia para variar por si lo establecido em el contrato y alterar lãs prestaciones y condicionanes de su cumplimiento. Por ello, lãs alteraciones dispuestas por la Administración son, en principio, obligatorias para su contratista [...]” (DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. 2a. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. p. 507).
- ⁶ VEDEL, Georges; DELVOVÉ, Pierre. *Droit Administratif*: Tome 1. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992 p. 389-390. Tradução livre do autor: “As cláusulas exorbitantes do direito são disposições de cláusulas diferentes por natureza daquelas que podem incluir-se em um contrato similar a lei civil [...] Portanto, são cláusulas exorbitantes do direito comum as cláusulas ditas ‘penais’, as cláusulas que prevejam o direito de rescisão unilateral em favor da Administração, o poder da Administração para dar instruções, etc. Todas essas cláusulas não são necessariamente ilícitas em contratos de direito privado, mas eles não se encontram muitas vezes lá para o benefício de um dos contratantes”.
- ⁷ Joel de Menezes Niebuhr anota a inadequação da expressão “cláusulas exorbitantes” especialmente em função de: a) não se tratam de cláusulas ou estipulações contratuais, mas de tradução de obrigações previstas em lei; b) não são exorbitantes, posto que muitas também existem nos contratos privados. Por tais razões o autor prefere a utilização do termo *poderes administrativos* ou *prerrogativas administrativas protetoras do interesse público* (NIEBUHR, 2011, p. 658).
- ⁸ José Cretella Júnior amplia o rol das cláusulas exorbitantes: “A doutrina, esquematizando, abstraindo e generalizando, resume, in genere, hipóteses de cláusulas exorbitantes, tiradas da prática administrativa e condensadas em proposições sintéticas, que teorizam a realidade. Assim, são cláusulas administrativas, “derrogatórias”, “exorbitantes” ou “de privilégio”: 1) as que, configurando hipóteses do “fato do príncipe”, permitem que a Administração altere, sem consulta, unilateralmente o contrato; 2) as que permitem que a Administração, por interesse público, proceda à rescisão do contrato; 3) as que permitem que a Admi-

nistração aplique sanções ao particular contratante, inidôneo, como, por exemplo, a de não mais poder contratar; 4) as que impedem expressamente ao contratante eximir-se de executar o que foi pactuado, fundamentado no princípio da *exemptio non adimpleti contractus*, ou, em outras palavras, as que consagram o princípio da inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido; 5) as que permitem que concessionárias promovam desapropriação de bens particulares, declarados de utilidade pública pelo Estado; 6) as que permitam a ocupação do domínio público pelo particular (cf. Rui Barbosa, *Os Privilégios Exclusivos*, na *Jurisprudência Constitucional dos Estados Unidos*, 1908, ed. 1911, Empresa Fotomecânica do Brasil, Rio, p. 4); 7) as que facultam o exercício do poder de polícia pela Administração; 8) as que possibilitam ao Poder Público baixar instruções; 9) as que, inseridas em contrato de execução de obra pública, imponham servidões, gravando a propriedade do particular confinante, em benefício do particular contratante; 10) as que impõem ao contratante o aprimoramento técnico, com vistas à prestação de serviço público mais adequado; 11) as que permitem a delegação de moderada parcela do poder de polícia ao contratante para que este possa desempenhar plenamente o serviço público concedido; 12) as que impõem ao contratante diversidade de tratamento entre o usuário comum e o funcionário público, dando a este o uso do serviço, com abatimento e até gratuitamente, nos transportes coletivos urbanos; 13) as que facultam ao particular isenção temporária de tributos” (CRETILLA JÚNIOR, José. As “cláusulas de privilégio” nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 161, p. 7-28, 1985).

- ⁹ BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- ¹⁰ NOBREGA, Marcos. O Leviatã retroalimentado: quem paga a conta das Cláusulas Exorbitantes? *Revista Direito do Estado*, 2018, n. 397. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/marcos-nobrega/o-leviata-retroalimentado-quem-paga-a-conta-das-clausulas-exorbitantes>>. Acesso em: 5 set. 2018.
- ¹¹ NOBREGA, 2018, s/p.
- ¹² FREITAS, Rafael Vêras; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O futuro das contratações públicas*. 2018, s/p. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-futuro-das-contratacoes-publicas-12032018>>. Acesso em: 5 set. 2018.
- ¹³ FREITAS; MARQUES NETO, 2018.
- ¹⁴ “A Administração não costuma honrar pontualmente seus compromissos contratuais mesmo em tempos de abonação. É bastante frequente a Administração Pública não pagar ou pagar com atraso” (NIEBUHR, Joel de Menezes. O que fazer diante do Inadimplemento da Administração Pública? *Direito do Estado*, ano 2016, n. 95. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/o-que-fazer-diante-do-inadimplemento-da-administracao-publica>>. Acesso em: 5 set. 2018). “Apesar de o ordenamento jurídico ter sido montado com o intuito de evitar a inadimplência, é certo que a Administração Pública enfrenta problemas para cumprir os contratos fiel e tempestivamente. Isso, não raramente, implica a judicialização de conflitos” (VIEIRA, Antonio Paulo Kubli. Inadimplemento da administração pública em contratos administrativos: a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça-STJ. *Revista Discente DIREITO GV-redGV*, v. 1, n. 1, pp. 9-26, 2011).
- ¹⁵ Art. 1º [...]§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018).

Referências

- BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- CRETILLA JÚNIOR, José. As “cláusulas de privilégio” nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 161, p. 7-28, 1985
- DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. 2 ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999
- FREITAS, Rafael Vêras; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O futuro das contratações públicas*. 2018. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-futuro-das-contratacoes-publicas-12032018>>. Acesso em: 5 set. 2018.
- LAMARÃO, Ronaldo Coelho. Os custos de transação do contrato administrativo derivado de licitação: uma incidência da teoria da imprevisão. *Revista Direito em Discurso*, v. 4, n. 2, p. 11-21
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações: 2ª Parte*. 34 ed. atualizada por Carlos Alberto Dabus Malif e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011
- NIEBUHR, Joel de Menezes. O que fazer diante do Inadimplemento da Administração Pública? *Direito do Estado*, 2016, n. 95. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/o-que-fazer-diante-do-inadimplemento-da-administracao-publica>>. Acesso em: 5 set. 2018.
- NOBREGA, Marcos. O Leviatã retroalimentado: quem paga a conta das Cláusulas Exorbitantes? *Revista Direito do Estado*, 2018, n. 397. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/marcos-nobrega/o-leviata-retroalimentado-quem-paga-a-conta-das-clausulas-exorbitantes>>. Acesso em 5 set. 2018.
- RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 7 ed. Paris: Dalloz, 1975
- VEDEL, Georges; DELVOVÉ, Pierre. *Droit Administratif: Tome 1*. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1992
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007
- VIEIRA, Antonio Paulo Kubli. Inadimplemento da administração pública em contratos administrativos: a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça—STJ. *Revista Discente DIREITO GV-redGV*, v. 1, n. 1, p. 9-26, 2011