

## O FORTALECIMENTO DA CONSENSUALIDADE E O DECLÍNIO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES?

Por: Luciano Elias Reis, advogado, sócio do escritório “Reis, Correa e Lippmann Advogados Associados”, Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pós-graduado em Direito Administrativo, especialista em Processo Civil, Professor da Universidade Tuiuti do Paraná, da Escola Superior de Advocacia do Paraná, da Pós Graduação em Contabilidade Pública da FACINTER e do MBA em Administração Pública da FATEC e do Instituto Alleanza, ex-consultor da Zênite Consultoria, ex-assessor jurídico do Município de Pinhais e ex-advogado da Administradora dos Portos de Paranaguá e Antonina – APPA..

### 1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem por finalidade a satisfação e efetivação dos interesses públicos, os quais se encontram estampados no ordenamento jurídico e devem ser desidério da atuação administrativa.<sup>1</sup>

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aborda que para a Administração Pública, “a vontade decorre da lei que fixa a finalidade a ser perseguida pelo administrador”.<sup>2</sup>

Já Luiz Alberto BLANCHET assevera, em síntese, que a Administração Pública é a “atividade de gerenciamento dos interesses públicos, o que deve operar-se de acordo com as normas e princípios do Direito Administrativo.”<sup>3</sup>

Em seguida, o autor discorre acerca da finalidade da Administração Pública, que “compreende as atividades de caráter decisório e executórios destinadas ao atendimento direto, imediato e concreto das necessidades públicas. Necessário alertar que o vocábulo ‘necessidade’ abrange toda e qualquer situação, cujo atendimento seja do interesse público, partindo da simples utilidade, passando pela necessidade propriamente dita, e chegando até a urgência.”<sup>4</sup>

Marcello CAETANO lembra que no exercício da finalidade pública a Administração Pública age como dona, como representante do interesse público.<sup>5</sup>

A título ilustrativo, vale apontar que o conceito de Administração Pública revela-se de grande dificuldade para a sua precisão e delimitação. Inclusive, Odete MEDAUAR aduz que “diz-se mesmo que a Administração se deixa descrever, mas não se deixa definir, sobretudo ante sua complexidade e o caráter multiforme de suas atuações.”<sup>6</sup>

Indissociavelmente para a assimilação da definição anterior, forçoso recordar o conceito de interesse público.<sup>7</sup>

A clássica lição de Renato ALESSI, citada por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>8</sup>, pondera a existência do interesse público propriamente dito, ou interesse público primário, e o interesse público secundário.

O interesse público primário corresponde ao resultado do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerado em sua qualidade de membros da sociedade, já o interesse público secundário representa o interesse do Estado como sujeito em si.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Nesta linha, Hely Lopes MEIRELLES descreve que: “Em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do *interesse público*, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado *sem interesse público* configura *desvio de finalidade*.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 81).

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 68

<sup>3</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 46

<sup>4</sup> Id.

<sup>5</sup> CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 222.

<sup>6</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. Ed. São Paulo: RT, 2006, p. 45.

<sup>7</sup> Sobre a correlação entre a ação administrativa e o termo interesse público, Georges VEDEL aborda que: “La búsqueda de un fin de interes público es la condición positiva de la legalidade de la acción administrativa. Al contrario de los particulares quienes, bajo reserva de la licitud y de la moralidade de sus fines, pueden actuar para los fines más variados, comprendido naturalmente el interes personal, la Administración no debe decidirse más que desde el punto de vista del interes público.” (VEDEL, Georges. *Derecho administrativo*. Trad. Juan Fincon Jurado. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1980, p. 259).

<sup>8</sup> ALESSI, Renato. Apud. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68 e seguintes.

<sup>9</sup> Sobre o assunto, lembra-se das ponderações de Lúcia Vale FIGUEIREDO, que de modo elucidativo explicita: “O interesse público pode ser definido como o bem jurídico de interesse coletivo que, por lei, deve ser perseguido pela Administração. De

Observadas estas diretrizes preambulares, salienta-se que a Administração Pública, a fim de alcançar a finalidade pública colimada, não dispõe de auto-suficiência. Não consegue individualmente efetuar todos os atos necessários para a consecução e efetivação dos interesses públicos primários.

Por isso, resta indispensável que a Administração Pública firme ajustes com terceiros, para buscar junto a estes a contribuição necessária para o alcance de seus desideratos.<sup>10</sup>

Do contrário, a Administração Pública restaria insuficiente para os escopos almejados ou ainda necessitaria de uma galopante estrutura, o que per si nos tempos modernos consubstanciaria uma afronta principalmente aos princípios da eficiência e da moralidade.

Fala-se em afronta aos princípios da eficiência e da moralidade, uma vez que experiências em pequena escala de um agigantamento por parte do Estado já demonstraram resultados insatisfatórios ao interesse público.

Sobre a importância dos ajustes entre a Administração Pública e terceiros, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO<sup>11</sup> comenta que:

(...) a parceria serve ao objetivo de diminuição do tamanho do aparelhamento do Estado, na medida em que delega ao setor privado algumas atividades que hoje são desempenhadas pela Administração, com a conseqüente extinção ou diminuição de órgãos públicos e entidades da administração indireta, e diminuição do quadro de servidores; serve também ao objetivo de fomento à iniciativa privada, quando seja deficiente, de modo a ajudá-la no desempenho de atividades de interesse público; e serve ao objetivo de eficiência, porque introduz, ao lado da forma tradicional de atuação da Administração Pública burocrática, outros procedimentos que, pelo menos teoricamente (segundo os idealizadores da Reforma), seriam mais adequados a esse fim de eficiência.<sup>12</sup>

Por conseguinte, a pragmaticidade da contratualização por meio das relações negociais, ou também chamadas neste estudo simplesmente de ajustes ou parcerias<sup>13</sup>, da Administração Pública mostra-se impreterível para a gestão de qualquer Estado.

Face a tal importância, o assunto tem sido constantemente debatido e estudado na seara do Direito Administrativo para exame de suas perspectivas.<sup>14</sup> Apesar do referido embate ser ainda recente no Brasil, visualiza-se por uma breve incursão na doutrina estrangeira a existência de diversos doutrinadores tratando desta questão, por ser de fundamental importância para conformação das relações negociais existentes.

Toda esta preocupação dos estudiosos com o tema supra transluz a relevância do seu debate para reflexões e, quiçá, para novos paradigmas sobre a contratualização administrativa, bem como para o aprimoramento do Estado Democrático.

## 2. NOÇÕES GERAIS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

No início do século XX, a doutrina francesa entendia pela não existência de contratos administrativos, visto que o contrato impõe, no mínimo, a bilateralidade entre duas partes, isso sem falar das demais características e elementos.

Os estudiosos doutrina compreendiam que a Administração Pública exarava atos administrativos unilaterais, sem a necessidade de uma bilateralidade ou acordo de vontade para a projeção dos resultados cotejados.

Nesta esteira, os atos emitidos pela Administração não se enquadravam com a figura clássica de

---

seu turno, conveniência e oportunidade estão atrelados a este conceito. É dizer: conveniente para a Administração será sempre o implemento do bem público a este tempo e hora. A oportunidade de concretizar a finalidade pública terá exatamente de ocorrer em momento propício, em momento adequado à sua implementação. Pode acontecer, por exemplo, que haja um interesse público, porém que o momento azado para sua consecução não seja contemporâneo a seu aparecimento, por existirem prioridades outras para a Administração Pública." (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17).

<sup>10</sup> Acerca do assunto, Hector Jorge ESCOLA expõe: "La existencia de los contratos administrativos – la posibilidad en si misma de la administración pública para contratar – se funda en que ésta no está obligada a intervenir en todos los casos imponiendo su voluntad a los particulares, sino que también puede obtener su colaboración voluntaria, y por medio de un arreglo consensual la prestación de bienes y servicios personales." (ESCOLA, Hector Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Vol. II. Buenos Aires: De Palmas, 1990, p. 600-601).

<sup>11</sup> O termo parceria usado pela autora serve para identificar qualquer tipo de ajuste por parte da Administração Pública.

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 41.

<sup>13</sup> Este artigo não abordará sobre a forma de definição do melhor conceito para definir as relações negociais da Administração Pública como um todo, se parcerias ou ajuste em sentido genérico ou privatização. Tratará simplesmente de relações negociais.

<sup>14</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 206 e seguintes.

contrato, o qual se define, segundo Clóvis BEVILÁQUA como “o acordo de vontades para o fim de adquirir, modificar ou extinguir direitos. Esse acordo contratual entre duas ou mais pessoas produz efeitos jurídicos.”<sup>15</sup>

Posteriormente, após longas reflexões<sup>16</sup>, chegou-se à conclusão de o contrato administrativo ser um aparato plenamente possível no mundo jurídico, no entanto, com diversas peculiaridades e compatibilizações ante o contrato usualmente praticado no Direito Privado.

A diferença enfatizada nos contratos administrativos, que tem pontos divergentes dos demais contratos, refere-se ao regime jurídico aplicável.

O regime jurídico aplicável diferencia-se em função da finalidade pública perquirida pelo contrato administrativo, o que determina a impossibilidade de a Administração Pública restar em pé de igualdade perante terceiros. Via de consequência, fica delineada a clara relação de verticalidade entre as partes e a inexistência de igualdade entre elas.

Por causa do regime jurídico de Direito Público<sup>17</sup>, o terceiro firma um ajuste com cláusulas pré-definidas, também comumente chamado de contrato de adesão, no qual inexiste a factibilidade de discussão de cláusulas contratuais ou quiçá de tratativas, a fim de efetuar a retificação de alguma diretriz contratual.<sup>18</sup>

Ademais, destaca-se que enquanto nos contratos de Direito Privado prevalecem, a rigor, em todas as circunstâncias a vontade das partes, nos contratos administrativos existem situações em que não há necessidade da aquiescência do contratado (terceiro), pois o elemento volitivo no exercício da função administrativa figura-se como superior à mera deliberação de aceitar ou não.<sup>19</sup>

Postas estas breves noções do contrato administrativo, verifica-se que há diferença conceitual entre este e o contrato de Direito Privado. Para demonstrar tais distinções, recorre-se à definição do contrato administrativo de Roberto DROMI:

La caracterización del contrato de la Administración resulta: a) del objeto del contrato, es decir, las obras y los servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la Administración; b) de la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa, y c) de las prerrogativas especiales de la Administración en orden su interpretación, modificación y resolución. (...)

Conceptualmente entendemos que contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.<sup>20</sup>

Tendo em vista o requisito do exercício da função administrativa, Marçal JUSTEN FILHO frisa que é possível a feitura de contrato administrativo em que não participe o Estado propriamente dito. Segundo o autor, “o fundamental reside não na identidade da parte, mas na qualidade jurídica em que ela atua. É evidente que a esmagadora maioria dos contratos administrativos é praticada pelo Estado.”<sup>21</sup>

<sup>15</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Apud. SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 58.

<sup>16</sup> Destaca-se que o contrato administrativo, desde o início da sua concepção como um ajuste bilateral, foi cercado de diversas opiniões jurídicas para a feitura de sua distinção perante os demais contratos de Direito Privado.

<sup>17</sup> “O regime jurídico de direito público consiste no conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização dos direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins.” (JUSTEN FILHO, Marçal *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.48).

<sup>18</sup> O motivo do predomínio na contratualização administrativa de contratos de adesão, Hector Jorge ESCOLA explica: “Las modalidades propias del derecho administrativo, que rige los contratos administrativos, la posición de subordinación que por lo común tiene en ellos el contratante particular frente a la administración, y la finalidad de interés público que en todos los casos persigue la administración con la relación contractual que se establece, son las causas que hacen que en esta contratación lo corriente es que los contratos se configuren por la vía de la simple adhesión del contratante particular al esquema, condiciones y cláusulas preestablecidas por la administración, adquiriendo la estructuración del contrato el automatismo que se reconoce en los contratos de adhesión.” (ESCOLA, Hector Jorge. Op. Cit., p. 646).

<sup>19</sup> Insta destacar a posição de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, segundo o jurista não existe contrato de Direito Privado e contrato de Direito Público. O contrato pertence ao Direito, sendo que ora é aplicado na seara do Direito Público, mais precisamente do Direito Administrativo, e como tal deve ser tratado e ora na esfera do Direito Privado, o que enseja o seu tratamento conforme o regime jurídico privado. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Contrato Administrativo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Org.). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 320.

<sup>20</sup> DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 475.

<sup>21</sup> Com relação à função administrativa, Marçal JUSTEN FILHO assevera que é possível a feitura de contrato administrativo em que não participe o Estado propriamente dito. Segundo o autor, “o fundamental reside não na identidade da parte, mas na qualidade jurídica em que ela atua. É evidente que a esmagadora maioria dos contratos administrativos é praticada pelo Estado.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Op. Cit., p. 278).

De acordo com a interpretação da definição de contrato administrativo, verifica-se a característica dita como prerrogativa da Administração. Esta se deve, pois, a Administração Pública em razão de seu mister, necessita transparecer e aplicar a verticalidade na relação com os seus contratados por intermédio das suas prerrogativas e sujeições, que são benesses jurídicas que aspiram ao interesse público.

Os ditos benefícios encartam as chamadas cláusulas exorbitantes.<sup>22</sup> Estas, por sua vez, demonstram a relação de desigualdade entre as partes, pois, como já alertado, quem figura como exercente da função administrativa num contrato administrativo figura como parte superior ao outro.

Segundo expõe Roberto DROMI, a origem desta diferenciação “tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone um fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución.”<sup>23</sup>

Um dos exemplos mais notórios de aplicação das cláusulas exorbitantes é a faculdade dela impor modificações unilaterais no ajuste, que se denomina de *jus variandi* ou mutabilidade do contrato administrativo e é considerada como a marca mais acentuada da contratualização administrativa.

Inclusive, no sentido de que o *jus variandi* configura-se como a maior singularidade do contrato administrativo, Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ asseveram ao dizer que ‘o chamado *jus variandi* ou o poder de modificação unilateral do objeto do contrato é a mais notória das singularidades do contrato administrativo enquanto que aponta diretamente a um dos pressupostos básicos do instituto contratual – *pacta sunt servanda, contractus lex inter partes.*”<sup>24</sup>

Estas breves noções de contrato administrativo eram encaradas como dogmas. Contudo, hodiernamente, com a evolução da sociedade e conseqüentemente da interpretação jurídica<sup>25</sup>, há uma nova concepção de contratos administrativos, a qual prega por uma maior equiparação de igualdade entre o contratado e a Administração Pública.

A impossibilidade de suportabilidade por parte dos terceiros de algumas cláusulas exorbitantes e a necessidade da Administração Pública em encontrar parceiros e colaboradores na prossecução dos interesses públicos, fazem com que fortaleça o consensualismo, um dos fatores mais visíveis na nova contratualização administrativa.

Entretanto, a dúvida que paira é se a ênfase do consensualismo acarretará o declínio ou a extirpação das cláusulas exorbitantes, conforme se analisará no tópico seguinte.

### **3. O FORTALECIMENTO DA CONSENSUALIDADE E O DECLÍNIO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES?**

A mudança de concepção frente aos contratos administrativos não advém de estudos isolados, mas sim decorre de uma nova ideologia entre o Estado e a Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO enfatiza o tema com as seguintes conclusões:

Não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado; quer a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, para permitir maior eficiência; quer-se a

<sup>22</sup> Fernando Vernalha GUIMARÃES estendeu em seu livro a necessidade de uma releitura do termo “cláusula exorbitante” tendo em vista a impropriedade técnica de conceituá-la como cláusula. Segundo o autor, “a noção de cláusula exorbitante, como elemento constitutivo do contrato administrativo é a de algo implícito ao pacto e que mesmo que não externado há de ser assumido pelas partes como norma. Não é a causa do contrato administrativo, mas um de seus efeitos. Todo contrato administrativo está regulado por um regime jurídico exorbitante, o qual contempla determinadas cláusulas exorbitantes, que nada mais são do que efeito da imposição de normas jurídico-públicas injuntivas. Jamais cláusulas contratuais, no sentido que lhes empresta o Direito. Constituem, em suma, poderes jurídico-públicos.” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105).

<sup>23</sup> DROMI, Roberto. Op. cit., p. 484.

<sup>24</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: RT, 1990. p. 648

<sup>25</sup> A correlação entre a interpretação jurídica e a relação social sempre deve existir. Sobre o tema, Pablo Jiménez SERRANO esclarece que “(...) a interpretação jurídica está condicionada à norma, que, por sua vez, é o resultado da realidade social. Por isso mesmo, e de forma indireta, ao pesquisar o direito, e ao interpretar as normas jurídicas, estaremos conhecendo e avaliando o nível de desenvolvimento da realidade social. Verifica-se, portanto, que o direito como fenômeno social é o objeto mediato da interpretação jurídica.” (SERRANO, Pablo Jiménez. *Interpretação jurídica*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002. p. 84).

parceria entre o público e privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada.<sup>26</sup>

Conforme se desprende do trecho acima colacionado, o desiderato de um maior consensualismo nas relações negociais da Administração Pública não tem origem e fim somente em razão dos contratos administrativos, mas sim em virtude da pretensão de melhorias para a concepção de Estado em si.

Em sentido similar, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO espousa a necessidade de consensualidade e da participação para o avanço da democracia contemporânea.<sup>27</sup>

Assim, o fortalecimento do consensualismo contribui para uma maior paridade entre as partes, o que traz uma série de benefícios para a sociedade e para a Administração Pública.<sup>28</sup>

Não se pode esquecer que o contratado deve ser tratado como um colaborador<sup>29</sup> e o ajuste como um instrumento de fomento.

A sua colaboração está diretamente relacionada com a execução avençada, uma vez que ela contribui em última instância para o interesse público.

Já o fomento resta visível, visto que a imperiosidade de preparo e labor por parte do contratado reflete-se no campo social e econômico do Estado. O colaborador precisa de empregados, pagar tributos e outras demais tarefas, as quais se vinculam a proporcionais benefícios ao interesse coletivo. Sob este prisma deve ser visualizado o contratado da Administração Pública e não somente sob o olhar cético de um terceiro obcecado pelo lucro, que não se importa pelos efeitos de sua execução contratual.

Logo, esta aproximação Estado-Sociedade mostra-se imprescindível para a identificação do interesse público. A Administração Pública não pode perquirir o interesse público sem examinar junto à sociedade qual é a demanda.

Frente a isso, o consensualismo recebeu ultimamente maior ênfase pela participação da sociedade ante a Administração Pública, o que advém também face ao desenvolvimento e a aplicação do princípio da subsidiariedade.

Outra característica atual agregadora ao diálogo da Administração, e conseqüente diminuição do autoritarismo, refere-se à busca do Estado junto ao Mercado das alternativas passíveis para dirimir as suas seqüelas e satisfazer as suas respectivas necessidades. Não adianta o Estado instituir uma contratualização administrativa que seja estranha aos interesses e a possibilidade do Mercado.<sup>30</sup>

A minoração da distância entre Estado e Mercado reflete-se imprescindível para o sucesso das contratualizações administrativas, desde as regras editalícias, quando perquiríveis, até as cláusulas contratuais. Os efeitos diretos de um maior êxito vislumbram-se pela maior participação de interessados, o que traz, respectivamente, maior benefício ao interesse público.

A citada adequação na postura contratual torna-se de fundamental importância para o fomento da sociedade e da exploração de atividades econômicas.

---

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias...*, p. 20.

<sup>27</sup> A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidas (ordem). (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Renovar, 2000, p. 41).

<sup>28</sup> Como justificativa para esta mudança nos contratos administrativos, Odete MEDAUAR ressalta: "Aponta-se o desenvolvimento, ao lado dos mecanismos democráticos clássicos, 'de formas mais autênticas de direção jurídica autônoma das condutas', que abrangem, de um lado, a conduta do Poder Público no sentido de debater e negociar periodicamente com interessados as medidas ou reformas que pretende adotar, e de outro, o interesse dos indivíduos, isolados ou em grupos, na tomada de decisões da autoridade administrativa, seja sob a forma de atuação em conselhos, comissões, grupos de trabalhos no interior dos órgãos públicos, seja sob forma de múltiplos acordo celebrados. (MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo...* Op. cit., p. 210).

<sup>29</sup> Sobre o termo colaborador, Marcello CAETANO aduz que: "A associação duradoura e especial implica a criação de comunhão: efetivamente e particular passa a ser colaborador da Administração na medida em que é chamado a realizar os fins desta, de tal modo que lhe incumbe zelar e defender o interesse público como se fora seu, mediante a seriedade, a regularidade, a prontidão nas prestações." (CAETANO, Marcello. Op. cit., p. 224.)

<sup>30</sup> A inexistência de discrepância entre as realidades do Estado e do Mercado faz com que aumente o número de interessados em contratar com a Administração Pública, evitando que os contratos sejam para poucos interessados, e muitas vezes, pode-se dizer, poucos corajosos.

Para a proliferação deste novo agir administrativo, a Administração Pública deve pautar a sua ação nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da boa-fé, para que os seus atos sejam os mais fidedignos da realidade de mercado e se evite a incongruência nas cláusulas obrigacionais em face do contratado, visto que este convive num mercado competitivo.

Nesta linha, Gustavo Justino de OLIVEIRA sinaliza que a nova contratualização administrativa ora em apreço é desenvolvida em bases negociais mais amplas se comparadas aos modelos contratuais tradicionais, direcionando-se “(i) para uma maior paridade entre Administração e particular e (ii) uma reforçada interdependência entre as prestações a cargo de ambas as partes”.<sup>31</sup>

Ademais, o maior diálogo e a abertura para consenso, evitam condutas arbitrárias ou inapropriadas, as quais por vezes tornam inviável ou sacrificante um contrato administrativo, não significa dizer que a Administração Pública está renunciando os poderes conferidos por sua posição singular numa contratualização administrativa.

As cláusulas exorbitantes continuam sendo aplicadas, todavia a contratualização em si deve ser feita de maneira mais dinâmica, ouvindo e sopesando mais o Mercado e aproximando-se da sociedade.

Com isto, espera-se que diante de uma maior paridade entre a Administração Pública e o contratado, as cláusulas exorbitantes tenham uma aplicabilidade mais razoável e proporcional ante a esfera potestativa do contratado.

Até porque, a contratualização administrativa envolve prestação e contra-prestação, nenhuma parte está se locupletando, o que legitima uma maior transparência e diálogo entre Administração Pública, contratante, e contratado, colaborador.

Neste diapasão, a Administração Pública tende a ser mais Concertada ou Paritária<sup>32</sup>, rechaçando a linha cética do autoritarismo e da verticalidade de postura.<sup>33</sup>

Por esta argumentação, conclui-se que o fortalecimento do consenso e a maior paridade entre a Administração Pública e os seus contratados não ensejam o declínio ou quiçá a extirpação das cláusulas exorbitantes, e sim determinam que as prerrogativas e as sujeições presentes nas cláusulas exorbitantes devem ser aplicadas de modo razoável e com acurada ponderação de valores.

---

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias públicos-privadas. In. SUNDFELD, Carlos Ari. (Org) Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 567-606.

<sup>32</sup> Sobre a pertinência da expressão Administração Paritária, Gustavo Justino de OLIVEIRA comenta a pertinência no sentido de ela “caracterizar uma forma de administrar fundada no consenso, em módulos negociais, originando relações jurídicas que tendem a considerar Administração e particulares em uma situação mais próxima à horizontalidade, em que o ordenamento confere a ambos um tratamento mais isonômico.” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Op. cit., p. 606).

<sup>33</sup> Sobre o avanço do consensualismo e a minoração do autoritarismo, Adilson Abreu DALLARI avisa: “A tradicional Administração Pública rigorosamente formal, formidavelmente autoritária, assoberbada e quase sufocada por inócuos controles de processos, cedeu espaço para um Estado mais preocupado com os resultados, valendo-se do modelo gerencial na gestão administrativa e não hesitando em buscar colaboração para alcançá-los. Isso não representa, de forma alguma, a eliminação dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia, aos quais se agregaram outros emergentes, tais como o princípio participativo e o princípio da eficiência, todos convivendo em harmonia.” (DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 02-03).