

Cláusulas Exorbitantes frente aos princípios da Supremacia do Interesse Público e da Boa Fé Objetiva

Lucas Lasmar Pires¹
Vinicius de Paula Rezende²

Resumo

Esta pesquisa se destina a estudar os contratos administrativos, analisar as cláusulas exorbitantes sob a óptica do princípio da supremacia do interesse público, bem como, verificar a aplicabilidade do princípio da boa-fé nos negócios jurídicos com a Administração Pública. O trabalho utiliza o método dedutivo, pois analisa casos gerais a fim de explicar situações específicas e desenvolve as pesquisas bibliográfica e documental, pautando-se em fontes, primária e secundária, de metodologia científica. Palavras-Chaves: Cláusula exorbitante; Supremacia do Interesse Público; Boa-fé.

Abstract

This research is intended to study administrative contracts, analyze exorbitant clauses from the perspective of the supremacy of the public interest, and verify the applicability of the principle of good faith in legal business with the Public Administration. The work uses the deductive method, as it analyzes general cases in order to explain specific situations and develops bibliographical and documentary research, based on primary and secondary sources of scientific methodology. Key words: Exorbitant clause; Supremacy of Public Interest; Good faith.

Introdução

As cláusulas exorbitantes segundo Di Pietro (2014, p. 280) podem ser caracterizadas como prerrogativas da Administração Pública, estas cláusulas estão dispostas no ordenamento jurídico para conferir poderes a uma das partes, a Administração, de forma que a coloque em uma posição de superioridade na relação pactuada. Esta disparidade típica do contrato de natureza pública é justificada pelo princípio da supremacia do interesse público.

Segundo Diniz (2015, p.31) o contrato, em uma abordagem ampla, é uma espécie de negócio jurídico, que pode ser caracterizado como um acordo de duas ou mais vontades e, estando este em conformidade com a ordem jurídica, possui a finalidade de regulamentar os interesses das partes de forma a estabelecer a aquisição, modificação ou extinção das relações jurídicas pelas partes propostas. Os contratos são norteados por princípios gerais que juntamente com leis postas definem a regulamentação desse negócio jurídico, segundo reflexão de Alexy (1997, p. 162) os princípios são como mandados de otimização, sua abrangência ampla permite que um princípio seja identificado em diversas situações jurídicas concretas.

¹ Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da Faculdade ESAMC Uberlândia.

² Professor do Curso de Direito da Faculdade ESAMC Uberlândia. Mestre em Direito. Vinicius.Rezende@esamc.br

O princípio chave do presente estudo é o chamado princípio da boa fé objetiva que de acordo com Diniz (2015, p.51) está relacionado com o princípio da probidade, ambos agregam a teoria geral do contrato e são instrumentos para garantir a segurança jurídica das relações pactuadas entre as partes, objetivo este essencial para garantir uma sociedade estável do ponto de vista sócio, político e econômico. Junto com a parte doutrinária pode-se observar que, de acordo com a Lei 9.784 (1999) que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal no art. 2º, a Administração Pública deverá obedecer ao princípio da segurança jurídica.

A questão a ser debatida neste trabalho é a seguinte: Como estão sendo ponderados os princípios da segurança jurídica e da supremacia da coletividade considerando o modo que foi estabelecido as cláusulas exorbitantes na legislação vigente?

1. Contrato administrativo

Os atos da Administração Pública consistem nas diversas formas de condutas dos entes estatais, dentre os quais destacam-se os atos administrativos (unilaterais e impositivos) e os contratos administrativos (bilaterais e consensuais).

Segundo Justen Filho (2010, p.403) o contrato administrativo em sentido amplo define-se por ser um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, de modo que esteja caracterizada como uma das partes a função administrativa. De acordo com Di Pietro (2014, p.263) o contrato administrativo “são os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”.

Para Di Pietro (2014, p.266) o contrato administrativo é formado através de atos administrativos unilaterais, que caracterizam a utilização do poder de império pela Administração para criar obrigações, independente da concordância da outra parte. O que caracteriza ato unilateral é sua produção, esta leva em conta apenas os anseios de uma das partes, no caso do contrato administrativo, ramificação do direito público, o ato unilateral deverá sempre ter a finalidade do bem estar da coletividade.

É importante ressaltar que o ato unilateral fixado, vinculado pelo contrato administrativo, apenas surtirá efeitos se a outra parte consentir com o que foi proposto. Por

isso, é possível concluir que apesar do ato ser unilateral, este poderá produzir efeitos somente quando houver consentimento entre as partes, justificativa esta para classificar o contrato administrativo como um subgrupo da teoria geral do contrato. Somado a isto Justen Filho (2010, p.404) pondera que as atividades como desapropriação, tributação ou punição não são considerados contratos administrativos, pois são casos em que a lei dispensa concurso de vontade de terceiro, portanto como a cobrança não depende do consentimento das partes tais situações não serão caracterizadas contrato administrativo.

Para Di Pietro (2014, p.267) o contrato administrativo inicia-se com uma oferta, geralmente por meio de um edital de licitação, de modo que alcance toda a coletividade e tenha a condição de elencar as melhores condições de preço e/ou técnica do mercado, para que na seleção das propostas a Administração tenha meios de selecionar a condição mais conveniente. De modo geral a Administração não visa o lucro na negociação, ao contrário da parte contratada, a Administração deve sempre visar uma prestação de serviço adequada que atenda os anseios da coletividade. Após a seleção das propostas realizadas na licitação, cada uma das partes adquirirá direitos e deveres que serão pactuados por meio do contrato administrativo.

Como já mencionado no tópico anterior, a regra geral é que o contrato administrativo deva ser negociado por meio de licitação. Tal preceito está devidamente previsto na Carta Magna no artigo 37 inciso XXI. Para Justen Filho (2010, p.427):

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Justen Filho (2010, p.438) afirma que o ato convocatório da licitação define o modo que esta será realizada, as cláusulas do futuro contrato administrativo e como será o procedimento licitatório. Este ato convocatório é um ato administrativo unilateral e poderá ser feito por meio do convite ou do edital, ambos deverão disciplinar sobre o procedimento a ser adotado na licitação, são eles: as condições de participação para os interessados; os critérios para seleção da proposta mais vantajosa e a futura contratação; o anexo da minuta do contrato. Deste modo, o terceiro poderá ter compreensão sobre a viabilidade do negócio proposto pela Administração, bem como não poderá alegar surpresa quanto às exigências que serão feitas no momento da contratação.

Preliminar a esta etapa de publicação do convite ou edital, necessita-se da fase interna da Administração para regularidade da licitação, o Tribunal de Contas da União (TCU) define como ato preparatório, este delimita e determina os aspectos da licitação antes de trazê-las ao conhecimento do público. O TCU elenca os procedimentos para a abertura do processo licitatório da seguinte forma:

- solicitação expressa do setor requisitante interessado, com indicação de sua necessidade;
- elaboração do projeto básico e, quando for o caso, o executivo;
- aprovação da autoridade competente para início do processo licitatório, devidamente motivada e analisada sob a ótica da oportunidade, conveniência e relevância para o interesse público;
- autuação do processo correspondente, que deverá ser protocolizado e numerado;
- elaboração da especificação do objeto, de forma precisa, clara e sucinta, com base no projeto básico apresentado;
- estimativa do valor da contratação, mediante comprovada pesquisa de mercado;
- indicação dos recursos orçamentários para fazer face à despesa;
- verificação da adequação orçamentária e financeira, em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal, quando for o caso;
- elaboração de projeto básico, obrigatório em caso de obras e serviços;
- definição da modalidade e do tipo de licitação a serem adotados.

Após promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF o gestor público terá que observar novos aspectos caso queira promover licitação pública, são eles:

- estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor a despesa e nos dois subsequentes;
- declaração do ordenador de despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual (LOA) e compatibilidade com o plano plurianual (PPA) e com a lei de diretrizes orçamentárias (LDO).

2. Cláusulas Exorbitantes

Para Meirelles (2008, p.203) as cláusulas exorbitantes são aquelas “que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à administração ou ao contratado”. Para Di Pietro (2014, p.280) é possível identificar tais cláusulas como aquelas que seriam ilícitas em outro contrato entre particulares, pois atribui a uma das partes, a

Administração, prerrogativas que a colocam em uma posição de superioridade em relação ao terceiro.

As referidas condições contratuais de prerrogativas da Administração Pública materializam o princípio da Supremacia do Interesse Público justamente por conceder posição de superioridade ao Estado. Neste diapasão, a consensualidade resta mitigada visto que os direitos exorbitados não dependem da aquiescência da parte contratada. Serão analisadas a seguir algumas cláusulas exorbitantes, elencadas por Di Pietro (2014, p.280-286) e embasadas na Lei nº 8.666/93:

1- A Lei nº 8.666/93 no seu artigo 56 possibilita que a Administração exija daqueles interessados em participar da licitação, logo no início do processo licitatório, uma garantia para assegurar que o contrato será adimplido como negociado. Neste caso todos os participantes deverão arcar com um recurso de até 5% do valor do contrato para que possam participar da licitação. A modalidade do calção fica a critério do contratado que pode ser por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária. Aqueles eliminados no processo licitatório receberão o dinheiro de volta, aquele contratado pela licitação receberá o dinheiro de volta depois de concluído o contrato administrativo, caso não cumpra este na íntegra, o dinheiro poderá ser retido para o ressarcimento de prejuízo.

Para exemplificar uma situação prática na qual a licitação tem valor estimado do contrato administrativo de R\$500.000,00. A Administração poderá exigir do contratado a garantia, real ou fidejussória, no valor de R\$ 25.000,00 para que seja ressarcido possível prejuízo no caso de um futuro inadimplemento da obrigação pela empresa prestadora do serviço, fornecedora de bens ou construtora da obra pública.

2- A alteração unilateral, prevista na Lei 8.666/93 artigo 58, I, possibilita que somente a Administração faça mudanças no contrato administrativo. Estas mudanças podem ser de cunho qualitativo e quantitativo. As mudanças qualitativas são feitas quando a Administração entende que há necessidade de modificação do projeto ou das especificações de modo que haja melhor adequação quanto à técnica. Já as mudanças quantitativas podem ser impostas quando a Administração julgar que haverá modificação do valor contratual provocado por uma alteração quantitativa do objeto do contrato, no caso de obras, serviços ou compras o valor poderá ser alterado no limite de 25% tanto no sentido de acréscimos como supressões. No caso de reforma de edifício ou equipamento o valor poderá ser apenas acrescido no limite de 50%.

A alteração unilateral poderá ser imposta desde que respeite os seguintes requisitos: comprovado interesse público, que seja respeitada a natureza do contrato e que seja respeitado o equilíbrio econômico e financeiro.

Para exemplificar uma situação prática cuja licitação tem valor estimado de R\$500.000,00. A Administração terá prerrogativa nos casos de obras, serviços e compras de alterar unilateralmente o valor até R\$ 125.000,00 a maior ou a menor do preço acordado no processo licitatório.

3- A Lei 8.666/93 nos artigos 58, II, 78, I e 79, I estabelecem que a Administração terá condição de rescindir unilateralmente e por escrito, nos casos de inadimplemento por culpa do contratado, cabendo responsabilização civil em benefício do Poder Público.

Deste modo, constitui dever da Administração a fiscalização na execução do contrato por um servidor público que deverá fazer anotações próprias, registrando todas as ocorrências observadas durante a execução da obrigação contratada. Caso as determinações dos fiscais não sejam atendidas, o contrato administrativo poderá ser rescindido unilateralmente.

Caso seja constatada a inexecução parcial ou total do contrato administrativo, a Administração poderá aplicar sanções de natureza administrativa, previstas na Lei 8.666/93 artigo 87, são elas: advertência; multa conforme disposto no contrato; impedimento para o contratado celebrar novo negócio jurídico com a Administração (por no máximo dois anos) e declaração de inidoneidade.

O direito de defesa é constitucionalmente previsto para o contratado, neste caso a parte tem o prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato para apresentar recurso exceto para o caso de inidoneidade que o prazo é de dez dias úteis. Mister salientar que o contraditório e ampla defesa materializam a face substancial do princípio do devido processo legal e constituem diretrizes normativas a serem observadas antes de qualquer decisão sancionadora.

Embasado no princípio da legalidade a Administração deve exercer constante controle sobre seus próprios atos, de forma que caso encontre algum ato em desacordo com a lei este deverá ser invalidado, caso a convalidação não seja possível. Eis o princípio da autotutela, ou seja, a Administração embasada na Súmula 473 STF não depende do Judiciário para declarar nulo nem para anular ato que apresente vício insanável. O mesmo raciocínio é aplicado ao contrato administrativo, visto que caso seja encontrada alguma irregularidade insanável,

mesmo que no processo licitatório, o contrato deve ser invalidado. Caso o contrato já estiver sendo executado, o contratado terá direito de receber proporcionalmente pelo serviço ou bens fornecidos, mesmo com a invalidação decretada.

O Código Civil de 2002 prevê que, no contrato entre particulares, caso uma parte não cumpra o que foi pactuado, a parte oposta tem o direito de alegar a *exceptio non adimpleti contractus*, a fim de que a exigência de uma obrigação só ocorra caso a parte que a exige tenha cumprido seus deveres negociais. No caso do contrato administrativo, a parte não poderá alegar tal instituto caso a Administração não cumpra sua parte no acordo por até 90 dias. Neste caso, devido ao princípio da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público, o contratado terá que cumprir o contrato e somente após o decurso de 90 dias, contados da falta de pagamento, poderá judicialmente pleitear rescisão do contrato.

O dispositivo em comento vincula a rescisão do ajuste administrativo aos atrasos de pagamentos devidos pela Administração os quais sejam superiores a 90 (noventa) dias, o que permite a formação da presunção de que, ao se deparar com atrasos inferiores a 90 (noventa) dias, o particular não pode invocar a *exceptio non adimpleti contractus*, devendo, durante esse período, cumprir todos os seus deveres contratuais, inclusive a manutenção das condições de habilitação (SANTOS, 2016, p.1)

3. Princípio da Supremacia do Interesse Público

Parte da fundamentação que justifica a existência das chamadas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos é decorrente do Princípio da Supremacia do Interesse Público. Para Di Pietro (2014, p.65) tal princípio tem guarita no aspecto da formação das normas e também na sua implementação, pois o objetivo primordial do direito público é a proteção ao interesse público, ao bem estar coletivo.

Para Di Pietro (2014, p.67) o legislador deve ser norteado pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público, na confecção das leis deverá ter sempre como foco o bem coletivo. Porém Justen Filho (2010, p.60) alerta que o princípio abordado pode servir como “margem de arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais”, ou seja, nos dias atuais o excedente do poder político pode ter como justificativa o Princípio da Supremacia do Interesse público para evitar o “controle ou o desfazimento de atos defeituoso, violadores de garantias constitucionais”.

Segundo Ferreira (2012) pondera, ao invocar o interesse público a Administração protegerá aos interesses particulares, não no sentido de direito individual, porém no sentido daquilo que a sociedade defende ser interesse público no caso concreto, dessa forma a política

do governo deverá ser estabelecida de acordo com as políticas públicas preestabelecidas. As cláusulas exorbitantes são uma tentativa que o legislador encontrou para garantir o interesse público, de forma a estabelecer à Administração um nível hierárquico maior que a outra parte, através de prerrogativas que concede à uma parte poderes não encontrados nos demais contratos particulares. Porém pode-se observar que tal interesse público pode esbarrar no princípio da boa fé objetiva, mas, a ponderação é justificada nos moldes do princípio da Supremacia do Interesse Público que deve ser garantia da sociedade.

As cláusulas exorbitantes materializam a posição de superioridade da Administração Pública face ao administrado. Contudo, em razão da eficácia vertical dos direitos fundamentais, estas condições contratuais excepcionais não podem lesar direitos humanos inatos, cuja verve repousa na dignidade da pessoa humana.

4. Princípio da boa fé objetiva

Para Diniz (2015, p.53) o princípio da boa fé objetiva está notoriamente ligado aos contratos pactuados em geral, pois esse princípio é inerente à interpretação do contrato e também ao interesse social de segurança das relações jurídicas. A autora prossegue ao afirmar que a aplicação do princípio da boa fé objetiva é necessária para gerar uma relação de confiança entre as partes, sem abusividade de modo a gerar o equilíbrio necessário entre as prestações do contrato. Deste modo é correto afirmar que o respeito ao princípio da boa fé objetiva é indício de uma relação com probidade. Logo se alguma das partes estiver inadimplente, este estará ofendendo o princípio da boa fé objetiva.

Segundo Di Pietro (2014, p.899) a probidade administrativa está relacionado com a ideia de honestidade e deve ser observada a rigor no funcionamento da Administração Pública. A improbidade administrativa é um ato ilícito, refere-se a uma lesão da moralidade administrativa, enquadrando-se entre os crimes de responsabilidade. O fato é que o contrato, quando observados o princípio da boa fé objetiva e da probidade, gera para as partes a segurança jurídica. Figueiredo (2011, p.85) apresenta dois significados para segurança jurídica, o objetivo: que relaciona com a estabilidade do direito e o significado subjetivo que é a relação de confiança dos administrados nos atos do poder público.

Para Di Pietro (2014, p.85-90) os princípios da boa fé e da segurança administrativa estão presentes norteando o Direito Administrativo, este garante que a conduta da

Administração esteja correta enquanto aquele deve estar presente ao lado da Administração e do lado do administrado. Assim é possível constatar que as cláusulas exorbitantes, de certa forma por conceder poderes a Administração, afetando o equilíbrio contratual previamente estabelecido, fere o princípio da boa fé objetiva, da probidade administrativa e da segurança jurídica.

Outra demonstração da natureza geral da boa-fé decorre da vedação ao abuso de direito. Constitui pressuposto de toda relação jurídica, seja de direito material, seja de direito processual, que as pessoas envolvidas se comportem lealmente. Esta conduta leal não convive com o exercício anormal e desmedido de algum direito. Deste modo, o parâmetro, que diferencia o comportamento regular do abusivo, repousa na boa-fé esperada das pessoas, conforme as circunstâncias fáticas do momento vivido.

El ejercicio de un derecho subjetivo puede no incurrir en abuso – al estar dentro de los límites impuestos por los criterios morales y sociales dimanantes en la época en que se ejercita – y, sin embargo, infringir el principio de la buena fe, al traducirse en actos que no son los que cabría esperar cumplidamente de un hombre normal y corriente, en la correcta relación jurídica en que se produce. (PÉREZ, 2009, p. 44)

Neste sentido, a boa-fé na teoria do direito administrativo compõe-se das noções de confiança, lealdade, transparência e moralidade administrativa. O ato administrativo, resultado inofismável do processo administrativo, deve ser claro, preciso e assegurar previsibilidade de situações e relações jurídicas que envolvam o Poder Público, com o escopo de se tutelar segurança ao tráfego jurídico. “El principio de seguridad supone garantía de la certeza del derecho, certidumbre en las relaciones con el Poder público.” (PÉREZ, 2009, p. 76) Tanto o legislador quanto o administrador devem velar pela segurança jurídica, garantida pela boa-fé por meio da confiança, a qual sustenta a vida contemporânea.

A confiança consiste na expectativa que se pode ter em relação à outra pessoa. Na seara administrativa, a confiança repousa na crença depositada na Administração Pública participativa, em razão das exigências da legalidade democrática. Neste sentido, é razoável esperar, por imposição constitucional, que o Poder Público permita a participação, respeite o administrado e não coadune com abusos de direito nem com atos arbitrários. Assim, a confiança exige que a Administração Pública aja sempre corretamente, lícitamente e pautada na razoabilidade e proporcionalidade.

A lealdade materializa-se pela colaboração e cooperação. Administração Pública e administrado constituem sujeitos complementares na busca e no alcance do interesse público. O fim maior do Estado e da sociedade, servida pelo Leviatã, repousa na solidariedade (art. 3º,

I, CR/88). Logo, os agentes estatais devem contribuir para fornecerem melhores condições de vida aos cidadãos, agindo em parceria ente si, independentemente, se na hierarquia encontram-se em cargos superiores ou subordinados. Os súditos, no mesmo sentido, devem buscar auxiliar o ente público na consecução de suas competências legais e constitucionais.

A transparência compõe a boa-fé, tendo em vista que “[...] constituye, efectivamente, uno de los principios éticos que deben regir la vida pública.” (PÉREZ, 2009, p. 95) Este valor exige que o Estado informe o cidadão sobre quaisquer assuntos que estão sendo tratados na seara governamental, bem como, sobre decisões administrativas, com antecedência prévia sempre que possível, desde que estas comunicações não causem perturbações à ordem pública. Com o intuito de tutelar a boa-fé, por meio da transparência, o segredo constitui exceção no regime jurídico administrativo.

Por derradeiro, o quarto componente da boa-fé, repousa na moralidade administrativa. “Em breve síntese, sustenta-se que a moralidade administrativa impõe a atuação proba, razoável e cooperativa da Administração Pública [...] quer em relações internas [...] quer em relações externas [...]” (MARRARA, 2012, p. 177) Neste diapasão, a boa-fé se preenche pelo conteúdo valorativo da probidade, razoabilidade e cooperação. O primeiro componente vincula-se à vedação de condutas que lesem o erário e que acarretem enriquecimento ilícito à custa da Administração Pública, bem como, exige respeito ao regime jurídico administrativo. A razoabilidade, como já analisado, concede bom senso ao agir administrativo, materializando substancialmente o devido processo legal e a cooperação se concretiza pelo auxílio mútuo entre cidadão e Estado.

Neste diapasão, imprescindível aceitar que a moralidade administrativa invoca a ética, alicerçada na legalidade. “Em contraposição à ética do bom rei, senhor do interesse coletivo e do patrimônio estatal, surge uma ética da legalidade.” (FERRAZ JÚNIOR, 2012, p. 987) O administrador público e o cidadão, sobremaneira, na relação processual, devem agir com a consciência de que o Estado persegue o bem comum, submisso ao interesse público. Logo, as condutas em sede de direito administrativo devem se pautar pela tutela dos direitos fundamentais e pela obediência cega à dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, nem o administrado nem o Poder Público poderão escapar ao alicerce ético do sistema administrativo.

Ademais, considerando que a presença da boa-fé afasta a invalidação de qualquer ato da Administração Pública faz-se mister discorrer sobre o plano da validade, visto que não basta a ingerência da norma sobre o fato fazendo-o existir para o direito. Alguns destes fatos

terão que ultrapassar o plano da validade, pois além de existirem, deverão ser reconhecidos pelo sistema jurídico. O plano da validade afasta a deficiência do fato jurídico *lato sensu*. Logo, neste âmbito verifica-se a adequação do fato aos elementos complementares do suporte fático da norma. Ademais, cumpre perceber que a invalidade tem como pressuposto a existência, mas não impede necessariamente a eficácia do fato jurídico.

Por conseguinte, necessário analisar qual fato jurídico conforme o direito submete-se ao plano da validade. Os fatos ilícitos não podem ser nulos ou anuláveis, visto que seria desarrazoado invalidar um ato contrário ao direito ao invés de buscar a responsabilização pela prática do mesmo³. Ademais, os fatos jurídicos *stricto sensu* lícitos, por constituírem eventos da natureza destituídos de conduta humana, também não podem ser invalidados. O próprio ato-fato lícito não pode ser inválido. Ele advém da conduta humana, entretanto, não exige consciência, em razão de seus efeitos serem decorrentes da norma.

Portanto, o único fato jurídico, que pode ultrapassar o plano da validade e que se não o fizer será nulo ou anulável, consiste no ato jurídico *lato sensu* lícito, o qual se revela dotado da consciência em obter resultado permitido pelo sistema jurídico. Desta forma, tão somente este ato jurídico lícito possui pressupostos de validade, que devem ser preenchidos para que o ato seja acolhido pela ordem positivada. Caso ocorra a ausência destes pressupostos, relativos ao sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade⁴, não acontece a passagem pelo plano da validade e, por consequência, o ato existente não adquire o *status* de válido sob a óptica dos direitos constitucional, administrativo e processual⁵.

Os pressupostos de validade, referentes ao sujeito do ato jurídico, no âmbito do direito público, repousam na competência, capacidade e ausência de vícios da vontade⁶. Deste modo, o agente que pratica, sobremaneira, o ato legislativo, administrativo e processual deve possuir competência, isto é, atribuição legal para poder agir. Por exemplo, se a Emenda Constitucional não é aprovada por deputados federais, este ato jurídico revela-se inválido. Ademais, o agente deve ter capacidade, o que abarca sanidade mental e aptidão técnica (no caso da capacidade postulatória para atos processuais). Por último, não podem estar presentes os vícios de vontade denominados de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e

³ Embora o ato inválido sempre seja ilícito, por receber uma sanção, o ato contrário ao direito não se constitui necessariamente como ato nulo ou anulável.

⁴ A lei federal n.º 4.717/65 prescreve em seu art. 2º, que existe nulidade no caso de incompetência, vício de forma, ilegalidade de objeto, inexistência de motivos e desvio de finalidade.

⁵ Os atos regradados pelo direito penal consistem, regra geral, em ilícitos e, pois, não passam pelo plano da validade.

⁶ Se o ato for vinculado, ou seja, se a lei não permite escolhas (discricionariedade conforme oportunidade e conveniência) para o administrador em relação a atuação, a incapacidade civil do agente público não cria invalidade.

fraude contra credores, previstos no art. 171, II, CC, bem como, a simulação, regida pelo art. 167, CC⁷.

Caso a Administração Pública ou o magistrado pratique, respectivamente, o ato administrativo ou a sentença, decorrente de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, fraude ou simulação, quaisquer destes atos não possuem o pressuposto subjetivo de validade. Logo, não podem ser aceitos pela ordem jurídica. Neste sentido, correto afirmar que a boa-fé representa a cláusula *stand by* da validade, tendo em vista que o dever objetivo de cooperação revela-se imprescindível.

A boa-fé representa fidelidade à vontade expressa no ato jurídico e permite o cumprimento da promessa feita. Ela consiste em dever, não com o sentido de imposição, mas concebido como fator de união, elemento aglutinador que retira os homens da escuridão do umbral e eleva-os a magnitude da luz. Desta maneira, a boa-fé abandona a técnica eminentemente formal, para valoração do que é legítimo e justo, buscando o alcance da finalidade do ato diante das legítimas expectativas dos envolvidos, de forma cooperada e solidária. Enfim, a boa-fé se forma dos deveres de lealdade e probidade.

Em relação aos pressupostos objetivos, o ato jurídico deve ser lícito (observar os princípios da legalidade e da moralidade), possível (realizável fisicamente e legalmente) e determinável (possuir prestação quantificável). Não por coincidência a sentença deve ser certa, mesmo que a relação jurídica for condicional.

Quanto às formalidades, mister salientar que vige no sistema brasileiro de direito público, o princípio do formalismo moderado. Neste sentido, as formas são necessárias na medida em que garantem segurança jurídica, sobremaneira, se procedimentais. A elaboração do ato jurídico, denominado lei, exige solenidades próprias⁸ que devem ser respeitadas para se cumprir o devido processo legal legislativo⁹. Contudo, as formalidades não podem servir para deturpar os fatos e permitir situações sem razoabilidade. Assim, se o interesse público foi alcançado, em que pese o descumprimento da forma, não nasce a invalidade.

O ato de exoneração do servidor público exige solicitação como motivo. Os códigos são elaborados com uma exposição de motivos. O veto do Chefe do Executivo é acompanhado de motivo. Desta maneira, o ato praticado deve possuir consonância com estes fundamentos fáticos e legais que o motivaram. Em relação à finalidade, o ato jurídico deve

⁷ Nesta hipótese o direito privado empresta o fundamento legal para o direito público.

⁸ A lei é válida, quanto a forma, por exemplo, por estar em conformidade com sua norma superior.

⁹ O STF na ADI 2.135-4, em decisão cautelar, suspendeu os efeitos do *caput* do art. 39, CF, com a redação estipulada pela EC n.º 19/98, em razão de suposta invalidade quanto a solenidade de elaboração do mencionado dispositivo.

cumprir o interesse público. O desvio de finalidade consiste na ausência da perseguição ao bem comum por quaisquer atos legislativo, administrativo e processual. Por conseguinte, se a lei, o decreto ou o acórdão não correspondem à consecução do interesse público, não foi observado o pressuposto de validade quanto à finalidade.

Quando o ato sentença é praticado por pessoa sem jurisdição, isto é, pessoa que não foi investida na função jurisdicional e não entrou em exercício, este evento não avança pelo âmbito da existência, tendo em vista que o elemento nuclear não foi preenchido. Nesta situação, não há discussão de validade nem de eficácia. Ao inverso, se o magistrado está impedido, é suspeito, está afastado, perdeu a capacidade civil ou não possui competência para a causa, a sentença proferida existe e produz efeitos, embora carregue a tintura da invalidade.

Neste diapasão, a invalidade possui graus que variam conforme o alcance da ofensa. Por consequência, a ausência de lesão à ordem pública impede a invalidação, conforme napoleônica regra francesa *pas de nulité sans grief*. Se o pressuposto de validade não cumprido é prescrito em norma cogente com preponderante interesse público acarreta-se nulidade. Ao contrário, se o fato não transpassa o plano da validade por desrespeito à norma dispositiva, com interesse público mitigado, ocorre uma anulabilidade¹⁰.

A declaração de nulidade (invalidade mais grave) pode ser *ex-officio* ou após alegação de qualquer pessoa (inclusive do Ministério Público na qualidade de *custos legis* no processo civil), não sofrendo preclusão¹¹. A anulação (invalidade menos grave) somente pode ser decretada após alegação da parte interessada, desde que esta não a tenha causado, submetendo-se ao regime da preclusão¹² (arts. 243 e 245, parágrafo único, CPC).

Em observância às súmulas nº 346 e nº 473, STF, tão somente a Administração Pública e o Poder Judiciário podem decretar a invalidade do ato jurídico (inclusive do ato jurídico denominado lei¹³). Todavia, o art. 54 da lei federal n.º 9.784/99 prescreve o prazo

¹⁰ Parcela da doutrina classifica as invalidades em nulidades absolutas e relativas.

¹¹ A nulidade advém de ação e sentença declaratórias, as quais, regra geral, possuem efeitos *ex tunc*.

¹² A anulação advém de ação e sentença desconstitutiva, as quais, regra geral, possuem efeitos *ex nunc*.

¹³ A ação declaratória de inconstitucionalidade–ADI e a ação declaratória de constitucionalidade–ADC, por possuírem como objeto, o ato jurídico lei, discutem o plano da validade, ou seja, a compatibilidade da norma infraconstitucional com a Carta Magna de 1988, seja quanto aos sujeitos que elaboraram a lei, o objeto (lícito, possível e determinável), as formas necessárias ao processo de elaboração, ao motivo que ensejou a elaboração e a finalidade da lei. Por outro lado, a ação de descumprimento de preceito fundamental–ADPF analisa a existência da lei, promulgada antes de 1988, quanto a sua recepção pelo novo ordenamento. Logo, a discussão, neste caso, limita-se ao plano da existência da lei na ordem constitucional iniciada em 1988, isto é, nesta ação se verifica a incidência da Constituição (norma) na lei (fato) anterior a 1988 para se verificar se a lei continuou existindo sob a égide da Constituição Cidadã. Não obstante esta constatação, na ADPF também se revela possível discutir atos infra-legais e legislação municipal posteriores à Carta Magna, sendo que, nesta situação,

decadencial de 05 (cinco) anos para o Poder Público, no exercício de função administrativa, anular os atos que acarretem para os administrados efeitos favoráveis (benéficos), inclusive se patrimoniais. Logo, caso que o erário esteja praticando o ato de pagamento de empenhos indevidos, poderá invalidá-los (mas não poderá reaver os valores pagos após o transcurso do quinquênio legal).

Conclusão

As cláusulas exorbitantes foram criadas com a importante incumbência de garantir o cumprimento do princípio da supremacia do interesse público, a Administração utiliza uma série de prerrogativas para ocupar uma posição de superioridade do contrato administrativo. Porém, da forma proposta pelo legislador, as cláusulas exorbitantes referente a alteração unilateral e restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*, por proteger a Administração de falhas da sua função administrativa, gerou uma agressão ao princípio da boa fé objetiva.

Foi possível constatar no presente estudo que, *a priori* a formação do contrato administrativo deve ser feito por meio de uma licitação, a qual será precedida de um estudo de viabilidade orçamentária, técnica e social que deve proporcionar à Administração condições, antes de pactuar o contrato administrativo, de analisar se o preço e a técnica serão adequados para o serviço. Outro ponto a destacar foi a intenção do legislador em não ferir o equilíbrio do contrato, porém uma determinação de difícil compreensão, visto ser um termo jurídico indeterminado que pode gerar insegurança jurídica para o contratado.

Referências

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2.ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Ética administrativa num país em desenvolvimento in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Fundamentos e princípios de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2012.

FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In: Thiago Marrara. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, v. , p. 441-451.

FIGUEIREDO, Nelson. **Direito Administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação in MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PÉREZ, Jesús González. **El principio de la buena fe en derecho administrativo**. 5. ed. Madri: Civitas, 2009.

SANTOS, Marcelo Sales. **A exceção do não adimplemento do contrato administrativo**. <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9962/A-excecao-do-nao-adimplemento-do-contrato-administrativo>

TCU – Tribunal de Contas da União. Disponível em <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/15%20Fase%20Interna.pdf> Acessado em 30 de julho de 2015.