



CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O mito das cláusulas exorbitantes

Vale a pena alimentá-lo na nova lei de contratações públicas?

JACINTHO ARRUDA CÂMARA

22/10/2019 06:35

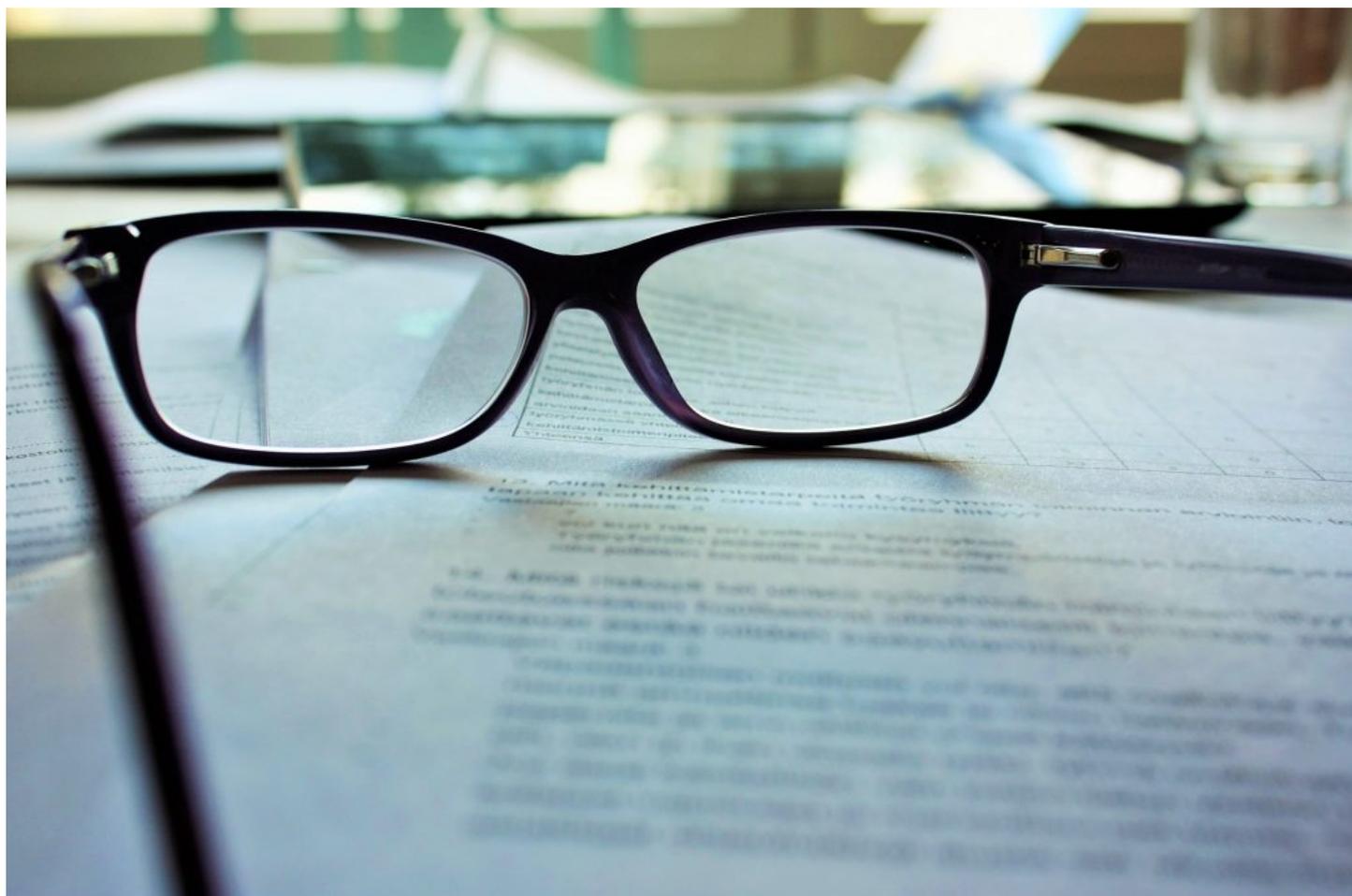


Imagem: Pixabay

Está em discussão no Congresso uma nova lei de **contratações públicas**. O texto mantém a afirmação de que os contratos do mundo público devem assegurar poderes especiais à Administração, as tais cláusulas exorbitantes. Fomos educados com base nessa lição, quase um dogma: as prerrogativas contratuais públicas fortalecem a Administração, dando-lhe vantagens que, de tão extraordinárias, não são admitidas no direito privado. Porém, isso é uma miragem.

O que a legislação de contratações públicas trata como “prerrogativa” da Administração não passa da assimetria normal que existe entre contratante e

contratado, algo comum também nas contratações do mundo privado. O proclamado regime exorbitante é, na verdade, comum e identificável nas relações contratuais privadas.

+JOTA: Assine o JOTA e não deixe de ler nenhum destaque!

O exemplo dos contratos de empreitada revela a simetria de regimes jurídicos, encoberta pela narrativa exagerada da lei de contratações públicas. Veja-se:

– **Modificação unilateral:** no mundo privado, contratante de obra privada também pode alterar o projeto inicialmente contratado com seu empreiteiro. A mudança demandará repactuação de preço, assim como nas contratações de obras públicas. Mas o poder de negociação do contratante de obra privada é maior, já que não está preso ao equilíbrio econômico-financeiro original ou a limites de variação no valor do contrato.

– **Rescisão unilateral:** o contrato de obra do mundo privado pode ser resilido por vontade do contratante, que será obrigado a indenizar o empreiteiro pelos danos e lucros cessantes. No contrato de obra pública, a mesma obrigação é imposta pelo STJ à Administração, quando o rescinde motivada pelo interesse público.

– **Sanção:** o contratante de obra no mundo privado também pode proscreever o empreiteiro de seu “cadastro de fornecedores”, algo como uma declaração privada de inidoneidade. Com a vantagem de não precisar abrir processo administrativo nem correr o risco da revisão judicial.

Deve-se pôr em xeque a excepcionalidade das prerrogativas da Administração.

As prerrogativas contratuais públicas não dão à Administração posição excepcional efetiva, se comparada à dos contratantes privados. A prática demonstra que o contratante do mundo privado possui faculdades com eficácia equiparável ou superior às conferidas à Administração nos contratos do mundo público.

É inadequado insistir na ideia de que a Administração é fortalecida por cláusulas exorbitantes. Além de não refletir a realidade, o mito fomenta a tendência de, em contrapartida, admitir compensações exageradas aos fornecedores.

A eventual nova lei de contratações públicas poderia acabar com o mito, mas continua a alimentá-lo. Maior benefício seria inibir algo que tem, de fato, comprometido o sistema: a facilidade com que a Administração descumpra o que contrata.

JACINTHO ARRUDA CÂMARA – Professor Doutor da PUC/SP e Vice-presidente da SBDP.