

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E
ESTRATÉGIA**

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A939

Autonomia privada, regulação e estratégia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Frederico de Andrade Gabrich, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-077-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

Apresentação

A necessidade crescente de promoção do desenvolvimento econômico sustentável, contraposta com a significativa regulação da atividade econômica, com o aumento da intervenção do Estado nos negócios e com a excessiva judicialização dos fenômenos jurídicos, são questões relevantes, contemporâneas e integram a base de diversos problemas científicos e práticos que envolvem as abordagens das tensões entre autonomia privada, regulação e estratégia.

Essa situação exige que o Direito seja reconhecido não apenas como ciência e instrumento legítimo de solução de conflitos, mas como elemento fundamental de estruturação dos objetivos das pessoas (naturais e jurídicas) e das organizações (privadas e públicas), para que estas realizem os seus objetivos estratégicos com o menor custo e com a maior eficiência possível, respeitados os limites normativos, filosóficos e éticos decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é fundamental o desenvolvimento de ideias inovadoras no âmbito da ciência do Direito, bem como a análise, a reflexão e a crítica propositiva de questões estruturantes, tais como, dentre outras: os limites da intervenção estatal na atividade econômica e na autonomia privadas; a normatividade contemporânea e a estruturação lícita dos negócios e dos mercados globalizados; a liberdade de contratar; a interpretação finalística e contemporânea dos institutos clássicos do direito privado; o confronto entre a autonomia privada e o interesse público; a dicotomia entre a propriedade privada e a função social da empresa; as relações entre as empresas, o Estado e as organizações do terceiro setor; a composição de interesses privados e públicos nos mercados; a ineficiência dos instrumentos de controle da atividade econômica; as parcerias entre o público e o privado; as relações entre os modelos de negócios, o planejamento empresarial, a gestão estratégica das organizações e a eficiência dos planejamentos jurídicos (tributários, societários, contratuais, trabalhistas etc); o uso de estruturas jurídicas tipicamente privadas para organização da atividade estatal; a dominação de mercados e a livre concorrência; as combinações de negócios, fusões e aquisições; a liberdade de agir, de pensar, de informar e de ser informado, de empreender.

Por essa razão, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Conpedi, em seu XXIV Congresso Nacional, ocorrido de 11 a 14 de novembro de 2015, em Belo

Horizonte, organizado em conjunto e sediado pelas Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, decidiram, muito oportunamente, por adotar entre os seus quase setenta grupos de trabalho, um que fosse destinado a cuidar especificamente dessas matérias de Autonomia Privada, Regulação e Estratégia. O fruto dos esforços nele desenvolvidos são aqui ofertados à Comunidade Acadêmica e Científica, com a convicção de servir não apenas de subsídio a estudos nessas áreas, mas, sobretudo, de estímulo e provocação a uma reflexão que se mostre sempre livre, crítica e útil a contribuir para construir uma sociedade melhor.

Prof. Dr. Frederico Gabrich - FUMEC Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva - UNOESC

Programa de Mestrado em Direito da Universidade Fumec Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO SUBSTRATO DA AUTONOMIA PRIVADA: A MITIGAÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO SUSTRATO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA: EL MITIGACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

**Fábio Barbosa Chaves
Luciano Carlos Ferreira**

Resumo

Há muito as pessoas jurídicas de direito público, aptas a celebrar contratos, se utilizam de regras do direito privado, a fim de possibilitar a prática de atos como se particular fossem, mas, diante de qualquer conflito de interesse, busca se agasalhar em regras de direito público. Sob este cenário, as empresas acabam por se submeter integralmente à vontade da administração pública, como condicionante à manutenção do negócio jurídico e não se vislumbrando o pleno exercício da autonomia privada, corolário das relações contratuais. A análise acerca do exercício da liberdade e igualdade nos contratos administrativos, efetivada de forma sistematizada e interdisciplinar, possibilita questionar a aplicação de paradigmas fruto da polarização entre o público e o privado. A autonomia privada aplicada no contrato administrativo expressa a dinâmica pós-positivista, que o direciona a um modelo interpretativo indistinto e desvinculado de qualquer ramo específico do direito. Como modelo a ser superado, tem-se este mesmo contrato, desta vez, interpretado sob a perspectiva pública, oferecendo extrema vantagem à pessoa jurídica de direito público, como titular de uma suposta vontade coletiva. A ausência de barreira que impeça a aplicação de regras interpretativas voltadas à autonomia privada, possibilitando efetiva isonomia e equidade, apresenta-se como forma de minimizar ou, até mesmo, extirpar a aplicação das cláusulas exorbitantes dispostas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei das Licitações). A fim de demonstrar a mitigação destas cláusulas contratuais, a partir de uma interpretação fática integrativa, e como contraponto ao princípio da supremacia do suposto interesse público sobre o particular, utiliza-se como esteio o princípio da função social do contrato e o da função social da empresa, independente do seu porte.

Palavras-chave: Autonomia privada, Igualdade, Liberdade, Função social, Cláusulas exorbitantes

Abstract/Resumen/Résumé

Hace mucho tiempo, las personas jurídicas de derecho público que puedan celebrar contratos, hacer uso de las normas de derecho privado con el fin de permitir la realización de actos como si fueran privados, pero en caso de cualquier conflicto de intereses, pretende concluir en normas de derecho público. Bajo este escenario, las empresas terminan totalmente sometidas a la voluntad de la administración pública, como condición para el mantenimiento

de la transacción y no vislumbre el pleno ejercicio de la autonomía privada, corolario de esa relación. El análisis sobre el ejercicio de la libertad y la igualdad en los contratos del gobierno, efectuada de forma sistemática e interdisciplinaria, nos permite cuestionar la aplicación de los paradigmas de la fruta de la polarización entre lo público y lo privado. La autonomía privada aplicado en contrato administrativo expresa la dinámica post-positivistas, que le dirige a un modelo interpretativo indistinto y sin vínculos con ninguna rama específica del derecho. Como un modelo que hay que superar, no es este mismo contrato, esta vez jugó en la perspectiva pública, que ofrece la ventaja extrema a las corporaciones de derecho público, como titular de una supuesta voluntad colectiva. La ausencia de barrera que impide la aplicación de las normas interpretativas dirigidas a la autonomía privada, lo que permite la igualdad y la equidad efectiva, se presenta como una forma de minimizar o incluso arrancar de raíz la aplicación de las cláusulas exorbitantes dispuestos en la Ley N ° 8666 de 21 de junio 1993 (Ley de Contratación). Con el fin de demostrar la mitigación de estos términos contractuales, de una interpretación integradora de hechos, y como contrapunto al principio de la supremacía de interés público supone en lo particular, se utiliza como el principio básico del contrato de la función social y la función social la empresa, independientemente de su tamaño.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Autonomía privada, Igualdad, Libertad, Función social, Cláusulas exorbitantes

INTRODUÇÃO

A relação jurídica firmada entre o particular e o ente público, definida como Contrato Administrativo de natureza privada, não obstante a especificidade de um dos entes, continua sendo um ato bilateral, sinalagmático, podendo ser oneroso ou não, e que repercute para o direito. Agindo desta forma, o lado publicista sai da seara administrativa (ato administrativo), se aventurando no ambiente normalmente trafegado pelos particulares.

Viabilizou-se, inicialmente, o trâmite do ente público no ambiente tipicamente relacionado aos negócios jurídicos celebrados entre particulares, mediante a imposição de regras específicas, irreconhecíveis ao mundo privatista. Representam imposições legislativas, apostas como condicionantes à celebração de contrato entre particular e público, responsáveis pela eliminação da isonomia contratual.

A construção da base legislativa, por si só, não pode ser considerada a única responsável por tais tratativas contratuais, mas, soma-se a dicotomia, tradicionalmente estabelecido pelo direito, a partir do século XVIII, entre o que deve ser considerado direito público e direito privado.

Às situações jurídicas, que aportam na esfera pública, deverão ser aplicadas regras e princípios específicos do direito público; situações que se efetivam na esfera privada, admite-se a aplicação de regras e princípios do direito privado. Para subsidiar esta bifurcação jurídica, cria-se 02 (dois) centros legislativos: a Constituição e o Código Civil.

Portanto, para um mesmo fato jurídico admitem-se soluções diversas, a depender da ramificação do direito que cada um se localiza.

A construção do paradigma pós-positivista, consolidando o direito como um sistema único e interdisciplinar, apto a ser aplicado a partir de um caso concreto, considerando todas as especificidades implementadas em determinada situação, não admiti tratamento jurídico diverso para um mesmo fato jurídico, como a que decorre de sistema dúplice (público e privado) em um estado democrático de direito.

Se à administração pública, por representar, em tese, o interesse de uma coletividade, deve ser conferido liberdade contratual (satisfeitas as condicionantes legais – Lei 8.666/93), independência (elementos discricionários do ato administrativo) e segurança jurídica, o mesmo deve ser garantido ao particular que com ela estabelece uma relação jurídica.

Quando aquele que contrata com a administração pública for particular pessoa física, observa-se todas as regras e princípios voltados aos negócios jurídicos, além daquelas

específicas à própria personalidade do agente contratante. Quando se trata de contratante particular pessoa jurídica, igualmente se aplicam regras e princípios dos negócios jurídicos, mas a proteção constitucional direcionada às empresas/empresários individuais, decorrente da função social reconhecida pelo legislador magno.

Sendo assim, a participação das empresas/empresários individuais não se limita às relações estabelecidas entre particulares, mas, destaca-se aquelas firmadas perante o Estado, pessoa jurídica de direito público, gerando a flexibilização das imputações do direito público, pela incidência de normas (regras e princípios) típicas dos instrumentos contratuais do direito privado. Evidencia-se, mais uma vez, a ausência fática de tal dicotomia, em evidência ao direito sistematizado e interdisciplinar.

Destaca-se no presente trabalho, a fim de concretizar o tema proposto, a abordagem acerca das denominadas “Cláusulas Exorbitantes”, fruto da interpretação publicista voltada à absoluta preponderância e supremacia do interesse estatal nos contratos da administração. Como contraponto à incidência destas cláusulas, agregado à nova realidade jurídico-interpretativa, apresenta-se o princípio da Função Social dos contratos, de força obrigatória e incidência imediata nos instrumentos negociais.

Como estratégia de enfrentamento da hipótese formulada, apresenta-se a aparente confrontação: cláusula exorbitante versus função social dos contratos.

A liberdade e a igualdade, em uma relação contratual, tendo um ente público como uma das partes e as cláusulas exorbitantes como decorrência da preponderância identificadora de um interesse público, são disponibilizadas como elementos aparentemente contrapostos. Efetivar este alinhamento, mesmo diante do paradigma do estado democrático de direito, torna-se uma tarefa difícil.

Neste aspecto, como referência teórica, cita-se a Teoria da Justiça de John Rawls, como elemento de rompimento de um paradigma de grande relevo, pois possibilita aos agentes contratantes exercer estas duas garantias – liberdade e igualdade, fixando os objetos e pretensões de cada, de maneira equitativa e, sobretudo, proporcional.

1 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS ATOS JURÍDICOS

O ser humano é um ser político, ele se relaciona e tem necessidade de assim proceder. As relações interpessoais se desenvolvem a partir do seio familiar, refletindo os

valores sociais e culturais agregados neste ambiente basilar na sociedade.

Um ser humano persegue os seus anseios, buscando atingir objetivos e metas, e a efetivação dos interesses pessoais passa, inevitavelmente, pelas relações sociais. Em algum momento os interesses interpessoais se encontram, desencadeando, com as pessoas envolvidas, compromissos recíprocos, a fim de atingir as suas próprias vontades. Com isso, cada um dos envolvidos busca se cercar de garantias de forma a conceder o máximo de certeza para a concretização do que fora comprometido.

Com isso, surge a importância de formalização destes compromissos, através de um instrumento apto, suficiente e verdadeiro, atestado pelas partes envolvidas, e porque não, pela própria sociedade.

O contrato é o instrumento formalizador das vontades retratadas nas relações interpessoais, conferindo a segurança ansiada pelos sujeitos que as comutam. Mas, para que este instrumento seja aceito por pessoas não envolvidas na sua formação, surge o Estado, que confere legitimidade, satisfeitos certos requisitos.

Neste sentido, Pereira (2003, p. 14) mostra que:

Ao tratarmos do negócio jurídico (nº 82, vol. I), vimos que sua noção primária assenta na ideia de um pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido. Seu fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu *habitat* é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações. O direito atribui, pois, à vontade este efeito, seja quando o agente procede unilateralmente, seja quando a declaração volitiva marcha na conformidade de outra congênere, concorrendo a dupla emissão de vontade, em coincidência, para a constituição do negócio jurídico bilateral (nº 85, vol. I). Em tal caso, o ato somente se forma quando as vontades se *ajustam*, num dado momento.

Tem-se, assim, o fato humano e a lei, presentes em qualquer relação obrigacional, sejam de as de natureza convencional, como nas de cunho extracontratual, apesar desta participação não se dar, sempre, em dosagem idêntica.

2 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A busca de segurança, com o conseqüente comprometimento das partes e de terceiros, foi o mote perseguido desde a antiguidade por aqueles que firmavam algum tipo de relação jurídica. Destaca-se o direito romano que, mesmo se resumindo às relações

patrimoniais, formalizava estas interações de repercussão econômica, porém de aplicabilidade restrita àquele que possui certo *status*, o diferenciando como cidadão romano dos demais:

Uma vez obtida, a cidadania romana trazia consigo privilégios legais e fiscais importantes, permitia a seu portador o direito e a obrigação de seguir as práticas legais do direito romano em contratos, testamentos, casamentos, direitos de propriedade e de guarda de indivíduos sob sua tutela (como mulheres da família e parentes homens com menos de 25 anos). (PINSKY, 2003, p. 66)

Não obstante, este reconhecido avanço, deve ser considerado que o direito romano não se apresentava instrumento regulador de todas as relações sociais e econômicas, sobretudo quando se considerava o seu alcance. Uma elite econômica tinha a prerrogativa de se utilizar deste regramento, em prejuízo de uma grande maioria de seres humanos, integrantes daquela insipiente sociedade.

Com o passar do tempo, entretanto, e com o desenvolvimento das atividades sociais, o contrato ampliou sua esfera de abrangência. O uso deste instrumento passou a estar disponível para qualquer indivíduo, independente de seu padrão econômico.

Atualmente não se vislumbra um mundo sem que os indivíduos tenham a sua disposição os contratos. Não haveria sociedade sem contrato ou, mesmo se houvesse, esta não se desenvolveria.

Após as revoluções burguesas do fim do século XVIII, sedimentada pela reforma protestante, fez surgir o liberalismo econômico, construindo uma nova dinâmica política e social europeia daquela época. O lucro deixou de ser heresia, os detentores do poder econômico passaram a concentrar o poder político, legitimando uma nova ordem constitucional, pautada na liberdade de pensamento e de iniciativa.

Não obstante as alterações, ao lado das liberdades expostas neste ordenamento, apresenta-se a igualdade, elemento de destaque da Revolução Francesa, e marcadamente aquele que mais refletiu nas relações obrigacionais. Desta forma, o contrato teve no formalismo e na restrição de participação, os aspectos alterados por novo ordenamento. Entendeu-se que a liberdade e a igualdade, garantidas na teoria contratual, são condições de desenvolvimento da própria sociedade.

Já no final do século XIX, na França, Foullé podia resumir a concepção reinante dizendo, em expressão que ficou célebre, que toda justiça é contratual e que quem diz contratual, diz justo (*'toute justice est contractuelle; que dit contractuel, dit juste'*). (NORONHA, 1994, p. 65)

O Estado, antes intervencionista e limitador, diminuía a aplicabilidade dos contratos, após a alteração no cenário político e econômico da Europa do século XVIII, foi forçado a se

retirar das relações privadas, fazendo prevalecer a liberdade na escolha do objeto contratual, esta adstrita à vontade das partes.

A categoria do negócio jurídico surge, assim, como produto de uma filosofia político-jurídica que, a partir de uma teoria do sujeito, com base na sua liberdade e igualdade formal, constrói uma figura unitária capaz de englobar, reunir, todos os fenômenos jurídicos decorrentes das manifestações de vontade dos sujeitos no campo da sua atividade jurídico-patrimonial. (AMARAL, 2003, p. 377)

Acontecimentos pontuais da primeira metade do século XX colocaram em questionamento a eficácia desta forma regulamentadora dos contratos, já que a liberdade concedida às partes, sofrendo o mínimo de intervenção estatal, não foram suficientes a eliminar graves gargalos sociais e, sobretudo, econômicos.

Destaca-se a crise americana na primeira metade do séc. XX, com a quebra da bolsa de Nova York em 1929. A ausência do Estado, e com ele, as limitações contratuais, deixando para os particulares a liberdade de optarem pelos objetos e demais obrigações constantes nos negócios jurídicos, fizeram com que a busca pelo lucro, sem maiores preocupações com as consequências sociais, levasse a sociedade capitalista a se afundar em grave crise econômica e social.

A partir de então, passou-se a considerar a intervenção estatal como contraponto e tentativa de mudança daquele cenário de crise. Destacam-se os países europeus, com forte política intervencionista, voltadas à garantia de um estado de bem estar dos membros de sua sociedade, mesmo que para isso tenha que subtrair parte da liberdade.

O contrato, como elemento condicionante de desenvolvimento social, reflete a função deste instrumento dentro da sociedade. As partes firmam o contrato não apenas para satisfazerem reciprocamente suas vontades, mas para contribuírem, de alguma forma, com o ambiente social. Por esta razão, outro elemento marcante da Revolução Francesa, desta vez, a Igualdade, surge como elemento contratual, garantido pelo Estado.

3 O CONTRATO ADMINISTRATIVO

A partir da dicotomia estabelecida pelo sistema normativo-positivista, tem-se nos contratos da Administração Pública, cuja natureza seja de direito privado, o ente público se nivelando ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade;

naqueles em que predomina a relação de direito público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracteriza-se a verticalidade.

Assim leciona Di Pietro:

Há de se diferir Contratos da Administração Pública de Contratos Administrativos. A primeira expressão é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado; enquanto que a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão-somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas. (2008, p. 237)

Ainda sob o mesmo cenário dogmático, expressava-se nos contratos administrativos a essência da supremacia do interesse da administração pública, em total detrimento dos particulares que com ela negociava.

Nesta modalidade, não havia que se observar, integralmente, o princípio da igualdade entre as partes, o da autonomia da vontade e o da força obrigatória das convenções. A condição de supremacia do ente público frente ao particular justificava a primeira característica; a submissão integral da administração àquilo que é imposto pela lei, a segunda; e a volatilidade das cláusulas contratuais, que devem seguir àquilo que interessa a administração pública, rechaçava a estabilidade das cláusulas contratuais, a terceira.

Esta posição foi adotada, como dito, no direito brasileiro, e defendida, na época, entre outros, por Melo:

As cláusulas regulamentares decorrem de ato unilateral da Administração, vinculado à lei, sendo as cláusulas econômicas estabelecidas por contrato de direito comum. No caso, por exemplo, da concessão, o autor entendia que poderia haver contrato apenas quanto à equação econômico-financeira, como ato jurídico complementar adjeto ao ato unilateral ou ato-união da concessão. O ato por excelência, que é a concessão de serviço público ou de uso de bem público, é unilateral; o ato acessório, que diz respeito ao equilíbrio econômico, é contratual. Não se poderia definir a natureza de um instituto por um ato que é apenas acessório do ato principal. E mesmo esse contrato não é administrativo, por ser inalterável pelas partes da mesma forma que qualquer contrato de direito privado. (1969, p. 44)

As cláusulas exorbitantes apresentam-se neste cenário de imposição, com previsão obrigatória, conferindo direitos e garantias exclusivas à administração pública, em detrimento do interesse particular, ora contratado. No entanto, consideradas, até então, justificadas em face de uma presumida supremacia do interesse público.

Dentro dos contratos administrativos se fazem presentes, por imposição legal, e não seriam, sequer, lícitas, caso estipuladas entre particulares, por

conferirem privilégios a uma das partes em detrimento da outra. Nos contratos administrativos, leva o ente público a uma posição de supremacia sobre o particular.

Como já mencionado, trata-se de uma imposição legal. Com isso, destaca-se a Lei de Licitação – Lei 8.666/1993 (BRASIL, 1993), que chega a enumerar algumas: exigência de garantia; alteração unilateral; rescisão unilateral; fiscalização; aplicação de penalidades; anulação; retomada do objeto; restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*.

4 A APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES E A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Como explicitado na parte introdutória deste artigo, aparentemente as duas previsões (previsão legal das cláusulas exorbitantes e a garantia constitucional da função social dos contratos) apresentam-se como contraditórias e, portanto, inconciliáveis, de forma a impor a necessária prevalência de uma, impedindo a existência da outra.

Apresenta-se como um contraponto a esta forma de abordagem, a conferida por John Rawls, em sua obra “Teoria da Justiça”, abordando aspectos e valores que, aparentemente, se mostram contraditórios, mas que devem ser interpretados em comum, tendo uma premissa mínima de ética e moral.

Desta sorte, Rawls assegura que:

Há um conflito de interesses porque as pessoas não são indiferentes no que se refere a como os benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua são distribuídos, pois para perseguir seus fins cada um prefere uma participação maior a uma menor. Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social. (2000, p. 12)

Uma cláusula é considerada exorbitante quando comparada a um contrato regulado exclusivamente pelo direito privado. E assim é considerada porque nestes não se justificam a existência de privilégios.

Sendo assim, pode-se considerar que a prevalência destas cláusulas naquela modalidade contratual não se justificaria, porque a igualdade entre as partes deve prevalecer

em qualquer espécie contratual. Por outro lado, aqueles que defendem que merece a administração pública ser titular de direitos que o particular não detém, justificam no fato de que estaria sempre agindo em nome de um interesse coletivo, e este deve prevalecer quando contrapõe um interesse individual.

Pois bem, a existência de uma situação que possa ser considerada justa, segundo Rawls, estaria condicionada a outros conceitos pré-existentes, relacionados, sobretudo, à moral e à ética, cujos conceitos não são considerados universais, onde o mesmo autor afirma que uma sociedade seria bem ordenada não apenas quando ela está planejada a satisfazer o bem estar de seus membros, mas quando está efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça.

Mas se na interpretação de uma situação jurídica que se mostra conflituosa for partir do pressuposto de que o conceito do que seria uma solução justa dependeria de conceitos subjetivos relacionados à ética e à moral, questões de certa forma banais não poderiam ser tuteladas, diante da ausência de conceitos universais.

Desta forma, o mesmo pensador propõe a existência de um conjunto mínimo de conceitos, chamados de “conceitos universais”, aplicáveis para situações intersubjetivas, mas fornecedoras de soluções cujos critérios sejam objetivos, baseados em verdades e conceitos universais.

Portanto, Rawls diz que:

Na ausência de uma certa medida de consenso sobre o que é justo e o que é injusto, fica claramente mais difícil para os indivíduos coordenar seus planos com eficiência a fim de garantir que acordos mutuamente benéficos sejam mantidos. A desconfiança e o ressentimento corroem os vínculos da civilidade, e a suspeita e a hostilidade tentam os homens a agir de maneira que eles em circunstâncias diferentes evitariam. Assim, embora o papel distintivo das concepções da justiça seja especificar os direitos e deveres básicos e determinar as partes distributivas apropriadas, a maneira como uma concepção faz isso necessariamente afeta os problemas de eficiência, coordenação e estabilidade. (2000, p. 07)

Pensar em uma relação obrigacional, formalizada por um contrato, sendo ele de natureza administrativa, leva, inexoravelmente a relacioná-lo ao cumprimento de uma finalidade pública, afinal, é inquestionável que toda a prática administrativa tenha como mote o bem estar do administrado. Esta seria uma “verdade universal”, portanto, qualquer prática que se volta contra esta finalidade, seria passível de anulação, por desvio de finalidade.

Da mesma forma, entende-se que em uma composição de vontades formalizada por um instrumento contratual, além de abrigar as vontades de cada uma das partes, não pode desprezar os interesses da sociedade que estes mesmos contratantes integram. Também é uma

“verdade universal”, ou seja, ninguém questiona tal imposição.

Um contrato administrativo, que contenha cláusulas exorbitantes, expressamente previstas pela Lei de Licitação (BRASIL, 1993), cujos modelos já foram expostos (a possibilidade é tida como verdade universal), poderia, mesmo assim, não usurpar a função social deste mesmo instrumento?

Utilizando-se de um juízo de equidade, tem-se que é possível tal conciliação, pois o caso concreto poderia refletir se a prevalência daquela cláusula poderia, ou não, comprometer a existência da contratada, caso fosse implementada. Sendo esta a consequência, é evidente que o interesse público, da mesma forma, deixaria de ser justificativa daquela prática, pois teria dele se afastado, já que é vontade da coletividade que seja garantida, no mínimo, a existência da contratada.

Não se deve esquecer que o Estado Democrático de Direito no Brasil revela uma nova forma de interpretação, conforme ensina Thibau:

...com o advento do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito no Brasil, erigem-se frágeis quaisquer tentativas jurídico-interpretativas que deixem de sopesar que o marco teórico da constitucionalidade brasileira é formal, ao contrário dos paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social.

[...]

Como veremos, no paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, o Direito Privado articula-se com o Direito Público para, a partir da rejeição de juízos unilaterais relativos a questões relevantes, possibilitar a todos do Povo uma autodeterminação por via do compartilhamento jurídico-linguístico. (2014, p. 60)

5 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO DIREITO PRIVADO

A Lei de recuperação judicial e falência do empresário e da sociedade empresária - Lei nº 11.101/2005, dispõe, expressamente, sobre o princípio da função social em seu artigo 47, assim redigido:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, **sua função social e o estímulo à atividade econômica.** (grifo nosso) (BRASIL, 2005)

Sobre o princípio da função social da Empresa, o Código Civil cita:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. (BRASIL, 2002)

Poder-se-ia dizer que os artigos supracitados não fazem menção à função social da empresa, contudo, se para ser empresário há que se exercer profissionalmente a atividade econômica organizada, voltada a produção ou circulação de bens ou de serviços, temos aí a função social implícita, uma vez que a atividade econômica organizada requer trabalho, negócios jurídicos e riscos suportados pelo empresário. Quando se reporta ao estabelecimento, composto por um complexo de bens organizados, também se tem a função social da empresa, pois este complexo abrange todos os bens da empresa, sejam físicos, virtuais ou imateriais, os quais, conforme rege o artigo 170, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), especificamente quanto à propriedade, exercem uma função social.

Mendonça conceitua empresa da seguinte forma:

A organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com a esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade. (grifo nosso) (1953, p. 492)

Especificamente quanto à Recuperação judicial, extrajudicial ou Falência, conforme disposto na Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005), Bertoldi concede o seguinte ensinamento:

O princípio da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica figuram como cânones interpretativos expressamente previstos no texto legal (art. 47), tornando imperativa a manutenção do agregado empresarial sempre que possível e viável ao bom funcionamento do mercado. (2008, p. 471)

Theodoro Júnior sobre a função social dos contratos, presta o seguinte ensinamento:

É inegável, nos tempos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de direito, não podem submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob “efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos. (2004, p.06)

O Código Civil, quanto aos direitos inerentes à iniciativa de contratar e aos atos de empresa, representa o elemento objetivo que, somado a autonomia da vontade expressa nestes

institutos, constroem novos conceitos.

As citações no Código Civil demonstram que, tanto no contrato social da empresa, como nos contratos firmados entre partes (não diferencia público e privado), referentes aos negócios jurídicos, há que se prevalecer a função social.

6 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NOS CONTRATOS CELEBRADOS COM O ENTE PÚBLICO

A Constituição da República, sobre a função social da propriedade e da empresa, apresenta um conjunto principiológico, de força cogente, que clarifica a sua incidência, não como limite, mas como parte conceitual.

Art. 5º [...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

III - função social da propriedade;

[...]

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade. (grifo nosso) (BRASIL, 1988)

Pelos dispositivos constitucionais, não há como negar a importância da utilização da propriedade de forma comedida, buscando uma harmonia com a coletividade e, conseqüentemente, um bem-estar social, isto por que o direito de propriedade, hoje, não é absoluto, devendo-se pautar pelo respeito à coletividade.

Figueiredo sobre o princípio em destaque, ensina:

Cuida-se da socialização dos direitos individuais, de cunho privatista, no qual o uso e a fruição da propriedade privada passam a ser condicionados ao atendimento de uma função maior, previamente estipulada em lei, cuja inobservância legitima a

interferência do Estado sob a esfera de domínio privado do proprietário, podendo acarretar, inclusive, a expropriação do bem. Consiste no condicionamento racional do uso da propriedade privada imposto por força de lei, sob pena de expropriação, no qual o Poder Público interfere na manifestação volitiva do titular da propriedade, garantindo que a fruição desta atinja fins sociais mais amplos de interesse da coletividade, tais como o bem-estar social e a justiça distributiva. Constitui um meio para a consecução de um fim comum: bem-estar para todos. Como não é um fim em si mesmo, não sofrerá intervenção estatal enquanto estiver sendo utilizada de acordo com a finalidade social. Observe-se que a atuação do Poder Público, no que se refere à finalidade a ser dada a propriedade privada deve pautar-se e estar delimitada na lei, não podendo tal princípio traduzir-se em forma arbitrária de deprecação da propriedade privado pelo Estado. (2010, p. 66)

A Lei de Licitação, seguindo o caminho trilhado pelo legislador constitucional, trata do instituto contratual, na administração pública, incorporando o interesse social como elemento formador.

No procedimento licitatório, compara-se a exigência do interesse público ao cumprimento da função social da propriedade e da empresa. Assim ensina Di Pietro:

[...] a ideia de função social, envolvendo o dever de utilização, não é incompatível com a propriedade pública. Esta já tem uma finalidade pública que lhe é inerente e que pode e deve ser ampliada para melhor atender ao interesse público, em especial aos objetivos constitucionais voltados para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e à garantia do bem-estar de seus habitantes. [...] Se a função social da propriedade pública impõe para o poder público um dever, significa para os cidadãos um direito de natureza coletiva exigível judicialmente, em especial pela via de ação popular e ação civil pública. (2006, P. 12)

Questão de relevância se refere aos contratos de direito privado praticados pela Administração, principalmente quanto à alteração e extinção dos mesmos, pois, nestes casos aplicam-se as cláusulas exorbitantes, dispostas no artigo 58 c/c 62, § 3º da Lei de Licitação, as quais não consideram o princípio da função social da empresa. Se assim não fosse, várias extinções ou alterações contratuais, de iniciativa da Administração Pública, não ocorreriam em face da importância e relevância da empresa para a sociedade, seja quanto à manutenção dos empregos, quanto às relações jurídicas, ou quanto ao efeito social para determinada comunidade.

Sobre a problemática acima Justen Filho, faz a seguinte afirmação:

É extremamente problemático estabelecer um critério diferencial entre os contratos privados praticados pela Administração e os contratos administrativos propriamente ditos. Poderia supor-se que a diferenciação relaciona-se com o grau de vinculação entre a avença e a satisfação dos interesses fundamentais. As contratações indispensáveis à promoção do bem comum são subordinadas integralmente ao regime de direito público, enquanto as que não se apresentam assim indispensavelmente relacionadas com os interesses fundamentais permaneceriam sujeitas ao regime privatístico. Mas essa formulação não é satisfatória,

especialmente sob o prisma prático. Como diferenciar as duas situações na realidade? É muito difícil. Talvez a melhor solução seja reconhecer que a satisfação de determinadas necessidades estatais pressupõe a utilização de mecanismos próprios e inerentes ao regime privado, subordinados inevitavelmente a mecanismos de mercado. As características da estruturação empresarial conduzem à impossibilidade de aplicar o regime de direito público, eis que isso acarretaria a supressão do regime de mercado que dá identidade à contratação ou o desequilíbrio econômico que inviabilizaria a empresa privada. (2005, p. 531)

CONCLUSÃO

O contraponto à técnica minimalista e separatista, cultuada pelo Código Civil de 1916, e celebrada entre os aplicadores do direito a partir do liberalismo do final do século XVIII, ainda há que se consolidar no direito brasileiro. Trata-se da conscientização de que há em plena vigência um só Sistema Normativo, formado pelo conjunto de regras; princípios; jurisprudência; costumes, todos direcionados ao centro irradiador de toda atividade interpretativa, o fato concreto.

Porém, ainda hoje, pode-se dizer que há um grande debate entre os administrativistas e civilistas sobre a preponderância do princípio da função social ao invés do princípio da supremacia do interesse público, especialmente quanto à aplicação ou não das cláusulas exorbitantes nos contratos realizados entre a Administração Pública e as empresas privadas.

Os princípios da função social da empresa e do contrato deveriam, em face da própria administração buscar a manutenção das empresas, seja por meio da recuperação judicial ou extrajudicial, seja por meio de financiamentos do BNDES, estar, pelo menos, no mesmo grau de hierarquia do princípio da supremacia do interesse público. No mesmo sentido, fundamentada naquilo que fora teorizado por Rawls, a liberdade e igualdade poderiam coexistir na formação e execução dos contratos da administração pública.

O aparente conflito entre a autonomia privada, que deveria marcar todas as relações contratuais, e a imposição de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, se deve ao sistema jurídico bipartido, sob a tutela de princípios antagônicos para situações fáticas idênticas.

Superar esta bifurcação é admitir que o sistema jurídico brasileiro possui um único centro normativo, responsável por direcionamentos e diretrizes, efetivadas a partir de uma interpretação conjunta e sistemática, sempre se levando em consideração o que se apresenta como caso concreto. Somente assim, poder-se-ia reconhecer a igualdade e a liberdade nos

contratos administrativos, firmados entre a administração pública e um particular, entendendo a relevância efetiva deste perante a mesma coletividade teoricamente representada pelo ente público.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Banco Nacional de Desenvolvimento**. Investimentos Sociais de Empresas. <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Produtos/FINEM/investimentos_sociais.html> Acesso: 22 mar. 2015

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

_____. **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. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

_____. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm

CAETÉS, Zezinho. **O BNDES e a bebedeira da política econômica**. Artigo datado de 31 de julho de 2013. Disponível em <http://agazetadigital.blogspot.com.br/2013/07/o-bndes-e-bebedeira-da-politica.html>. Acesso: 28 ago. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Função social da propriedade pública**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abr/mai/jun, 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitação e contratos administrativos**. 11. Ed., São Paulo: Dialética, 2005.

MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 1969.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5. Ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1953, v. 1.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 1. ed. eletrônica, vol. III, Rio de Janeiro, 2003.

PINSKY, Jaime et al. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THIBAU, Vinícius Lott. O direito privado e a constitucionalidade democrática. In: BRAGA NETTO, F. P.; SILVA, M. C. (Org.). **Direito privado e contemporaneidade: Desafios e perspectivas do direito privado no século XXI**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014, p. 59-74.