AS CLÁUSULAS "DE PRIVILÉGIO" NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

J. CRETELLA JÚNIOR*

1. Introdução. 2. O vocábulo "exorbitante". 3. Crítica à denominação. 4. Influência negativa do direito civil. 5. Método de trabalho do administrativista. 6. A figura contratual. 7. O referencial civilístico. 8. "Exorbitâncias" e "derrogações". 9. Contrato administrativo. 10. Conceito de "cláusula". 11. A "cláusula", categoria jurídica. 12. Definição da "cláusula exorbitante". 13. "Cláusula exorbitante" e "contrato administrativo". 14. Exemplos de "cláusulas exorbitantes". 15. Regime jurídico do contrato administrativo. 16. Modalidades de contratos administrativos. 17. As "cláusulas de privilégio" no contrato de concessão. 18. "Cláusulas exorbitantes", na teoria e na prática. 19. Conclusão.

1. *Introdução*

Toda doutrina francesa, alicerçada em reiteradas decisões do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos, com exceção da voz isolada de Francis-Paul Bénoit,[1] é unânime em ressaltar a importância da chamada cláusula exorbitante como "traço", "caráter" ou "índice" típico do contrato administrativo, a tal ponto que o conceito deste será — e não poderá deixar de ser — "o acordo

* Titular único de direito administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

[1] Bénoit, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris, 1968. p. 598.

de vontades de que participa o Estado e que contém, inseridas, cláusulas exorbitantes do direito comum". Contrato administrativo é o que contém cláusula exorbitante.

Desse modo, "cláusula exorbitante" é a proposição mandamental, formulada pela administração e aceita pelo particular, e que, inscrita entre as demais cláusulas do contrato, tipifica-o como administrativo.

A noção de cláusula exorbitante, cláusula derrogatória (do direito comum), ou melhor, "cláusula de privilégio" assume, assim, relevância extraordinária no campo do direito público, porque é o *divortium aquarum* entre o contrato de direito privado e o contrato de direito administrativo. Este último é, por sua vez, espécie do gênero contrato de direito público, motivo por que elegemos a cláusula exorbitante do direito comum que, na prática, ainda suscita algumas controvérsias, para a elaboração deste artigo especializado.[2]

"Cláusulas de privilégios", "cláusulas de prerrogativas", "cláusulas exorbitantes" ou "cláusulas derrogatórias" são as que permitem à administração, "dentro do contrato", inegável posição de supremacia, de desnível, verticalizando o Estado em relação ao particular contratante. Mostram ao intérprete que, ao contratar, a administração "não desce", "não se nivela", "não se privatiza", "não abdica de sua potestade pública" (*puissance publique*), mas, ao contrário, "dirige" o contratante, fiscaliza-lhe os atos, concede-lhe benefício, aplica-lhe penalidades, baixa instruções, transfere-lhe alguns dos privilégios de que é detentora, impõe-lhe "sujeições", sempre fundada no interesse público, do qual é guardiã ininterrupta.

2. *O vocábulo "exorbitante"*

"Exorbitante" e "derrogatório" são os dois atributos com que os cultores do direito público referem-se a esta modalidade especial de "cláusula", que, inserida em acordos da administração, vai caracterizar o contrato administrativo.

"Exorbitante" significa, ao pé da letra, "que sai da órbita"; "derrogatório" tem o sentido de "abolição", "anulação", "substituição" (de preceitos legais).

Ad litteram, "cláusula exorbitante" é a que sai da órbita do direito privado e passa a gravitar na órbita do direito administrativo; "cláusula derrogatória" é aquela "que substitui", "que fica em lugar" da "cláusula do direito privado", precisamente porque entra na esfera do direito público. Enquanto a *cláusula do*

[2] Cf. Vedel, Georges. Remarques sur la notion de clause exorbitante. In: *Mélanges mestre*. Paris, Sirey, 1956. p. 527.

direito comum estabelece a *horizontalidade* dos contratantes, nivelando-os, a *cláusula exorbitante* acentua a *verticalidade*, desnivelando "para mais" a administração e "para menos" o particular, revelando que o Estado ingressa no contrato "como Estado", com toda sua *puissance publique*, assinalando o traço contínuo de "diretor" do particular, na execução de contrato. Não raro, a *potestade pública* é, em parte, transferida ou delegada ao particular contratante, *ad usum certum*.

3. *Crítica à denominação*

Denominar, por exclusão, residualmente, de "exorbitante" ou de "derrogatória", determinada cláusula, é atribuir ao direito civil a posição de matriz do direito administrativo, ou, em outras palavras, é esquecer a categoria jurídica, que transcende os dois ramos e imaginar que o arquétipo ou referencial absoluto da árvore jurídica é o *jus civile*, passando toda construção jurídica a ser elaborada a partir deste importante e mais antigo ramo do direito.

Dizer que cláusula exorbitante é a que não pode figurar no contrato de direito civil, sem desnaturá-lo, é o mesmo que afirmar: "cláusula exorbitante" é a que não é cláusula privada. Assim também, esclarecer que cláusula derrogatória é a que substitui a *cláusula privada* é o mesmo que dizer: cláusula derrogatória é a que *fica em lugar* da cláusula civil. Tais afirmações nada acrescentam ao esclarecimento do tema, configurando estéril tautologia. Nem elucida também a afirmação que diz: cláusula exorbitante é a inabitual nos contratos privados, por "ilícita", nestes.

4. *Influência negativa do direito civil*

Quando se diz "exorbitante", o referencial é o "direito civil".

A verdade é que o direito civil, importante e tradicional ramo da ciência jurídica, não é nem raiz, nem tronco principal da árvore jurídica, mas um dos ramos em que o tronco-matriz se biparte; é o cadinho comum, em que se misturam os ingredientes jurídicos, a principiar pela nomenclatura; é o ramo quo despontou em primeiro lugar, que cresceu mais depressa e que se projetou no tempo. Nunca, entretanto, o tronco-mestre, do qual se foram desgalhando os outros ramos.

A irradiação é sucessiva, convenhamos. Não sendo concomitante, deu a impressão de que uns ramos emergiram de outros, gerando a idéia de que o direito civil é o centro propulsor da própria ciência do direito. Cabe ao cultor do direito público reformular a experiência jurídica à luz de princípios próprios,

estremando as matrizes públicas das matrizes privadas e submetendo os institutos do direito administrativo a tratamento adequado de direito público.

Diante do caso concreto a ser resolvido, a doutrina e a jurisprudência hesitam, custando a tomar posição no enquadramento de hipóteses peculiares ao direito público. O impacto dos princípios informativos do direito privado atinge em cheio — e negativamente — o raciocínio desprevenido do cultor do direito público, ainda fortemente vinculado ao direito civil.

O jurista e o magistrado, muitas vezes, tomam conhecimento do instituto, chegam mesmo a intuí-lo de modo correto em suas linhas gerais, mas falta-lhes a exata cobertura doutrinária e a respectiva tradição pretoriana para a tomada certa de posição.

Problemas jurídicos, simples, em si, por receberem tratamento inadequado, resolvem-se de maneira incorreta, já que tratados, depois de equacionados, em termos de direito privado.

Questões típicas de direito público, analisadas em moldes civilísticos, desvirtuam-se, conduzindo a desastrosos resultados, inaceitos pois, pelos que trabalham sob o rigor científico que a ciência do direito exige.

Inúmeras vezes observa-se que são resolvidas com exatidão questões de fato. Aplicam-se-lhes, no entanto, fórmulas inadequadas. Falta, ao trabalho do jurista menos avisado, a *certa adaequatio*, o uso da mensuração compatível, enfim, o equacionamento e solução em termos e moldes de direito público.

Como proceder? Que método seguirá o cultor do direito no equacionamento e resolução de questões típicas de direito público?

O caminho é simples. Abandonem-se, antes de tudo, as fórmulas tradicionais elaboradas pelo direito civil. Elas servem para o direito privado, mas não se ajustam, mesmo depois de alteradas, para a solução de problemas do direito público.

Para o encontro da via certa, reexaminem-se as colocações adotadas, indague-se a respeito das "formas puras" e descompromissadas da jurisprudência de que fala Stammler. Desse modo, alcançam-se as categorias jurídicas, procedendo-se a seguir, em sentido inverso, isto é, parte-se destas — e não dos resultados a que já chegou o direito privado — para a identificação das espécies inerentes ao campo publicístico. Rejeite-se, portanto, e sempre, qualquer tentativa de transposição de institutos — mesmo adaptados — de um campo para outro campo do direito.

Categoria jurídica é a formulação genérica, *in abstracto*, com índices essenciais, mas gerais, não comprometida ainda com nenhum dos ramos do direito. Trata-se da *figura iuris* tomada em sua generalidade máxima, caracterizada por conotações tipicas do gênero, mas não identificadora da espécie.

5. *Método de trabalho do administrativista*

Impossível, num primeiro momento de reflexão sobre tema tão complexo, equacionar e resolver teses de tal relevância. Nosso objetivo é, antes de tudo, chamar a atenção dos especialistas para o perigo da transposição (mesmo com adaptações) de institutos de um campo para outro campo do direito.

Até agora o primado civilista tem prevalecido, formando-se mesmo uma mentalidade privatística, que equaciona e resolve, em termos tradicionais, os problemas do direito público, levando para o novo campo os próprios resultados alcançados. Traduz-se. Pede-se emprestado. Adapta-se. Transpõe-se. Não se fala a linguagem nova e específica do direito público.

Assim, quando se analisa a fundação de direito público ou o contrato de direito público, o ponto de partida é a fundação privada ou o contrato privado, ao invés de princípiar-se pelas matrizes fundacionais ou contratuais. Chega-se ao cúmulo de raciocinar-se dentro dos esquemas rígidos do direito positivo, afirmando-se: "o Código Civil só admite e só regula a fundação privada. Logo, é claro que a fundação é instituto típico do direito civil".

Ora, tanto o contrato como a fundação caracterizam-se, no direito privado, por notas secundárias, acessórias, que, é claro, encontram-se no setor do direito público. Uma espécie difere de outra do mesmo gênero, precisamente pela diferença específica. No caso, o contrato de direito privado difere do contrato de direito público, embora ambos prendam-se ao protótipo contrato, que é a categoria jurídica, comum aos dois; assim também a fundação privada difere da fundação pública, ambas, porém, presas à matriz jurídica fundacional.

Partindo-se da matriz civilista para atingir o instituto administrativo, nega-se o contrato público e a fundação pública, pois nestes últimos institutos não se encontram as conotações que os distinguem no direito privado.

Evidente. Como encontrar, necessariamente, no irmão, um traço típico de outro irmão, se o primeiro pode ter herdado características genéticas, típicas dos pais, inexistentes no segundo?

Não se pode deixar de lado a figura pura, *in genere*, antes de sua entrada em um dos ramos (privado ou público), para trabalhar-se com a matriz espécie, já reconhecida por traços típicos inconfundíveis.

A reformulação das matrizes do direito administrativo está ainda por fazer-se, mas a partir da categoria jurídica, não a partir da espécie diferenciada. Definindo-se as figuras jurídicas, *in genere*, uma a uma, antes do ingresso na área privatística, trabalha-se com a matriz genérica, descendo-se desta, a seguir, para o campo que se pretende estudar.

Nessa fase de análise vestibular dos institutos, ter-se-á a cautela de separar o principal do acessório, o gênero da espécie, definindo-se, de maneira sintética, mas inconfundível, a forma pura, a matriz, a categoria.

Em suma, deve-se comparar o instituto em vários ramos do direito. Daí, por meio da abstração e da generalização deve-se chegar à categoria. Por fim, como contraprova, descer da região ôntica da categoria para cada espécie diferenciada.

Nesse artigo, examinam-se os institutos aos pares (público e privado), dois a dois, lado a lado, procedendo-se indutivamente, da espécie ao gênero, do particular ao geral, eliminando-se o traço acessório e fixando-se o índice principal, num depuramento ascensional contínuo, até chegar-se ao modelo indiferenciado, por meio da superação das formas privadas e públicas.

As modalidades diferenciadas nos vários campos da ciência do direito — as espécies — é que fornecerão os subsídios necessários para a construção do protótipo indiferenciado comum. Procedendo-se, depois, em sentido inverso, reversiva e dedutivamente, é possível descer a cada um dos campos, valendo as figuras tipificadas como meio científico de contraprova.

Pesquisa sistemática no capítulo da terminologia, das pessoas (privadas e públicas), das coisas (privadas e públicas), dos contratos (privados e públicos), das sucessões (privadas e públicas) fornecerá os elementos básicos para a formulação dos problemas típicos do direito administrativo, dando respostas a indagações da seguinte natureza: quando é que uma pessoa jurídica se enquadra no direito privado? Quando no direito público? A figura do contrato é comum ao direito privado e ao direito público ou existe apenas no campo do direito privado? Quais os "sinais" ou "índices" que permitem distinguir o contrato de direito privado do contrato de direito público? Houve uma evolução no delineamento da figura contratual ou o direito atingiu tal fase de amadurecimento científico que permitiu a seus cultores visão mais penetrante de velhos problemas à luz de novas perspectivas?

Qual o conceito genérico de fundação? E de contrato? A fundação e o contrato, milenarmente trabalhados pelo direito privado romano e que chegaram a nossos dias mediante a estruturação elaborada pelo direito civil, petrificam-se no direito civil ou existem também no âmbito do direito administrativo? O ato administrativo não é o mesmo ato jurídico, numa de suas modalidades diferenciadas, estando um diante do outro como o gênero está para a espécie? A sucessão é típica do direito privado ou pode haver sucessão de direito público?

Essas figuras devem ser estudadas, em simetria, lado a lado, confrontando-se as modalidades do direito civil com as paralelas do direito administrativo.

6. *A figura contratual*

A opinião comum — esclarece Fritz Fleiner[3] — vê no contrato uma forma do direito privado, chegando-se mesmo a afirmar que o contrato é um instituto de direito privado, só possível entre sujeitos iguais. Não se deve, entretanto, conclui aquele autor, enfrentar o problema de modo tão superficial.

A verdade é que a conceituação do contrato é noção geral do direito e não, em particular, do direito privado.[4] "O contrato — sustenta Hans Kelsen — não é um conceito do direito privado, nem do direito público; em sua natureza formal, é um conceito da teoria geral do direito."[5]

O contrato gênero, o contrato categoria jurídica, é realidade imposta pela unidade ontológica do direito, dotado daqueles traços de universalidade que inexistem nas modalidades diversificadas, encontradas no campo do direito constitucional, do direito administrativo, do direito civil, do direito comercial, do direito internacional público e privado, do direito econômico-financeiro.

No domínio do direito privado, existem numerosos princípios que foram estabelecidos, fixados e desenvolvidos, mas que por sua natureza não são princípios do direito privado, porém, princípios gerais do direito.[6]

Eis por que é erro de método tentar a "transposição" do contrato do direito privado, já diferenciado, para o campo do direito administrativo, ao invés de trabalhar com a categoria contratual pura, antes da respectiva estruturação num dado ramo da ciência jurídica.

Falece, assim, total razão aos autores que, sob o impacto direto do direito privado, querem impugnar, primeiro, o vocábulo contrato, que julgam inexistir na terminologia do direito público, depois, a própria figura contratual, como instituto jurídico, pois pretendem ver nos acordos celebrados pelo Estado um ato bilateral, nunca um contrato, já que a administração tem o direito de modificar, unilateralmente, certas cláusulas — as cláusulas regulamentares —, fundamentada no princípio *salus populi suprema lex est.*

O erro de ótica dos que assim pensam é pretender trabalhar com a figura estruturada do direito civil, ao invés de partir da figura arquétipo, da matriz indiferenciada, da categoria jurídica, da forma pura. Contrato é, uma formulação genérica, o acordo de duas ou mais pessoas a respeito de declaração de vontade comum, destinada a regular os respectivos direitos e obrigações das partes. Assim definido, categorialmente, o contrato não é nem privado, nem público. É a *figura iuris* matriz, aproveitada depois pelas duas alas da ciência

[3] Fleiner, Fritz. *Les principes généraux du droit administratif allemand*. 1933. p. 133.
[4] Cf. Kammerer. *La fonction publique en Allemagne*. 1899. p. 95.
[5] Kelsen, Hans. Apud Cretella Júnior, J. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1967. v. 3, p. 28.
[6] Cf. Laband, Paul. *Le droit public de l'empire allemand*. 1900. v. 1, prefácio, p. 4.

jurídica. Em nosso caso, passa-se do contrato ao contrato de direito público, deste ao contrato de direito administrativo, subespécie do contrato de direito público.

Não se pode tomar como ponto de partida o contrato de direito civil — locação, compra e venda, mútuo, comodato — para chegar-se ao contrato de direito público constitucional, contratos do direito internacional privado e público, contrato de direito administrativo, contrato de direito econômico e financeiro.

Por que maravilha — indagava João Tello de Magalhães Colaço — é que, de um contrato de direito civil, derivariam para o concessionário direitos de poder público — os de desapropriação, política, fiscalização?[7]

A concepção do contrato como figura peculiar ao direito privado é simples e pernicioso preconceito, que os princípios gerais de direito facilmente espancam e destroem.[8]

7. *O referencial civilístico*

Autonomia não significa, porém, emancipação total, porque "o uso do cachimbo faz a boca torta", o direito civil continuou a ser o referencial obrigatório para as construções do direito administrativo.

Mesmo em nossos dias, dois dos mais autorizados mestres do direito administrativo francês, Rivero e Vedel, conceituam a nossa disciplina como o ramo exorbitante e derrogatório do direito comum. Ao invés de definirem o novo ramo, em si e por si, conceituam-no a partir do direito civil, residualmente.

Permanecem, no âmbito do direito administrativo, matrizes do direito civil, ora íntegras, ora metamorfoseadas para o enquadramento de institutos do direito público. Em ambos os casos, erro de método; no primeiro caso, transposição pura e simples, no segundo caso, transposição alterada, "adaptada", "ajustada".

As matrizes do direito civil, adequadas àquele ramo do direito, não podem ser adaptadas para a tradução dos institutos típicos do direito administrativo. Matrizes diferenciadas já passaram pelas transformações exigidas para a solução dos problemas do direito privado. Devem, pois, permanecer neste campo.

O direito administrativo trabalha com matrizes paralelas, mas inconfundíveis com as forjadas para a estruturação dos institutos do direito civil.

Postas lado a lado as matrizes do direito privado e as do direito público, podemos observar caracteres comuns a ambas, o que permite atingir as matrizes categoriais, as categorias jurídicas.

[7] Magalhães Colaço. *Concessões de serviços públicos*. 2. ed. 1918. p. 44.
[8] Masagão, Mário. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. Tese de concurso. 1933. p. 100.

8. *"Exorbitâncias" e "derrogações"*

Ao tratar das chamadas "cláusulas exorbitantes" ou "cláusulas derrogatórias", queremos acentuar a inegável importância do direito civil, nos direitos do sistema romanístico, ao mesmo tempo que pretendemos também ressaltar a relação desse ramo do direito com os demais, frisando a conexão de espécie a espécie, não de gênero a espécie, como se tem feito. Esta última colocação é contrária às regras da lógica formal, distorce a ótica jurídica, conduzindo ao criticável método da transposição, que consiste em levar para o campo do direito administrativo institutos já estruturados, que atingiram, no decorrer do tempo, o mais alto grau de desenvolvimento e perfeição, no setor privatístico.

Tomando-se como referência o direito civil, corre-se o risco de captar o instituto privado já trabalhado e diferenciado — a espécie — e de transpô-lo para o âmbito público, a fim de apresentar a outra espécie paralela. No caso, a espécie é alçada à categoria de gênero; na verdade, pseudogênero.

Ao contrário, partindo-se do gênero — a categoria jurídica —, trabalhar-se-á com a matriz, com o arquétipo, com a fórmula pura, com o modelo genérico, que se flexionará às modalidades peculiares aos diferentes ramos do direito. Como contraprova, os vários esquemas específicos fornecerão a matéria-prima indispensável para, mediante a abstração, proceder-se à escalada do *iter* inverso e ascender-se ao modelo jurídico descompromissado com cada instituto particular dos setores do mundo do direito.

Colocando em primeiro plano o direito civil, irmão tradicional e prestigiado da árvore jurídica, nem por isso se permitirá que o cultor do direito administrativo dele se utilize como referencial obrigatório, o que, inobservado, tem conduzido, inclusive, à definição dos institutos públicos como "derrogatórios" e "exorbitantes" do direito comum. Na realidade, não ocorre nem "derrogação", nem "exorbitância", mas apenas diferenças específicas, sabidamente existentes nas espécies, ao serem confrontadas com os respectivos gêneros de que descendem.

Corrigida a distorção metodológica, será possível ao cultor do direito público proceder ao reexame crítico da nomenclatura, das pessoas, das coisas, das obrigações, à luz de *nova ótica,* desvinculada da tradição milenar que imantou os quadros jurídicos na direção do direito civil.

9. *Contrato administrativo*

"Contrato administrativo — definimos em outra obra, repetindo, aliás, a colocação residual da maioria dos autores — é todo acordo oposto de vontades de

que participa a administração e que, tendo por objetivo direto a satisfação de interesses públicos, está submetido a regime jurídico de direito público, exorbitante e derrogatório do direito comum."[9] Em nossa definição, está implícita a inserção da cláusula exorbitante, no contrato.

A *teoria do contrato administrativo* constitui ponto dos mais relevantes, no âmbito do direito público, não só pela freqüência com que é lembrada, como também porque aqui se localiza a fronteira menos definida do direito público e do direito privado.[10]

Versada, embora, por quase todos os especialistas, nem por isso deixa de ser "uma das mais controvertidas e sérias questões do direito público".[11]

Cautela preliminar impõe-se no tratamento deste assunto, qual seja a diferença que se deve estabelecer com toda a nitidez entre *contratos "da" administração* e *contratos administrativos,* expressões que designam realidades diferentes.[12]

Nem todos os contratos, celebrados pelo Estado, são contratos administrativos, pois a administração pode celebrar contratos de direito privado, além de celebrar contratos de direito público. Contratos "da" e "de" administração.

O contrato administrativo, espécie do gênero contrato de direito público, é precisamente o "resíduo", aquilo que resta dos contratos "da" administração, quando faz acordos ou ajustes.

Contrato administrativo é, para Rafael Bielsa, aquele que a administração celebra com outra pessoa, pública ou privada, física ou jurídica, e que tem por objeto a prestação de utilidade pública.[13]

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao conceituar o contrato administrativo, ressalta-lhe os trapos característicos, descrevendo-o como o acordo celebrado entre a administração e terceiros, no qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a imposições de interesse público variáveis, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.[14]

9 Cretella Júnior, J. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1983. v. 1, p. 391.

10 Cf. Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 3. ed. 1955. v. 1, p. 309.

11 Melo Machado, João de. *Teoria jurídica do contrato administrativo;* e Gama e Silva, J. S. da. Dos contratos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo, 1*(2):717-8.

12 Cretella Júnior, J. *Direito administrativo brasileiro*. op. cit. p. 384; e Laubadère, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. 1953. p. 415.

13 Bielsa, Rafael. *Derecho administrativo*. 5. ed. 1955. v. 2, p. 142.

14 Cf. Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980. p. 145.

10. *Conceito de "cláusula"*

"Cláusula" é a disposição especial, inserta em ato ou em contrato. Do substantivo latino *clausula,* ligado à mesma raiz do verbo *claudere,* fechar, o vocábulo já tinha, na língua-mãe, o sentido de "fim", "encerramento", "fecho", "conclusão", "artigo".[15]

"Cláusula" é toda manifestação de vontade encerrada ou inserida no contrato. Os contratantes "retiram" do sistema jurídico, em que vivem, vários dispositivos que são "petrificados", "encerrados", "inseridos", "fechados", "confinados". Eis as cláusulas, proposições mandamentais ou imperativas, que passam a reger o mundo dos contratantes. Trata-se de *mundo jurídico menor e particular,* dentro de *mundo jurídico maior,* que é o *sistema de direito* a que pertencem os contratantes.

11. *A "cláusula", categoria jurídica*

Definida a "cláusula", *in genere,* como toda proposição mandamental que, nos contratos, limita e ordena a vontade dos contratantes, estamos diante da cláusula categorial, ainda não comprometida nem com o direito público, nem com o direito privado, mas comum aos dois ramos, pois é modelo, matriz, categoria, *standard,* arquétipo, tipo indiferenciado, ainda não desdobrado.

A cláusula, assim conceituada, pode desdobrar-se, tipificando qualquer modalidade de contrato público ou privado, em todos os ramos da ciência do direito que admitam a figura contratual.

No contrato administrativo, a cláusula, nele inserida, adquire relevo todo especial a tal ponto que esse tipo de acordo celebrado pela administração é caracterizado, de imediato, por conter proposição *sui generis,* que não poderia estar presente, nunca, nos ajustes horizontais privados, porque iria descaracterizá-los, por ser "ilícita" e "inabitual".

12. *Definição da "cláusula exorbitante"*

Cabe à doutrina francesa a elaboração do conceito da "cláusula exorbitante" ou "cláusula derrogatória" do direito comum, também denominada "cláusula administrativa",[16] e, para nós, "cláusula de privilégio".

[15] *Digesto,* 4, 3, 25.
[16] Rouvière. *Les contrats administratifs.* 1930. p. 141.

A proposição mandamental, que estamos estudando, é designada por nome criticável, mas bastante expressivo; cláusula "que sai da órbita", "que se afasta dos cânones", ou que "foge dos parâmetros privatísticos". "Exorbita" do direito civil para entrar na órbita administrativa. *Desprivatiza-se* para publicizar-se. Despe os traços do direito civil para vestir a roupagem administrativa.

A nosso ver, como dissemos,[17] a expressão "cláusula exorbitante", embora expressiva, é criticável porque residual. Não é denominação válida, em si e por si, mas tomada com referência ao direito civil, ao chamado "direito comum". Melhor seria denominá-la "cláusula de privilégio", "cláusula vertical", "cláusula de prerrogativa", sem reportá-la, terminologicamente, ao direito privado, "por exclusão", "residualmente", em relação de minuendo-subtraendo-resto: cláusula exorbitante é a que não pode estar no contrato privado. "Inabitual", "inusual", não empregada no contrato privado, se neste fosse introduzida, atentaria contra a ordem pública, por causa de seu caráter de "ilicitude". Introduzida em contrato privado, não o transformaria em "contrato administrativo", mas seria "corpo estranho", repelido pelo direito.

Tendo sido elaborada pelo Conselho de Estado Francês, que lhe deu origem e a introduziu, no âmbito do direito público, a teoria da cláusula exorbitante impôs-se ao mundo jurídico, porque serviu de índice para estabelecer a diferença específica entre o contrato de direito comum e o contrato administrativo.

Em vários pronunciamentos, a elaboração pretoriana do Conselho de Estado firmou a colocação de que as "cláusulas exorbitantes são estipulações que têm por finalidade conferir, às partes, direitos, ou onerá-las com obrigações, diferentes, por natureza, daquelas que são suscetíveis de serem livremente consentidas por quem quer que contrate sob o império das leis civis ou comerciais";[18] ou ainda "cláusulas que diferem, pela natureza, daquelas que podem ser insertas em contrato análogo de direito civil".[19]

Da jurisprudência, a noção de cláusula exorbitante passa à doutrina, recebe conceitos diversos, conforme os autores, todos, porém, unânimes, quando comparam a cláusula exorbitante com a cláusula paralela do direito civil.

Rouvière define a cláusula exorbitante ou administrativa como "a cláusula que o particular não poderia inserir no contrato celebrado com outro particular, porque ela postula a existência do poder público, atuando no contrato.[20] A atuação do poder público é força "de fora" que vai incidir sobre o que o particular contratante já pactuou.

[17] Cf. Cretella Júnior, J. *Direito administrativo brasileiro*. op. cit. p. 396.
[18] Decisão do Conselho de Estado, de 20 de outubro de 1950, Stein. In: *Recueil*, p. 505. Apud Vedel, Georges. *Droit administratif*. 5. ed. 1973. p. 233.
[19] Decisão do Tribunal de Conflitos, de 19 de junho de 1952. Société des Combustibles et Carburants Nationaux. In: *Recueil*, p. 629. Apud Vedel, Georges. *Droit administratif*. op. cit. p. 233.
[20] Rouvière. op. cit. p. 161.

Vedel elucida que a cláusula exorbitante "confere ao contrato, celebrado por uma pessoa pública, um caráter administrativo, mesmo que tal contrato não se relacione com o serviço público".[21]

Laubadère não oferece nenhuma definição própria, mas expõe com clareza a noção jurisprudencial, que parece adotar: "deve ser considerado administrativo o contrato, no qual se acha inserida qualquer cláusula que não poderia ser encontrada nos contratos concluídos entre particulares. A estipulação de tais cláusulas faz presumir que a administração entendeu dever recorrer ao procedimento de direito público. Ao contrário, "contrato de direito comum é aquele que não contém senão cláusulas análogas às que se encontram habitualmente nos contratos privados".[22] O que disse Laubadère contraria os princípios lógicos da definição, caindo em verdadeiro *círculo vicioso,* que nada esclarece.

Rivero, adotando também a colocação jurisprudencial, particularizada em decisão do Conselho de Estado, prolatada em 10 de maio de 1963,[23] assinala que "exceto nos casos de participação na própria execução do serviço, um contrato, mesmo que tenha por objeto um serviço público, somente é administrativo se as partes manifestaram a vontade de subtraí-lo ao direito civil, adotando cláusulas que o derrogam. Eis a cláusula exorbitante, ou derrogatória do direito comum, que, nestes casos, constitui o critério decisivo do contrato administrativo".[24] Quando, porém, temos uma cláusula derrogatória? É difícil responder com certeza, sabendo-se que o direito civil consagra o princípio da liberdade contratual, autorizando as partes a adotar cláusulas as mais variadas. "São, certamente, derrogatórias as cláusulas que excedem essa liberdade, e, nesse caso, insuscetíveis de figurar em contrato celebrado entre particulares, por serem contrárias à ordem pública."[25]

Waline, apoiando-se em decisão do Conselho de Estado, prolatada em 11 de maio de 1956, quando a Suprema Corte, em matéria administrativa, julgou questão em que era parte a Societé Française des Transports Gondrand Frères,[26] esclarece que, "se o contrato, concluído embora para a satisfação das necessidades de um serviço público, não tem por finalidade confiar ao particular contratante a própria execução de serviço, ele é contrato de direito privado, a menos que contenha referência ao *caderno de encargos* ou à *cláusula exorbitante do direito comum*".

Criticando a definição de Vedel, que diz ser exorbitante "toda cláusula inabitual nos contratos de direito privado", Waline propõe o critério da ordem

21 Vedel, Georges. *Droit administratif*. op. cit. p. 233.
22 Laubadère, André de. op. cit. p. 286.
23 Société — la prosperité fermière. *Revue de Droit Public*, p. 597, 1963.
24 Rivero. *Droit administratif*. 11. ed. 1983. p. 120.
25 Rivero. *Droit administratif*. 9. ed. 1980. p. 121.
26 Waline, Marcel. *Droit administratif*. 9. ed. Paris, 1963. p. 572.

pública, para caracterizar a cláusula exorbitante: "(...) é aquela que, por natureza, não poderia ser inserida em contrato de direito privado sem infringir a ordem pública."[27]

"Parece-me, todavia, mais exato dizer — acrescenta Waline — que a cláusula exorbitante do direito comum é aquela que não se encontra, normalmente, no contrato de direito privado, seja porque ela, nele inserida, seria nula como contrária à ordem pública, seja ainda porque ela tem sido inserida no contrato pela autoridade administrativa, em função de preocupações de interesse público estranhas às pessoas de direito privado, quando estas contratam entre si."[28]

"Para que o contrato celebrado pela pessoa pública seja considerado administrativo, ou deve conter cláusulas exorbitantes do direito comum, ou permitir a participação do particular contratante na própria execução do serviço público, conceituando-se como exorbitante a cláusula que, usualmente, não se encontra nos contratos privados, na maior parte das vezes porque, se figurasse nesses contratos, seria ilícita."[29] "Inabitualidade" e "ilicitude" são vocábulos empregados pela doutrina francesa, quando se refere à cláusula exorbitante, ausente dos contratos privados.

Em dois livros assinalamos que são, entre outras, exorbitantes do direito comum: a) as chamadas cláusulas "penais"; b) as cláusulas que prevêem o direito de rescisão unilateral em proveito da administração; c) o poder que a administração tem de baixar instruções; d) as que impliquem o exercício do poder de polícia; e) as que possibilitem a edição dos denominados atos de império.[30]

Celso Antonio Bandeira de Mello, aceitando a construção jurisprudencial do Conselho de Estado, na França, assinala que a cláusula exorbitante caracteriza-se por seu "caráter incomum, em um contrato de direito privado, seja porque aí seria nula, seja porque inadaptada a ele, ainda que não fora nula".[31]

13. *"Cláusula exorbitante" e "contrato administrativo"*

Quando se estuda, pois, o contrato administrativo, várias noções precisam ser esclarecidas — a de "cláusula exorbitante", a de *puissance publique* e a da

[27] Id. ibid. p. 572.
[28] Id. ibid. p. 572.
[29] Debbasch, Charles. *Droit administratif*. 1968. p. 273.
[30] Cretella Júnior, J. *Tratado de direito administrativo*. op. cit. v. 3, p. 51; ———. *Direito administrativo brasileiro*. op. cit. v. 1, p. 397.
[31] Cf. Mello, Celso Antônio Bandeira de. op. cit. p. 141.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

"execução do serviço pelo próprio particular contratante". Qual o entrelaçamento dessas noções?

As seguintes afirmações, a respeito, encontram-se nos autores e devem ser levadas em consideração.

A primeira afirmação, incontestável, é a de que "basta a presença da cláusula exorbitante, para conferir o caráter de administrativo ao contrato celebrado pela pessoa jurídica pública, mesmo que o objeto do contrato não se refira ao serviço público". Em síntese, contrato administrativo é o que encerra cláusula exorbitante. Assim, o contrato no qual se acha inserta a cláusula derrogatória é contrato administrativo, mesmo que ele não tenha por objeto a execução do serviço público pelo próprio particular. Se o objeto desse contrato fosse realmente esse, a participação do particular na execução do contrato, a presença da cláusula exorbitante seria supérflua, o que, em outras palavras, significa que, mesmo sem relação alguma com o serviço público, é contrato administrativo, aquele que contenha, no mínimo, uma cláusula administrativa.

Analisando a Decisão Bertin, proferida pelo Conselho de Estado, a doutrina conclui que todo contrato cujo conteúdo é a própria execução do serviço público tem, por si mesmo e independentemente da presença de qualquer cláusula exorbitante, o caráter administrativo, o que assinalaria vitoriosa volta da doutrina do serviço público e tenderia a condenar a idéia segundo a qual o regime dos contratos da administração depende de saber se eles admitem ou não cláusulas exorbitantes, isto é, se eles revelam o emprego, pela administração, da *puissance publique* (potestade pública).

No entanto, tal afirmação deve ser vista com reservas. Na maioria dos casos concretos, o que prevalece é o critério da cláusula exorbitante.

Com efeito, raro é o contrato administrativo que tenha por finalidade confiar ao particular "a própria execução do serviço". Ao contrário, numerosíssimos são os contratos que não permitem ao particular a execução do serviço e, por conseqüência, para tais contratos, o caráter de "administrativo" dependerá da presença ou ausência de cláusula exorbitante.

Não se deve esquecer também que o contrato que comete ao particular a execução do serviço público encerra, em decorrência dessa circunstância, uma cláusula exorbitante do direito comum e que é precisamente a que confia a uma pessoa privada, que não se enquadra entre os agentes públicos, a responsabilidade do serviço. O critério da execução do serviço público não se contrapõe ao critério da cláusula exorbitante, do mesmo modo que as idéias de potestade pública e de serviço público não se repelem.[32]

[32] Cf. Vedel, Georges. *Droit administratif*. op. cit. p. 234-5.

14. *Exemplos de "cláusulas exorbitantes"*

A doutrina, esquematizando, abstraindo e generalizando, resume, *in genere,* hipóteses de cláusulas exorbitantes, tiradas da prática administrativa e condensadas em proposições sintéticas, que teorizam a realidade. Assim, são cláusulas administrativas, "derrogatórias", "exorbitantes" ou "de privilégio":

1. as que, configurando hipóteses do "fato do príncipe", permitem que a administração altere, sem consulta, unilateralmente o contrato;

2. as que permitem que a administração, por interesse público, proceda à rescisão do contrato;

3. as que permitem que a administração aplique sanções ao particular contratante, inidôneo, como, por exemplo, a de não mais poder contratar;

4. as que impedem expressamente ao contratante eximir-se de executar o que foi pactuado, fundamentado no princípio da *exceptio non adimpleti contractus,* ou, em outras palavras, as que consagram o princípio da inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido;

5. as que permitem que concessionárias *promovam* desapropriação de bens particulares, declarados de utilidade pública pelo Estado;

6. as que permitam a ocupação do domínio público pelo particular;[33]

7. as que facultam o exercício do poder de polícia pela administração;

8. as que possibilitam ao poder público baixar instruções;

9. as que, inseridas em contrato de execução de obra pública, imponham servidões, gravando a propriedade do particular confinante, em benefício do particular contratante;

10. as que impõem ao contratante o aprimoramento técnico, com vistas à prestação de serviço público mais adequado;

11. as que permitem a delegação de moderada parcela do poder de polícia ao contratante para que este possa desempenhar plenamente o serviço público concedido;

[33] Cf. Barbosa, Rui. *Os privilégios exclusivos na jurisprudência constitucional dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro, Empresa Fotomecânica do Brasil, 1911. p. 4.

12. as que impõem ao contratante diversidade de tratamento entre o usuário comum e o funcionário público, dando a este o uso do serviço, com abatimento e até gratuitamente, nos transportes coletivos urbanos;

13. as que facultam ao particular isenção temporária de tributos.

15. *Regime jurídico do contrato administrativo*

Louis Rolland,[34] embora evite o emprego da expressão "cláusula exorbitante", elucida que não existem disposições gerais concernentes ao regime dos contratos administrativos. Para se ter visão de conjunto das regras constitutivas deste regime, é preciso que nos reportemos aos textos relativos a certos contratos determinados e, a seguir, à prática administrativa.

Cada administração tem, em matéria de contrato, regras bem definidas, devendo-se observar que o poder público somente celebra acordos quando, no contrato, são inseridas determinadas cláusulas. O poder público, em conseqüência, redige um *caderno de cláusulas e condições gerais,* que inclui em seus contratos. Há princípios que inspiram e informam essas cláusulas especiais, como, a saber: a) o emprego pela administração de processos particulares, na conclusão do acordo; b) o emprego de meios de ação, para assegurar a execução do contrato, meios desconhecidos pelo particular, como, por exemplo, a expedição de ordens de serviço; c) a possibilidade ou faculdade de modificação das disposições contratuais, de impor ao particular obrigações suplementares, inexistentes no momento da assinatura do acordo; d) a faculdade de rescisão do contrato a qualquer momento, sem intervenção do Judiciário; e) a aceitação de encargos, que passam a onerar o particular, quando circunstâncias sociais, políticas ou econômicas produzem sensível desequilíbrio na economia do contrato.[35]

16. *Modalidades de contratos administrativos*

O contrato, gênero, ou categoria jurídica, classifica-se em privado e público. O contrato público, por sua vez, é comum a vários ramos do direito. O contrato administrativo é espécie do gênero contrato de direito público, admitindo diversas modalidades: contrato de função pública, contrato de concessão de serviço público, contrato de concessão de uso privativo de bem público pelo particular, contrato de obra pública, contrato de trabalho público, contrato de fornecimento

[34] Rolland, Louis. *Précis de droit administratif*. 9. ed. Paris, 1947. p. 52 e segs.
[35] Id. ibid. p. 52-4.

contínuo, contrato de fornecimento descontínuo, contrato de empréstimo compulsório, contrato de empréstimo público, contrato de doação de bem público, contrato de mútuo de direito público, contrato de comodato de direito público. O contrato de comodato de direito público pode ser considerado espécie do gênero contrato de concessão de uso de bem público, assumindo esta última forma. O contrato de mútuo de direito público e o empréstimo compulsório podem ser considerados espécies do gênero contrato de empréstimo público.

Para efeitos de raciocínio, tomemos a concessão de serviço público, ou, sua *figura iuris* irmã, a concessão de uso privativo de bem público pelo particular.

Desde que se atribuiu, à concessão de serviço público, a natureza jurídica de "contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, comutativo, realizado *intuitus personae*",[36] a que acrescentaríamos *contrato administrativo*[37] e "do tipo dos contratos de adesão",[38] vamos escolher este tipo inequívoco de contrato administrativo para ver, na prática, em concreto, como nele estariam situadas as cláusulas exorbitantes.

17. *As "cláusulas de privilégio" no contrato de concessão*

A natureza jurídica da concessão de serviço público é a de contrato administrativo. Se se trata de contrato administrativo, no acordo celebrado entre a administração e o particular que vai explorar o serviço ou já o está explorando, deverão estar inseridas, presentes, atuando, as "cláusulas de privilégio", "cláusulas de supremacia", "cláusulas exorbitantes" ou "cláusulas derrogatórias" de direito comum. Se não estiverem presentes tais cláusulas, o contrato é acordo de direito comum.

A existência, portanto, das denominadas "cláusulas exorbitantes" é, precisamente, a diferença específica entre o contrato privado e o contrato administrativo. "Contrato de direito privado" é o que não admite a existência de "cláusula derrogatória". "Contrato administrativo" é o que se caracteriza pela existência desse tipo de cláusula, conotação que derroga, exorbita ou afasta o pacto da área do direito privado e o coloca na órbita do direito público. Cláusula exorbitante é a que não se encontra, de hábito, usualmente, no contrato privado, pois, inserta neste, seria ilícita,[39] por suscitar perturbações à ordem pública.

[36] Masagão, Mário. op. cit. p. 101.
[37] Bielsa, Rafael. op. cit. p. 225; e autores citados em nosso livro *Direito administrativo brasileiro*. op. cit. p. 425.
[38] Cf. Cretella Júnior, J. *Tratado de direito administrativo*. op. cit. p. 128.
[39] Debbasch, Charles. op. cit. p. 273.

18. *"Cláusulas exorbitantes", na teoria e na prática*

Partindo, como dissemos, do contrato de concessão, quer em sua primeira modalidade, concessão para a exploração de serviço público, quer na sua segunda modalidade, a concessão para uso privativo de bem público pelo particular, mas, fixando-nos, para efeito de raciocínio concreto, na primeira modalidade, vamos assinalar alguns exemplos concretos de cláusulas "de privilégio", também denominadas "exorbitantes" ou "derrogatórias".

a) *Promoção expropriatória* — "Os concessionários de serviços públicos poderão promover desapropriações, mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato" (art. 3.º do Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941). Como se sabe, apenas o Chefe do Executivo, nas três esferas do Brasil, pode declarar de utilidade pública (de necessidade pública, ou de interesse social) determinado bem imóvel, para efeitos expropriatórios; pode ainda a mesma pessoa política — a União, o Estado-membro, o Município — promover, efetivar, concretizar, mais tarde, a desapropriação, ingressando em juízo com a respectiva ação judicial expropriatória. No entanto, se, no contrato de concessão, celebrado com o particular, estiver inscrita a cláusula exorbitante da promoção expropriatória, ou, se esta possibilidade estiver prevista, em lei, temos inserida no contrato uma faculdade transferida ao concessionário privado, verdadeira delegação, decorrente do "jus imperii" ou da *puissance publique,* que jamais um particular poderia outorgar a outro particular, pois do contrário haveria atentado à ordem pública. Conclusão: a outorga do concedente-Estado ao concessionário-particular para promover desapropriação, entrando em juízo com a respectiva ação expropriatória contra outro particular, é cláusula exorbitante, "de privilégio", de "prerrogativa", derrogatória, pois jamais pode ser inserida em contrato privado, mas, tão-só, inserta em contrato administrativo, porque, do contrário, ocorreria, se inscrita em contrato privado, atentado flagrante ao direito de propriedade.

b) *Direito à percepção de tributos* — no todo ou em parte, é outro exemplo de exorbitância, devendo observar-se quanto à percepção que "não existe incerteza, o que tornaria aleatório o contrato", pois "essas prestações, quando futuras, são esperadas como certas".[40] Como nota o clássico Henri Berthélemy, "a incerteza é relativa ao *quantum* dos tributos, e não ao direito de percebê-los".[41] André de Laubadère menciona também a possibilidade ou direito que tem o con-

[40] Masagão, Mário. op. cit. p. 101, nota 67.
[41] Berthélemy, Henri. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris, 1906. p. 616.

cessionário de cobrar tributos, em razão da prerrogativa de *puissance publique* que a administração, para tal efeito, lhe transfere.[42]

c) *Exigência de demissão de empregados da concessionária* — é exemplo de cláusula exorbitante, fundamentada em motivos de polícia, quando se trata de contrato administrativo celebrado entre a administração concedente-locadora e concessionário-locatário privado, cláusula que não poderia constar de contrato de locação privada, mas que figurava no contrato celebrado entre o poder público e a Nova Sociedade de Exploração das Praias.[43]

d) *Contratos referentes ao emprego de mão-de-obra penitenciária* — têm, por natureza e em razão das obrigações assumidas pelo empreiteiro, caráter administrativo.[44]

e) *A "inabitualidade", no contrato civil, em decorrência do caráter de "ilicitude", que apresenta,* é outro traço que caracteriza a cláusula exorbitante,[45] na maioria das vezes porque tal inserção seria "ilícita", se tivesse por finalidade conferir às partes direitos ou de impor-lhes obrigações estranhas, por natureza, ao que é suscetível de ser livremente pactuado pelo particular que contrata nos quadros das leis civis e comerciais.[46]

f) Direito que a administração tem de rescindir unilateralmente e a qualquer tempo o contrato, sem indenização, é outro caso de cláusula exorbitante, embora algumas decisões o neguem.[47]

g) *A substituição do contratante particular pela administração* é outro exemplo de *cláusula exorbitante.*[48]

h) *Possibilidade de aplicar sanções ao particular contratante,* decorrente do poder contínuo de controle que o poder público exerce sobre o concessionário. Sem recorrer ao Judiciário, mas diretamente, em decorrência da regra do *privilège du préalabre* (privilégio do preliminar, do prévio), a administração tem o poder-dever — e não a mera faculdade discricionária — para o melhor desem-

[42] Laubadère, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. 3. ed. 1963. v. 1, p. 286.
[43] Decisão do Tribunal de Conflitos, de 20 de abril de 1959. In: *Recueil*, p. 886. Apud Waline. op. cit. p. 572. Motivação reiterada por Decisão do Conselho de Estado, de 25 de novembro de 1959, na mesma causa.
[44] Decisão do Conselho de Estado, de 14 de dezembro de 1927, no caso da Sociedade de Exploração de Quartzitas e Pórfiros de Orno, p. 1.209. Apud Waline. op. cit. p. 573.
[45] Decisão do Tribunal de Conflitos, de 10 de junho de 1952, ao julgar feito em que era parte a Sociedade de Combustíveis e Carburantes Nacionais. In: *Recueil*, p. 629. Apud Debbasch, Charles. op. cit. p. 273.
[46] Decisão do Tribunal de Conflitos, de 20 de outubro de 1950. Stein. In: *Recueil*, p. 505; e de 26 de fevereiro de 1958, Companhia das Minas de Famelé, Gâmbia. In: *Recueil*, p. 128. Apud Debbasch, Charles. op. cit. p. 273.
[47] Decisão do Tribunal de Conflitos, de 28 de março de 1955. Apud Debbasch, Charles. op. cit. p. 273.
[48] Debbasch, Charles. op. cit. p. 282.

penho e execução do serviço público.[49] Laubadère mostra os limites que, neste caso, existem para a aplicação das sanções ao concessionário inadimplente.[50]

i) *A imposição, pelo poder público ao particular, dos meios de execução das obrigações,* principalmente no que diz respeito ao contrato de trabalhos públicos, no qual o concessionário é obrigado a executar as ordens de serviço que lhe dá a administração, em sua qualidade de "mestre de obra".[51]

19. *Conclusão*

Não deve, por fim, ser esquecida, antes, aproveitada, a contribuição francesa, na estruturação da cláusula exorbitante, primeiro, pelo Conselho de Estado e Tribunal de Conflitos, que decidiram casos referentes a contratos administrativos, depois, pela doutrina que, com base nas constantes decisões, extraiu elementos para a elaboração da teoria jurídica da cláusula de privilégio. "A comparação com os direitos estrangeiros leva o administrativista a conhecer melhor seu próprio sistema jurídico",[52] trazendo "grandes vantagens para o estudioso do direito administrativo, porque assinala os instrumentos que a administração usa, nos vários sistemas, quando pretende atender ao interesse público".[53]

"O direito administrativo comparado aperfeiçoa, antes de tudo, o homem — o doutrinador e o administrador, alargando o quadro doutrinário com novos modelos e possibilitando maior visão para os governantes na compreensão e solução dos problemas administrativos. O estudo da administração, nos vários direitos, é indispensável não só para o entendimento desses mesmos direitos como para a do próprio. A comparação do direito administrativo *local* com o direito positivo *estrangeiro* é útil como meio eficaz de rejuvenescer e de vivificar os estudos da administração nacional. O jurista que estuda apenas *seu* direito administrativo regional não conhece bem nem mesmo esse direito."[54]

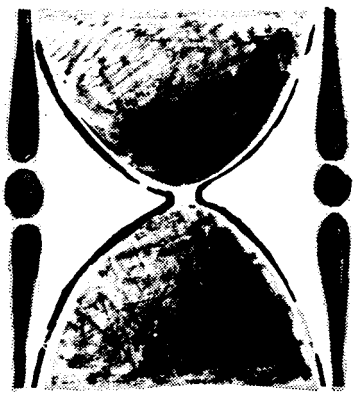
Ora, a comparação do instituto da "cláusula exorbitante", na jurisprudência francesa, que firmou rigorosa colocação jurídica, a partir do julgamento de centenas de questões, que envolveram contratos administrativos, permite que o jurista brasileiro, diante de hipóteses semelhantes, decididas pelos tribunais brasileiros, empreenda o regime jurídico do contrato administrativo, ressaltando, neste, o papel fundamental da cláusula de privilégio.

[49] Id. ibid. p. 281-2.
[50] Laubadère, André de. op. cit. p. 300.
[51] Decisão do Conselho de Estado, de 22 de fevereiro de 1952. Sociedades para a Exploração dos Processos Ingrand, p. 130. Apud Laubadère, André de. op. cit. p. 300.
[52] Cf. Cretella Júnior, J. *Direito administrativo comparado*. 1972. p. 26.
[53] Id. ibid. p. 29.
[54] Id. ibid. p. 220.

Partindo da jurisprudência pátria, a doutrina brasileira, inspirada pela comparação com a experiência francesa, elaborará, diante de nosso direito, a doutrina da cláusula de privilégio, com os traços especiais que os nossos casos emergentes apresentarem.

O objetivo deste trabalho foi assinalar, tão-somente, a existência, no mundo jurídico, da "cláusula de privilégio", denominada erradamente "cláusula exorbitante" ou "cláusula derrogatória". Realidade incontestável, da mais alta relevância e que, presente num contrato, tem o condão de tipificá-lo como administrativo, a cláusula exorbitante é "inabitual", como dizem os doutrinadores franceses, "inexistente", como dizemos nós, nos contratos de direito privado, porque os descaracterizaria. A "cláusula de privilégio", ao contrário, é de obrigatória presença no contrato administrativo, porque vai revelar o traço onímodo, onisciente, onipresente, onipotente do Estado, através de sua *puissance publique*, no acordo celebrado com o particular, caso em que a administração, por interesse público, tem o poder-dever de impor ao contratante as regras do jogo, ao mesmo tempo que pode transferir-lhe a parcela necessária de *prerrogativas públicas* de que é detentora para que a execução do contrato — o desempenho do serviço público — se processe da melhor maneira possível, em benefício da coletividade.

Renove sua



Nas livrarias da FGV:
Rio - Praia de Botafogo, 188
Av. Presidente Wilson, 228-A
São Paulo - Av. Nove de Julho, 2029
Brasília - CLS 104, Bloco A, loja 37

assinatura a tempo