

O Leviatã retroalimentado: quem paga a conta das Cláusulas Exorbitantes?

Autor(a): Marcos Nobrega

Publicado em: 09 de maio de 2018

Publicação: Coluna direitodoestado.com.br

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/marcos-nobrega/o-leviata-retroalimentado-quem-paga-a-Conta-das-clausulas-exorbitantes>

Fonte original: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/marcos-nobrega/o-leviata-retroalimentado-quem-paga-a-Conta-das-clausulas-exorbitantes>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/marcos-nobrega/o-leviata-retroalimentado-quem-paga-a-Conta-das-clausulas-exorbitantes#ep-62070205

Resumo

Está agora em discussão na Câmara dos Deputados o projeto da Nova Lei de Licitações (PL 6814/17) que já foi aprovado no Senado federal e pretende disciplinar novas regras para as compras governamentais no país.

Texto integral

Está agora em discussão na Câmara dos Deputados o projeto da Nova Lei de Licitações (PL 6814/17) que já foi aprovado no Senado federal e pretende disciplinar novas regras para as compras governamentais no país. Em linhas gerais, o novo texto seria o amálgama de inovações já existentes e testadas em outros diplomas como o Pregão, Lei das Parcerias Público Privadas – PPP, Regime Diferenciado de Contratação ou mesmo a recente Lei das Estatais. A ação do Governo de realizar uma compra é tarefa complexa e burocraticamente desafiante. O objetivo da administração não pode se esgotar na adjudicação do objeto ao licitante vencedor mas ir muito mais adiante, até o término da relação contratual. O que tem se visto é a errônea perspectiva que a administração conseguirá sempre o melhor preço para determinado bem. Quanto mais complexo for o objeto contratado e burocrático o procedimento requerido, mais o preço licitado carregará incerteza sobre sua adequação. Ademais, o sistema de preços é um eficiente, porém não perfeito, mecanismo de transmissão de informação. Em muitos sentidos o preço licitado é apenas o “first best”, ou seja, aquele que seria possível onde e quando as circunstâncias ideais existissem como completude contratual, racionalidade ilimitada e simetria de informações. Como isso não é possível, muitas vezes o preço licitado é o “second best”, ou seja, “o segundo melhor possível”. Logo, deve existir um período e margens de adequação para o ajustamento desse preço. Deveria existir uma espécie de “estágio probatório” do preço adjudicado e durante esse período, seu ajuste seria tratado como contingência natural da dificuldade de definir riscos e estabelecer custos durante a elaboração das propostas. Nesse sentido, o reequilíbrio econômico financeiro do contrato deveria ser considerado com algo inerente ao contrato e não como um trauma. Quanto mais desafiadora a licitação e quanto mais complexo o objeto, mais chances de imprecisão nos preços, culminando com as assimetrias que se acumulam durante a execução contratual. Aí um problema. As mudanças legislativas centram-se nos procedimentos licitatórios mas apenas inovam perfunctoriamente na seara contratual. Continuam os mesmos vícios e constructos teóricos defasados que nos remetem a algo

no passado e ao um Estado com poderes totais, mitigando a liberdade contratual e pretensamente preservando o interesse coletivo. Um bom exemplo disso é a presença de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativo que representam o poder extroverso da Administração pública em relação ao particular. Podem ser vistas como um tipo de risco assumido pelo contratado e o seu comportamento será função do tipo de prerrogativa que o Poder Público irá exercer. O direito em geral e o direito administrativo em especial não estão acostumado a lidar com três aspectos: incerteza; probabilidade e risco. Nesse último caso, alguns contratos contemplam uma matriz de risco para viabilizar a sua repartição entre o Poder Público e o particular. Ocorre que, em regra, as cláusulas exorbitantes não são consideradas na discussão da partilha de riscos, mas o particular as precifica e coloca em suas expectativas. Uma das mais comuns cláusulas exorbitantes é a rescisão unilateral do contrato. Se o licitante estima que há uma elevada probabilidade de isso acontecer, terá mais atenção e, como defesa, ou aumentará os seus preços ou executará deficientemente os serviços. Esse risco da rescisão unilateral não é um risco isolado, mas antes correlacionado com outros tipos de riscos, com o risco político; o risco de obtenção de insumos (offtaken contracts); o risco cambial. Como o contratado não pode saber ex ante se o contrato será unilateralmente rescindido ou não, deve observar sinais e extrair informação sobre as características do contratante. Nesse caso, a reputação é fundamental. Se em muitos outros contratos o poder público tomou a medida extrema, há grande chance de isso novamente acontecer. Nesse caso, o contratante tem que extrair renda do contrato o mais rápido possível para se acautelar da rescisão. A doutrina tradicional vê as cláusulas exorbitantes em geral - e a rescisão unilateral em especial - como prerrogativas da administração. Porém, do ponto de vista econômico, podem ser vistas como um risco que é assumido pelo contratado. Quem assume um risco pode tomar três medidas: entronizar; ressegurar e repassá-lo. A depender do tipo de contrato, os riscos das cláusulas exorbitantes podem sofrer os três fenômenos. É entronizado quando o contratado nada pode fazer do que suportar o poder do Estado contratante. Nesse caso, certamente a tensão do risco assumido recairá para os preços. No segundo caso, o sistema jurídico funciona como uma espécie de resseguro, mas com elevados custos de transação. E no terceiro caso, vai tentar repassar o risco para o tomador do serviço que, no caso de serviços públicos, é o usuário final. As cláusulas exorbitantes significam prerrogativas para a administração, mas como estabelecem específicos incentivos para o sistema econômico, acabam por determinar elevados custos de transação que devem ser considerados na execução dos contratos administrativos. O Estado Leviatã se retroalimenta espalhando incentivos perversos no sistema de contratações públicas. Se os constructos teóricos no direito contratual público não forem rediscutidos, legislações podem aflorar, mas assimetrias, elevados custos de transação e perversos incentivos continuarão gerando grandes ineficiências nas contratações públicas no Brasil.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

NOBREGA, Marcos. O Leviatã retroalimentado: quem paga a conta das Cláusulas Exorbitantes?. Direito do Estado — Colunistas, 9 maio 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/marcos-nobrega/o-leviata-retroalimentado-quem-paga-a-conta-das-clausulas-exorbitantes>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/marcos-nobrega/o-leviata-retroalimentado-quem-paga-a-conta-das-clausulas-exorbitantes>. Acesso em: 11 ago. 2026.

APA 7ª edição

Nobrega, M. (2018, May 9). O Leviatã retroalimentado: quem paga a conta das Cláusulas Exorbitantes?. *Direito do Estado — Colunistas*. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/marcos-nobrega/o-leviata-retroalimentado-quem-paga-a-conta-das-clausulas-exorbitantes>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

NOBREGA, Marcos. 2018. "O Leviatã retroalimentado: quem paga a conta das Cláusulas Exorbitantes?." *Direito do Estado — Colunistas*, May 09. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/marcos-nobrega/o-leviata-retroalimentado-quem-paga-a-conta-das-clausulas-exorbitantes>

BibTeX

```
@article{marcos-nobrega-o-leviat-retroalimentado-quem-paga-a-con-2018,
author = {Nobrega, Marcos},
title = {O Leviatã retroalimentado: quem paga a conta das Cláusulas Exorbitantes?},
journal = {Direito do Estado — Colunistas},
year = {2018},
url = {http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/marcos-nobrega/o-leviata-retroalimentado-quem-paga-a-conta-das-clausulas-exorbitantes},
urldate = {2018-05-09}
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/marcos-nobrega/o-leviata-retroalimentado-quem-paga-a-conta-das-clausulas-exorbitantes>
PDF gerado em 2026-08-11 02:01 UTC