



ALEX FELÍCIO TEIXEIRA

**DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES
DO CONTRATO ADMINISTRATIVO**

**Brasília – DF
2011**

ALEX FELÍCIO TEIXEIRA

**DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES
DO CONTRATO ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo do Instituto de Direito Público – IDP.

Orientador: Túlio Sobral Martins e Rocha

**Brasília - DF
2011**

ALEX FELÍCIO TEIXEIRA

DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo do Instituto de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___ / ___ / _____, com menção ___ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

O trabalho aqui apresentado tem como objetivo principal o estudo das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos. Primeiramente, deve ser reconhecida a existência do contrato administrativo como um contrato da Administração, sendo regido por um regime jurídico único, imposto pelo direito administrativo, cuja estrutura impõe e demanda a observância dos princípios da supremacia do interesse público, bem como da finalidade pública. As controvérsias sobre a admissão do contrato administrativo são intensas e ainda encontram divergências entre autores modernos. Entretanto, de um modo geral, após um breve estudo acerca das características dos contratos administrativos, apontado as suas semelhanças e diferenças do contrato privado, têm-se o reconhecimento do contrato administrativo, no qual figura a Administração como parte interessada em concretizar fins de interesse público. Para tanto, com o escopo de atingir os fins a que se propõe, goza a Administração de poderes especiais, denominados cláusulas exorbitantes do direito comum, decorrentes da posição privilegiada da Administração Pública.

Palavras-Chaves: Direito administrativo; regime jurídico único; contratos da Administração; contratos administrativos; cláusulas exorbitantes.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1 O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO..... | 9 |
| 1.1 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO | 11 |
| 1.2 INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO..... | 13 |
| 2 CONTRATO ADMINISTRATIVO | 15 |
| 2.1 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO..... | 25 |
| 2.1.1 <i>Presença da administração pública como poder público</i> | <i>25</i> |
| 2.1.2 <i>Finalidade pública</i> | <i>26</i> |
| 2.1.3 <i>Obediência à forma prescrita em lei.....</i> | <i>27</i> |
| 2.1.4 <i>Procedimento legal.....</i> | <i>28</i> |
| 2.1.5 <i>Contrato de adesão.....</i> | <i>33</i> |
| 2.1.6 <i>Relação contratual</i> | <i>34</i> |
| 2.1.7 <i>Presença das cláusulas exorbitantes.....</i> | <i>36</i> |
| 2.2 EXECUÇÃO DO CONTRATO..... | 38 |
| 2.3 INEXECUÇÃO DO CONTRATO | 43 |
| 2.4 EXTINÇÃO DO CONTRATO | 45 |
| 3 DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES..... | 48 |
| 3.1 ALTERAÇÃO UNILATERAL..... | 51 |
| 3.2 RESCISÃO UNILATERAL..... | 54 |
| 3.3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO | 54 |
| 3.4 REAJUSTE E REVISÃO | 56 |
| 3.5 EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO..... | 58 |
| 3.6 CONTROLE DO CONTRATO..... | 59 |
| 3.7 APLICAÇÃO DAS PENALIDADES CONTRATUAIS | 60 |
| 3.8 TEORIA DA IMPREVISÃO | 61 |
| 3.8.1 <i>Força maior.....</i> | <i>62</i> |
| 3.8.2 <i>Caso fortuito.....</i> | <i>63</i> |
| 3.8.3 <i>Fato do príncipe</i> | <i>63</i> |
| 3.8.4 <i>Fato da administração.....</i> | <i>64</i> |
| 3.8.5 <i>Interferências imprevistas</i> | <i>65</i> |
| 3.9 EXIGÊNCIA DE GARANTIA | 65 |
| CONCLUSÃO | 68 |

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho foi escolhido pela sua importância para a Administração Pública, uma vez que os contratos administrativos ocorrem com bastante frequência na atualidade.

Ao celebrar um contrato administrativo, a Administração Pública não atua numa relação de horizontalidade com o particular, em que as partes possuem direitos iguais. A relação aqui é de verticalidade, na qual o Poder Público é dotado de algumas prerrogativas, as chamadas cláusulas exorbitantes.

Tais prerrogativas justificam-se em função da finalidade da Administração, qual seja, o interesse público. E é este o motivo pelo qual as partes, diferentemente do que ocorre no direito privado, não se encontram no mesmo patamar de igualdade.

Assim, a Administração poderá modificar ou rescindir unilateralmente os contratos administrativos, fiscalizar sua execução, aplicar sanções administrativas aos administrados, reter créditos decorrentes do contrato, entre outras prerrogativas, frequentemente denominadas pela doutrina como "cláusulas exorbitantes" do contrato.

Entretanto, apesar de ser um ajuste diferenciado, em razão do Poder Público figurar como parte, em posição de supremacia ao particular, configurando à Administração uma posição jurídica privilegiada, o contrato administrativo não deixa de ser um contrato consensual, com vantagens também para o particular contratado.

Como não há uma definição legal do contrato administrativo, a doutrina, de modo divergente, procurou conceituar denominada forma de contrato, estabelecendo suas características e o seu regime jurídico diferenciado, como também as cláusulas exorbitantes.

Dessa forma, o estudo aqui apresentado tem como foco demonstrar as

divergências doutrinárias acerca da possibilidade de existência dos contratos da Administração Pública, a saber, os contratos administrativos, bem como expor suas principais características, com maior enfoque nas cláusulas exorbitantes da Administração.

1 O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo é o ramo do direito público que rege os órgãos, os agentes e as atividades públicas, tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.¹

Assim o direito administrativo regula a estrutura e o pessoal do serviço público, bem como a série de atos praticados pela Administração Pública, perpetrados nessa qualidade. Para tanto, tal ramo do direito vale-se do ordenamento jurídico vigente, pois é este que vai estabelecer os fins legais de interesse público a serem buscados e tutelados pelo Estado.

Hely Lopes Meirelles leciona que o Estado moderno permite ao direito administrativo, para o completo atendimento dos seus fins, a atuação em três sentidos, a saber: administração, legislação e jurisdição. Em todos eles há orientação do direito administrativo quanto à organização e funcionamento de seus serviços, à administração de seus bens, à regência de seu pessoal e à formalização dos seus atos de administração.²

Por esta razão, o Estado goza de um regime diferenciado, uma vez que possui princípios que lhe são peculiares e que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade, compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo.³

Denomina-se então regime jurídico-administrativo o conjunto de regras e princípios a que se deve subsumir-se a atividade administrativa no atingimento dos seus fins.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 34.

² Ob. cit., p.35.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.43.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o regime administrativo resume-se a duas palavras: prerrogativas e sujeições. Conceituando o regime, a autora expõe que:

A expressão regime jurídico da Administração Pública é usada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o direito administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa.⁴

A Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios desconhecidos no âmbito do direito privado. Justamente essas prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, com o objetivo de atingir o interesse público. Essa posição privilegiada da Administração Pública decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, também chamado de princípio da finalidade pública, pelo qual o interesse da coletividade é superior em relação ao interesse particular. Porém, Marçal Justen Filho destaca que tal princípio não significa e nem acarreta a ilicitude dos interesses particulares, pois significa apenas maior valoração, para fins de disciplina normativa, ao interesse público.⁵

Ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, visando ao benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente nulidade dos atos da Administração.⁶ Isto é, a Administração encontra-se limitada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 58.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 34.

⁶ DI PIETRO. Ob. cit., p. 59.

O interesse público nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entendida juridicamente como Estado).⁷

De um lado encontra-se o interesse particular, individual, atinente às conveniências de cada um, no que concerne aos assuntos de sua vida particular. De outro, existe também o interesse pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, enquanto partícipes de uma coletividade maior, na qual estão inseridos. É este, portanto, o interesse público, o interesse do todo que só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro.⁸

1.1 Supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, implícito na Constituição Federal da República de 1988, proclama a coletividade do interesse da sociedade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição até mesmo para a sobrevivência e asseguramento deste último.⁹

A posição de supremacia da Administração representa a verticalidade existente nas relações entre o particular e a Administração, diferentemente do que ocorre no direito privado em que as partes são tratadas com igualdade na relação e encontram-se na forma horizontal.¹⁰

O Poder Público se encontra em situação de autoridade em relação aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos

⁷ MELLO, C. Ob. cit., p.50.

⁸ Idem, Ibidem, p. 51.

⁹ Idem, Ibidem, p. 58.

¹⁰ VIOLIN, Tarso Cabral, TABORDA, Mônica Oldani. **As Prerrogativas da Administração nos Contratos Administrativos**. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3699/as-prerrogativas-da-administracao-nos-contratos-administrativos/1>>. Acesso em: 20 de março de 2011.

em confronto. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que compreende, em face de sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Outrossim, implica, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.¹¹

Di Pietro explica que a lei concede à Administração poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, com o objetivo de atender ao interesse coletivo, mas se, no entanto, a Administração utilizar tais poderes para atender interesses pessoais para prejudicar um inimigo, beneficiar um amigo, estará desviando-se da finalidade pública e caracterizará em vício de "desvio de poder" ou "desvio de finalidade", tornando o ato ilegal.¹² Para a Autora, o princípio da finalidade pública tem influência desde a elaboração da lei, ao inspirar o legislador na elaboração da norma, devendo este se ater ao fim buscado pelo Estado, até a execução da lei, devendo a Administração Pública respeitar o ordenamento legal.

Da mesma forma que esse princípio inspira o legislador, ao editar as normas de direito público, também vincula a Administração Pública, ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa. Incidindo, assim, o princípio da legalidade, princípio norte da atuação estatal, segundo o qual a Administração deve perpetuar-se de acordo com a lei.

As prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer interesses ou conveniências estatais ou agentes governamentais.¹³

¹¹ Ob. cit., p.59.

¹² Ob. cit., p. 63.

¹³ MELLO, C. Ob cit., p. 62.

Nesse contexto, seguindo tal linha de raciocínio, não pode a Administração Pública dissociar-se do princípio da indisponibilidade do interesse público, cuja guarda lhe é atribuída por lei.

1.2 Indisponibilidade do interesse público

A indisponibilidade do interesse público significa que, sendo estes qualificados como da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por serem inapropriáveis.¹⁴

O Poder Público não titulariza interesses públicos, uma vez que o titular deles é o Estado que, em certa esfera, os protege e exercita por meio da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados Administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei.¹⁵

A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração. O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade.¹⁶

A atividade administrativa é subordinada à lei, só podendo ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal, o qual é o fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei, uma vez que o

¹⁴ MELLO, C. Ob. cit., p. 63.

¹⁵ VOLPI, Elon Kalebi Ribas. **Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do Interesse Público e a Questão da Isonomia.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2008030613004547&mode=print>. Acesso em: 20 de abril de 2011.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo.** 11 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.22.

agente da Administração é apenas um instrumento para o alcance e manutenção do interesse público.

Segundo Lúcia Vale de Figueiredo, a competência conferida à Administração é intransferível, mas delegável, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público.¹⁷

Como consequência da indisponibilidade, Odete Medauar afirma que a autoridade não pode deixar de tomar as providências legais, ou mesmo retardar seu cumprimento. Verifica-se aqui nítida ligação ao princípio da legalidade.¹⁸

Nesse ínterim, é possível observar que o princípio da indisponibilidade do interesse público visa a atuar como um freio ao princípio da supremacia do interesse público, uma vez que pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, o administrador não dispõe da coisa como sua, isto é, o agente da Administração não pode dispor livremente do interesse público, porque não representa seus próprios interesses quando atua, razão pela qual deve agir segundo os limites impostos pela lei.

¹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Vale de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.66.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. **Licitações e Contratos Administrativos**: coletânea de estudos. São Paulo: NDJ, 1998, p. 141.

2 CONTRATO ADMINISTRATIVO

Toda vez que o Estado firma compromissos recíprocos com terceiros celebra um contrato, os chamados contratos da Administração, que podem ser contratos privados da Administração ou contratos administrativos.¹⁹

A instituição do contrato é típica do direito privado, baseada na autonomia da vontade e na igualdade jurídica dos contratantes. Muito utilizada pela Administração Pública, na sua natureza originária (contratos privados realizados pela Administração), ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos).²⁰

A teoria geral do contrato é a mesma para todo gênero contratual, mas as peculiaridades da espécie contrato administrativo são regidas por normas próprias de direito público e se sujeitam a preceitos específicos da Administração. No contrato administrativo o direito privado é supletivo do direito público, mas nunca substitutivo ou derogatório das regras privativas da Administração.²¹

Todo contrato, privado ou público, é dominado pelos princípios da lei entre as partes e o da observância do que pactuaram. Pelo primeiro, torna-se imutável o que as partes convencionaram; pelo segundo, devem ambas cumprir fielmente o que avençaram e prometeram reciprocamente.²²

Em adição, no direito privado as partes têm liberdade ampla e informal para contratar, obedecendo às restrições legais e às exigências especiais, ao passo que no direito público a Administração está sujeita à limitações de conteúdo e aos requisitos formais para a realização e execução de seus contratos. Em contrapartida, o Poder Público dispõe sempre dos privilégios administrativos para

¹⁹ CARVALHO FILHO. Ob. cit., p.157-158.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 171.

²¹ Idem, *Ibidem*, p. 172.

²² Idem, *Ibidem*.

a fixação e alteração das cláusulas de interesse público e até mesmo para pôr fim ao ajuste em meio a sua execução.²³

Nos ajustes privados a liberdade contratual é ampla, sendo permitido a qualquer dos contratantes renunciar direitos e assumir as obrigações que lhe aprover. Por outro lado, nos contratos administrativos uma das partes, a Administração, está sempre vinculada ao interesse público e não pode abrir mão de seus direitos e poderes por mera liberalidade para com a outra parte.²⁴

Os contratos privados da Administração são aqueles regulados pelo direito privado, isto é, pelo direito civil ou comercial. Em tais contratos, a Administração figura-se no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída, como regra, qualquer vantagem especial. Considera-se, assim, que a Administração age no seu *ius gestionis*.²⁵

Quanto aos contratos administrativos, a doutrina diverge. Enquanto alguns doutrinadores negam a existência de tais contratos, outros entendem que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos. E, ainda, há àqueles que entendem ser o contrato administrativo uma espécie do gênero contrato.²⁶

Aqueles que negam a existência do contrato administrativo afirmam não ser possível porque um contrato deve ser pautado pelo princípio da igualdade entre as partes, o da autonomia da vontade e o da força obrigatória das convenções. E, o contrato administrativo não goza de tais características, porque a Administração ocupa posição de supremacia em relação ao particular, só podendo realizar aquilo que a lei dispuser (princípio da legalidade). O particular,

²³ MEIRELLES. **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 172.

²⁴ SANTOS, Ernesto dos. **Licitação e Contrato Administrativo**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/27819876/LicitaCAo-e-Contrato-Administrativo>>. Acesso em: 20 de março de 2011.

²⁵ CARVALHO FILHO. Ob. cit., p. 158.

²⁶ DI PIETRO. Ob. cit., p. 207.

aqui, deve submeter-se a cláusulas regulamentares ou de serviço, fixadas unilateralmente pela Administração.²⁷

Seguindo a mesma linha, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello entende que tais cláusulas regulamentares firmadas pela Administração aos particulares não são contratos administrativos, mas sim ato unilateral da Administração, vinculado à lei, sendo as cláusulas econômicas estabelecidas por contrato de direito comum.²⁸ O contrato seria apenas quanto à equação econômico-financeira, como ato jurídico complementar adjeto ao ato unilateral. Assim, não se poderia definir a natureza de um instituto por um ato que é apenas acessório do ato principal.

Para tal corrente, ou a atividade da Administração submete-se ao direito privado e é possível a celebração de contratos, ou não se submete ao direito privado e o que seriam contratos administrativos são atos unilaterais com contratos adjetos.²⁹

A segunda corrente entende que todo contrato celebrado pela Administração é administrativo. Existem contratos administrativos, mas não existem contratos da Administração, isto é, todos os contratos firmados pela Administração são regidos, em maior ou menor medida, pelo direito público.³⁰

Figueiredo entende que os contratos privados da administração não existem, podendo-se falar, sim, de contratos da Administração Pública, regidos basicamente pelo direito privado, mas sob forte interferência do direito público.³¹

²⁷ DI PIETRO. Ob. cit., p. 208.

²⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. volume I, p. 681 a 687.

²⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Contratos Administrativos**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-RICARDO%20MARCONDES%20MARTINS.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2011.

³⁰ Idem, Ibidem.

³¹ Ob. cit., p. 329.

Meirelles, seguidor da segunda corrente, doutrina que sem cogitar das demais normas gerais, que se possam entender cabíveis, todo contrato privado de que a Administração participar deverá conter cláusulas que a lei considera essenciais para a perfeição dos ajustes administrativos; sujeitar-se à alteração ou extinção unilateral pelo Poder Público, que também poderá fiscalizar a sua execução e aplicar penalidades em razão da inexecução parcial ou total do ajuste; será passível de anulação, judicial ou administrativamente; será lavrado na repartição interessada; indicará os elementos exigidos para a identificação dos ajustes administrativos; só se tornará eficaz depois de publicado resumidamente no órgão oficial; não poderá conter efeitos financeiros retroativos, salvo nos casos expressamente previstos... e etc.³² Por tais razões, o autor entende que mesmo o contrato em tese privado se encontra limitado, sendo, portanto, também uma forma de contrato administrativo.

Para o Autor, o antigo Decreto-lei 2.300/1986, revogado pela Lei 8.666/1993, tratou de extinguir a modalidade de contrato privado celebrado pela Administração Pública. E, o autor ainda vai além, ao afirmar que as cláusulas do contrato administrativo de direito público equivalem a atos administrativos, gozando, portanto, de presunção de legitimidade, só elidível por prova bastante em contrário.³³

Já a terceira corrente admite a existência de contratos administrativos com características próprias. A Administração pode firmar contratos regidos pelo direito público, denominados contratos administrativos, e contratos regidos pelo direito privado, denominados contratos da Administração.³⁴

Conceitualmente existem diversas variações do conceito jurídico de contratos administrativos. Nesse ínterim, Mello, C. ensina que o contrato

³² **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 177.

³³ Idem, *Ibidem*, p. 193.

³⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Contratos Administrativos**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-RICARDO%20MARCONDES%20MARTINS.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2011.

administrativo é um conceito jurídico-positivo insuscetível de universalização, vez que é desenvolvido à luz de um determinado direito positivo.³⁵

Carvalho Filho expõe que o contrato administrativo é aquele que sofre a incidência de normas especiais de direito público, só se lhes aplicando, supletivamente, as normas de direito privado. Para o autor, só o fato de ter o Estado como parte não é suficiente, isoladamente, para caracterizar o contrato administrativo. Por outro lado, se o objeto não tiver uma finalidade que se traduza em interesse público, não há que se falar em contrato administrativo.³⁶

Di Pietro doutrina que, em sentido amplo, a expressão contratos da Administração abrange todos os contratos celebrados pela Administração Pública, ao passo que os contratos administrativos são os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo o regime jurídico de direito público.³⁷

A Autora apostila ainda que, pelo critério subjetivo ou orgânico, o contrato administrativo é aquele em que a Administração age com poder de império na relação jurídica contratual.³⁸

Para Mello, C. o contrato administrativo comporta duas situações jurídicas radicalmente diferentes, a saber:

- a) Contratos em que os poderes reconhecíveis ao Poder Público advêm diretamente das disposições legais e por isso não lhe poderão ser negados, mesmo que as cláusulas contratuais não o estabeleçam;
- b) Contratos em que os poderes de instabilização da pessoa jurídica existiriam independentemente de qualquer previsão contratual ou normativa explícita.³⁹

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 10.

³⁶ Ob. cit., p. 158.

³⁷ Ob. cit., p. 207.

³⁸ Idem. Ibidem, p. 209.

³⁹ **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 581.

Para o Autor, o Poder Público, em razão das suas funções, tem sempre disponibilidade sobre o serviço público e sobre a utilização de um bem público. Inversamente, o particular jamais pode tê-la. E, da mesma forma, o contrato jamais seria via idônea para propiciar a um administrado senhoria, conquanto parcial, sobre um interesse público. Daí porque, muitas vezes, o Autor faz crer que os poderes reconhecidos à Administração são relativos à prática de atos unilaterais.⁴⁰

Nesse contexto, Mello, C. conceitua o contrato administrativo da seguinte forma:

É um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros, na qual por força de lei, as cláusulas pactuadas ou o tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.⁴¹

Esclarece-se que determinada forma de avença entre entidade pública e terceiro apresenta originalidade em relação às congêneres de direito privado, pela circunstância de sua disciplina jurídica sofrer o influxo de um interesse público qualificado.⁴²

Tácito, citado por Mello, C., apostilou que a tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público.⁴³

Carlos Pinto Coelho Motta leciona que se trata de um tipo de ajuste, sujeito a regime jurídico de direito público, que a Administração celebra em posição de supremacia, para a consecução de fins de interesse público.⁴⁴

⁴⁰ MELLO, C. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 581.

⁴¹ Idem, *Ibidem*.

⁴² Idem, *Ibidem*.

⁴³ Idem, *Ibidem*.

⁴⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso Prático de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.495.

Motta entende que as principais características de um contrato administrativo são:

a) a posição de supremacia sobre o particular, que se revela por meio das cláusulas exorbitantes; b) a sua finalidade pública, que significa dizer que o mesmo deve se voltar sempre para o interesse público, sob pena de ocorrência de desvio de poder; c) e a sua forma legal que se compõe como medida de garantia para o contratado e auxilia a Administração no controle da legalidade.⁴⁵

De acordo com o autor, a mutabilidade não seria uma quarta característica do contrato administrativo porque essa decorre da posição de supremacia da Administração.⁴⁶

Para Meirelles, o contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.⁴⁷

José Cretella Júnior entende que é um acordo de vontades, de que participa o Estado, submetido a regime jurídico de direito público, informado por princípios publicísticos e contendo cláusulas exorbitantes e derogatórias do direito comum.⁴⁸

Diógenis Gasparini instrui que o contrato administrativo observa um regime jurídico próprio, estatuído pelo direito administrativo e indicado em cláusulas exorbitantes. Em sua essência, é um regime marcado pela possibilidade que tem a Administração Pública, em razão do interesse público, de instabilizar o vínculo e pelo respeito aos direitos patrimoniais do contratado.⁴⁹

O respeito aos direitos patrimoniais do contratado consubstancia-se na observância da equação econômico-financeira do ajuste, isto é, na relação de

⁴⁵ Ob. cit p. 495.

⁴⁶ Idem. Ibidem.

⁴⁷ Ob. cit p. 180.

⁴⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 331.

⁴⁹ GASPARINI, Diógenis. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 372.

igualdade entre o encargo do contratado e a correspondente remuneração a que faz jus. Esta relação, segundo Gasparini, é inatingível e, como tal, deve ser mantida durante toda a vigência do vínculo. Desse modo, qualquer alteração que onere ou desagreve a prestação sob a responsabilidade do contratado, feita pela Administração Pública, deve ser levada em conta para o imediato restabelecimento da referida igualdade econômico-financeira.⁵⁰

Gasparini expõe ainda que o interesse público e a presença da Administração Pública não são características do contrato administrativo, conforme se vê abaixo:

É dado que o interesse público existe em todos os comportamentos da Administração Pública, inclusive nos contratos regidos pelo direito privado, e a sua participação também acontece nessa espécie de ajuste. Destarte, pode-se assegurar que esses elementos nada caracterizam, como nada caracteriza o objeto (obra, serviço, fornecimento) do contrato administrativo, pois que igual ao do contrato de direito privado.⁵¹

Assim, o autor conceitua o contrato administrativo como o ato plurilateral ajustado pela Administração Pública, ou por quem lhe faça as vezes, com certo particular, cuja vigência e condições de execução, a cargo do particular, podem ser instabilizadas pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular.⁵²

Gasparini destaca também que o conceito de contrato administrativo não abriga as convenções celebradas pela Administração Pública sob a égide do direito privado, nem as que possam ser estabelecidas entre duas ou mais pessoas de direito público. As primeiras porque caracterizadas pela consensualidade na formação do vínculo e pela estabilidade de suas cláusulas. As segundas porque

⁵⁰ Ob. cit p. 372.

⁵¹ Idem, Ibidem, 373.

⁵² Idem, Ibidem.

não se pode reconhecer a um dos contratantes qualquer supremacia, uma vez que os interesses de ambas são públicos.⁵³

Cada uma das pessoas jurídicas de direito público com capacidade política pode legislar sobre contrato administrativo, dado que o contrato administrativo é instituto do direito administrativo, e legislar sobre esse ramo do direito público cabe a cada uma desses entes. Destarte, no exercício dessa competência, as pessoas jurídicas de direito público com capacidade política podem atuar com ampla liberdade de atuação. No entanto, devem observar as normas gerais sobre a matéria, editadas pela União, como prescreve a Constituição Federal, art. 22, inciso XXVII.⁵⁴

Compete à União expedir as normas gerais sobre a contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 37, XXI, CF). Para as empresas públicas e sociedades de economia mista, Estados e Municípios legislarão para si, respeitadas as normas gerais.⁵⁵

Com efeito, a União já cuidou da matéria no Estatuto Federal Licitatório (Lei 8.666 de 21 de junho de 1993), prevendo as nuances do contrato administrativo. Segundo a Lei de Licitações, nos contratos administrativos são partes, de um lado, a Administração Pública e, de outro, o particular, denominados, conforme o diploma legal, de contratante e contratado, respectivamente.⁵⁶

A Lei 8.666/1993 também tratou de definir o conceito de contrato em seu art. 2º, ao estabelecer que se considera contrato todo e qualquer ajuste entre

⁵³ Ob. cit p. 373.

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

⁵⁵ Idem, Ibidem.

⁵⁶ BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.⁵⁷

O Estatuto também tratou de prever as cláusulas do contrato. Para o professor Motta, há cláusulas indispensáveis a todo contrato administrativo. São cláusulas necessárias, portanto, as que estabelecem o objeto e seus elementos característicos; o regime de execução ou a forma de fornecimento; o preço; suas formas de pagamento e os critérios de reajuste; os prazos de início das etapas de execução e de entrega; o crédito pelo qual correrá a despesa; as garantias oferecidas para assegurar a sua plena execução, quando exigidas; os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades e as multas; os casos de rescisão; o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa; as condições de importação; a vinculação ao edital; a legislação aplicável à execução do contrato e, aos casos omissos; e a obrigação do contratado manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.⁵⁸

De outra sorte, para Marçal Justen Filho, nem todas as cláusulas são realmente obrigatórias. São necessárias as cláusulas correspondentes ao art. 55, aos incisos I, II, III, IV e VII do Estatuto. As demais ou são dispensáveis (porque sua ausência não impede a incidência de princípios e regras legais) ou são facultativas, devendo ser previstas de acordo com a natureza e a peculiaridade de cada contrato.⁵⁹

Nesse contexto, para uma melhor compreensão acerca dos contratos administrativos, estudar-se-á mais detalhadamente as características dos contratos administrativos firmados pelo Poder Público.

⁵⁷ Idem, *Ibidem*.

⁵⁸ Ob. cit., p. 504.

⁵⁹ Ob. cit., p. 478.

2.1 Características do contrato

Considerando o sentido próprio e restrito do contrato administrativo, no qual a Administração é parte, sob regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum, podem ser apontadas as seguintes características: presença da Administração Pública como poder público; finalidade pública; obediência à forma prescrita em lei; procedimento legal; natureza de contrato de adesão; natureza *intuitu personae*; presença de cláusulas exorbitantes; mutabilidade e etc.⁶⁰

2.1.1 Presença da administração pública como poder público

A participação da Administração Pública, com supremacia de poder, é essencial para caracterizar o contrato administrativo. Meirelles expõe que o que tipifica o contrato administrativo e o distingue do contrato privado é a participação da Administração Pública na relação jurídica bilateral com supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste.⁶¹

Para o autor, o fato de a Administração participar da relação negocial com prerrogativa de Poder Público não desnatura o contrato, nem lhe retira a natureza consensual, apenas qualifica o ajuste como um contrato público regido por normas próprias de direito público, exatamente para atender ao interesse público na convenção que se estabelece entre as partes.⁶²

Diferentemente dos contratos privados, onde as partes se situam no mesmo plano jurídico e não há supremacia de uma sobre a outra, nos contratos administrativos o objetivo é alcançar um fim útil para a coletividade, razão pela qual participa a Administração Pública. É lógico então que no conflito entre os

⁶⁰ DI PIETRO. Ob. cit., p. 216.

⁶¹ MEIRELLES. **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit p.174.

⁶² Idem, *Ibidem*, p. 175.

interesses do particular contratado e do Estado contratante tenham que prevalecer os pertencentes a este último.⁶³

Entretanto, para alguns autores, o sujeito do contrato, qual seja, a Administração Pública, não é um elemento que isoladamente qualifica um contrato administrativo, mas é incontestável que neles estarão sempre presentes.

Ademais, para qualificar-se como um contrato administrativo, o objeto do contrato deverá, direta ou indiretamente, trazer benefício à coletividade. Haverá de ser contratada atividade que se revista de interesse público, mesmo porque não se pode admitir objeto diverso na atividade estatal e, este deve ser o motivo inspirador da conduta administrativa.⁶⁴

2.1.2 Finalidade pública

A finalidade pública é uma característica presente em todos os atos administrativos realizados pela Administração, ainda que regidos pelo direito privado. Tal característica decorre da imposição legal, não podendo a Administração Pública desvirtuar-se da finalidade pública, sob pena de incorrer em vícios.

Nesse contexto, a Administração Pública, ao celebrar um contrato administrativo deve atentar-se aos fins a que ele se propõe, se de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

O agente público, no exercício de sua função, deve adequar-se às normas vigentes, interpretando a finalidade pública. Na interpretação do contrato administrativo é preciso ter em vista que as normas que o regem são as do direito público, suplementadas pelas do direito privado, e não o contrário.

⁶³ CARVALHO FILHO. Ob. cit., p. 162.

⁶⁴ Idem, *Ibidem*.

O objeto da operação é sempre o atendimento ao interesse público. Diante dessa realidade, a busca da intenção das partes há de partir da premissa de que a finalidade precípua do ajuste é a satisfação das necessidades coletivas. Daí porque Meirelles leciona que nos contratos administrativos, celebrados em prol da coletividade, não se podem interpretar suas cláusulas contra essa mesma coletividade, para só atender aos direitos individuais do particular contratado.⁶⁵

Assim, de acordo com Gasparini, a finalidade pública denota a interpretação do contrato, que significa buscar o real sentido das cláusulas contratuais, respeitando o essencial e concentrando-se no texto do contrato e nos documentos que o integram.⁶⁶

2.1.3 Obediência à forma prescrita em lei

Em regra, os contratos administrativos são formais, havendo a exigência prévia de licitação. Entretanto, podem haver hipóteses em que a licitação é dispensável; registra-se que tais casos devem estar expressamente previstos em lei.⁶⁷

O art. 54 do Estatuto dispõe que os contratos de natureza administrativa se regulam pelas cláusulas e normas de direito público, sendo tal norma de natureza cogente, constituindo regra geral. Apenas supletivamente é que serão aplicados os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.⁶⁸

⁶⁵ MEIRELLES. **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 192.

⁶⁶ GASPARINI, Diógenis. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 646.

⁶⁷ SANTOS, Ernesto dos. **Licitação e Contrato Administrativo**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/27819876/LicitaCAo-e-Contrato-Administrativo>>. Acesso em: 20 de março de 2011.

⁶⁸ FERNANDES, Marcos Antônio. **Prática de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2002, p. 94.

Os contratos administrativos devem estabelecer, com absoluta clareza e precisão, as condições técnicas para a sua execução, exteriorizadas por cláusulas que definam os direitos, as obrigações e responsabilidades das partes contratantes, no que devem guardar conformidade com os termos do ato convocatório e da proposta, nos termos do art. 54 e parágrafos:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.⁶⁹

2.1.4 Procedimento legal

A lei estabelece determinados procedimentos obrigatórios para a celebração de contratos, que podem variar de uma modalidade para outra, compreendendo medidas como autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação.⁷⁰

Os contratos administrativos têm que ser precedidos de licitação salvo nos casos de inexigibilidade e dispensa. E, neles terão de constar as cláusulas essenciais.

⁶⁹ BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

⁷⁰ DI PIETRO. Ob. cit., p. 221.

Superadas as fases habilitatória e classificatória, a empresa vencedora, que apresentou a melhor proposta à Administração Pública, tem expectativa de direito em vir a firmar um contrato com o Poder Público.⁷¹

A forma é uma garantia para os administrados e para a própria Administração, ou seja, é a garantia de eficácia e moralidade nos negócios públicos, os quais devem atender aos requisitos necessários à sua efetivação.

Sobre o assunto, leciona Di Pietro:

Para os contratos celebrados na Administração, encontram-se na lei inúmeras normas referentes à forma; esta é essencial, não só em benefício do interessado, como da própria Administração, para fins de controle da legalidade. Além de outras leis esparsas, referentes a contratos específicos, a Lei 8.666/93 estabelece uma série de normas referentes ao aspecto formal.⁷²

Como exemplo tem-se a publicação do contrato, formalidade exigida pelas normas administrativas, como consectário da natureza pública dos atos da Administração, salvo os que forem previamente considerados sigilosos por razões de segurança nacional.⁷³

Além desses requisitos, outros também podem ser exigidos pelas normas pertinentes de cada órgão administrativo para a validade de seus contratos sem o atendimento dos quais não se tornam eficazes e operantes.⁷⁴

Incumbe aos órgãos competentes da Administração Pública a responsabilidade pela lavratura dos contratos e de seus respectivos aditamentos, devendo manter arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato.⁷⁵

⁷¹ FERNANDES. Ob. cit., p. 94.

⁷² Ob. cit., p. 244.

⁷³ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit p. 199.

⁷⁴ Idem, *Ibidem*.

⁷⁵ FERNANDES. Ob. cit p. 103.

De acordo com o parágrafo único do art. 60 da Lei 8.666/1993, é absolutamente nulo e de nenhum efeito o contrato verbal firmado com a Administração, ressalvado o caso de pequenas despesas, pagáveis pelo regime de despesas miúdas e de pronto pagamento.⁷⁶

Já o art. 61, *caput*, determina que, em regra, todos os contratos devem fazer expressa menção ao nome das partes e de seus representantes legais; sua finalidade; o ato que o autorizou; o número do processo licitatório respectivo, da dispensa ou da inexigibilidade, bem como a sujeição dos contratantes às normas contidas no Estatuto e nas cláusulas contratuais.⁷⁷

O contrato somente terá eficácia plena a partir de sua publicação resumida (extrato) no órgão da Imprensa Oficial, medida esta que deverá ser providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 da Lei 8.666/1993.⁷⁸

O art. 26 do Estatuto determina que os despachos exarados pela autoridade superior, ratificatórios de dispensa e de inexigibilidade, devem, de igual modo, ser publicados na Imprensa Oficial, como condição indispensável de sua eficácia.⁷⁹

A Lei também estabelece que o contrato é instrumento obrigatório nos casos de concorrência e tomada de preços, bem como nas hipóteses em que a dispensa ou inexigibilidade se der para propostas cujos preços estejam compreendidos dentro dos limites daquelas duas modalidades; para as demais,

⁷⁶ BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

⁷⁷ Idem. Ibidem.

⁷⁸ FERNANDES. Ob. cit p. 102.

⁷⁹ Idem, Ibidem.

ele é facultativo, admitindo que a Administração possa substituí-lo por outros instrumentos hábeis.⁸⁰

Quanto à minuta do contrato, esta deve, obrigatoriamente, integrar o edital ou o ato convocatório da licitação. Excepcionalmente, contudo, fica dispensado o termo do contrato e facultada, a exclusivo critério da Administração, a substituição por outros instrumentos hábeis, independentemente do valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto à prestação de assistência técnica.⁸¹

Nos casos de carta-contrato, nota de empenho, autorização de compra, ordem de execução de serviço ou outros instrumentos correlatos, aplicar-se-á, no que couber, o disposto no art. 55 do Estatuto. Isto é, também deverá conter as cláusulas essenciais do termo contratual.⁸²

Também nos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público figure como locatário, em que a Administração for usuária de serviço público, e àqueles regidos com predominância do direito privado, devem conter as chamadas cláusulas necessárias; prever a possibilidade de modificação e rescisão unilateral; estipular o exercício do poder de fiscalização; facultar a aplicação de sanções administrativas por eventual descumprimento, total ou parcial; dispor sobre a retroatividade de declaração de nulidade do termo contratual; etc.⁸³

O art. 63 da Lei de Licitações dispõe que é facultado a qualquer licitante o perfeito conhecimento dos termos contratuais, bem como do respectivo procedimento licitatório e, a qualquer cidadão, a obtenção de cópia autenticada

⁸⁰ Idem, *Ibidem*.

⁸¹ FERNANDES. Ob. cit p. 102.

⁸² Idem. *Ibidem*, p. 104.

⁸³ Idem, *Ibidem*.

dos mesmos, mediante o prévio recolhimento aos cofres públicos dos emolumentos devidos.⁸⁴

O proponente vencedor do procedimento licitatório será regularmente convocado pela Administração para assinar o termo contratual, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo ou condições estabelecidas no edital ou ato convocatório, sob pena de decair do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas na Lei 8.666/1993.⁸⁵

Caso o particular adjudicatário se recuse, de forma injustificada, a assinar o contrato, a aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo que lhe for concedido pela Administração, conforme dispuser o edital, caracterizado estará o descumprimento total da obrigação assumida, nos termos da proposta apresentada, hipótese em que se sujeitará às penalidades legalmente estabelecidas no ato convocatório.⁸⁶

A lei faculta à Administração a possibilidade de prorrogar o prazo de convocação do adjudicatário a assinar o termo contratual ou a aceitar ou retirar o instrumento equivalente, nos precisos termos de sua proposta. A Lei concede também a possibilidade de a Administração convocar os licitantes remanescentes, obedecida a ordem de classificação das propostas, para fazê-lo em igual prazo e pelas mesmas condições ofertadas pelo primeiro classificado; caso a recusa persista em relação aos demais concorrentes, poderá ela promover a revogação do procedimento licitatório, sem prejuízo das sanções administrativas previstas no Estatuto.⁸⁷

Se a Administração Pública, por absoluta inércia, deixar transcorrer o prazo de sessenta dias entre a data da entrega das propostas e a não convocação

⁸⁴ BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

⁸⁵ FERNANDES. Ob. cit., p. 104.

⁸⁶ Idem. Ibidem.

⁸⁷ Idem, Ibidem, p. 105.

do adjudicatário para a contratação, todos os licitantes estarão liberados dos compromissos assumidos.

2.1.5 Contrato de adesão

As cláusulas do contrato administrativo são fixadas unilateralmente pelo Poder Público, por meio do instrumento convocatório. A Administração Pública faz uma oferta aos interessados, fixando as condições em que pretende contratar. Destarte, a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta.⁸⁸

Esses contratos impõem condições e cláusulas unilateralmente e caracterizam-se como verdadeiros contratos de adesão. A fase inicial de debates e da transigência fica eliminada, visto que uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio que esta em geral não pode recusar, com a predominância apenas da igualdade jurídica. É uma espécie de contrato - regulamento, estabelecido previamente pela contratante e que a contratada aceita ou não, segundo as normas de rigorosa padronização.⁸⁹

Ainda que o contrato não seja precedido de licitação, é a Administração que estabelece, previamente, as cláusulas contratuais, uma vez que a sua atuação se encontra vinculada às leis, regulamentos e aos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o privado.

⁸⁸ DI PIETRO. Ob. cit., p. 221.

⁸⁹ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Interpretação dos Contratos Administrativos**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/458/interpretacao-dos-contratos-administrativos>>. Acesso em: 15 de abril de 2011.

2.1.6 Relação contratual

A relação jurídica do contrato administrativo possui peculiaridades de sua própria natureza, pois é revestido de formalismo, comutatividade e confiança recíproca.

Para a celebração de um contrato administrativo, não basta o consenso da partes, é necessário que se observem certos requisitos externos e internos, previstos nos art. 60 e 64 da Lei 8.666/1993, a saber:

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

O contrato administrativo goza também de comutatividade, uma vez que existe equivalência entre as obrigações, previamente ajustadas e conhecidas.⁹⁰

E ainda, os contratos firmados pelo Poder Público com o particular possuem natureza *intuitu personae*, isto é, são firmados em razão da natureza particular do contratado.

É possível aferir tal característica da previsão legal da Lei 8.666/1993, art. 78, VI, que veda a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial. Ressalta-se

⁹⁰ CARVALHO FILHO. Ob cit., p. 161.

que tais medidas não são vedadas, mas apenas possíveis quando expressamente previstas no edital da licitação e no contrato.⁹¹

Dessa forma, em ocorrendo alguma das medidas acima elencadas, aberta está, para a Administração, a possibilidade de rescindir o contrato unilateralmente, em razão dos motivos supra, sujeitando ainda, o contratado às sanções administrativas previstas na Lei.⁹²

Por fim, o contrato administrativo também é bilateral, indicativa de que o contrato sempre há de traduzir obrigações para ambas as partes.⁹³ Para Meirelles o contrato administrativo é o acordo bilateral e, em regra, formal, comutativo, oneroso e *intuitu personae*. Assim, é o acordo de vontades que se expressa por escrito, com requisitos especiais e remunerado na forma convencionada. É comutativo porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes e *intuitu personae* porque exige a pessoa do contratado para a sua execução. O Autor ainda afirma que:

Dentro desses princípios o contrato administrativo requer a concordância das partes para ser validamente efetivado; remuneração de seu objeto; equivalência nos encargos e vantagens; e cumprimento pessoal da obrigação assumida pelo contratado para com a Administração.⁹⁴

⁹¹ BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

⁹² BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

⁹³ CARVALHO FILHO. Ob. cit., p. 162.

⁹⁴ **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 175.

2.1.7 Presença das cláusulas exorbitantes

As cláusulas exorbitantes são aquelas incomuns ao direito privado, que muito provavelmente seriam ilícitas em contratos celebrados por particulares, por conferirem privilégios a uma das partes em relação à outra.⁹⁵

Em outros termos, significa que no contrato administrativo, o interesse público prepondera sobre o interesse privado, havendo supremacia da Administração, o que enseja a possibilidade de modificação e extinção unilateral da avença, a imposição de sanções ao particular e a exigência, em nome da continuidade dos serviços públicos essenciais, do cumprimento das prestações sem observância da exceção de contrato não cumprido.⁹⁶

Todo contrato administrativo tem cláusulas essenciais ou necessárias, e cláusulas acessórias ou secundárias. As primeiras fixam o objeto da avença e estabelecem as condições fundamentais para a sua execução; as segundas complementam e esclarecem a vontade das partes e, facilitam a sua interpretação no desenvolver do ajuste e na conduta dos contratantes.

A ausência das cláusulas contratuais pode conduzir à nulidade do ajustado, tal seja a impossibilidade de definir-se o seu objeto e de conhecer-se os direitos e obrigações de cada uma das partes. Quanto às cláusulas acessórias, por sua irrelevância, não afetam o conteúdo negocial, e podem ser omitidas sem prejuízo dos contratantes.⁹⁷

A controvérsia está em estabelecer quais são as cláusulas essenciais a todo contrato administrativo, pois a peculiaridade de cada ajuste e interesse

⁹⁵ DI PIETRO. Ob. cit., p. 222.

⁹⁶ CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. **Contrato Administrativo**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8486/contrato-administrativo>>. Acesso em: 20 de março de 2011.

⁹⁷ MEIRELLES. **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 201.

dominante em cada negócio público pode erigir uma condição despicienda em fundamental.⁹⁸

A Lei 8.666/1993, em seu art. 55, incisos I a XIII estabelece as cláusulas necessárias no contrato administrativo. São elas:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.⁹⁹

Essencial, portanto, será toda cláusula cuja omissão impeça ou dificulte a execução do contrato, quer pela indefinição de seu objeto, quer pela incerteza

⁹⁸ Idem, *Ibidem*, p. 202.

⁹⁹ BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

de seu preço, quer pela inexequebilidade de outras condições necessárias e não esclarecidas no instrumento do ajuste.¹⁰⁰

2.2 Execução do contrato

O contrato administrativo, uma vez assinado pelas partes, está apto a ser executado, independentemente de mais formalidades. Executar o contrato é cumprir as suas cláusulas segundo a comum intenção das partes no momento de sua celebração. Embora os contratos administrativos não detenham a rigidez dos contratos privados, presente está o desejo inicial dos contratantes para a subsequente execução do contrato.¹⁰¹

A execução do contrato refere-se não só à realização de seu objeto, como também aos prazos combinados, perfeição técnica dos trabalhos, condições de pagamentos e tudo o mais que for estabelecido no ajuste.

Os artigos 66 a 76 da Lei 8.666/1993 disciplinam os direitos e deveres dos contratantes. Com efeito, o principal direito da Administração Pública é o de exercício de prerrogativas para alteração do contrato. Todavia, ao lado dessas cláusulas, estabelecidas em prol da coletividade, existem as cláusulas econômicas em favor do contratado, as quais são imutáveis, em princípio, delas dependendo o equilíbrio financeiro do ajuste e a comutatividade dos encargos contratuais.¹⁰²

A Administração tem o direito de alterar as cláusulas regulamentares para atender ao interesse público, mas, por outro lado, não se pode também deixar de reconhecer a necessidade do equilíbrio financeiro e da reciprocidade e equivalência dos direitos e obrigações das partes.

¹⁰⁰ MEIRELLES. **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 202.

¹⁰¹ MEIRELLES. **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 202.

¹⁰² Idem, *Ibidem*.

Quanto às obrigações da Administração, estas se reduzem, geralmente, ao pagamento do preço no modo e tempo ajustados, ao passo que as do particular contratado se expressam no cumprimento da prestação prometida e nas providências necessárias à completa execução do ajuste. Essa, segundo Meirelles, é a regra nos contratos de colaboração. Nos contratos de atribuição, fica a cargo da Administração a prestação do objeto contratual e ao particular o pagamento da remuneração convencionada.¹⁰³

A Administração também tem como obrigação a entrega do local da obra ou do serviço ao contratado na época e nas condições que permitam a regular execução do contrato. A não entrega nas condições e prazos avençados ou a alteração do projeto rendem ensejo à ampliação dos cronogramas, à revisão de preços e até mesmo à rescisão do contrato, tais sejam os gravames ou a impossibilidade que acarrete a execução.¹⁰⁴

Se houver modificações técnicas no projeto ou alterações nas condições de execução das obras, ou atraso nas ordens de serviço ou na liberação dos locais de trabalho pela Administração, que agravem os encargos econômicos do empreiteiro, os preços iniciais deverão ser revisados para restabelecer-se o equilíbrio financeiro do contrato, independentemente do reajustamento contratualmente previsto. Tal revisão dá-se por meio de aditamento contratual, todavia, se a Administração não o fizer a tempo e a obra ou serviço concluir-se com as modificações introduzidas, ficará o empreiteiro com direito à indenização correspondente.¹⁰⁵

Quanto ao particular, existem outras obrigações exigíveis, tais como a observância das normas técnicas adequadas; o emprego de material apropriado; a sujeição aos acréscimos e supressões legais; a execução pessoal do objeto do contrato; o atendimento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais decorrentes da execução e a manutenção de preposto, no local da

¹⁰³ Idem, *Ibidem*, p. 215.

¹⁰⁴ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 215.

¹⁰⁵ Idem, *Ibidem*.

obra ou serviço, em condições de tratar com a Administração e dela receber a orientação cabível.¹⁰⁶

A plena e satisfatória execução do instrumento contratual deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado, sendo permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações referentes ao objeto licitado. De igual modo, a empresa contratada deverá manter, no local da execução da obra ou do serviço, preposto seu, aceito pela Administração, para representá-la na execução do contrato.¹⁰⁷

Em observância às normas técnicas adequadas e ao emprego de material apropriado, o contratado fica obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no todo ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes de falhas na execução ou em defeitos nos materiais empregados.¹⁰⁸ Trata-se da responsabilidade objetiva do contratado, prevista no art. 70 da Lei 8.666/1993, o qual estabelece que o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do instrumento contratual.¹⁰⁹ Frisa-se que a fiscalização ou o acompanhamento realizado pelo Poder Público não têm o condão de elidir tal responsabilidade.

Relativamente aos encargos diretamente resultantes da execução do contrato, especificamente àqueles de natureza trabalhista, previdenciária, fiscal e comercial, são de responsabilidade do contratado. O parágrafo primeiro do art. 71 do Estatuto define que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos supra, não transfere à Administração a responsabilidade pelos pagamentos devidos e tampouco poderá onerar o objeto do instrumento contratual

¹⁰⁶ Idem, Ibidem, p. 216.

¹⁰⁷ FERNANDES. Ob. cit., p. 109.

¹⁰⁸ FERNANDES. Ob. cit., p. 109.

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

ou restringir a regularização e, ou, o uso das obras e edificações. Entretanto, o parágrafo segundo do citado artigo denota que pelos encargos de natureza previdenciária, a Administração responderá solidariamente.¹¹⁰

É sabido que todo contrato administrativo é *intuitu personae*, tendo em vista a pessoa física ou jurídica que demonstrou possuir idoneidade para executar plenamente o objeto do contrato administrativo. Entretanto, a execução do contrato pode exigir a participação de diferentes técnicos e especialistas. Se a participação for mínima e usual, fica subentendida no contrato a possibilidade e o contratado deferir a realização desses serviços técnicos e especializados a terceiros, sob sua responsabilidade. No entanto, se o objeto for complexo e diversificado, a doutrina admite a possibilidade de subcontratação, em que a contratada pode deferir parcelas da obra ou do serviço objeto do contrato a outrem, sob sua responsabilidade. A divergência está na possibilidade de subcontratação total do objeto avençado; nessa hipótese, a doutrina entende que é inadmissível, pois poderia implicar na transferência do contrato.

A respeito, Fernandes instrui que:

É imperioso observar, contudo, que essa possibilidade de subcontratação de terceiro, pelo contratado, deverá constar expressamente do edital, inclusive quanto aos percentuais limitativos facultados pela Administração, como condição *sine qua non* de sua validade, em obediência ao princípio da vinculação ao ato convocatório.

Por fim, executado o contrato, dar-se-á o recebimento do seu objeto; etapa final da execução de todo ajuste administrativo para a liberação do contratado. Em se tratando de obras e serviços, o recebimento do objeto será provisório, em caráter experimental, no qual um servidor credenciado pela Administração responde pelo acompanhamento e fiscalização, mediante termo

¹¹⁰ Idem. Ibidem.

circunstanciado, assinado por ambas as partes, pelo prazo de quinze dias, contado da data de comunicação ao contratado.¹¹¹

O recebimento provisório deve estar previsto no edital e no contrato, em conformidade com as normas regulamentares e ressalvado em termo próprio. Transcorrido o prazo do recebimento provisório (que não poderá ser superior a noventa dias, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital), o objeto do contrato passa a ser recebido definitivamente, permanecendo o contratado, todavia, responsável por sua perfeição e segurança nos termos da legislação profissional, civil e penal aplicável à espécie.¹¹²

Em se tratando de compras ou de locação de equipamentos, o recebimento provisório se dá para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação exigida pelo ato convocatório. O recebimento definitivo se dá após a verificação da qualidade e quantidade do material, com sua subsequente aceitação.¹¹³

Ainda que o termo circunstanciado não seja lavrado ou a verificação não seja procedida, dentro dos prazos fixados, esses atos poderão ser havidos pela Administração como realizados e válidos, desde que o contratado a comunique nos quinze dias anteriores à exaustão dos mesmos.¹¹⁴

Finalmente, o art. 74 contempla permissivo que exclui o recebimento provisório nas seguintes situações: quando se tratar da aquisição de gêneros perecíveis ou de alimentação preparada; quando se referir a serviços profissionais; em obras e serviços com total previsto não superior a oitenta mil reais, desde que não se componham de aparelhos, equipamentos e instalações

¹¹¹ FERNANDES. Ob. cit., p. 112.

¹¹² MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit p. 222.

¹¹³ BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

¹¹⁴ Idem, Ibidem.

sujeitas a verificação quanto ao seu fornecimento e produtividade, em cuja hipótese o recebimento poderá dar-se mediante recibo.¹¹⁵

O Estatuto Licitatório prevê também que os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato correm por conta do contratado. E, a Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato.¹¹⁶

2.3 Inexecução do contrato

A inexecução é a inadimplência do contrato, isto é, é o descumprimento parcial ou total de suas cláusulas, que pode decorrer de ato ou omissão culposa; ou sem culpa do contratado.¹¹⁷

A inadimplência culposa resulta de ato ou omissão de qualquer das partes, decorrente de sua negligência, imprudência ou imperícia no atendimento às cláusulas do contrato. As hipóteses de sua incidência encontram-se previstas no art. 78, da Lei 8.666/1993 e as formas pelas quais se dá a rescisão estão previstas no art. 79 do Estatuto.

A inadimplência sem culpa é a que decorre de atos e fatos estranhos à conduta do contratado, caracterizadores de força maior, de caso fortuito, de fato do príncipe, de fato da administração ou de interferências imprevistas, que autorizam a rescisão e/ou alteração do contrato por acordo das partes, nos termos do art. 65, II, alínea “d” da Lei 8.666/1993:

¹¹⁵ FERNANDES. Ob. cit p. 115.

¹¹⁶ BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

¹¹⁷ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit p. 229.

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.¹¹⁸

Como consequência da inexecução contratual, o inadimplente pode responder civil e administrativamente, bem como sofrer sanções de suspensão provisória, de declaração de inidoneidade para contratar com a Administração, e até mesmo a revisão ou rescisão do contrato descumprido.¹¹⁹

A inexecução do contrato é um ilícito contratual gerador de responsabilidade civil para o inadimplente. Essa responsabilidade pode ser prefixada no ajuste em multa moratória ou compensatória, como pode ser quantificada na liquidação do prejuízo causado à parte inocente. Destaca-se que o débito decorrente da inadimplência deve ser corrigido monetariamente.¹²⁰

Geralmente, nos contratos administrativos é estipulada a multa contratual, visando a assegurar a fiel execução do contrato. Meirelles doutrina que é injurídico o entendimento sumulado do Tribunal de Contas da União que entende que é inadmissível, em princípio, a inclusão, nos contratos administrativos, de cláusula que preveja, para o Poder Público, multa ou indenização, em caso de rescisão (Súmula 205), vez que estaria a criar um privilégio de impunidade para a Administração.¹²¹

¹¹⁸ BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

¹¹⁹ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 242.

¹²⁰ FERNANDES. Ob. cit p. 118.

¹²¹ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 242.

A responsabilidade administrativa surge da infringência de norma legal da Administração ou do próprio contrato, impondo um ônus ao contratado para com qualquer órgão público. Resulta, normalmente, da atuação dos órgãos públicos fiscalizadores das atividades contratadas e implica em sanções administrativas como multa, intervenção de atividade, suspensão provisória e declaração de inidoneidade para contratar com a Administração.¹²²

Meirelles destaca ainda que outras responsabilidades poderão surgir, a depender da legislação vigente. Tais como as trabalhistas, previdenciárias e acidentárias, tributárias ou fiscais e ético-profissionais.¹²³

2.4 Extinção do contrato

A forma natural de extinção do contrato dá-se pelo cumprimento do objeto avençado entre as partes.

Normalmente, é estabelecido um prazo para que os contratos findem, uma vez que os contratos demandam prestações contínuas que, por sua natureza, exigem a fixação de um limite temporal, pois que sem este o cumprimento vai dar-se indefinidamente. Trata-se aqui de extinção de pleno direito.¹²⁴

Entretanto, podem surgir fatos que impossibilitem a continuidade do contrato. Ocorre a impossibilidade material quando o fato constitui óbice intransponível para a execução das obrigações ajustadas. Já a impossibilidade jurídica admite, em tese, o cumprimento da obrigação, mas não das condições jurídicas decorrentes do contrato.¹²⁵

¹²²Idem. Ibidem, p. 244.

¹²³Idem. Ibidem.

¹²⁴CARVALHO FILHO. Ob. cit., p.188.

¹²⁵Idem, Ibidem.

A Lei 8.666/1993 disciplina as hipóteses de extinção do contrato, em seu art. 79. Segundo Gasparini, os fatos que rescindem o contrato são o cumprimento do objeto; o cumprimento do prazo; o desaparecimento do contratante particular ou do objeto; e os atos são a rescisão administrativa ou unilateral e a rescisão judicial.¹²⁶

A rescisão é o desfazimento do contrato durante a sua execução. Pode fundar-se na inexecução do avençado, na superveniência de eventos que impeçam ou tornem inconveniente o prosseguimento do ajuste ou na ocorrência de fatos que acarretem o seu rompimento de pleno direito.

A rescisão administrativa é realizada com fundamento no interesse público, no inadimplemento ou na ilegalidade; já a rescisão consensual efetua-se por acordo entre os contratantes. Por fim, a rescisão judicial é determinada por decisão judicial, mediante ação ajuizada pelo contratado ante o inadimplemento da Administração.¹²⁷

A rescisão administrativa pode ser efetivada por culpa ou sem culpa do contratado. No primeiro caso, o rompimento do contrato se opera diante das faltas contratuais, ou por fato superveniente desabonador da idoneidade do contratado, autorizando a Administração a utilizar as garantias e a reter os créditos do inadimplente para pagar os prejuízos decorrentes da inexecução do ajuste. No segundo caso, a rescisão ocorre por interesse do serviço público, sem culpa do contratado, ficando a Administração obrigada a liberar imediatamente as garantias, a pagar os créditos existentes e a indenizar-lhe os prejuízos decorrentes da prematura extinção do contrato.¹²⁸

Efetivada a rescisão, pode a Administração assumir o objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por seus próprios meios, ou cometê-los a terceiros, para que prossigam na execução. Outra consequência é a

¹²⁶ MELLO, C. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 713.

¹²⁷ SILVA, Ellen Cristiane. **A Cláusula Exorbitante no Contrato Administrativo**. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Ellen%20Cristiane%20Silva.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2011.

¹²⁸ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 254.

assunção imediata da obra ou do serviço pela Administração, com ocupação e utilização do local, que serão devolvidos e ressarcidos posteriormente, mediante avaliação.

A rescisão consensual é a que se dá por mútuo acordo entre as partes, convencionando-se a extinção do contrato e acerto dos direitos dos contratantes.

A rescisão judicial é a decretada pelo Judiciário em ação adequada, promovida pela parte que tiver direito à extinção do contrato. Enquanto o particular só dispõe da via judicial para rescindir o contrato não cumprido pela Administração, esta dispõe também da rescisão administrativa para pôr termo ao ajuste.¹²⁹

Por fim, a rescisão de pleno direito é a que se verifica independentemente da manifestação de vontade de qualquer das partes, diante da ocorrência do fato extintivo do contrato, previsto no ordenamento vigente ou no próprio contrato, tais como o falecimento do contratado; a dissolução da sociedade; entre outros. O rompimento do ajuste pode dar-se com ou sem rescisão, conforme previsão legal ou contratual.¹³⁰

¹²⁹ Idem. Ibidem.

¹³⁰ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 258.

3 DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

As prerrogativas da Administração no contrato administrativo são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, a exorbitância ocorre em relação ao direito privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns.¹³¹

São, pois, as cláusulas que excedem do direito comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. São lícitas, no contrato administrativo, porque decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.¹³²

O contrato fica a mercê de uma das partes, tanto no que atina à continuidade quanto às condições relativas à prestação devida pelo particular. De um lado o Poder Público usufrui todos os poderes indispensáveis à proteção do interesse público substanciado no contrato. De outro, em razão da subordinação, cabe ao particular integral garantia aos interesses privados que ditaram sua participação no vínculo, consoante os termos ali constituídos.

De acordo com Mello, C. a contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em favor do particular, de modo que a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado.¹³³

Cabe frisar que as prerrogativas da Administração devem ser entendidas como garantia para os administrados e instrumento para realização do interesse público, não se admitindo que a Administração se loquente

¹³¹ MELLO, C. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 578.

¹³² MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 242.

¹³³ MELLO, C. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p.585.

indevidamente à custa do particular.¹³⁴ Por isso o Poder Público não pode se livrar de ressarcir integralmente o contraente dos agravos econômicos oriundos de fato seu, por ocasião do contrato, mesmo quando exercita seu direito de alterá-lo unilateralmente ou de extingui-lo antes do prazo.¹³⁵

O interesse público, curado pela Administração, reclama flexibilidade suficiente para o atendimento das vicissitudes administrativas e variações a que está sujeito. O interesse particular, por sua vez, postula suprimento de uma legítima pretensão ao lucro, segundo os termos convencionados.¹³⁶

Essas características, que exorbitam e derogam o direito privado são prerrogativas da Administração - cláusulas exorbitantes – que se traduzem em alteração e rescisão unilateral do contrato, manutenção do equilíbrio econômico e financeiro, possibilidade de revisão de preços e de tarifas contratualmente fixadas, inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido, controle externo e aplicação de penalidades (multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade).¹³⁷

Destarte, as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos estão previstas no art. 58 da Lei 8.666/1993, e concedem à Administração o poder de: modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; fiscalizar-lhes a execução; aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoais e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de

¹³⁴ CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. **Contrato Administrativo**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8486/contrato-administrativo>>. Acesso em: 20 de março de 2011.

¹³⁵ MELLO, C. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 586.

¹³⁶ Idem. Ibidem.

¹³⁷ CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. **Contrato Administrativo**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8486/contrato-administrativo>>. Acesso em: 20 de março de 2011.

acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.¹³⁸

Todavia, a doutrina moderna entende que embora a Administração Pública disponha de certas prerrogativas para assegurar o interesse público, o contrato administrativo não chega a ser tão exorbitante, pois não se pode mais considerar as prerrogativas da Administração Pública no contrato administrativo como caracterizadoras de uma natureza jurídica ou de um conteúdo totalmente incompatíveis com o direito privado.¹³⁹

Atualmente, parte da doutrina e jurisprudência têm entendido que é justamente com base nestas premissas individualistas, como a liberdade contratual e a igualdade jurídica das partes, presentes em tese no contrato comum e, ausentes nos contratos administrativos, que se tem sustentado a natureza exorbitante desses últimos.¹⁴⁰

Segundo Maria João Estorninho, citada por Gilmar Batista e Almir Morgado:

A doutrina vai evoluindo para critérios nos quais cada vez é mais diluída a fronteira entre o contrato administrativo e os contratos privados. A doutrina começou por reconhecer a dificuldade - ou mesmo a impossibilidade - de identificar em concreto as "exorbitâncias" do contrato administrativo, já não erigindo em elemento de qualificação do contrato um regime jurídico concreto, mas sim uma mera intuição acerca de um "clima" ou "ambiente" exorbitante. Contudo, na última fase da evolução, acaba-se mesmo por prescindir de qualquer idéia de "exorbitância" e por reconhecer que o regime jurídico concreto de um contrato administrativo não difere, normalmente, pela sua natureza do de um qualquer contrato privado.

¹³⁸ BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

¹³⁹ BATISTA, Gilmar Alves, MORGADO, Almir. **Contrato Administrativo e Contrato Privado**. Disponível em: <<http://www.pelegrino.com.br/doutrina/ver/descricao/104>>. Acesso em: 03 de abril de 2011.

¹⁴⁰ Idem, Ibidem.

De acordo com Di Pietro, as diferenças entre o contrato privado e o administrativo são maiores ao falar-se das chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégios ou de prerrogativas. No entanto, a doutrinadora reconhece a possibilidade da presença das cláusulas exorbitantes nos contratos privados, ao dispor que:

Algumas não são comuns nos contratos de direito privado, mas podem existir, desde que livremente pactuadas pela partes, dentro do princípio da autonomia da vontade e desde que não haja ofensa a disposição expressa de lei. Tal é o caso das cláusulas que asseguram a uma das partes o poder de alterar unilateralmente o ajuste ou de rescindi-lo, também unilateralmente, antes do prazo estabelecido, o de fiscalizar a execução do contrato, o de exigir caução.¹⁴¹

Enfim, as cláusulas de privilégio são verdadeiros princípios de direito público e, em razão da sua relevância, tanto para a doutrina clássica quanto para a doutrina moderna, são elas analisadas destacadamente.

3.1 Alteração unilateral

O poder de alteração unilateral do contrato é inerente à Administração e pode ser exercido mesmo que nenhuma cláusula expressa o consigne. De acordo com Meirelles, tal alteração só pode atingir as cláusulas regulamentares ou de serviço, que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução.¹⁴²

André de Laubadère, citado por Meirelles, assim expõe:

O poder que se reconhece à Administração de alterar unilateralmente as cláusulas reguladoras do serviço, ou de pôr termo prematuramente ao contrato, quando se tornar inútil ou inconveniente ao interesse público, funda-se na competência exclusiva das autoridades para organizar e administrar as obras e

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 200.

¹⁴² MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 231.

serviços públicos como verdadeiros donos desses serviços e dessas obras.¹⁴³

A alteração é cabível para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitado o direito do contratado.¹⁴⁴ Tal prerrogativa se encontra prevista no art. 58, I da Lei 8.666/1993.

O art. 65, I da Lei 8.666/1993 dispõe que:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma

¹⁴³ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 181.

¹⁴⁴ SILVA, Ellen Cristiane. **A Cláusula Exorbitante no Contrato Administrativo**. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Ellen%20Cristiane%20Silva.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2011.

de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.¹⁴⁵

Segundo Di Pietro, a primeira modalidade de alteração é qualitativa, pois ocorre quando há necessidade de alterar o próprio objeto ou suas especificações. A segunda modalidade é quantitativa, porque envolve acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto.¹⁴⁶

Para a Autora, são requisitos para a alteração unilateral:

a) que haja adequada motivação sobre qual o interesse público justifica a medida; b) que seja respeitada a natureza do contrato, no que diz respeito ao seu objeto (...); c) que seja respeitado o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado; d) com relação à alteração quantitativa, ainda deve ser respeitado o limite imposto pelo §1º do art. 65 (...).¹⁴⁷

Segundo o ensinamento de Mello, C. a Administração não tem liberdade total e ilimitada:

Estas modificações só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, quando eventos supervenientes, fatores invulgares, anômalos, desconcertantes de sua previsão inicial, vêm a tornar inalcançável o bom cumprimento do escopo que o animara, sua razão de ser, seu “sentido”, a menos que, para satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações.¹⁴⁸

Assim, haverá alteração unilateral do contrato por parte da Administração Pública sempre que o interesse público fundamentar. E, em resultando prejuízos ao contratado, cabe a este a indenização correspondente para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

¹⁴⁵ BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

¹⁴⁶ **Direito Administrativo**, 2007. Ob. cit. p. 250.

¹⁴⁷ Idem. Ibidem.

¹⁴⁸ MELLO, C. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p.588.

3.2 Rescisão unilateral

O poder de rescisão unilateral do contrato administrativo é preceito de ordem pública, decorrente do princípio da continuidade do serviço público que à Administração compete assegurar.¹⁴⁹

A rescisão unilateral ou administrativa pode ocorrer tanto por inadimplência do contratado quanto por interesse público na cessação da normal execução do contrato. Em ambos, exige-se a justa causa para o rompimento do ajuste, pois não é ato discricionário, mas vinculado.¹⁵⁰

No caso de inadimplência do contratado, a Administração nada tem a pagar-lhe, sendo, ao contrário, credora de indenização, provados que fiquem os prejuízos causados pelo descumprimento. O caso enseja ainda o direito da Administração em reter créditos, executar a garantia contratual para ressarcimento dos prejuízos, assumir imediatamente o objeto do contrato e ocupar os locais necessários à execução.¹⁵¹

Por outro lado, se a rescisão se der por razões de interesse público, o contratado tem direito à reparação dos prejuízos que a rescisão ocasionou, em razão da vedação do enriquecimento sem causa por parte da Administração.¹⁵²

3.3 Equilíbrio econômico e financeiro

É a relação que as partes estabelecem inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. É, pois, a correlação entre o objeto do

¹⁴⁹ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 183.

¹⁵⁰ Idem, *Ibidem*.

¹⁵¹ CARVALHO FILHO. Ob. cit., p. 174.

¹⁵² Idem, *Ibidem*.

contrato e a sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel.¹⁵³

É importante que essa correlação seja observada e conservada durante toda a execução do contrato. Ainda que alteradas as cláusulas contratuais da prestação ajustada, deve-se manter o equilíbrio.

Segundo Tácito, citado por Meirelles, o princípio visa à correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos e, especialmente, à concessão de serviço público.¹⁵⁴

A Administração tem o poder de modificar o projeto e as condições de execução do contrato, para adequá-lo às exigências supervenientes do interesse público. Por outro lado, o contratado, tem o direito de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida no ajuste.

O efeito principal desse postulado é o de propiciar às partes a oportunidade de restabelecer o equilíbrio toda vez que de alguma forma mais profunda for ele rompido ou, quando impossível o restabelecimento, ensejar a própria rescisão do contrato.¹⁵⁵

Meirelles adverte ainda que a manutenção do equilíbrio econômico do contrato pode não se traduzir apenas na eventual modificação das cláusulas atinentes aos preços e remuneração contratual, como se vê abaixo:

Podem ser deveras significativas para a equação econômico-financeira as disposições relativas aos prazos e à forma de pagamento, às condições de entrega, aos tipos de materiais e matérias-primas previstos, aos prazos de execução do contrato e etc.¹⁵⁶

¹⁵³ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 293.

¹⁵⁴ Idem, *Ibidem*.

¹⁵⁵ CARVALHO FILHO. Ob. cit., p.177.

¹⁵⁶ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 194.

Mello, C. leciona também que a garantia do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não poderia ser afetada nem mesmo por lei, pois segundo a Constituição Federal, obras, serviços, compras e alienações serão contratados com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, CF).¹⁵⁷

E, ainda, o postulado também está abrigado por outro dispositivo constitucional, o art. 5º, XXXVI, segundo o qual a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A equação econômico-financeira contratual é, pois, um direito adquirido do contratado.¹⁵⁸

3.4 Reajuste e revisão

Reajustamento contratual de preços é a majoração dos valores unitários ou de parte do valor global contratado, segundo o previsto no contrato, para compensar a inflação e atender às elevações do mercado, decorrentes da desvalorização da moeda ou do aumento geral de custos no período de sua execução.¹⁵⁹

É uma exceção e, portanto, deve estar expressamente previsto pelas partes e delimitado nos seus índices correccionais, no instrumento inicial do contrato.

Mello, C. assegura que pela cláusula o particular e o Poder Público adotam no próprio contrato o pressuposto *rebus sic stantibus* quanto aos valores então demarcados, posto que estipulam a revisão dos preços em função das

¹⁵⁷ MELLO, C. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p.587

¹⁵⁸ Idem. Ibidem.

¹⁵⁹ Idem. Ibidem.

alterações subseqüentes.¹⁶⁰ Pela cláusula *rebus sic stantibus*, presente a situação imprevista, o contrato deve ser ajustado à nova realidade.

A Lei 8.666/1993 determina que o edital deve conter os critérios de reajuste, nos termos do seu art. 40, XI, que o admite a partir da data de apresentação da proposta até os pagamentos devidos.¹⁶¹

Vale notar que o reajuste é facultativo às partes, que podem adotá-lo ou não, segundo as conveniências da Administração, em cada contrato que se firmar, não sendo, portanto, uma imposição legal.

Visto que o reajuste contratual está intimamente ligado à correta execução do ajuste, os atrasos ocasionados pelo contratado eximem a Administração de proceder à correção. O contratado deve estar em dia com os cronogramas da obra, do serviço ou do fornecimento à Administração, salvo se o atraso decorrer de ato ou omissão da própria Administração, bem como de caso fortuito ou força maior, ou ainda, de outras superveniências imprevistas.¹⁶²

Diferentemente do reajuste, a revisão do contrato e a recomposição extraordinária de preços ocorrem quando a Administração altera o projeto ou as condições de sua execução, ou ocorrem fatos novos e excepcionais que agravam extraordinariamente os encargos do contratado.¹⁶³

Meirelles assegura que:

É obrigatória a revisão do contrato quando as alterações do projeto ou do cronograma de sua execução, impostas pela Administração, aumentam os custos ou agravam os encargos do particular contratante, ou quando os atos gerais do governo ou dificuldades materiais específicas passam a onerar extraordinariamente o cumprimento do contrato, desequilibrando a equação econômico-financeira estabelecida inicialmente entre as partes. Destarte, a recomposição de preços (...) destina-se a restaurar o equilíbrio,

¹⁶⁰ MELLO, C. **Curso de Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 633.

¹⁶¹ BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

¹⁶² MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 194.

¹⁶³ Idem, *Ibidem*.

desfeito por eventos supervenientes e extraordinários, não previstos e imprevisíveis pelo contratante, que acarretam modificação anormal na situação fática existente na época da celebração do ajuste (...) independe de previsão no contrato e torna-se devida no momento em que este deixa de atender à sua finalidade, ou seja, à manutenção da equação econômico-financeira do ajuste, em razão de atos e fatos inimputáveis ao particular contratante.¹⁶⁴

3.5 Exceção de contrato não cumprido

Em princípio, a *exceptio non adimpleti contractus* não se aplica aos contratos administrativos quando a falta é da Administração, face ao princípio da continuidade do serviço público que impede que o particular paralise a execução do contrato diante da omissão ou atraso da Administração no cumprimento das prestações a seu cargo.¹⁶⁵

Entretanto, Mello, C. doutrina que o princípio da continuidade do serviço público nem sempre está presente nos contratos, de modo que os atrasos nos pagamentos devidos pela Administração não podem ser suportados pelo particular, sobretudo quando, sem os atrasos, vinha cumprindo adequadamente as obrigações contratuais.¹⁶⁶

Assim, nos contratos administrativos, essa exceção é substituída por uma indenização dos prejuízos suportados pelo particular, ou pela rescisão por culpa da Administração.

O Estatuto entendeu que é causa de rescisão contratual culposa o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcela destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da

¹⁶⁴ MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*. Ob. cit., p. 195.

¹⁶⁵ Idem. Ibidem, p. 197.

¹⁶⁶ Ob. cit p. 292.

ordem interna ou guerra. O particular tem direito de optar pela suspensão do cumprimento da obrigação ou pela indenização por prejuízos causados pela rescisão (art. 78, XV, c/c 79, §2º).¹⁶⁷

3.6 Controle do contrato

O controle do contrato administrativo é exercido pela própria Administração, pois é um poder inerente ao Poder Público e, por isso, implícito em toda a contratação pública.

Compete à Administração a realização de obras públicas e a prestação de serviços da coletividade. Logo, a Administração também tem a prerrogativa de supervisionar e controlar seus contratos e adequá-los às exigências do momento, em face da variação do interesse da comunidade administrada.

Meirelles frisa ainda que o poder de controle do contrato administrativo por parte da Administração não retira do contratado a autonomia de execução dentro das cláusulas avençadas, nem lhe absorve as responsabilidades técnicas e econômicas do empreendimento; permite apenas que a Administração acompanhe sua realização, velando pela exatidão dos trabalhos.¹⁶⁸

A prerrogativa de fiscalização da Administração encontra-se positivada no art. 58, inciso III da Lei 8.666/1993 e, o art. 67 disciplina a forma como será realizada.

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III - fiscalizar-lhes a execução;

¹⁶⁷ BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

¹⁶⁸ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 194.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

3.7 Aplicação das penalidades contratuais

O art. 58, IV do Estatuto prevê a possibilidade de aplicação de penalidades contratuais ao contratado, como prerrogativa correlata à do controle do contrato administrativo.

As penalidades compreendem desde as advertências e multas até a rescisão unilateral do contrato pela Administração, com a conseqüente tomada de seu objeto e assunção da obra ou do serviço sem prejuízo dos acertos de contas e das indenizações cabíveis posteriormente.¹⁶⁹

Tais sanções encontram-se previstas nos incisos I a IV do art. 87 do Estatuto. São a advertência; a multa conforme o instrumento convocatório ou o contrato; a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar por até dois anos; e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição, ou até a reabilitação concedida quando o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos e após decorrido o prazo da sanção aplicada.¹⁷⁰

¹⁶⁹ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 200.

¹⁷⁰ SILVA, Ellen Cristiane. **A Cláusula Exorbitante no Contrato Administrativo**. Disponível em: <<http://siaib01.univali.br/pdf/Ellen%20Cristiane%20Silva.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2011.

3.8 Teoria da imprevisão

A teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que a ocorrência de eventos novos, imprevisos e imprevisíveis pelas partes, autoriza a revisão do contrato para o seu ajustamento às circunstâncias supervenientes.

É o reconhecimento de fatos externos imprevisíveis e inevitáveis que inviabilizam a execução diante do ônus excessivo para o contratado, e possibilitam a revisão contratual para restabelecer o equilíbrio da equação econômica originária do ajuste.¹⁷¹

Noutros termos, é a moderna cláusula *rebus sic stantibus*, implícita nos contratos administrativos, que significa que o ajuste não permanece em vigor quando houver mudança na contratação.¹⁷²

Porém, não é a simples elevação dos preços em proporção suportável, como álea própria do contrato que rende ensejo ao reajuste da remuneração contratual avençada inicialmente entre o particular e a Administração; só a álea econômica extraordinária e extracontratual é que autoriza a revisão do contrato.¹⁷³

As áleas são acontecimentos futuros que influenciam a economia do contrato administrativo e podem classificar-se como econômicas e administrativas. As econômicas subclassificam-se em ordinárias e extraordinárias.¹⁷⁴

As áleas ordinárias são eventos pelos quais as partes assumiram o risco na celebração do contrato administrativo, os prejuízos são previsíveis e suportados pelo particular; já as áleas são imprevisíveis e excessivamente

¹⁷¹ SILVA, Ellen Cristiane. **A Cláusula Exorbitante no Contrato Administrativo**. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Ellen%20Cristiane%20Silva.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2011.

¹⁷² DI PIETRO. **Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 263.

¹⁷³ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 231.

¹⁷⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 373.

onerosas ao particular, razão pela qual o particular pode reclamar à Administração a sua participação enquanto perdurar o estado de imprevisão.¹⁷⁵

Frisa-se que a imprevisão não exonera o particular da prestação do contrato, uma vez que a execução do serviço não pode ser interrompida em razão do interesse da coletividade.¹⁷⁶

Dessa forma, o particular tem direito à compensação do prejuízo pela revisão contratual das cláusulas de remuneração.

3.8.1 Força maior

Força maior é o evento humano que por sua imprevisibilidade e inevitabilidade cria para o contratante óbice intransponível na execução do contrato. Segundo Meirelles, o que caracteriza a força maior é o caráter impeditivo absoluto do ato superveniente para o cumprimento das obrigações assumidas.¹⁷⁷

De acordo com Di Pietro, o fenômeno se dá quando o contrato é alterado por forças alheias à vontade das partes, tornando impossível o seu cumprimento e, conseqüentemente, liberando ambas as partes do seu cumprimento, ensejando a rescisão do contrato,¹⁷⁸ nos termos do art. 78, XVII da Lei 8.666/1993:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
(...)
XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.¹⁷⁹

¹⁷⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit., p. 373.

¹⁷⁶ SILVA, Ellen Cristiane. **A Cláusula Exorbitante no Contrato Administrativo**. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Ellen%20Cristiane%20Silva.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2011.

¹⁷⁷ **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 232.

¹⁷⁸ **Direito Administrativo**. Ob. cit., p. 263.

¹⁷⁹ BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

3.8.2 Caso fortuito

É o evento da natureza, que por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, gera para o contratado obstáculo irremovível na execução do contrato, ou seja, é a impossibilidade total criada pelo fato da natureza que exime o contratado de cumprir suas obrigações.¹⁸⁰

Assim como a força maior, o caso fortuito somente é invocado como causa justificante da inexecução do contrato quando não tiver havido culpa do contratante ao ser colhido pelo fato ou ato retardador ou impeditivo do cumprimento do ajuste.¹⁸¹

Nesse contexto, se ocorrer um evento retardador ou impeditivo da execução do contrato, enquadrável no conceito legal de caso fortuito, ou força maior, a parte pode invocá-lo para eximir-se das consequências da mora ou para obter a rescisão do ajuste sem indenização pela inexecução.

3.8.3 Fato do príncipe

Fato do príncipe é toda determinação estatal, geral, imprevista e imprevisível, positiva ou negativa, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo, constituindo uma álea administrativa extraordinária e extracontratual.¹⁸²

Dessa forma, o fato do príncipe é toda e qualquer providência ou iniciativa unilateral do poder público que torna mais onerosa a situação da parte que contrata com o Estado.¹⁸³ O Poder Público fica obrigado a compensar

¹⁸⁰ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 232.

¹⁸¹ Idem, *Ibidem*, p. 233.

¹⁸² Idem, *Ibidem*, p. 234.

¹⁸³ CRETELLA JÚNIOR. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 370.

integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução do ajuste.

O fundamento está em que a Administração não pode causar danos ou prejuízos aos administrados e, tampouco aos contratados; em ocorrendo, por ato do Estado, surge a obrigação de indenizar.

3.8.4 Fato da administração

Fato da Administração é toda ação ou omissão do Poder Público, que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava, ou impede o cumprimento pela inadimplência do contratante.¹⁸⁴

Não se confunde com o fato do príncipe porque é específico e incidente sobre um determinado contrato, caracterizando a inadimplência da Administração contratante, que impede, dificulta ou retarda a execução das obras ou serviços, ensejando a revisão do ajuste ou a sua rescisão, por culpa da Administração.

Meirelles doutrina ainda que:

A superveniência de qualquer desses fatos (do príncipe ou da administração), entretanto, permitirá a rescisão do contrato, ou a sua revisão para continuidade dos trabalhos, ou mesmo a cobrança final da indenização devida pela eventual paralisação ou retardamento da obra ou do serviço, com desequilíbrio da equação econômico financeira inicial, para compensar os prejuízos acarretados pelo empreiteiro sem culpa de sua parte.¹⁸⁵

¹⁸⁴ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 235.

¹⁸⁵ Idem, *Ibidem*, p.236.

3.8.5 Interferências imprevistas

De acordo com Meirelles, as interferências não previstas são ocorrências materiais não cogitadas pelas partes na celebração do contrato, mas que surgem na sua execução de modo surpreendente e excepcional, dificultando e onerando extraordinariamente o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos.¹⁸⁶

São anteriores à celebração do contrato, todavia só são descobertas durante a execução do ajuste. Como regra, prorrogam a execução do ajuste e refletem economicamente a favor do contratado na revisão contratual, nos termos do art. 65 da Lei 8.666/1993.¹⁸⁷

Essas interferências imprevistas, sendo excepcionais e criando dificuldades e encargos extraordinários para a normal execução do contrato, ensejam a sua revisão e a recomposição de preços, por não serem válidos os que foram estabelecidos.

3.9 Exigência de garantia

O art. 56 do Estatuto estabelece uma faculdade à Administração Pública. A seu exclusivo critério, poderá a autoridade competente exigir, em cada caso, desde que prevista no ato convocatório, a prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.¹⁸⁸

De igual modo, o parágrafo primeiro do artigo em epígrafe concede ao particular contratado a possibilidade de, dentre algumas hipóteses, optar pela

¹⁸⁶ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 237.

¹⁸⁷ SILVA, Ellen Cristiane. **A Cláusula Exorbitante no Contrato Administrativo**. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Ellen%20Cristiane%20Silva.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2011.

¹⁸⁸ BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

modalidade de garantia que lhe for mais conveniente, a saber: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; seguro-garantia; fiança bancária.¹⁸⁹

A garantia para contratar, quando pretendida pela Administração, deve estar prevista no instrumento convocatório, sob pena de se tornar inexigível posteriormente, podendo o vencedor da licitação optar pela forma menos onerosa.¹⁹⁰

A garantia a ser prestada pelo contratado, qualquer que seja a modalidade, estará limitada a 5% (cinco por cento) do valor do contrato. Todavia, este percentual poderá ser elevado até 10% (dez por cento) em se tratando de instrumento relativo a obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, desde que envolva alta complexidade técnica, bem como riscos consideráveis, o que deverá restar devidamente evidenciado por meio de parecer técnico a ser aprovado pela autoridade competente.¹⁹¹

A liberação da garantia ocorre após o cumprimento integral do contrato, ou seja, com a entrega e recebimento definitivo de seu objeto. Após, sua retenção é ilegal e obriga a Administração a restituí-la com os respectivos acréscimos moratórios.¹⁹²

Por fim, a perda da garantia se dá toda vez que seu ofertante faltar com o prometido à Administração, ou em consequência do desconto de débitos ou de multas em que o contratado incidir e não recolher no devido tempo. A Administração poderá, ainda, incorporar ao seu patrimônio a caução em dinheiro ou em títulos, até o limite devido pelo contratado, ou cobrar do fiador ou do segurador as respectivas garantias por estas prestadas.¹⁹³

¹⁸⁹ BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

¹⁹⁰ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 208.

¹⁹¹ FERNANDES. Ob. cit., p. 97.

¹⁹² BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

¹⁹³ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 209.

Meirelles leciona ainda que reduzida ou perdida a garantia inicial, é lícito à Administração exigir a sua recomposição para prosseguimento do contrato, sob pena de rescisão por culpa do inadimplente.¹⁹⁴

¹⁹⁴ MEIRELLES, **Licitação e Contrato Administrativo**. Ob. cit., p. 209.

CONCLUSÃO

Com a conclusão do presente trabalho foi possível identificar que a instituição do contrato, típica do direito privado, pode ser largamente utilizada na seara administrativa, em sua natureza originária, como contratos privados realizados pela Administração ou contratos administrativos propriamente ditos. Para tanto, basta acrescentar algumas peculiaridades e, caracterizado está o contrato administrativo.

Entretanto, o reconhecimento dos contratos administrativos como contratos da Administração não é unânime na doutrina, face à ausência de conceito legal, ainda que o Estatuto Licitatório tenha a previsão de contratos celebrados entre o particular e a Administração.

O contrato administrativo é o acordo bilateral firmado pelo particular contratante e a Administração, para a consecução de objetivos de interesse público. Tal pacto encontra-se no âmbito do regime jurídico de direito único do direito administrativo, regido, portanto, pelos princípios da supremacia do interesse público e da finalidade pública, os quais devem nortear toda a atuação administrativa.

Por ser a Administração Pública parte do acordo bilateral, denominado contrato administrativo e, por ter supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste, surgem as chamadas cláusulas exorbitantes do direito comum; privilégio que confere à Administração uma posição privilegiada.

Não é o sujeito, o objeto, e nem a finalidade pública que caracterizam o contrato administrativo, vez que o objeto é, normalmente, idêntico ao do direito privado e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em qualquer contrato da Administração. Com efeito, o que caracteriza e distingue o contrato da Administração são as cláusulas exorbitantes do direito comum, que vez ou outra podem sim aparecer em contratos particulares, mas, predominantemente, são ilegais nos ajustes privados, ao passo que são legais nos contratos firmados pela Administração Pública, em razão dos poderes que lhe foram conferidos pelo ordenamento jurídico vigente.

Num contrato privado, as cláusulas exorbitantes não seriam lícitas porque desigualariam as partes na execução do avençado. Entretanto, num contrato administrativo são absolutamente válidas, porque decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público.

As principais cláusulas exorbitantes se exteriorizam na possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato; no equilíbrio econômico e financeiro; na revisão de preços e tarifas; na inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; no controle do contrato; na aplicação da teoria do fato príncipe e da teoria da imprevisão; e na aplicação de penalidades contratuais pela Administração.

Diante do exposto, pode-se dizer que as cláusulas essenciais são o reflexo da imposição do regime jurídico administrativo. A ingerência do Estado sobre os contratos é cada vez maior; são vigiados, fiscalizados e dirigidos pelo organismo estatal. De outro, lado, tanto ao particular quanto à coletividade cabem as garantias de que a Administração encontra-se limitada aos princípios e ordenamento legal, sob pena de incorrer em desvio de poder ou de finalidade, gerando a nulidade dos atos praticados pela Administração.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Gilmar Alves, MORGADO, Almir. **Contrato Administrativo e Contrato Privado**. Disponível em: <<http://www.pelegrino.com.br/doutrina/ver/descricao/104>>. Acesso em: 03 de abril de 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

BRASIL. **Lei Nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 26 de março de 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. **Contrato Administrativo**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8486/contrato-administrativo>>. Acesso em: 20 de março de 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GASPARINI, Diógenis. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Contratos Administrativos**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-RICARDO%20MARCONDES%20MARTINS.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. 2 volumes.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso Prático de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SANTOS, Ernesto dos. **Licitação e Contrato Administrativo**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/27819876/LicitaCAo-e-Contrato-Administrativo>>. Acesso em: 20 de março de 2011.

SARAI, Leandro. **Regime Jurídico dos Contratos Administrativos**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4968/regime-juridico-dos-contratos-administrativos>>. Acesso em: 20 de março de 2011.

SILVA, Ellen Cristiane. **A Cláusula Exorbitante no Contrato Administrativo**. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Ellen%20Cristiane%20Silva.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2011.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Interpretação dos Contratos Administrativos**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/458/interpretacao-dos-contratos-administrativos>>. Acesso em: 15 de abril de 2011.

VIOLIN, Tarso Cabral, TABORDA, Mônica Oldani. **As Prerrogativas da Administração nos Contratos Administrativos**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3699/as-prerrogativas-da-administracao-nos-contratos-administrativos/1>>. Acesso em: 20 de abril de 2011.

VOLPI, Elon Kalebi Ribas. **Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do Interesse Público e a Questão da Isonomia**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2008030613004547&mode=print>. Acesso em: 20 de abril de 2011.