

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: TERMO MÉDIO ENTRE AS
PRERROGATIVAS E AS RESTRIÇÕES

DANIEL FARIA MOREIRA

RIO DE JANEIRO

2008

DANIEL FARIA MOREIRA

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: TERMO MÉDIO ENTRE AS
PRERROGATIVAS E AS RESTRIÇÕES

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Attilio José Aguiar Gorini

RIO DE JANEIRO

2008

DANIEL FARIA MOREIRA

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
TERMO MÉDIO ENTRE AS PRERROGATIVAS E AS RESTRIÇÕES

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Atílio José Aguiar Gorini – Presidente da Banca Examinadora
Prof. da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador

Nome completo do 2º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence _

Nome completo do 3º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

RESUMO

MOREIRA, Daniel Faria. *Contratos Administrativos: termo médio entre as prerrogativas e as restrições*. 2008. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho discorre acerca dos contratos administrativos e objetiva, principalmente, traçar um termo médio entre as prerrogativas da Administração Pública, que a deixa em posição privilegiada em relação aos particulares em função do interesse público (supremacia do interesse público sobre o privado), e as restrições a que ela se submete, limitadoras de sua atividade à sua finalidade, ao interesse público e aos demais princípios constitucionais, previstos expressa ou implicitamente no art. 37 da CF/88 que, em não sendo observados, caracterizam o desvio de poder ou de finalidade e geram a nulidade dos atos praticados por esta. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se aos aspectos conceituais e existenciais dos contratos administrativos. Na segunda parte serão analisadas as características peculiares dos contratos administrativos, tais como: 1. Presença da Administração Pública como Poder Público; 2. Finalidade Pública; 3. Obediência à forma forma prescrita em lei; 4. Natureza de Contrato de Adesão; 5. Natureza *intuitu personae*; 6. Presença de cláusulas exorbitantes; 7. Mutabilidade. Merecerão destaque, principalmente, as duas últimas características por serem estas, normalmente, classificadas como cláusulas exorbitantes. A terceira parte dedica-se ao estudo das restrições/ sujeições a que está vinculado o Poder Público.

Palavras-Chave: Contratos Administrativos; Prerrogativas Administrativas; Princípios Constitucionais; Interesse Público; Regime jurídico-administrativo.

RESUMEN

MOREIRA, Daniel Faria. *Contratos Administrativos: termo médio entre as prerrogativas e as restrições*. 2008. 60 f. Monografía (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Este trabajo trata sobre los contratos administrativos y tiene como objetivo establecer un término medio entre las opciones de aquellos que pertenecen a la Administración Pública, que los deja en posición privilegiada en relación a los particulares, en función del interés público (supremacía del interés público sobre el privado), y a las restricciones a que ellos se someten, limitadoras de sus actividades en relación a su finalidad, al interés público y a los demás principios constitucionales, previstos implícita o explícitamente en el artículo 37 de la CF/88 que, no siendo observados, caracterizan un desvío de poder o de finalidad y generan la nulidad de los actos practicados por estos. Para una mejor comprensión del tema, la primera parte se refiere a los aspectos de concepto y existenciales de los contratos administrativos. En la segunda parte serán analizadas las características peculiares de los contratos administrativos tales como: 1. Presencia de la Administración Pública como Poder Público; 2. Finalidad Pública; 3. Obediencia a la forma determinada en la ley; 4. Naturaleza del Contrato de Adhesión; 5. Naturaleza *intuitu personae*; 6. Presencia de cláusulas exorbitantes; 7. Mutabilidad. Serán destacadas principalmente las dos últimas características por que estas son, normalmente, clasificadas como exorbitantes. La tercera parte se dedica al estudio de las restricciones/ligaciones a que está vinculado el Poder Público.

Palabras clave: Contratos Administrativos, Opciones Administrativas, Principios Constitucionales, Interés Público, Régimen Jurídico-Administrativo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 DEFINIÇÕES PRELIMINARES	11
2.1 Teorias de existência	11
2.2 Contratos Administrativos como espécie do gênero Contrato	16
2.3 Regime Jurídico Administrativo	18
2.4 Conceituação	20
3 PECULIARIDADES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	24
3.1 Presença da Administração como Poder Público	24
3.2 Finalidade Pública	25
3.3 Respeito à forma prevista em lei	26
3.4 Natureza de Contrato de Adesão	27
3.5 Natureza <i>intuitu personae</i>	28
3.6 Presença de cláusulas exorbitantes	28
3.7 Mutabilidade	29
4 PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO	31
4.1 Exigência de Garantia	32
4.2 Alteração Unilateral	33
4.3 Rescisão Unilateral	35
4.4 Fiscalização	37
4.5 Aplicação de Penalidades	38
4.6 Anulação ou Autotutela	39
4.7 Equilíbrio Econômico e Financeiro	41
4.8 Exceção do contrato não cumprido	41
5 RESTRIÇÕES	44
5.1 Legalidade	45
5.2 Moralidade	46
5.3 Publicidade	47
5.4 Impessoalidade	48
5.5 Eficiência	50
5.6 Licitação	51
5.7 Responsabilidade das Pessoas Jurídicas	52
5.8 Finalidade Pública	54
5.9 Razoabilidade e Proporcionalidade	55

6 CONCLUSÃO

57

REFERÊNCIAS

59

1 INTRODUÇÃO

A escolha deste tema para a presente monografia se deve a atual conjuntura da Administração Pública brasileira, que, sob o influxo de fenômenos recentes como a multiplicação dos interesses da sociedade, a crescente exigência de maior eficiência e qualidade em sua realização, a escassez de recursos públicos e a impossibilidade de financiar integralmente as custosas demandas sociais por via impositiva, motivada, em grande parte, pela conscientização da sociedade, não raramente vem recorrendo ao particular, para o alcance de suas finalidades, utilizando-se de instrumentos consensuais e negociais, como contratos, acordos e termos de parceria, substituindo, em última instância, o clássico mecanismo de coerção pelo da colaboração.¹

De fato, a Administração Pública já não mais figura como um aparato de dominação da sociedade, senão que interage com ela, abrindo-se, de maneira democrática, ao diálogo, imprimindo, assim, um caráter consensual na relação sociedade-Estado, de forma a reconhecer a capacidade/ responsabilidade da sociedade civil em satisfazer suas demandas, seja diretamente, seja em parceria do ente público.

Tal assertiva se comprova no fato do Estado não dispor de todos os recursos (mão de obra e matéria-prima) necessários para a realização de seu dever/ poder estatal, necessitando recorrer ao particular, ou mesmo a outra entidade administrativa², para adquirir bens que necessite e não possua ou para solicitar os serviços destes, para compras, contratações de prestação de serviços (terceirização), alienação de bens, concessão de serviços ou bens públicos, etc. Surge aqui a figura do contrato celebrado entre a Administração Pública e o particular, chamado de contrato administrativo.

A teoria dos contratos administrativos constitui um dos pontos mais importantes no estudo do direito administrativo, não somente pela relevância da sua

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. *Mutações nos serviços públicos*. In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia nº 1, 2005, p. 17. Disponível na internet em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 23 de fevereiro de 2008.

² Por outra entidade administrativa se entende: pessoa jurídica, autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista.

aplicação, como ainda porque aqui se encontra a fronteira menos definida do direito público com o direito privado.³

O presente trabalho, portanto, discorre sobre os contratos administrativos e objetiva, principalmente, traçar um termo médio entre as prerrogativas da Administração Pública, que a deixa em posição privilegiada em relação aos particulares em função do interesse público (supremacia do interesse público sobre o privado), e as restrições a que ela se submete, limitadoras de sua atividade à sua finalidade, ao interesse público e aos demais princípios constitucionais, previstos expressa ou implicitamente no art. 37 da CF/88 que, em não sendo observados, caracterizam o desvio de poder ou de finalidade e geram a nulidade dos atos praticados por esta.

Para o alcance de tal termo médio será fundamental a análise das divergências doutrinárias acerca da existência dos contratos administrativos, destacando-se as três principais correntes sobre o tema - 1ª a que nega a existência do mencionado instituto; 2ª a que aceita a existência e considera como contratos administrativos todos os contratos celebrados pela Administração; 3ª a que aceita a existência destes como espécie do gênero Contrato, com regime jurídico de Direito Público, derogatório e exorbitante do Direito Comum. Daremos ênfase, principalmente, a 3ª corrente, visto ser esta a adotada pela maioria dos administradores brasileiros, com a perspectiva de se ver estabelecido o entendimento de que, quando da interpretação dos contratos administrativos, sejam respeitadas as normas que regem o Direito Público, suplementadas pelas do Direito Privado (art. 54 da Lei nº 8.666/93), e não o contrário, como ainda se pratica.

Tais aspectos serão de suma importância, na medida que se caracterizará a autonomia do Direito Administrativo (regime jurídico-administrativo), do qual surgem princípios essenciais, como (1) a supremacia do interesse público sobre o privado; e (2) a indisponibilidade do interesse público. O primeiro diz respeito a superioridade do interesse da coletividade em relação ao interesse privado, enquanto que o segundo traduz o dever do agente público de proteger o interesse público, sem dispor ou se desviar do mesmo.

³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Teoria dos Atos Administrativos. São Paulo, Ed. RT, 1973, pág. 246.

Embora não exista em nosso ordenamento pátrio uma jurisdição administrativa: tal fato não suprime, contudo, a importância de caracterizarmos os contratos administrativos, visto que sua existência é uma realidade freqüente nas atividades da Administração Pública, estando tais instrumentos, inclusive, devidamente regulamentados por ordenamento específico – qual seja, a Lei nº 8.666, de 21.6.1993, de âmbito nacional.⁴

Faremos, portanto, uma análise das características peculiares dos contratos administrativos, tais como: 1. Presença da Administração Pública como Poder Público; 2. Finalidade Pública; 3. Obediência à forma forma prescrita em lei; 4. Natureza de Contrato de Adesão; 5. Natureza *intuitu personae*; 6. Presença de cláusulas exorbitantes; 7. Mutabilidade.

Merecerão destaque, principalmente, as duas últimas características, sobretudo seus respectivos subitens: 6.1 – Exigência de garantia; 6.2 – Alteração unilateral; 6.3 – Rescisão unilateral; 6.4 – Fiscalização; 6.5 – Aplicação de Penalidades; 6.6 – Anulação; 6.7 – Restrições ao uso da *Exceptio Non adimpleti contractus*; e 7.1 – Fato do Príncipe; 7.2 – Fato da Administração; 7.3 – Alteração Unilateral do Contrato; 7.4 – Teoria da Imprevisão.

As características em destaque, normalmente chamadas de cláusulas exorbitantes, cláusulas de privilégio, ou cláusulas de prerrogativa não são comuns ou lícitas nos contratos privados, por desnivelarem a relação de igualdade entre os contratantes. Porém, são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.⁵

Conforme veremos, as prerrogativas administrativas são elaboradas norteadas pelos princípios gerais da administração pública (art. 37, *caput*, CF/88), além dos princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da

⁴ Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka. *Concepções dos contratos administrativos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pág. 09.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 14ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pág. 203.

continuidade do serviço público, informadores do modelo gerencial adotado pela Administração.

Por outro lado, veremos a existência de restrições/ sujeições, inexistentes no Direito comum, que proporcionam rigorosa fiscalização e submissão para que o objetivo da Administração Pública não seja desviado para o interesse privado, eliminando assim sua própria razão de existir, a consecução das necessidades coletivas.

Busca-se, portanto, o estabelecimento de um termo médio entre os privilégios e as limitações a que o Poder Público se encontra ora amparado, ora vinculado, quando, no âmbito de suas atribuições, contrata com o particular ou com outra entidade administrativa.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – DEFINIÇÕES PRELIMINARES

2.1. Teorias de Existência

Neste capítulo, faremos, primeiramente, uma análise acerca das correntes doutrinárias que admitem, ou não, a existência dos contratos administrativos, visto a necessidade de se distinguir estes dos contratos de Direito Privados.

São três os posicionamentos de maior relevância sobre o tema, na qual passaremos agora ao exame.

A 1ª corrente nega a existência do instituto do contrato administrativo, visto que este não observa quatro requisitos básicos de todos os contratos: a igualdade entre as partes, a autonomia da vontade, a relatividade das convenções e o objeto comerciável. Tal corrente negativista defende que as cláusulas regulamentares decorrem de ato unilateral da Administração, não havendo que se falar em Contrato. É representada por Celso Antônio Bandeira de Mello, Odilon Campos Andrade e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a natureza do contrato não se esgota no livre acordo de vontades. O simples acordo de vontades sobre certo objeto gera a convenção, jamais o contrato. Segundo o autor, as cláusulas decorrem de ato unilateral da Administração, vinculado à lei, sendo as cláusulas econômicas estabelecidas por contrato de direito comum.⁶

Com relação à autonomia da vontade, advertem os defensores desta corrente, que esta inexistiria nos contratos administrativos por parte da Administração Pública, tendo em vista o princípio da legalidade que a obriga a realizar aquilo que a lei dispuser. Não haveria uma atuação livre ou autonomia do administrador público, tendo em vista que “*o interesse geral impõe à sua actividade limites a que a vontade privada não está sujeita.*”⁷

⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 2ª edição, vol. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1979, 3ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pág. 667.

⁷ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, pág. 137/ 138.

A relatividade das convenções também estaria ausente, vez que nesta espécie de Contrato, os efeitos se estendem a todos (terceiros), e não só as partes.

Por fim, com relação ao último requisito – objeto comerciável, conforme adverte Maria Helena Diniz, nos contratos administrativos o objeto visado pela Administração Pública sempre deverá ser o interesse público, bem que se situa fora do comércio, portanto, estranho às relações privadas.⁸

Na realidade, como veremos, esses quatro requisitos básicos citados pela 1ª corrente, garantem aos contratos administrativos sua peculiaridade, conferindo características próprias e definidoras, que o distinguem dos contratos privados e o qualificam como espécie autônoma.

A 2ª corrente defende que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos, porque em todos os acordos de que participa a Administração Pública há a derrogação das regras de Direito Comum pelos preceitos próprios de Direito Público. Não haveria, segundo este posicionamento, a possibilidade da Administração Pública realizar contratos regidos pelo Direito Privado. Carlos Ari Sundfeld, José Roberto Dromi, Marçal Justen Filho e Lúcia Valle Figueiredo, autores que defendem tal corrente, sustentam que os contratos que a doutrina qualifica como contratos privados da Administração seriam contratos administrativos em sentido amplo, enquanto que os contratos em que são aplicáveis as regras de Direito Público seriam os contratos administrativos em sentido estrito.

Segundo Carlos Ari Sundfeld, defensor desta corrente:

[...] todos os contratos da Administração Pública são contratos administrativos, submetidos ao regime de direito administrativo e informados pelos princípios e regras que lhe são próprios. Inexistem contratos privados da Administração, porquanto a ausência, para ela, de liberdade negocial impede que seus atos bilaterais pertençam ao sistema do direito privado.⁹

⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 15ª edição, vol. 5, São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 27.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e Contrato Administrativo. 2ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pág. 203.

Nota-se, que o supracitado autor, se utiliza de alguns dos requisitos básicos, também encontrados nos fundamentos da 1ª corrente, como a autonomia da vontade e objeto comerciável.

Cumprе ressaltar, ainda, o ensinamento de Marçal Justen Filho, integrante desta corrente, que em sua análise cita a existência de duas espécies de contratos administrativos. A primeira seria dos contratos privados celebrados pela Administração, regidos essencialmente pelos preceitos de Direito Privado. Bons exemplos seriam os contratos de compra e venda, doação, permuta, de seguros e os de locação. Já a segunda espécie trata-se dos contratos disciplinados especificamente no âmbito da Administração Pública, como por exemplo, os contratos de obra (Art. 6º, I, da Lei nº 8.666/93).

Na opinião do supracitado autor, a diferença básica entre um e outro é a aplicação do regime jurídico, haja vista que o regime jurídico dos contratos administrativos é o regime jurídico-administrativo. Já os contratos administrativos (regidos pelo Direito Privado) seriam uma exceção a esta regra, visto que se utilizam de regras de Direito Privado (essencialmente) e Direito Público.

O mencionado autor, pertencente a corrente que entende como administrativo todo contrato realizado pela administração, assevera que *“a mera participação da Administração Pública como parte em um contrato acarreta alteração do regime jurídico aplicável”*.¹⁰

Em posição parecida, Lúcia Valle Figueiredo também sustenta a existência de dois institutos, o primeiro seria o contrato administrativo e o segundo o contrato da Administração Pública regido basicamente pelo Direito Privado. A mencionada autora nega a existência dos **contratos privados** da Administração Pública, sustentando que os contratos da Administração que são regidos essencialmente por regras de Direito Privado, ainda sim, são públicos, por sofrerem forte interferência do Direito Público.¹¹

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo. 3ª edição, Rio de Janeiro, Aide, 1994, pág. 386.

¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, pág. 524.

A 3ª corrente, adotada majoritariamente pelos doutrinadores brasileiros, aceita a existência dos contratos administrativos como espécie do gênero Contrato, com regime jurídico de Direito Público, derogatório e exorbitante do direito comum. Para esta corrente haveria a possibilidade da Administração celebrar tanto contrato administrativo, quanto contrato de Direito Privado. Sendo que, neste último, a Administração estaria subordinada ao regime jurídico de Direito Privado.

A principal diferença entre as duas últimas correntes é que, conforme assevera José dos Santos Carvalho Filho, nem o aspecto subjetivo nem o objetivo servem como elemento diferencial. O autor explica que o simples fato de ser o Estado sujeito na relação contratual não serve, isoladamente, para caracterizar o contrato como administrativo. O mesmo se diga quanto ao objeto: é que não só os contratos administrativos como os contratos privados da Administração hão de ter, fatalmente, um objetivo que traduza interesse público. Assim, conclui o autor, que tais elementos têm que ser sempre conjugados com o regime jurídico, este sim o elemento marcante e diferencial dos contratos administrativos.¹²

Dessa forma, conforme, irretocavelmente, sintetizado por Maria Sylvania Di Pietro:

Os contratos celebrados pela Administração compreendem, quanto ao regime jurídico, duas modalidades:

1. os **contratos de direito privado**, como a compra e venda, a doação, o comodato, regidos pelo Código Civil, parcialmente derogados por normas publicistas.
2. os **contratos administrativos**, dentre os quais incluem-se:
 - a) os **tipicamente administrativos**, sem paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público;
 - b) os **que têm paralelo no direito privado**, mas são também regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo, o depósito, a empreitada.¹³

Observamos no trecho supra transcrito, que a autora enuncia a existência de contratos privados celebrados pela Administração Pública, ao lado dos contratos

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 18ª edição, Rio de Janeiro. Lúmen Júris Editora, 2007, pág. 160.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 19ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2006, pág. 262.

administrativos. Seriam estes, segundo a autora, espécies do gênero Contratos da Administração. Nota-se, ainda, que o emprego da ressalva “*parcialmente derogados por normas publicistas*” nos leva a crer que a autora entende que a Administração não pode dispor de determinadas prerrogativas, quando se busca a consecução do interesse público.

Na nossa opinião, a segunda corrente possui argumentos relevantes, porém, por motivos lógicos e didáticos, adotaremos a terceira corrente, na qual se baseia a mais abalizada doutrina administrativa, e que será objeto de nosso estudo no próximo subitem.

Tal adoção se mostra razoável, na medida que, entender que não existem contratos privados realizados pela Administração emergiria algumas dúvidas. Qual seria a razão pelo qual o particular poderia, **nessas condições**, ter a intenção de celebrar contrato com a Administração Pública? Ou melhor, por que o particular, em determinados casos, se subordinaria a um contrato em que se encontrasse em posição inferior à da Administração Pública?

Todavia, não é o caso de posicionar-se favoravelmente à integral submissão das relações negociais administrativas aos ditames do regime jurídico privado. Visando a contenção da fuga da Administração Pública para o direito privado, Maria João Estorninho sustenta ser possível a circunscrição da atividade administrativa a um regime privatístico, desde que exija-se da Administração “*a par das normas jurídico-privadas, ter em consideração certas normas e princípios gerais do Direito Público*”.¹⁴

Isso porque não há que se negar que até mesmo nos contratos essencialmente de Direito Privado firmados pela Administração muitas vezes ocorrerá a derrogação das regras de Direito Comum pelos preceitos especiais de Direito Público.¹⁵

O que se conclui é que, mesmo que se adotasse a 2ª corrente, a existência dos contratos administrativos constitui evidência incontroversa, imposta e confirmada pela realidade, caracterizando-se tais instrumentos mediante a submissão a um regime

¹⁴ ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, pág. 160.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 198.

próprio, absolutamente distinto e independente, situando-se em paralelo com as demais espécies contratuais dentro da categoria jurídica dos contratos (gênero).¹⁶

2.2. Contratos Administrativos como espécie do gênero Contrato

O instituto do Contrato é típico, porém não específico, do Direito Privado. Baseia-se nos princípios da autonomia da vontade e da igualdade jurídica dos contratantes. O primeiro configura-se na regra de que ninguém é obrigado a se ligar contratualmente, porém, caso o faça, o contrato faz lei entre as partes (*lex inter partes*) e deve ser respeitado conforme pactuado (*pacta sunt servanda*). O segundo caracteriza-se pela busca de se harmonizar os interesses das partes envolvidas, e realizar o equilíbrio real das prestações em todo o processo obrigacional.

Nos contratos administrativos estes dois princípios, de certa forma, também estão presentes. Existe uma oferta inicial (projeto básico – Art. 6º, IX da Lei nº 8.666/93), geralmente feita por processo licitatório, a toda coletividade e as propostas feitas pelos interessados, na qual a Administração selecionará a mais vantajosa. Forma-se, portanto, um acordo voluntário de vontades, ou seja, só haverá o aperfeiçoamento do contrato, se houver o assentimento das partes. Tal fato chamado por Maria Sylvia Di Pietro de *vontade contratual unitária*¹⁷ pode ser considerado um acordo de vontades (e não um mero ato unilateral e impositivo da Administração).

Dessa forma, a autonomia da vontade está presente nos contratos administrativos, visto que este resulta de acordo livre entre as partes, ou seja, ao particular faculta-se aceitar, ou não, a criação deste vínculo, não podendo o agente público obrigá-lo ao ajuste.

Em entendimento diverso, Celso Antônio Bandeira de Mello, defende que só possuiria natureza contratual a matéria atinente à parte econômica convencionada. Com relação às demais matérias, segundo o autor, provém de ato unilateral da Administração Pública.¹⁸ Nesse ponto, percebemos grande semelhança com

¹⁶ Sônia Yuriiko Kanashiro Tanaka. *Op. Cit.* pág. 190.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 261.

o entendimento de seu pai, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, abordado no subitem pertinente a existência dos contratos administrativos.

Entretanto, este entendimento não há como prevalecer. Embora o Estado, em toda sua atividade administrativa e no exercício de seu poder, utilize-se reiteradamente os atos unilaterais, mediante os quais estabelece determinações às quais os administrados em geral, consentindo ou não, deverão obedecer, tal situação não se aplica aos contratos administrativos, na medida que, como mencionado anteriormente, a Administração quando contrata com o particular não impõe obrigações sem a anuência deste.

Dessa forma, para a existência dos contratos administrativos é necessário a concordância da parte que irá pactuar com a Administração – acordo de vontades -, gerando, assim, direitos e deveres recíprocos.

Noutro giro, a igualdade jurídica das partes estaria presente no fato de que estes adquirem direito às obrigações convencionadas no contrato administrativo (*pacta sunt servanda*). Isso porque o contratado não é titular de mera faculdade outorgada pela Administração.

Nesse sentido, define Maria Sylvia Di Pietro que “*os contratos administrativos enquadram-se no conceito geral de contrato como acordo de vontades gerador de direitos e obrigações recíprocos*”.¹⁹

Inclusive, a verticalização entre a Administração Pública e o particular nas relações contratualizadas é - em algumas hipóteses - fortemente atenuada ou mesmo afastada. É que em um cenário em que vigora a necessidade da realização de parcerias²⁰, não há como sustentar uma relação de total subordinação entre a Administração e os contratados.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pág. 557.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 261.

²⁰ Importa destacar que o caráter polissêmico do termo parceria é manifesto. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, págs. 33/ 34.

Ademais, o fato da Administração Pública possuir prerrogativas na relação não desqualifica a natureza contratual do ajuste, nem mesmo lhe retira a natureza consensual. Nesse contexto, é de pouca importância o fato das cláusulas contratuais terem sido pré-estipuladas unilateralmente ou estejam previstas imperativamente em lei.

Mário Masagão, citado na obra de Hely Lopes Meirelles, adverte que:

É frequentemente, no domínio contratual mesmo do Direito Privado, estatuir uma das partes as normas, e a outra as aceitar, apenas. Nem por isso deixa de haver contrato. O passageiro não discute, na estação ferroviária, ao adquirir um bilhete, nem o preço, nem o horário, aos quais se submete. Estará excluído, na hipótese, o contrato de transporte? Os indivíduos que, à porta de um teatro, adquirem ingresso não discutem o preço, a hora, a qualidade do espetáculo, previamente fixado pela empresa. Deixou, por isso, de haver contrato?²¹

Por tais motivo que os princípios gerais dos contratos se aplicam tanto aos contratos privados (civis e comerciais) quanto aos contratos públicos (administrativos e internacionais).

Dessa forma, como será visto no próximo subitem, devem ser respeitadas as normas que regem o Direito Público, se aplicando ao contrato administrativo, supletivamente, as normas de Direito Privado, conforme previsão legal (Art. 54 da Lei nº 8.666/93).

2.3. Regime Jurídico-Administrativo

Feitas tais considerações com relação às teorias de existência do contrato administrativo, antes mesmo de discorrermos acerca das prerrogativas e restrições da Administração no âmbito contratual, indispensável traçar alguns comentários acerca do regime jurídico-administrativo, na medida em que ambos os assuntos estão intimamente relacionados, conforme veremos mais adiante.

²¹ MASAGÃO, Mário. Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público. São Paulo, Saraiva, 1933, pág. 81 *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 196.

O regime jurídico-administrativo é o tratamento diferenciado na relação entre o administrador público e seus administrados. Diferenciado porque possui tratamento próprio e particular, que foge a regra das relações que os particulares celebram entre si.

Maria Sylvia Di Pietro define que:

[...] 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.²²

A autora, continuando seu entendimento, defende que o regime jurídico dos contratos administrativos se diferencia do regime do Direito Privado, tanto em razão de suas prerrogativas conferidas à Administração, quanto em razão das restrições/sujeições a que esta se submete, podendo resultar em nulidade do ato administrativo ou mesmo responsabilização da autoridade:

Mas, ao lado das prerrogativas, existem determinadas restrições a que está sujeita a Administração, sob pena de nulidade do ato administrativo e, em alguns casos, até mesmo em responsabilização da autoridade que o editou. Dentre as restrições, citem-se a observância da finalidade pública, bem como os princípios da moralidade administrativa e da legalidade, a obrigatoriedade de dar publicidade aos atos administrativos e, como decorrência dos mesmos, a sujeição à realização de concursos para seleção de pessoal e de concorrência pública para a elaboração de acordos com particulares.²³

Este também é o entendimento de Marçal Justen Filho que sustenta que, quando na aplicação do regime jurídico-administrativo, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público não excluem os princípios da legalidade, moralidade e outros mais inseridos na Constituição Federal, não se limitando a simples invocação do interesse público para que prevaleça a opinião dos agentes estatais.²⁴

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 78.

²³ *Ibid.* pág. 79/ 80.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.* pág. 346.

De acordo com os ensinamentos do autor, a supremacia do interesse público não significa nem acarreta ilicitude dos interesses particulares: significa apenas maior valoração, para fins de disciplina normativa, ao interesse público.

Nos contratos administrativos, esta supremacia do interesse público é garantida pela presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos. Segundo Hely Lopes Meirelles, “*as cláusulas dos contratos de Direito Público equivalem a atos administrativos, gozando, portanto, da presunção de legitimidade, só elidível por prova bastante em contrário*”²⁵. Podemos, ainda, acrescentar a estes a dilatação de prazos e a presença de prerrogativas, que prescindem de previsão contratual.

Quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular.²⁶

Esta bipolaridade do Direito Administrativo - *liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas*, a que está sujeita a Administração Pública e que não se encontram nas relações privadas constitui o regime jurídico administrativo.

2.4. Conceituação

Existe grande controvérsia acerca da existência dos contratos administrativos, isso porque, conforme analisamos nos itens acima, ora se sustenta que somente alguns contratos celebrados pela Administração seriam desta espécie, ora se sustenta que todo o contrato firmado pela Administração o seria. Lembrando, ainda, que há quem defenda não existir tal espécie contratual.

Contudo, com relação à conceituação dos contratos administrativos, não existe grande divergência na doutrina.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 198.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 263.

O vocábulo “contrato” deriva do termo latino *contractus*, que significa “trato com”. Tradicionalmente, entende-se na doutrina que o contrato é a lei entre as partes, pois se pauta no consenso (autonomia da vontade) e na imposição de prestações mútuas e equivalentes (igualdade jurídica dos contratantes).

Nas relações contratuais privadas, a liberdade e a informalidade (salvo exceções) predominam, caracterizando um conjunto de direitos e obrigações, no qual os contratantes se situam no mesmo plano jurídico (horizontalidade). Tal liberdade logicamente não é absoluta, na medida que deve ser exercida nos limites da supremacia da ordem pública e da função social do contrato²⁷. Nesse sentido, a lição de Maria Helena Diniz:

A liberdade de contratar não é absoluta, pois está limitada não só pela supremacia da ordem pública, que veda convenção que lhe seja contrária e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo, mas também à função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais. Está consagrado o princípio da socialidade.²⁸

Nos contratos administrativos, além da aplicação dos princípios que orientam todos os contratos, existem limitações no conteúdo de seu objeto e requisitos formais para a sua celebração e execução. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “*o objeto do contrato deverá, diretamente ou indiretamente, trazer benefício à coletividade. Haverá de ser contratada atividade que se revista de interesse público*”.²⁹

O contrato administrativo é, portanto, um dos instrumentos postos à disposição da Administração Pública para a realização do interesse público, quando na necessidade de recorrer ao particular, ou outra entidade administrativa, para a efetivação de um serviço ou aquisição de um bem.³⁰

²⁷ O Código Civil de 2002, em seu art. 421, assentou na teoria geral dos contratos o princípio da função social dos contratos, de forma a limitar a vontade das partes e contrabalançar, portanto, o *pacta sunt servanda*.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. Vol. 3. 16ª edição. São Paulo. Saraiva, 2001, pág. 34.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op.Cit.* pág. 166.

³⁰ Ver arts. 37, XXI, e 173, § 1º, II e III, da Constituição Federal.

Nesse contexto, a doutrina mais abalizada tem conceituado os contratos administrativos como ajustes que a Administração, nessa qualidade, pactua com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, ou seja, particulares ou outras entidades administrativas, para a consecução de objetivos de interesse público, segundo regime jurídico de Direito Público.³¹

Nessa conceituação, conforme adverte o mestre Hely Lopes Meirelles, enquadram-se os ajustes da Administração centralizada ou direta e da descentralizada ou indireta, visto que ambas podem celebrar contratos com peculiaridades administrativas.³²

Continuando em seu entendimento, o autor informa que:

O contrato administrativo é sempre bilateral e, em regra, formal, oneroso, comutativo e realizado *intuito personae*. Com isto se afirma que é um acordo de vontades (e não um ato unilateral e impositivo da Administração); é formal porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; é oneroso porque remunerado na forma convencionada; é comutativo porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes; é *intuito personae* porque exige a pessoa do contratado para sua execução.³³

O contrato administrativo é, portanto, um negócio jurídico bilateral, pois para a sua formação demanda-se o obrigatório concurso de ao menos duas declarações de vontade, sendo que uma delas há de provir necessariamente de uma Administração Pública. Nesse ponto reside a exigência do prévio consenso das partes, fator que acarretará a formação do vínculo gerador dos efeitos jurídicos típicos de uma relação administrativa de índole contratual.

É bem verdade, que quando na formação dos contratos administrativos, visualiza-se um abrandamento dos efeitos oriundos dessa bilateralidade, pois uma das características de tais ajustes encontra-se no fato de representarem autênticos contratos de adesão, com a imposição, pela Administração Pública, da quase totalidade das

³¹ Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2000; Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos*, 10ª ed., São Paulo, Dialética, 2004; Hely Lopes Meirelles, *Licitação e Contrato Administrativo*. 14ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*. 19ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2006; Carlos Ari Sundfeld. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 195.

³³ *Loc. cit.*

cláusulas que comporão o quadro regulatório da relação. Tal fato, inclusive, será melhor analisado no próximo capítulo.

Por ora, ressalta-se apenas que, não é possível ignorar que hodiernamente, para a promoção da multiplicidade de interesses que compõem o Estado, conforme registram Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, a “*negociação converteu-se em um instrumento imprescindível para a tarefa de administrar*”.³⁴

3. PECULIARIDADES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ultrapassada as questões preliminares, prosseguiremos agora na análise das características peculiares dos contratos administrativos, que exatamente distinguem este do contrato privado.

³⁴ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 9ª ed. v. 1, pág. 663.

Tais características, conforme leciona Hely Lopes Meirelles, “constituem, **genericamente**, as chamadas cláusulas exorbitantes, explícitas ou implícitas em todo contrato administrativo”.³⁵

Logicamente que tais características emergem do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, se moldando no dever/ poder estatal que tem a Administração de, em relação ao ajuste celebrado, modificar a execução a cargo do contratado, de rescindir o ajuste antes do termo fixado, de aplicar sanções e de intervir provisoriamente na execução do ajuste nos casos em que seu objeto é a prestação de serviços essenciais. Essas características, mas não só essas, estão previstas no diversos incisos e parágrafos do art. 58 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Veremos, ainda, que estas peculiaridades que os contratos comuns, sujeitos às normas do Direito Privado, não possuem, não dizem respeito apenas às prerrogativas, mas também às sujeições.

3. 1. Presença da Administração como Poder Público

Com relação a esta primeira característica, cumpre recordar o que dissemos acerca da diferenciação das correntes que estudam a existência dos contratos administrativos. Naquela ocasião nos valem da lição de José dos Santos Carvalho Filho que sustenta que “*só o fato de ser o Estado sujeito na relação contratual não serve, isoladamente, para caracterizar o contrato como administrativo*”³⁶.

Isso porque, adotando o entendimento da maioria dos doutrinadores brasileiros, a Administração Pública pode firmar contratos particulares, cuja natureza os submete mais acentuadamente ao Direito Privado. Daí a necessidade da presença da Administração ser dotada de prerrogativas que garantem a sua posição de supremacia sobre o particular.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 203.

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* pág 160.

Maria Sylvia Di Pietro, fazendo uma distinção entre os contratos privados da Administração e os contratos administrativos, afirma que:

[...] nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração **age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular**, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade.³⁷

Há, portanto, a necessidade da Administração atuar como tal, com supremacia de poderes perante o contratante particular, para qualificar um contrato como administrativo.

3.2. Finalidade Pública

Alguns autores enumeram este elemento como condição para a prestação contratada, sob pena de desvio de poder. Em posição divergente, Hely Lopes Meirelles, mudando seu posicionamento, abandonou a exigência da finalidade ou do interesse público no objeto do contrato, haja vista que esses elementos são pressupostos necessários de todo ato ou contrato realizado pela Administração, quer sejam praticados sob as normas de Direito Público, quer sob as regras de Direito Privado, pois em sua opinião, *“é inadmissível que a Administração realize qualquer ato ou contrato sem finalidade pública ou contra o interesse público. Portanto, esses elementos não servem para caracterizar o contrato administrativo”*.³⁸

De qualquer forma, esta peculiaridade, que vincula toda a atividade administrativa será melhor analisada no capítulo pertinente às restrições. Por ora, citaremos o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, com relação a este princípio:

Esse princípio impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu cargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 257.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 196.

todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica obrigada na lei e que esteja dando execução.³⁹

3.3. Respeito à forma prevista em lei

O respeito à forma prevista em lei se deve ao fato que o simples consenso entre os contratantes não supre a necessidade da observância de certos requisitos externos e internos. A formalização dos contratos administrativos é regulada pela legislação. Na seara federal, o assunto se pauta nas normas instituídas pela Lei Federal nº 8.666/93 (art. 60 a 64). No âmbito estadual e municipal a matéria é disciplinada por suas respectivas leis, embora estas não se distanciem do regulamento federal.

Não se deve olvidar que a Lei Federal nº 8.666/93 não é o único diploma legal orientado para a regulação jurídica dos contratos celebrados pela Administração. As concessões e permissões de serviço público (Lei nº 8.987/95, bem como legislação das agências reguladoras de serviços públicos), os contratos que tem por objeto a utilização de bens públicos (Lei nº 9.636/98) e os contratos de emprego público (Lei nº 9.962/2000) são regidos por leis específicas. Todavia, esse instrumento introdutor apresenta elementos muito relevantes para o deslinde da questão.⁴⁰

Define-se, ainda, a formalização como a materialização do contrato, “*em regra, por termo em livro próprio de repartição contratante, ou por escritura pública, nos casos exigidos em lei*”.⁴¹

A forma, em regra, é a escrita, sendo que em sua inobservância, se possibilita a alegação de vício de manifestação de vontade. Existe, porém, a possibilidade do contrato verbal, nos casos de pequenas compras e de pronto pagamento (art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).

3.4. Natureza de Contrato de Adesão

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.* (7ª edição). pág. 65.

⁴⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Conceito de Contratos Administrativos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 7, ago/set/out de 2006. Acesso em: 15 de janeiro de 2008.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 219.

Os contratos administrativos impõem condições e cláusulas previamente estipuladas, que os qualificam como verdadeiros contratos de adesão. Nesse sentido, cumpre reportar-se a conceituação de Silvio Rodrigues, acerca dos contratos de adesão, na qual os contratos administrativos guardam grande semelhança:

Contrato de adesão [...] é aquele em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações, no esquema proposto.⁴²

Tais contratos são uma espécie de contrato-regulamento formulados previamente pela contratante, em que se faculta ao contratado aceitar ou não o estipulado, conforme as inflexíveis regras de padronização (art. 54, §1º, Lei nº 8.666/93).⁴³

3.5. Natureza *intuitu personae*

A regra nos contratos administrativos é que sua natureza seja pessoal, visto que são firmados em razão das condições pessoais do contratado (pessoa física ou jurídica), verificadas por procedimento licitatório ou outros meios (casos de dispensa), onde a Administração Pública examina a capacidade e idoneidade deste.

Entretanto, a regra geral da execução do contrato *intuitu personae* comporta exceções.

⁴² RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1997, pág. 42.

⁴³ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Interpretação dos contratos administrativos . Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=458>>. Acesso em: 21 jan. 2008.

Se a execução é pessoal, nem sempre é personalíssima, podendo exigir a participação de diferentes técnicos e especialistas. Quando essa participação é mínima e usual, fica subentendida no contrato a possibilidade de o contratado deferir a realização desses serviços técnicos e especializados a terceiros, sob sua inteira responsabilidade. Tratando-se de objeto complexo e diversificado, cuja realização é considerada indivisível pela Administração, o correto é atribuí-lo a um consórcio de empresas ou pessoas físicas, em que cada consorciado executa a parte que lhe competir, sob a responsabilidade direta da empresa líder (ou pessoa física-líder), embora todos os consorciados sejam considerados solidariamente responsáveis nos termos da Lei 8.663, de 1993 (art. 33, V).⁴⁴

3.6. Presença de cláusulas exorbitantes

As cláusulas exorbitantes, também chamadas de *cláusulas de privilégio*⁴⁵ e *dever-poder da Administração*⁴⁶, estão presentes em todos os contratos administrativos, seja de forma explícita, seja de forma implícita.

Dessa forma, as cláusulas exorbitantes, mesmo não previstas contratualmente, estarão presentes na essência, quando o contrato, por sua natureza, for realmente administrativo.

Valendo-se, mais uma vez, da lição de Hely Lopes Meirelles, transcrevemos sua conceituação das cláusulas em estudo:

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem o Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que 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.⁴⁷

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 233.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* pág. 174.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.* pág. 46.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 203.

Tais cláusulas estão previstas no art. 58 da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, e dizem respeito, principalmente, à possibilidade de: 1º alteração (inciso I) e rescisão (inciso II), unilateralmente, do contrato pela Administração, nos casos de adequação ao interesse público (art. 78, XII) ou caso fortuito ou força maior (art. 78, XVII); 2º fiscalização da execução do contrato (inciso III); 3º aplicação de sanções, nos casos de inexecução contratual, total ou parcial (inciso IV) e descumprimento das cláusulas contratuais (art. 78, I); 4º manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (§ 1º).

Cumpre, porém, ressaltar, que a expressa “cláusulas exorbitantes” é criticável sob dois aspectos: primeiramente, por tomar como referência o direito comum, sendo certo que o contrato administrativo constitui uma espécie autônoma, com diferenças específicas dos contratos regidos pelo direito privado; em segundo lugar, por não se tratar de cláusulas contratuais, mas de prerrogativas outorgadas não pelo contrato, mas pelo ordenamento jurídico, sendo, portanto, por vezes, extracontratuais.⁴⁸

3.7. Mutabilidade

Conforme demonstramos no capítulo anterior, nas relações contratuais de Direito Privado predomina a regra de que o contrato é *lex inter partes*, sujeito ao princípio *pacta sunt servanda*. Pela primeira torna-se imutável o que as partes convencionaram, enquanto que, na segunda, devem ambas as partes cumprir fielmente o que estipularam e prometeram reciprocamente.

Em contrapartida, nos contratos de Direito Público predomina a característica da mutabilidade (*jus variandi*).

Alguns doutrinadores entendem que a mutabilidade decorre exatamente da existência de determinadas cláusulas exorbitantes, todavia, nos parece mais correto o posicionamento de Maria Sylvia Di Pietro, que informa que a mutabilidade pode

⁴⁸ Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka. *Op. Cit.* pág. 190/191.

decorrer também de outras circunstâncias que não as cláusulas exorbitantes, e que dão margem à aplicação das teorias do fato do príncipe e da imprevisão.⁴⁹

Além da força maior, a autora aponta três tipos de álea ou riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração: 1º álea ordinária ou empresarial, que constitui o risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; 2º álea administrativa, que se constitui de 3 modalidades a saber, alteração unilateral, fato do príncipe e fato da Administração; 3º álea econômica, que seria circunstância externa ao contrato, estranha a vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, que dão lugar a aplicação da teoria da imprevisão.

4. PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO

O ordenamento jurídico pátrio confere à Administração-contratante prerrogativas de atuação unilateral sobre o particular-contratado, independentemente de sua prévia aquiescência.

As cláusulas exorbitantes, alvo de muitos estudos doutrinários, são apenas uma das modalidades de prerrogativas conferidas à Administração Pública em função e na proporção necessária à satisfação do interesse público.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 280/ 282.

Um contrato celebrado pela Administração pode, inclusive, não conter expressamente qualquer cláusula exorbitante, e, ainda sim, tal ausência não impediria de considerá-lo como administrativo.

Isso porque as prerrogativas administrativas podem ser explícitas, quando expressamente estipuladas no contrato (na forma de cláusulas), ou implícitas, quando se originam de lei ou de princípios do Direito Público, que regem toda a atividade administrativa.

Tal assertiva diverge do entendimento restritivo de Marçal Justen Filho que entende que as prerrogativas da Administração Pública seriam apenas as cláusulas.⁵⁰

Segundo o entendimento supracitado seria possível concluir que as prerrogativas da Administração Pública decorrem, exclusivamente, das cláusulas exorbitantes prevista no contrato? Acreditamos que não, pois conforme já mencionado, as prerrogativas da Administração decorrem do ordenamento jurídico de um modo geral (leis, princípios, cláusulas), sendo, por vezes, extracontratuais.

Nesse sentido, podemos afirmar que não existem, propriamente, cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. O que existem são prerrogativas da Administração que antecedem a própria existência dos contratos.

Nesse mesmo sentido, Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka, informa que:

[...] na realidade, não existe cláusula exorbitante na relação contratual, mas sim, prerrogativas extracontratuais da Administração, que incidem em todos os atos por ela praticados, inclusive nos contratos administrativos.⁵¹

Desta feita, relacionaremos as principais prerrogativas da Administração, no âmbito dos contratos administrativos, tecendo comentários acerca de cada uma delas.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. “Conceito de Interesse Público e a ‘Personalização’ do Direito Administrativo”. Artigo publico na Revista Trimestral de Direito Público – 26, pág. 117.

⁵¹ Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka. *Op. Cit.* pág. 66.

4.1. Exigência de Garantia

Esta prerrogativa, com previsão no art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666/93, faculta à Administração exigir garantia nos contratos de obras, serviços e compras, nas modalidades: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública (inciso I), seguro-garantia (inciso II), e fiança bancária (inciso III).

Conforme adverte José dos Santos Carvalho Filho, o disposto no inciso I sofreu alteração pela Lei nº 11.079/04 (Lei das parcerias público-privadas), que passou a exigir que os títulos da dívida pública devem ser emitidos sob a forma escrita, mediante registro em sistema de liquidação e de custódia, tudo conforme autorização do Banco Central do Brasil. Ao mesmo tempo precisam sofrer avaliação pelos seus valores econômicos, nos termos em que assim o definir o Ministério da Fazenda.⁵²

A escolha da modalidade de garantia compete ao contratado, e se limita no percentual de 5% do valor do contrato (art. 56, § 2º, da Lei nº 8.666/93), salvo se o contrato administrativo importar a entrega ao contratado, na qualidade de depositário, de bens pertencentes à Administração. Neste caso, a garantia deve corresponder ao respectivo valor do bem (art. 56, § 5º, da Lei nº 8.666/93), ultrapassando, dessa forma, o percentual estabelecido em lei para a caução e a fiança bancária.

Após a execução do contrato, a garantia será devolvida, **salvo** nos casos de rescisão contratual culposa, onde esta ficará retida para o ressarcimento dos prejuízos, pagamento de multas e indenizações devidas à Administração (art. 80, III, da Lei nº 8.666/93). Esta ressalva, conforme adverte Maria Sylvia Di Pietro, trata-se de *medida auto-executória*, que independe de recurso do Poder Judiciário.⁵³

Por esta razão que José dos Santos Carvalho Filho salienta que somente quando preenchidas todas as exigências necessárias, podem os títulos da dívida pública servir como garantia contratual. Nas palavras do autor:

A exigência atende também a interesse da própria Administração, impedindo-se a aceitação de papéis da dívida que não sejam revestidos

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* pág. 183.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 274.

de lastro, tornando-se praticamente inócuos no caso de eventual ressarcimento de danos causados pelo particular ao Poder Público.⁵⁴

4.2. Alteração Unilateral

Essa prerrogativa confere à Administração, a possibilidade de alteração unilateral das denominadas cláusulas regulamentares ou de serviço, ou seja, aquelas que dispõem sobre o objeto e a execução do contrato.⁵⁵

O fundamento de tal poder de alteração é o dever de atendimento às variações das necessidades de interesse público, quando decorridos determinados fatos supervenientes. Ou seja, é necessário que haja algum fato superveniente que imponha à Administração Pública a necessidade de se alterar o objeto do contrato para a consecução do interesse público.

Nas lições de Celso Ribeiro Bastos:

[...] já foi visto à saciedade que o interesse público predomina no contrato administrativo. Este, por sua vez, não é estático. É dinâmico. Daí por que, durante o cumprimento de um contrato administrativo, podem fazer-se necessárias certas alterações para que ele melhor se adapte ao interesse público, desde que respeitada a expressão última e mais importante para o contratado, que é o equilíbrio econômico-financeiro.⁵⁶

Entretanto, conforme já mencionado anteriormente, nem todas as cláusulas contratuais são passíveis de alteração, conforme adverte Hely Lopes Meirelles:

[...] em todo contrato administrativo coexistem duas ordens de cláusulas: as econômicas e as regulamentares do serviço, da obra ou do fornecimento. Aquelas são inalteráveis unilateralmente, porque fixam a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração e estabelecem a equação financeira a ser mantida durante toda a execução do contrato; estas – as regulamentares ou de

⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* pág. 183.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 203/204.

⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª edição. São Paulo. Saraiva, 1996, pág. 136.

serviço – são alteráveis unilateralmente pela Administração segundo as exigências do interesse público que o contrato visa a atender.⁵⁷

O fundamento para tal assertiva se encontra no fato que, imobilizar as cláusulas regulamentares ou de serviço, nos contratos administrativos, importaria impedir a Administração de acompanhar as inovações tecnológicas, que também atingem as atividades do Poder Público e reclamam sua adequação às necessidades dos administrados.⁵⁸

Logicamente que este poder de alteração, ainda que restrito às cláusulas regulamentares ou de serviço, não é ilimitado. Conforme argumenta Edmir Netto de Araújo:

[...] esse poder da Administração não tem a extensão que, à primeira vista, pode aparentar, pois ele é delimitado por dois princípios básicos que não pode o Poder Público desconhecer ou infringir, quando for exercitar a faculdade de alterar: a variação do interesse público e o equilíbrio-financeiro do contrato.⁵⁹

Os mencionados princípios limitadores do poder de alterar da Administração estão previstos expressamente na Lei nº 8.666/93. A adequação à variação do interesse público está prevista no art. 58, inciso I, enquanto que, o equilíbrio econômico-financeiro, que será analisado em subitem posterior, está previsto no art. 65, § 6º.

Além dos mencionados princípios, Maria Sylvia Di Pietro acrescentou mais duas limitações, totalizando quatro requisitos básicos para alteração unilateral, quais sejam: 1º adequada modificação que justifique a medida; 2º respeito a natureza do contrato; 3º respeito ao direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; 4º nos casos de alteração quantitativa, respeito aos limites impostos pelos §§ 1º e 2º do art. 65.⁶⁰

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 205.

⁵⁸ *Ibid.* pág. 204.

⁵⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Contrato administrativo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1987, pág. 130/131.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 274/ 275

As alterações unilaterais estão previstas no art. 58, I (genericamente) e art. 65, inciso I (especificamente) da Lei nº 8.666/93, e podem ser tanto qualitativas, quanto quantitativas. As primeiras são alterações do próprio projeto ou em suas especificações. As outras correspondem a acréscimos ou supressões, nos limites dos §§ 1º e 2º do art. 65.

4.3. Rescisão Unilateral

A rescisão unilateral dos contratos administrativos é prevista no art. 58, inciso II, combinado com os arts. 79, inciso I, e 78, incisos I e XII, todos da Lei nº 8.666/93, para os casos de inadimplemento com culpa (incisos I a VIII do art. 78) e sem culpa (desaparecimento do sujeito, sua insolvência ou comprometimento da execução do contrato). Existem ainda mais duas hipóteses de rescisão unilateral: em razão de interesse público (inciso XII do art. 78) e nos casos de caso fortuito ou de força maior (inciso XVII do art. 78).

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. A rescisão unilateral ou administrativa pode ocorrer tanto por inadimplência do contrato como por interesse público na cessação da normal execução do contrato, mas em ambos os casos se exige **justa causa** para o rompimento do ajuste, pois não é ato discricionário, mas vinculado aos motivos que a norma legal ou as cláusulas contratuais consignam como ensejadores desse excepcional distrato.⁶¹

Portanto, trata-se de medida extrema adotada pela Administração, em nome do interesse público, quando se vê na necessidade de rescisão do contrato celebrado, por não haver outra alternativa. Contudo, tal medida deverá ser oferecida sempre com a devida justificativa, na qual deverá a Administração demonstrar que a continuidade do avençado geraria gravame maior do que aquele que sofrerá com o término do contrato.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 206.

Nos casos de inadimplemento com culpa ou sem culpa, nada tem a Administração a ressarcir ao particular, já que a rescisão se deu por atos a ele mesmo atribuídos. Pelo contrário, poderá a Administração até mesmo executar a garantia e/ ou reter os pagamentos devidos (§§ 2º e 3º do art. 86 da Lei nº 8.666/93).

Nos demais casos – em razão do interesse público e de caso fortuito ou força maior -, existe a obrigação da Administração de ressarcir o contratado pelos prejuízos regularmente comprovados, entre outros direitos (art. 79, § 2º, da Lei nº 8.666/93).

Entretanto, Maria Sylvia Di Pietro sustenta que não há sentido dar idêntico tratamento à rescisão por motivo de interesse público e à rescisão por motivo de caso fortuito ou força maior, quando no ressarcimento dos “*prejuízos regularmente comprovados*”. Na opinião da autora:

[...] o caso fortuito ou de força maior corresponde a acontecimentos imprevisíveis, estranhos à vontade das partes e inevitável, que tornam impossível a execução do contrato. Não sendo devidos a nenhuma das partes, o contrato se rescinde de pleno direito, não se cogitando de indenização; não tem qualquer sentido a Administração indenizar o particular por um prejuízo a que não deu causa. A norma contida nesse dispositivo reverte toda a teoria do caso fortuito e de força maior que, embora consagrada no artigo 393 do Código Civil de 2002, pertence à teoria geral do direito, abrangendo todos os ramos do direito.⁶²

Porém, mesmo contrariando a opinião de boa parte da doutrina, é assim que estabelece a Lei nº 8.666/93, dando tratamento igual para as hipóteses de rescisão por interesse público e a decorrente de motivo de caso fortuito ou força maior.

4.4. Fiscalização

A fiscalização, ou como prefere Hely Lopes Meirelles o *controle do contrato administrativo*⁶³, é a prerrogativa conferida à Administração de supervisionar,

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 276.

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 214

acompanhar, fiscalizar e intervir na execução do contrato. Está prevista genericamente no art. 58, inciso III, e mais especificamente no art. 67, ambos da Lei nº 8.666/93.

Tal fiscalização deverá ser efetuada por um representante designado pela Administração Pública, a qual competirá exercer as referidas funções, registrando e regularizando as faltas ou defeitos observados.

O fundamento de tal prerrogativa é garantir ao contrato o perfeito cumprimento das suas cláusulas e a efetiva realização do seu objeto.

Dessa prerrogativa surge a possibilidade de alteração unilateral do contrato, para uma melhor adequação à variação do interesse da comunidade administrada (cláusulas regulamentares ou de serviço).

Todavia, 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. Tal prerrogativa permite, apenas, que a Administração acompanhe sua realização, velando pela exatidão dos trabalhos, dando a orientação conveniente e impondo as modificações que o interesse público exigir, ou o avanço da técnica aconselhar, mantendo-se, porém, a equação financeira inicial.⁶⁴

Ainda no âmbito da prerrogativa de controle do contrato, poderá a Administração intervir na execução do mesmo sempre que se caracterize situação emergencial, assegurando, desse modo, a continuidade do serviço. Hely Lopes Meirelles sustenta que tal intervenção poderá ocorrer sempre que:

[...] por incúria da empresa ou pela ocorrência de eventos estranhos ao contratado, sobrevêm o retardamento ou a paralisação de obra ou do serviço, com prejuízos manifestos para a programação administrativa ou para os usuários da atividade ou do empreendimento contratado.⁶⁵

Cumpra ainda asseverar que, o descumprimento das determinações da Administração, quando na qualidade de autoridade fiscalizadora, poderá ensejar na

⁶⁴ *Loc. Cit.*

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 215

rescisão unilateral, sem prejuízo das sanções cabíveis, conforme preceituado no art. 78, inciso VII, da Lei nº 8.666/93.

4.5. Aplicação de Penalidades

O art. 58, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, prevê a aplicação de penalidades *de natureza administrativa* nos casos de inexecução total ou parcial do contrato. É uma prerrogativa que guarda correlação com o controle do contrato (fiscalização e intervenção), pois conforme assevera Hely Lopes Meirelles, “*inútil seria o acompanhamento da execução contratual se, verificada a infração do contratado, não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida*”.⁶⁶

Não se trata, porém, de um ato discricionário. À Administração Pública compete o resguardo do interesse público, e, só no caso da inexecução do avençado, poderá esta aplicar a devida penalidade.

O art. 87 da Lei nº 8.666/93 indica as seguintes penalidades: advertência (inciso I); multa na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato (inciso II); suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 anos (inciso III); declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (inciso IV).

Para aplicação destas penalidades, a Administração levará em conta a gravidade da falta, visto não existir critério para a aplicação de uma ou outra penalidade.

A pena mais grave, seguindo uma ordem crescente dos incisos do art. 87, é a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, que só deverá ser aplicada nas faltas evidentemente abomináveis, ilícitas. Até mesmo por este motivo, o legislador achou prudente atribuir ao ministro de Estado, secretário estadual ou municipal a competência para aplicá-la, e não à Administração contratante (art. 87, § 3º, da Lei nº 8.666/93).

⁶⁶ *Loc. cit.*

Tais medidas são auto-executáveis pelo ente público e independem de prévia intervenção do Poder Judiciário, ressalvando, porém, o direito de defesa prévia do contratado (art. 5º, inciso LV, da CF/88) e a necessidade de motivação.

Em decorrência desta prerrogativa, sem a participação do Judiciário, e através de ato administrativo, como tal dotado de auto-executoriedade, a Administração tem o poder-dever (e não simples faculdade discricionária) de aplicar, unilateralmente, penalidades que tenham sido estabelecidas no contrato ou que constem de lei, regulamentos e normas jurídicas que regem, em cada caso concreto, as contratações administrativas.⁶⁷

4.6. Anulação ou Autotutela

Conforme já sumulado pelo STF, de modo peremptório, nos enunciados n.º 346 e 473, a Administração tem o poder/ dever de anular seus próprios atos quando ilegais, porque deles não se originam direitos. Logo, inquinado o ato de vício de legalidade é de rigor sua invalidação pela Administração, no exercício de seu poder de autotutela.

Vejamos o teor dos enunciados:

Súmula 346 – A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473 – A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitando os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A invalidação opera *ex tunc*, vale dizer, fulmina o que já ocorreu, no sentido de que se negam hoje os efeitos de ontem. É conhecido o princípio segundo o qual os atos nulos não se convalidam nem pelo decurso do tempo.⁶⁸

⁶⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Op. Cit.* pág. 150/ 151.

⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* pág. 146.

No âmbito dos contratos administrativos, verificada qualquer ilegalidade nestes, a Administração poderá declarar a sua nulidade, com efeito retroativo, conforme teor do dispositivo abaixo:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Da leitura do parágrafo único do artigo transcrito, observamos que, caso a ilegalidade seja imputável à própria Administração, terá esta o dever de indenizar o contratado, pelos prejuízos regularmente comprovados.

4.7. Equilíbrio Econômico e Financeiro

O equilíbrio econômico e financeiro ou *equação econômico-financeiro*⁶⁹ é a relação de adequação entre o ajuste inicial, onde se estabelece a atividade contratada e o encargo financeiro correspondente, e às exigências supervenientes do interesse público. Essa adequação deve ser respeitada durante toda a execução do contrato.

Trata-se, da impossibilidade de ser modificada a cláusula econômica do contrato, preservando-se a relação de igualdade entre as obrigações assumidas por uma parte contraente e a compensação econômica devida pela outra parte, durante todo o período do contrato.⁷⁰

⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* pág. 179.

⁷⁰ Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka. *Op. Cit.* pág. 139.

Encontra-se previsto no § 6º do art. 65 e no § 2º do art. 58, ambos da Lei nº 8.666/93, e objetiva, principalmente, “*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 rescisão do contrato*”.⁷¹

Como podemos observar, o equilíbrio econômico e financeiro não se trata especificamente de uma prerrogativa da Administração. Também não poderíamos dizer que se trata de um privilégio concedido aos que contratam com o Poder Público, mas sim, de uma justa compensação pela alteração unilateral do contrato administrativo, nas condições ou circunstâncias que afetem a parte financeira do ajuste e as previsões iniciais da empresa, quanto aos seus encargos econômicos e os lucros normais do empreendimento.

4.8. Exceção do contrato não cumprido

No Direito Privado, a exceção do contrato não cumprido, prevista no art. 476 do Código Civil/02, é muito utilizada. Significa que a parte que não cumpriu a sua obrigação não poderá exigir da outra o cumprimento da sua. Tem fundamento no princípio da reciprocidade das prestações.

Nos contratos públicos esta faculdade, em regra, não poderá ser utilizada contra a Administração. O principal argumento que impede a sua utilização é o respeito ao princípio da continuidade do serviço público, onde não poderá o particular paralisar sumariamente a execução do contrato diante da omissão ou atraso da Administração.

Hely Lopes Meirelles afirma ainda que não se admite a paralisação súmria do contrato, sob pena de considerar-se culposa a conduta do contratado, sujeitando-o, inclusive, à indenização.⁷²

Atualmente, entretanto, esta inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* vem sendo mitigada, como nos casos onde o descumprimento da obrigação

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* pág. 180.

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 213

pelo Poder Público acarretar ônus extraordinário e insuportável para o contratado, que impeça de fato e diretamente a execução do avençado. Ou seja, esta prerrogativa não pode ser invocada para obrigar ao particular contratado a dar seguimento à prestação de suas obrigações à custa, por exemplo, de sua própria falência.

Tal atenuação foi feita pela Lei nº 8.666/93, em seu art. 78, XV, que prevê a hipótese em que, por culpa da Administração, o contratado possa suspender a execução do contrato, até que seja normalizada a situação.

Vejamos o dispositivo:

Art. 78 Constituem motivo para rescisão de contrato:

(...)

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

Mesmo diante dessa previsão legal, não houve, propriamente, a aceitação da aplicabilidade da exceção do contrato não cumprido, posto que, para sua invocação, haverá que se aguardar o não-pagamento por prazo superior a 90 dias, motivo pelo qual se entende que nossa legislação somente atenuou a aplicação do princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos.⁷³

Porém, Romeu Bacellar Filho acredita que a aplicação da exceção do contrato não cumprido não se restringe apenas à hipótese do inciso XV do art. 78. Para tanto, sustenta que, mesmo a continuidade do serviço público não poderia justificar a ruína do particular, valendo a aplicação da *exceptio non adimplenti contractus* sempre que se caracterize, no caso concreto, situação de (razoável) impedimento da execução contratual pelo particular, detectando com base num juízo de razoabilidade radicado no valor justiça.⁷⁴

⁷³ Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka. *Op. Cit.* pág. 129.

⁷⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato administrativo. In: _____ et al (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pág. 320.

Dessa forma, da análise das mencionadas prerrogativas administrativas, verificamos que tanto a doutrina quanto às inovações legislativas vêm se posicionando de maneira a flexibilizar normas absolutas e impositivas que visavam basicamente a subordinação dos particulares contratados. Trata-se uma transformação, que vem sendo consolidada depois de um período de deliberações e amadurecimento, da Administração Pública burocrática para a gerencial, no contexto mais amplo de reforma do Estado brasileiro.

5. RESTRIÇÕES

Normalmente, quando se utiliza a expressão regime jurídico-administrativo, se objetiva tão-somente caracterizar, ou dar conotação, a posição de privilégio da Administração Pública frente ao particular.

Porém, tal expressão deve abranger o conjunto de traços que tipificam o Direito Administrativo, ou seja, tanto as prerrogativas, pautadas na supremacia do interesse público, quanto às restrições, nos termos do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Este, inclusive, é o ensinamento de Riviero, citado na obra de Maria Sylvia Di Pietro, quando afirma que as peculiaridades do Direito Administrativo parecem decorrer de duas idéias opostas:

[...] as normas do Direito Administrativo caracterizam-se, em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares.⁷⁵

No âmbito dos contratos administrativos não poderia ser diferente, de um lado, o princípio da indisponibilidade do interesse público, que condiciona a atuação do agente público ao interesse público, devendo este se pautar no princípio da legalidade; de outro, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, onde se assegura à Administração prerrogativas necessárias à consecução da finalidade pública.

Todavia, não são só estes dois princípios que norteiam a atividade administrativa, conforme veremos.

Dentre as submissões a que está adstrito o agente público podemos citar três tipos: 1º os princípios administrativos expressos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, da legalidade, da moralidade (administrativa), da publicidade, da impessoalidade e da eficiência; 2º outros princípios que emergem dos incisos e parágrafos do mesmo artigo, como o da licitação (inciso XXI) e da responsabilidade das pessoas jurídicas (§ 6º); e, 3º outros que se encontram de forma implícita, como o da finalidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade.

A doutrina não é uniforme com relação a todos os princípios, sendo, muitas vezes, atribuído a estes definições distintas, por isso, procuramos, no presente capítulo, apenas abranger os preceitos que possuam maior consenso. Contudo, há que se salientar a existência dos seguintes princípios no campo doutrinário: *motivação*⁷⁶, *isonomia*⁷⁷, *devido processo legal e ampla defesa, controle judicial dos atos administrativos, segurança jurídica*⁷⁸.

⁷⁵ RIVIERO, Jean. Droit administratif. Paris: Dalloz, 1973 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia. *Op. Cit.* pág. 78

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 97.

⁷⁷ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de direito administrativo. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* págs. 105 e 110.

Estes princípios previstos, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal são verdadeiras diretrizes vinculadoras da atuação dos agentes públicos, não mais prevalecendo a idéia do mero respeito à legalidade estrita.

5.1. Legalidade

O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal, define exatamente os limites da atuação administrativa. É a vinculação da vontade da Administração Pública à existência de uma lei que autorize tal atuação.

Este princípio é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.⁷⁹

Vimos, inclusive, no 1ª capítulo deste trabalho, que este princípio é o basilar fundamento daqueles que se posicionam contrariamente a existência dos contratos administrativos, vez que o princípio da autonomia da vontade, nas relações entre os particulares, é a regra, enquanto que no Direito Público não há tal liberdade.

No âmbito dos contratos administrativos, toda a atuação administrativa deve estar baseada em prévia autorização legal, através de diretrizes orçamentárias, plano plurianual, e orçamentos anuais (art. 165 da CF/88).

Este princípio, conforme veremos, tem íntima relação com todos os outros que aqui serão analisados.

5.2. Moralidade

Com relação a este princípio, também chamado de moralidade administrativa, adverte Maria Sylvia Di Pietro, que nem todos os autores aceitam a

⁷⁹ SAYAGUÉS LASO, Tratado de Derecho Administrativo, vol. I. *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* pág. 17.

existência desse princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade.⁸⁰

Assevera a autora que a partir do momento em que o desvio de poder foi considerado como ato ilegal e não apenas imoral, a moralidade administrativa teve seu campo reduzido; o que não impede, diante do direito positivo brasileiro, o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo.⁸¹

O art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal/88 prevê a hipótese de propositura de ação popular, por qualquer cidadão, que objetive anular atos lesivos, entre outros, à própria **moralidade administrativa**.

Neste ponto, surge uma dúvida. O que caracterizaria um ato contra a moral administrativa?

Em nossa opinião, são atos da Administração Pública que desafinam dos padrões éticos predominantes na sociedade, mesmo que estes estejam em conformidade com determinações legais.

Isto é, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.⁸²

Como podemos perceber, este princípio deve ser observado não só pela Administração Pública, como também pelo particular que se relaciona com esta. O que é de fácil visualização, no âmbito dos contratos administrativos, quando se verifica a freqüente utilização de meios fraudulentos, quando no processo licitatório.

Um exemplo bastante usual, diga-se de passagem, é a hipótese em que a Administração Pública, através de seus agentes, tenha conluiado com futuros

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 91.

⁸¹ *Ibid.* pág. 92.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 94.

contratados para estabelecer um preço maior, para dar alguma vantagem a este ou aquele, em prejuízo do interesse público.

Assim agindo, além de afrontar os princípios da impessoalidade – porque estaria dando tratamento desigual àqueles que deveriam receber tratamento igual (art. 37, XXI, da CF/88) –, e da legalidade – pois estaria pagando um preço não autorizado em lei –, estaria ainda violando, em especial, o princípio da moralidade administrativa, que veda o ato ou comportamento que não se afeição à conduta do homem probo, idôneo.

5.3. Publicidade

Este princípio diz respeito à transparência da atuação administrativa, possibilitando o conhecimento e controle pelos órgãos responsáveis e pelos administrados. Somente com esta transparência é que se poderá averiguar a legalidade, ou não, dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.

Existe, entretanto, ressalvas a este princípio no texto constitucional, quando: 1º se revela indispensável à segurança da Sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII c/c art. 37, § 3º, II); 2º acarrete violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X c/c art. 37, § 3º, II); 3º causar violação do sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV).

No âmbito contratual, este princípio é usualmente utilizado no processo licitatório, tanto previamente, quando na necessidade de divulgação do instrumento convocatório (§1º, do art. 40 da Lei nº 8.666/93), abertura das propostas em ato público (§ 1º, do art. 43 da Lei nº 8.666/93), quanto em fase posterior – formação e execução do contrato (art. 61 da Lei nº 8.666/93).

5.4. Impessoalidade

O princípio da Impessoalidade dá margem a duas diferentes interpretações. Na primeira, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.⁸³

No segundo sentido, o princípio significa que: os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal.⁸⁴

Ou seja, no segundo sentido, os atos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome de quem os produziu. O contratado que, de algum forma, se sentir prejudicado, deverá propor ação indenizatória contra a Fazenda Pública respectiva ou em face da pessoa jurídica privada que esteja no exercício da função pública, mas nunca em face do agente que os praticou. Trata-se de responsabilidade objetiva da Administração, que será melhor analisada, posteriormente, quando do estudo do princípio da responsabilidade da Administração

Dessa forma, podemos conceituar este princípio como determinação de que os atos administrativos praticados pela Administração Pública (ou por delegados), devam ser imputados ao órgão em nome de quem os produza, e que estes devem ser destinados, de forma genérica, à toda sociedade, sem considerações pessoais daqueles a quem porventura se dirija.

Nesse giro, percebe-se grande afinidade entre este princípio e os princípios da isonomia e da finalidade pública. Nesse sentido, inclusive, é o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar do objetivo do princípio em análise:

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade,

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 85.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 85.

deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em conseqüência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade.⁸⁵

Nesse passo, a regra com relação aos contratos administrativos, é que este seja precedido de licitação prévia (art. 2º da Lei nº 8.666/93), de modo a se afastar os critérios subjetivo e pessoais, quando na contratação com o particular, assegurando a “*igualdade de condições a todos os concorrentes*” (art. 37, XXI, da CF/88).

Não pode imaginar, por exemplo, que um dos licitantes tenha informações anteriores aos outros. Com efeito, aquele que tomou conhecimento prévio das intenções da Administração de realizar uma licitação para tal ou qual contratação leva sobre os demais futuros licitantes uma grande vantagem, pois estes terão 15 ou 30 dias, dependendo da modalidade licitatória, para preparar as suas propostas, enquanto que o favorecido poderá preparar a sua muita antes, desde a data do conhecimento daquela informação.

5.5. Eficiência

O princípio da Eficiência foi inserido no *caput* do art. 37, graças à alteração proveniente da Emenda Constitucional nº 19/98. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45/2004 também acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, dispondo que, “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade,

⁸⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit*, pág. 17.

exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.⁸⁶

Este princípio assim como o princípio da impessoalidade, visto no subitem anterior, dá margem a duas diferentes interpretações. A primeira estaria ligada a idéia do melhor desempenho possível das atribuições pelo agente público, no sentido de melhores resultados. Para tanto necessário se faz traçar uma média entre os meios e recursos utilizados e os resultados produzidos, o que, nos contratos administrativos, é possível através da concorrência, no intuito de se selecionar a melhor proposta.

A segundo interpretação, segundo Maria Sylvia Di Pietro, seria em relação “*ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público*”.⁸⁷

5.6. Licitação

A licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.⁸⁸

Este procedimento deve necessariamente anteceder o contrato administrativo, salvo exceções. Trata-se de condição para a formalização do contrato administrativo a observância deste procedimento preparatório, decorrente do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em verdadeira restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante.

O art. 37, inciso XXI, dispõe que:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação

⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. Malheiros Editores, 2003 pág. 102.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 85.

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 27.

pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A ressalva deste artigo permitiu ao legislador criar hipóteses específicas de inexigibilidade (art. 25 da Lei nº 8.666/93) e de dispensa (art. 17 e 24) de licitação.

Este princípio é de suma importância no âmbito dos contratos administrativos, vez que, através do procedimento seletivo e preparatório da licitação, é que a Administração Pública poderá verificar, tanto a idoneidade dos preponentes, como a proposta mais vantajosa, que atenda melhor o interesse público.

5.7. Responsabilidade das Pessoas Jurídicas

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal/88 alberga o princípio nos seguintes termos:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Da leitura do dispositivo acima, podemos perceber que o legislador disciplinou duas hipóteses importantes: 1ª que o agente público que causar o prejuízo ao particular, causará o dever jurídico do Estado de ressarcir tal dano, de forma objetiva. Essa é a dominante orientação da doutrina e da jurisprudência⁸⁹; 2ª que o mesmo artigo que disciplina a responsabilidade objetiva do Estado para com o particular, garante ao

⁸⁹ STF, RDA 11/141, 20/45, 55/261, 97/177; TFR, RDA 42/253, 58/319; RT 193/514, 220/502; TJSP, RDA, 31/288, 40/337, 49/198, 63/168; RT 197/168, 202/163, 203/299, 211/189, 330/270, 382/138, 449/104.

Poder Público o direito de regresso contra o funcionário que tenha ocasionado o dano, nos casos de dolo ou culpa.

Não se trata apenas de um princípio restritivo da atividade administrativa, pois não são poucos os casos em que uma pessoa jurídica de Direito Privado, contratado para prestar serviços públicos, cause dano a terceiros. E, é justamente neste ponto que reside grande divergência doutrinária e jurisprudencial.

Não obstante a clareza do dispositivo, muita controvérsia tem gerado na doutrina e na jurisprudência. As principais divergências giram em torno da aplicação, a essa hipótese, do art. 70, III, do CPC, que determina seja feita a denunciação à lide “*àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda*”.

Contrários à denunciação à lide, merecem menção os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo, Vicente Greco Filho, Weida Zancanear. Os principais argumentos contra a denunciação são os seguintes: (a) são diversos os fundamentos da responsabilidade do Estado e do servidor; (b) essa diversidade de fundamento retardaria injustificadamente a solução do conflito, pois se estaria, com a denunciação à lide, introduzindo outra lide no bojo da lide entre a vítima e Estado; (c) o inciso III do artigo 70 do CPC refere-se ao garante, o que não inclui o servidor, no caso da ação regressiva prevista no dispositivo constitucional.⁹⁰

O que se deve ter em mente é que até mesmo nas obras públicas empreitadas com empresas particulares prevalece a regra constitucional da responsabilidade objetiva da Administração pelo só fato da obra, porque, ainda aqui, o dano provém de uma atividade administrativa ordenada pelo Poder Público no interesse da comunidade, colocando-se o executor da obra na posição de preposto da Administração, equiparável, portanto, aos seus agentes.⁹¹

Essa responsabilidade, portanto, é inafastável da Administração e intransferível ao construtor particular da obra pública, por resultante de mandamento constitucional intransacionável, e, além disso, se liberada a Fazenda Pública, ficaria a

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 630.

⁹¹ TJSP, RT 142/612, 229/130, 236/95

vítima, em muitos casos, prejudicada em seu direito indenizatório, pela falta de recursos da empresa executora das construções lesivas.

Todavia, não se nega à Administração o direito de regresso de responsabilizar o construtor que, culposamente, causar danos a vizinhos ou terceiros na execução da obra pública, mas tal responsabilização só pode ser feita depois de indenizado o particular lesado, nos precisos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Dessa forma, no entendimento de Hely Lopes Meirelles, torna-se dispensável – e até mesmo vedado – o chamamento do construtor na ação indenizatória do particular contra a Administração, porque nesta ação não se discute culpa, e a responsabilização do construtor só pode basear-se em execução culposa da obra.⁹²

5.8. Finalidade Pública

Conforme já mencionado anteriormente, a finalidade pública, ou interesse público é o motivo primordial dos acordos firmados pela Administração Pública com os particulares, ou outras entidades administrativas. Deve ser a mola propulsora, tanto no momento da elaboração da lei, quanto na execução em concreto pela Administração.

Nesse sentido também se posiciona Maria Sylvia Di Pietro, ao afirmar que *“da mesma forma que esse princípio inspira o legislador ao editar normas de direito público, também vincula a Administração Pública, ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa”*.⁹³

Este princípio possui grande relação com os princípios da indisponibilidade do interesse público e da impessoalidade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o primeiro significa que:

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.* pág. 299.

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 84

[...] sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.⁹⁴

Sua ligação com o princípio da impessoalidade, segundo Maria Sylvia Di Pietro, estaria no fato que “*a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento*”.⁹⁵

5.9. Razoabilidade e Proporcionalidade

Como observamos, quando estudo dos princípios norteadores da atividade administrativa, percebemos que a atuação do administrador está vinculada a vontade da Administração Pública, e esta vinculada à existência de uma lei que autorize tal atuação (princípio da legalidade). Em contrapartida, o legislador, quando da edição da citada lei autorizadora da atividade administrativa, deve satisfazer o interesse público (princípio da finalidade pública).

Porém, nem sempre esta sistemática funciona em perfeita sintonia, o que faz com que a Administração Pública, em determinadas situações, tenha que se utilizar de atos discricionários, pautados na coerência, na ética, na adequabilidade e, lógico, na razoabilidade.

Portanto, este princípio tentar impor uma restrição à discricionariedade administrativa, quando mesmo não transgredindo nenhuma norma concreta e expressa,

⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* pág 69

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* pág. 85

for irrazoável, o que segundo Gordillo, citado na obra de Maria Sylvia Di Pietro, pode ocorrer nas hipóteses em que a decisão do agente público:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentem ou;
- b) não leve em conta os fundamentos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar.⁹⁶

Há quem defenda, porém, que não existiria conduta legal vulneradora do princípio da razoabilidade. Isto é, ou a ação vulnera o princípio e é ilegal, ou, se não o ofende, há de ser qualificado como legal e inserida dentro das funções normais cometidas ao administrador público.⁹⁷

A Lei nº 9.784/99 faz referência, de modo separado, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, entretanto, conforme defendido por boa parte da doutrina, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro.

Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho, o grande fundamento para o princípio da proporcionalidade é o excesso de poder.⁹⁸ É mais um instrumento de controle da atividade administrativa, quanto à intensidade e dimensão das decisões tomadas pelo agente público.

Nesse entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que:

[...] as conseqüências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que realmente seja demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.⁹⁹

A aplicação destes dois princípios, no âmbito dos contratos administrativos, pode ser visualizada através do que foi dito no segundo capítulo,

⁹⁶ GORDILLO, Augustin A. Princípios gerais de direito público. *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia. *Op. Cit.* pág. 78.

⁹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* pág. 32.

⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* pág. 33.

⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.* pág. 68.

quanto à possibilidade da Administração Pública aplicar sanções ao particular contratado.

Naquela ocasião, mencionamos que as penas do art. 87 da Lei nº 8.666/93 são aplicadas em ordem crescente de seus incisos, sendo a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração (inciso IV) a mais grave.

Dessa forma, deve-se aplicar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, quando na aplicação de penalidades, visto que, por exemplo, a pena do inciso IV do art. 87 só deve ser aplicada nos atos culposos graves e de má-fé, que imponham a necessidade de afastamento por prazo determinado ou não do particular faltoso das relações contratuais com o Poder Público. Caso contrário, a aplicação de tais sanções excederá os limites da gradação imposta pelo art. 87.

6 CONCLUSÃO

Por todo o explanado no presente trabalho, podemos, sintetizando as principais idéias apresentadas, desenvolver algumas conclusões.

A existência dos contratos administrativos é uma realidade indiscutível, imposta e confirmada pela maioria dos doutrinadores brasileiros, caracterizando-se tais instrumentos mediante a submissão a um regime próprio (jurídico-administrativo), absolutamente distinto e independente, situando-se em paralelo com as demais espécies contratuais dentro da categoria jurídica dos contratos (gênero).

A expressão “cláusulas exorbitantes” é criticável sob duas vertentes: 1ª por tomar como referência o direito comum, sendo certo que o contrato administrativo constitui uma espécie autônoma, com diferenças específicas dos contratos regidos pelo direito privado; 2ª por não se tratar de cláusulas contratuais, mas de prerrogativas outorgadas não pelo contrato, mas pelo ordenamento jurídico, sendo, portanto, por vezes, extracontratuais.

Analisadas todas as prerrogativas conferidas à Administração Pública previstas em nossa legislação, no âmbito dos contratos administrativos, verificamos dois fatos importantes: 1º que todas as prerrogativas se referem a poderes garantidos e decorrentes do ordenamento jurídico, concedidos com vistas à efetiva satisfação do interesse público, que se constitui seu fundamento legal; 2º que a doutrina e as inovações legislativas vêm se posicionando a flexibilizar normas absolutas e impositivas que visam basicamente a subordinação dos particulares. Citamos bons exemplos dessa flexibilização, principalmente, com relação à aplicação de penalidades, ao equilíbrio econômico financeiro, e à exceção do contrato não cumprido.

O regime jurídico-administrativo, originado de dois princípios básicos, quais sejam, o da supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público pela Administração, representa exatamente o termo médio entre as prerrogativas e restrições, nos contratos administrativos.

Notamos, ainda, que tal regime é gerido por outros princípios de suma importância, como os princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade, da eficiência, da licitação, da responsabilidade das pessoas jurídicas, da finalidade, da razoabilidade e proporcionalidade, que representam verdadeiras diretrizes vinculadoras da atuação dos agentes públicos, não mais prevalecendo a idéia do mero respeito à legalidade estrita.

Dessa forma, o regime jurídico-administrativo impõe certos desvios específicos aos preceitos gerais contratuais, para possibilitar à Administração Pública alcançar os fins que o ordenamento jurídico lhe atribui e, ao mesmo tempo, garantir o direito dos contratados/ administrados, criando limitações à atuação do Poder Público.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Contrato administrativo**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1987.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Contrato administrativo**. In: _____ et al (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª edição. São Paulo. Saraiva, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ª edição, Rio de Janeiro. Lúmen Júris Editora, 2007.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos Atos Administrativos**. São Paulo, Editora RT, 1973.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 15ª edição, vol. 5. São Paulo, Saraiva, 2000.

_____. 16ª edição. vol. 3. São Paulo. Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª edição São Paulo, Editora Atlas, 2006.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2002.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª edição. São Paulo. Malheiros Editores, 2006.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Conceito de Contratos Administrativos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 7, ago/set/out de 2006. Acesso em: 15 de janeiro de 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo**. 3ª edição. Rio de Janeiro, Aide, 1994.

_____. **Conceito de Interesse Público e a ‘Personalização’ do Direito Administrativo**. Artigo publicado na Revista Trimestral de Direito Público – 26.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 32ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2ª edição. vol. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1979; 3ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. **Mutações nos serviços públicos**. In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia nº 1, 2005, pág. 17. Disponível na internet em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 23 de fevereiro de 2008.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações unilaterais da vontade**. 25ª edição. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1997

Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka. **Concepções dos contratos administrativos**. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Interpretação dos contratos administrativos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=458>>. Acesso em: 21 jan. 2008