

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL
COGEAE – PUC/SP**

MARÍLIA COSTA ZUIM

**CONTRATOS COM O PODER PÚBLICO - LIMITES ÀS CLÁUSULAS
EXORBITANTES E MECANISMOS DE PROTEÇÃO AO PARTICULAR**

São Paulo

2014

MARÍLIA COSTA ZUIM

**CONTRATOS COM O PODER PÚBLICO - LIMITES ÀS CLÁUSULAS
EXORBITANTES E MECANISMOS DE PROTEÇÃO AO PARTICULAR**

Monografia de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Contratual apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - COGEAE, como requisito parcial para obtenção do título de especialista, sob a orientação da professora Karla Cristina França Castro.

São Paulo

2014

MARÍLIA COSTA ZUIM

**CONTRATOS COM O PODER PÚBLICO - LIMITES ÀS CLÁUSULAS
EXORBITANTES E MECANISMOS DE PROTEÇÃO AO PARTICULAR**

Monografia de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Contratual apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - COGEAE, como requisito parcial para obtenção do título de especialista, sob a orientação da professora Karla Cristina França Castro.

Banca Examinadora:

Aprovada em ____/____/2014.

Aos meus familiares, pela confiança no êxito de meus estudos para o aperfeiçoamento profissional, e aos advogados que me proporcionaram o contato com o Direito Contratual.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal a análise das peculiaridades do contrato administrativo no que diz respeito às suas cláusulas exorbitantes, com o fim de verificar os mecanismos de tutela conferidos ao particular que figure como parte em um contrato firmado com o Poder Público, principalmente nas hipóteses de alteração unilateral e rescisão unilateral do contrato, que se caracterizam como prerrogativas da Administração Pública, para que seja evitada a preponderância de atos discricionários do órgão estatal, o qual figura em posição de supremacia frente ao particular com quem contrata.

Palavras-chave: Contrato Administrativo. Administração Pública. Cláusulas Exorbitantes. Alteração Unilateral. Rescisão Unilateral.

ABSTRACT

The purpose of the present study is to analyze the peculiarities of the administrative agreement with regard to its exorbitant clauses, in order to verify the mechanisms of protection granted to private individuals who stand as a party in a agreement executed with the Brazilian Government, especially in hypotheses of unilateral amendments and unilateral termination of the agreement, both defined as prerogatives of the Public Administration, to prevent the preponderance of discretionary measures of the Government, which stand in a position of supremacy before the private individual contracted.

Keywords: Administrative Agreement. Public Administration. Exorbitant Clauses. Unilateral Amendment. Unilateral Termination.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CLÁUSULAS EXORBITANTES	10
1.1 Do Contrato Administrativo.....	10
1.1.1 Licitação: Materialização do Contrato Administrativo	19
1.2 Das Cláusulas Exorbitantes	24
1.2.1 Aspectos Gerais	25
1.3 Cláusulas Exorbitantes em Espécie	29
1.3.1 Exigência de Garantia	29
1.3.2 Alteração Unilateral	30
1.3.2.1 Hipóteses de Incidência	33
1.3.3 Rescisão Unilateral	39
1.3.4 Fiscalização.....	43
1.3.5 Aplicação de Penalidades	44
1.3.6 Anulação	46
1.3.7 Retomada do Objeto	47
1.3.8 Restrições ao uso da <i>Exceptio non Adimpleti Contractus</i>	48
CAPÍTULO II – LIMITES ÀS CLÁUSULAS EXORBITANTES E A PROTEÇÃO DO PARTICULAR.....	52
2.1 <i>Pacta Sunt Servanda</i> e o Contrato Administrativo	52
2.2 Princípios Vetores da Alteração Unilateral	54
2.3 Alteração Unilateral <i>versus</i> o Particular.....	59
2.3.1 Equação Econômico - Financeira.....	69
2.3.2 Teoria da Imprevisão.....	73
2.3.3 Fato do Príncipe	77
2.3.4 Fato da Administração.....	80
2.4 Rescisão Unilateral <i>versus</i> o Particular	83
2.5 O Dever da Boa-Fé	87
CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS.....	93

Introdução

Por meio deste estudo pretende-se conferir um enfoque à posição do particular no âmbito da contratação Pública.

Sabe-se que no Direito Público o aspecto relevante e que rege qualquer ação da Administração Pública é a garantia do interesse da coletividade. Por esta razão muito se disserta acerca das prerrogativas conferidas ao órgão estatal para zelar pelo interesse público em todas as relações que trava com particulares contratados, dentre as quais cita-se a existência de cláusulas exorbitantes que incidirão sobre o instrumento formal celebrado entre as partes após o procedimento legal de licitação, qual seja, o contrato administrativo.

No entanto, resta restrito o âmbito de estudo sobre os direitos conferidos aos entes privados que contratam com a Administração, e, sendo assim, de suma importância que sejam expostos neste trabalho os direitos a estes conferidos quando algum fator interno, ou mesmo externo ao contrato toma lugar durante sua execução, de forma que não prevaleça de forma absoluta, sem ressalvas e sem flexibilizações, a supremacia do interesse público sobre o particular, princípio este de grande relevância no Direito Administrativo, mas que encontra brechas capazes de tutelar o ente privado que adentra na relação contratual pública.

O contratado de boa-fé, que envida seus melhores esforços para a consecução do objeto avençado, possui expectativas econômicas quando da celebração do pacto com a Administração. Resta claro que os agentes privados visam a lucratividade, e a legislação, bem como a doutrina, como será exposto, garantem a esta parte o equilíbrio da equação econômico-financeira que é inerente à contratação administrativa, justamente para que eventuais fatores que possam instabilizar a relação permeada pelo contrato não atinjam a capacidade econômica do particular.

Sendo assim, uma vez firmado o instrumento contratual com o Poder Público, determinados direitos são também conferidos ao contratado, capazes de mitigar a máxima da supremacia do Poder Público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, a depender do caso concreto, de sorte que cada situação peculiar

que enseja uma tutela específica ao particular será explicitada no decorrer do presente trabalho.

Visa-se, por meio desta exposição, enaltecer determinados dispositivos legais, doutrinários e jurisprudenciais que evitam as decisões discricionárias da Administração, ensejando motivos relevantes e demais requisitos pertinentes para que esta proceda com os institutos de maior relevância mencionados neste trabalho, quais sejam, as cláusulas exorbitantes equivalentes à alteração unilateral e a rescisão unilateral do contrato administrativo.

Assim, passam a emergir entendimentos que levam em conta a figura do particular de boa-fé em uma contratação administrativa, o qual deverá ser agasalhado por dispositivos de proteção, sendo-lhe devidas, no campo do ressarcimento, por exemplo, indenizações, apurações de danos emergentes e até mesmo lucros cessantes, bem como procedimentos legais e administrativos para sua defesa em caso de discordância com o procedimento adotado pelo órgão estatal.

Diante do comentado, por meio do primeiro Capítulo será feita uma análise conceitual dos institutos do contrato administrativo e das cláusulas exorbitantes, mediante exposição de todas as modalidades destas últimas, com ênfase, como já mencionado, na alteração e rescisão unilateral do contrato.

Ato seguinte, no segundo Capítulo serão explanados os princípios que regem as modificações unilaterais pela Administração e pormenorizadas as situações ensejadoras de mecanismos de tutela do particular no campo da alteração e rescisão do pacto celebrado com o Poder Público, além dos institutos que, uma vez verificados durante a execução do contrato, conferirão legítimos direitos ao particular, quais sejam: o desequilíbrio da equação econômico-financeira, a teoria da imprevisão, o fato do príncipe e o fato da Administração.

Por fim, em referido Capítulo, será averiguado o dever de boa-fé entre os contratantes, que deverá permear a relação até sua extinção, de forma que figurará, ainda, como uma espécie de limite aos atos discricionários da Administração quando analisada em conjunto com os demais princípios vetores do Direito Administrativo.

CAPÍTULO I - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CLÁUSULAS EXORBITANTES

1.1 Do Contrato Administrativo

Primeiramente, com o fim de adentrar no tema dos contratos administrativos e suas peculiaridades, cumpre, partindo de um conceito genérico utilizado tanto no Direito Privado quanto no Direito Público, estabelecer a definição de “contrato”, de uma forma ampla.

Assim, nas palavras de Arnaldo Rizzardo, contrato pode ser caracterizado como “a convenção surgida do encontro de duas ou mais vontades, que se obrigam entre si, no sentido de dar, fazer ou não fazer alguma coisa” ¹.

Por natureza, o contrato firmado entre particulares, no âmbito do Direito Privado, perfaz uma relação jurídica caracterizada pelo acordo de vontades, onde há obrigações pré-estabelecidas reciprocamente, de maneira que os contratantes não poderão alterar unilateralmente o instrumento contratual. Caio Mário da Silva Pereira em breve conceito, o enuncia como “um acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos” ².

Para o jurista espanhol Díez-Picazo³, o contrato é visto como ato e como norma:

A palavra contrato contém um equívoco, pois se refere algumas vezes ao ato que os contratantes realizam (v.gr.: se diz celebrar um contrato) e outras vezes se refere ao resultado normativo ou regulamentador que se produz com este ato aos contratantes (v.gr.: se diz cumprir um contrato, estar obrigado por um contrato). (tradução nossa).⁴

¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 05.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, vol III, p. 35.

³ Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. 2ª ed. Madrid Editora Tecnos S.A, 1983, vol I, p. 97.

⁴ “La palabra contrato encierra um equívoco, pues se refiere unas vecez al acto que los contratantes realizan (v.gr.: se dice celebrar um contrato) y otras veces se refiere al resultado normativo o reglamentario que com este acto se produce para los contratantes (v.gr.: se dice cumplir um contrato, estar obligado por um contrato)”.

Nos termos acima citados, uma vez ato, o contrato se caracteriza como ato jurídico que gera uma ação dos contratantes, para a qual o ordenamento atribui efeitos jurídicos, e, uma vez norma, caracteriza-se como regra de conduta, que deverá ser respeitada pelas partes durante a vigência da avença.

Helly Lopes Meirelles ressalta que em princípio qualquer contrato se caracteriza como negócio jurídico bilateral e comutativo, “realizado entre pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens”⁵.

Já no que tange aos contratos de Direito Público, cumpre enfatizar que a definição da figura do contrato administrativo no Brasil foi tardia, de sorte que, inicialmente, submetia-se às premissas do Direito Privado, exceto no que dissesse respeito a sua formação, quando normas públicas seriam observadas.

Segundo Fernando Vernalha Guimarães, a primeira regulamentação da matéria veio com o Código de Contabilidade Pública da União, ou seja, a Lei nº 4.356/1922. Na época, não se admitia a prerrogativa de alteração unilateral pela Administração. Neste sentido, o autor enaltece que:

A relação jurídica contratual não obedecia (predominantemente) a um regulamento próprio de direito público, capaz de atribuir, por exemplo, prerrogativas especiais à Administração. Constituíam estes “contratos administrativos” os hoje denominados contratos jurídico privados da Administração. Exceção se punha em relação às concessões, que, por serem consideradas atos jurídicos distintos do ato contratual, admitiam o exercício regulamentar pela Administração, quanto ao regime de execução de obra ou prestação de serviço⁶.

Posteriormente este entendimento foi alterado, e tais contratos passaram a se submeter a um regime de direito público, com especial influência do direito francês, de forma a separá-los dos contratos de Direito Privado da Administração, sendo que estes últimos foram mantidos sob as regras do direito privado⁷. Inclusive,

Até o Decreto-lei 2.300, de 21.11.1986, os contratos administrativos não tiveram um tratamento orgânico e sistemático. A partir desta normativa – encampada em boa parte pela Lei 8.666/1993 – é que se

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 213.

⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 75.

⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, loc. cit.

configurou um regime jurídico típico do contrato administrativo, pautado por regulamentação específica ⁸.

Importante instrumento de definição dos institutos fundamentais concernentes às contratações públicas foi a Constituição Federal de 1988, estabelecendo a isonomia nas licitações, a intangibilidade da equação econômico financeira dos contratos e a competência privativa da União para a edição de normas gerais acerca da contratação pública. ⁹

Também inovou a Constituição Federal de 1988¹⁰ com relação à competência para legislar sobre contratos administrativos, dispondo em seu artigo 22, inciso XXVII que, compete privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹ ressalta que esta matéria, antes de competência privativa de cada ente político, a partir de então, passa a ser repartida, de um lado pela União, estabelecendo normas gerais, e de outro pelos Estados e Municípios, determinando normas suplementares.

Então, editada a Lei nº 8.666/93¹², o regime geral da contratação pública teve seus contornos definidos, de forma a disciplinar o procedimento de licitação e de celebração dos contratos administrativos. Além disso, demais leis específicas foram promulgadas, acerca desta modalidade contratual, a exemplo da Lei nº 8.987/95¹³, que tratou das concessões no Brasil ¹⁴.

Os contratos celebrados entre particulares, denominados Contratos de Direito Privado, diferem dos contratos celebrados pela Administração Pública no que tange a determinadas peculiaridades.

O Estado, na qualidade de guardião do interesse público, não possui todos os recursos necessários, tanto materiais quanto humanos, para a efetivação das políticas públicas necessárias aos seus administrados. Por esta razão, comumente

⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 75 – 76.

⁹ Ibidem, p. 76.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 259.

¹² BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹³ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

¹⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, op. cit., p. 76.

são firmados com particulares os chamados contratos administrativos, regidos por regime próprio.

Em razão da existência do órgão estatal como uma das partes do vínculo contratual, não seria cabível que prevalecessem os mesmos preceitos dos contratos firmados entre particulares, uma vez que os contratos celebrados por órgãos ou entes estatais tem como finalidade o atendimento do interesse público.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, instituidora de normas que regem o regime de licitação e os contratos administrativos, define estes últimos da seguinte forma, no parágrafo único de seu artigo 2º:

Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (grifo nosso).

Além disso, ressalta-se que apesar da existência de normas específicas do Direito Público, subsidiariamente, incidem de forma supletiva, os princípios e disposições da teoria geral dos contratos e do Direito Privado. Assim preceitua o artigo 54 de referido diploma legal:

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

No entendimento de Hely Lopes Meirelles, os contratos públicos são regidos por “normas e princípios próprios do Direito Público, atuando o Direito Privado apenas supletivamente, jamais substituindo ou derogando as regras privativas da Administração” ¹⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶ defende que o contrato é “uma forma de composição pacífica de interesses, e que faz lei entre as partes”. Contudo, alerta que “nem todas as relações jurídicas travadas entre a Administração e terceiros resultam de atos unilaterais”. Isto porque algumas delas podem se originar de

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 213.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 614.

acordos de vontade entre o Poder Público e terceiros, sendo que, neste caso, podem ser denominadas de “contratos”.

O autor menciona que, dentre estes contratos, distinguem-se os “contratos de Direito Privado da Administração” e os “contratos administrativos”:

Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado e os segundos reger-se-iam pelo Direito Administrativo. Assim, como exemplos dos primeiros têm-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública, etc. Exemplificam os segundos a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, a concessão de uso de bem público¹⁷.

Segundo o jurista, ambas as modalidades contratuais acima citadas se assemelham quanto à disciplina, qual seja, a de Direito Administrativo, suas normas e princípios com relação às formalidades para estipulação e aprovação. No entanto, diferem no que tange à disciplina do vínculo criado:

Enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito – ressalvados os aspectos supra-referidos – os “contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto¹⁸.

Vernalha Guimarães¹⁹ comenta acerca da existência destas modalidades contratuais e afirma que os contratos de Direito Privado da Administração têm a relação jurídica regida predominantemente pelo direito privado, enquanto os contratos administrativos são regulados pelo direito público, admitindo de forma subsidiária a incidência de normas privadas.

Maria Sylvia Di Pietro²⁰, em consonância com a posição de Bandeira de Mello, divide os contratos administrativos em “tipicamente administrativos”, os definindo como aqueles que não possuem paralelo no Direito Privado, e são regidos completamente pelo Direito Público, a exemplo da concessão, e “os que têm

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 615.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, loc. cit.

¹⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 256.

paralelo no direito privado”, apesar de serem também regidos pelo Direito Público, como é o caso do mandato e empreitada.

Insta salientar que existe corrente doutrinária a defender a inexistência de diferenciação entre contratos de Direito Privado regidos pela Administração, e contratos administrativos. Para esta corrente, todos os contratos firmados com a Administração Pública são considerados contratos administrativos. Assim, observa-se, pelas palavras de Lúcia Valle Figueiredo, adepta da corrente que não aceita a existência dos contratos privados da Administração, que:

Consoante pensamos, inexistem contratos privados da Administração. Adotamos, pois, a posição do Prof. Gordillo, do Prof. Brewer Carías, como já assinalado, e também do Prof. Dromi, e, ainda, lembramos lição de Sérgio Ferraz. Existem – isto, sim – contratos da Administração Pública ora sob maior influxo de regras do Direito Público, ora de Direito Privado²¹.

Muito se pode discorrer sobre a definição doutrinária dos contratos administrativos. A priori, duas características conferidas ao Poder Público são essenciais para sua caracterização: a alteração unilateral daquilo que fora pactuado inicialmente no que tange às obrigações do contratante, e a extinção unilateral do vínculo contratual, sendo que ambas conferem a possibilidade da Administração de instabilizar a relação contratual²².

Celso Antônio Bandeira de Mello²³ reconhece a prerrogativa conferida à Administração que consiste em instabilização da relação contratual com o particular, e que se perfaz em um direito propriamente dito, ressalvadas, contudo, a identidade do objeto pactuado, e a garantia plena dos interesses patrimoniais da outra parte.

Diógenes Gasparini compactua com o entendimento supra, e comenta sobre a possibilidade de instabilização da execução do contrato administrativo por parte da Administração, igualmente ressaltando os interesses patrimoniais do outro contratante. O doutrinador define tal contrato como:

O ato plurilateral ajustado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes com certo particular, cuja vigência e condições de

²¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 524.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 615.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, loc. cit.

execução a cargo do particular podem ser instabilizadas pela Administração Pública ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular ²⁴.

Ademais, o conceito de contrato administrativo não abrange as relações pactuadas entre duas ou mais pessoas de Direito Público, visto que, nestas hipóteses, impossível se faz reconhecer supremacia a uma das partes contratantes que possuem o mesmo interesse: o público ²⁵.

Na definição de Hely Lopes Meirelles, observa-se a relevância conferida à supremacia da Administração, visto que, para o jurista:

Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de interesse público, nas condições estabelecidas pela Própria Administração ²⁶.

Explica-se esta prerrogativa da Administração Pública no bojo do contrato administrativo em razão das cláusulas exorbitantes da avença, sendo certo que “sua exorbitância ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns” ²⁷.

Esta prerrogativa acaba por colocar o contrato a mercê da Administração Pública que terá controle sobre a continuidade da relação pactual, bem como sobre, de certa maneira, as próprias obrigações do particular. Análise detalhada concernente às cláusulas exorbitantes, ponto central do presente estudo, será realizada no decorrer do trabalho.

Maria Sylvia Di Pietro²⁸ aponta em sua doutrina as características dos contratos administrativos, que são: (i) presença da Administração Pública como Poder Público; (ii) finalidade pública; (iii) obediência à forma prescrita em lei; (iv) procedimento legal; (v) natureza de contrato de adesão; (vi) natureza *intuitu personae*; (vii) presença de cláusulas exorbitantes; e (viii) mutabilidade.

²⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 705.

²⁵ Idem, *Direito Administrativo*. 14ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 706.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 214.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 616.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 261.

Com base no entendimento da autora citada, em suma, os contratos administrativos garantem prerrogativas à Administração Pública por meio das cláusulas exorbitantes, sendo essencial o interesse público envolvido na contratação, sob pena de desvio de poder. Ainda, a forma dos contratos deve estar prescrita em lei em razão do princípio da legalidade, sendo que a Lei nº 8.666/93 cuida de diversos aspectos formais acerca da contratação pública, além de procedimentos obrigatórios para formalizar a avença, a exemplo de autorização legislativa, avaliação, motivação, licitação, etc.

Pode-se dizer que o contrato administrativo é caracterizado como um contrato de adesão, uma vez que todas as cláusulas são fixadas de forma unilateral pela Administração Pública ²⁹.

A natureza *intuitu personae* explica-se pela exigência de serem todos os contratos administrativos firmados em razão de condições pessoais do contratado, as quais são apuradas durante o procedimento de licitação. Confirmando esta exigência, cita-se o artigo 78, inciso VI, da Lei 8.666/93, que veda a subcontratação do objeto do contrato, a associação com terceiros, atos de fusão, cisão e incorporação, com exceção de tais atos estarem previstos no edital e no contrato ³⁰.

Já a mutabilidade decorre da possibilidade de alteração unilateral ou rescisão do contrato por parte da Administração, além de circunstâncias que ensejam aplicação das teorias do fato do príncipe e da imprevisão, aspectos todos estes que serão tratados no decorrer deste trabalho.

Quanto ao objeto do contrato administrativo, conclui-se que se trata da obra, serviço ou alienação, deverá ser possível, lícito e suscetível de avaliação econômica. Já com relação às partes contratantes, Gasparini enfatiza que:

A administração Pública, como contratante, tanto pode ser uma das entidades da Administração direta (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município), como uma de suas autarquias ou qualquer uma de suas entidades governamentais (sociedades de economia mista, empresa pública, fundações), desde que prestadoras de serviço público. O particular, como contratado, pode ser pessoa física ou jurídica.³¹

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 267.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, loc. cit.

³¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 707.

Em breve síntese, pode-se dizer, sobre a diferença entre contratos administrativos e contratos privados, que:

O que realmente o tipifica e o distingue do contrato privado é a participação da Administração na relação jurídica com supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste. Desse privilégio administrativo na relação contratual decorre para a Administração a faculdade de impor as chamadas cláusulas exorbitantes do Direito Comum. [...] É a participação da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo³².

Ademais, acerca da liberdade contratual no Direito Privado quando comparada ao Direito Público, Meirelles esclarece:

Enquanto nos ajustes privados a liberdade contratual é ampla, sendo permitido a qualquer dos contratantes renunciar direitos e assumir as obrigações que lhe aprouver, nos contratos administrativos uma das partes – a Administração – está sempre vinculada ao interesse público e não pode abrir mão de seus direitos e deveres por mera liberalidade para com a outra parte. Assim, qualquer cláusula que contrarie o interesse público ou consubstancie renúncia a direitos e poderes da Administração deve ser considerada como não escrita, salvo se autorizada por lei³³.

Já Lúcia Figueiredo enaltece a existência da autonomia da vontade na contratação pública, característica esta marcante nos contratos privados, e explica que a vontade do particular é um dos traços definidores dos contratos administrativos, no que diz respeito à formação do vínculo, visto que “se o particular não desejar formar o vínculo, à Administração Pública não caberá constrangê-lo”³⁴.

Nos contratos de direito público a relação nasce do encontro de vontades, resulta de verdadeiro acordo livre sobre um objecto determinado: nenhum dos sujeitos considera definida e constituída a relação sem se verificar o mútuo consenso³⁵.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 215.

³³ *Ibidem*, p. 221.

³⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008p. 525.

³⁵ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 577.

Bandeira de Mello observa que o comportamento do particular deverá ser ajustado a certas circunstâncias peculiares ao contrato celebrado com o Poder Público, vez que, pela via contratual com a Administração:

O Poder Público pode se orientar unicamente para a satisfação do interesse público que ditou a formação do ajuste. É por isso que lhe assistem os poderes adequados para alcançá-lo. O particular contratante procura a satisfação de uma pretensão econômica, cabendo-lhe, para fazer jus a ela, cumprir com rigor e inteira lealdade as obrigações assumidas.³⁶

Guimarães³⁷ elucida que o interesse público gera dinamicidade à relação contratual com a Administração, que é gestora do interesse coletivo. A administração não é, assim, hierarquicamente superior ao contratante por uma situação subjetiva e apriorística, mas o é pela instrumentalidade ao interesse geral que, na sede contratual-administrativa, caracteriza sua atuação.

Levando-se em conta a interpretação do contrato administrativo, é preciso considerar sua regência por meio do Direito Público, com normas suplementares do Direito Privado, conforme já mencionado anteriormente, assim como pelos princípios da teoria geral dos contratos. Logo, o princípio norteador da Administração será o atendimento ao interesse público, de sorte que o particular, uma vez contratado, deverá partir da premissa de que a finalidade do contrato é a satisfação de necessidades coletivas.

1.1.1 Licitação: Materialização do Contrato Administrativo

Definido o contrato administrativo, suas características, normas incidentes na contratação pública e aspectos relevantes existentes na relação entre o particular e a Administração, mister se faz iniciar a compreensão do ato inaugural do Direito Público que ensejará o futuro aperfeiçoamento do contrato administrativo. Trata-se do procedimento de licitação.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 649.

³⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35.

Quanto à previsão legal do instituto, o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal determina que os contratos administrativos devem ser precedidos de licitação, ressalvadas as exceções previstas em lei. Insta transcrever referido dispositivo legal:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação 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 (grifo nosso).

Também o artigo 175 do mesmo diploma legal prevê obrigatoriedade de licitação ao tratar dos institutos de concessões e permissões. Acerca da previsão normativa do procedimento licitatório, Justen Filho explica que:

As regras básicas atinentes à licitação constam de lei. Em princípio, estão contidas na Lei nº 8.666/93, mas também outros diplomas são aplicáveis, de acordo com a entidade administrativa contratante, ou o tipo de atividade considerada. Assim, a Lei nº 8987/95 contém normas gerais complementares para a licitação de concessões e permissões de serviço público³⁸.

Não se propõe, nesta dissertação, proceder com uma análise pormenorizada acerca das modalidades e procedimentos específicos da licitação no âmbito administrativo, mas tão somente ressaltar sua relação intrínseca com os contratos administrativos, objeto deste estudo.

Cretella Júnior³⁹ define categoricamente a relação do instituto da licitação com os contratos celebrados com a Administração, ao expor que se trata de um momento preliminar dos contratos administrativos, sendo um princípio que informará sempre o administrador na escolha do contratante.

A licitação está para os contratos administrativos assim como o concurso público está para a admissão de servidores públicos. São ambos procedimentos administrativos seletivos, para uma e outra

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 316-317.

³⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 144.

finalidade, rigidamente vinculados à lei, e formalidade indispensável (CC, arts. 185 e 166, IV) para a validade do respectivo ato jurídico ⁴⁰.

Neste cenário, precisas as palavras de Lúcia Figueiredo ao estabelecer que “a licitação é, inequivocamente, procedimento condicionador do contrato que gerará determinada despesa” ⁴¹.

A produção do contrato administrativo é estritamente procedimentalizada. A existência, a validade e a eficácia do contrato administrativo dependem da observância de formalidades indispensáveis, previstas em lei. A procedimentalização poderá traduzir-se, inclusive, na existência de uma licitação, um procedimento administrativo formal de competição ⁴².

José Cretella Júnior enaltece que a licitação é um “momento ou procedimento prévio para selecionar o licitante, de acordo com um critério, preestabelecido, da melhor oferta, da oferta mais elevada, mais alta” ⁴³.

O doutrinador prossegue em seus comentários esclarecendo sobre a indisponibilidade do erário público, e propõe o conceito de licitação, adotado para os fins visados neste estudo. Assim:

No campo do direito administrativo, as compras, obras e serviços públicos não são livres. Devem ser precedidos de licitação, já que o administrador não é dominus da coisa pública e dela não pode dispor como quiser (princípio da indisponibilidade).

[...]

Licitação é o procedimento de direito público, geral e impessoal, empregado pela administração direta ou indireta, para a seleção da melhor proposta, dentre as apresentadas pelos administrados, que pretendam celebrar com o Estado contratos de compra e venda, de execução de obras públicas ou a gestão de um serviço público ⁴⁴.

⁴⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 502.

⁴¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 475.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 316.

⁴³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 143

⁴⁴ Ibidem, p. 143 – 144.

Para Marçal Justen Filho⁴⁵, a licitação é um instituto previsto em lei, que depende de ato administrativo prévio, e que tem como finalidade estabelecer critérios objetivos de seleção da proposta mais vantajosa, mediante observação do princípio da isonomia.

Traz-se à baila o conceito conferido por Bandeira de Mello, o qual insere à definição a questão da competição isonômica dos participantes. Assim, para o autor, licitação seria:

Um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição. A ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir ⁴⁶.

Por meio da licitação abre-se a todos os interessados, dispostos a se sujeitarem às condições fixadas no instrumento convocatório a possibilidade de apresentarem proposta.

Logo, a formalização da participação do particular implica em aceitação das condições impostas. “Daí a afirmação segundo a qual o edital é a lei da licitação, e em consequência, a lei do contrato” ⁴⁷. O edital é o instrumento pelo qual a Administração divulga a abertura do certame, prevendo os requisitos para participação, o objeto, as exigências do contrato. “Em síntese, o edital é o ato pelo qual a Administração faz uma oferta de contrato a todos os interessados que atendam às exigências nele estabelecidas” ⁴⁸.

Quanto ao contrato a ser firmado e suas condições, Di Pietro ressalta que se pré-determinam:

prazo e condições para assinatura do contrato, para execução e para entrega do objeto da licitação, condições de pagamento e, quando for o caso, de reajuste de preços, condições de recebimento do objeto da licitação. Na redação do termo do contrato ou instrumento

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 316.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 524.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 332.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 369.

equivalente, nada pode ser inserido em discordância com o que determina o edital ⁴⁹.

A licitação pode ser entendida como um princípio constitucional, decorrente de outros, como o da indisponibilidade e supremacia do interesse público, isonomia e moralidade administrativa, e pode ser caracterizada como uma restrição à liberdade de contratar ⁵⁰.

Relativamente aos princípios a serem observados durante todo o procedimento licitatório, estabelece o artigo 3º da Lei nº 8.666/93 que:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Observado todo o procedimento formal inerente à licitação e seus princípios basilares estabelecidos em lei, ao fim do processo licitatório, e após homologação do resultado final, a Administração deverá promover o contrato com o particular vitorioso, exceto se motivos supervenientes e impeditivos sejam percebidos.

Concluído o procedimento com sucesso, a Administração, em princípio, estará obrigada a contratar. Foi dito “com sucesso” porque todas as propostas podem ter sido desconformes com o edital ou insatisfatórias, caso em que deverão ser desclassificadas (art. 48), assim como pode ter ocorrido alguma invalidade em seu transcurso, hipótese na qual a licitação terá de ser anulada (art. 49).⁵¹

Apesar de não haver prazo para efetivação da contratação, a doutrina aponta o prazo de validade das propostas licitantes, sendo que a “Administração deverá promover a contratação antes do termo final do prazo de validade das propostas. A

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 369.

⁵⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 505.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 609.

omissão continuada da Administração caracterizará infração ao dever de contratar”⁵².

O contrato administrativo firmado deverá sintetizar as regras inseridas na licitação então ocorrida:

O conteúdo do instrumento contratual é determinado pelo instrumento convocatório (ou outro em que se funde o contrato) e pela proposta selecionada como vencedora. Lembre-se de que uma minuta do contrato já acompanha o edital, dele fazendo parte integrante⁵³.

Conclui-se que o resultado final da licitação é a celebração do contrato administrativo, visto que “o procedimento licitatório, como um todo, visa a proporcionar o nascimento de um ato bilateral, externo ao procedimento, embora condicionado por ele: o contrato”⁵⁴.

Logo, a conclusão do procedimento licitatório é condição para que a Administração possa contratar, contanto que formalize o pacto com o ofertante da proposta vencedora. Se for preterido por terceiro, o contrato será considerado nulo (art. 50) e aquele que tenha sido preterido, nesta situação, terá direito à formalização de seu contrato⁵⁵.

1.2 Das Cláusulas Exorbitantes

Após discorrer sobre os contratos administrativos e sua formalização, por meio da licitação, adentra-se, a partir deste momento, na análise detalhada das cláusulas exorbitantes, peculiares aos contratos administrativos, e que passam a ser agora listadas, conceituadas e exemplificadas, por meio da lei e do posicionamento doutrinário. O estudo ora proposto acerca de tais cláusulas tem como foco pormenorizar as modalidades denominadas “alteração unilateral” e “rescisão

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 360.

⁵³ Ibidem, p. 362.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 608-609.

⁵⁵ Ibidem, p. 609.

unilateral”, cujos mecanismos de proteção do particular em caso de sua efetivação pela Administração, serão delineados em capítulo seguinte.

1.2.1 Aspectos Gerais

As peculiaridades do contrato administrativo frente ao contrato comum se originam na supremacia de poder da Administração Pública, não existente nos instrumentos sujeitos ao Direito Privado. Estas peculiaridades são denominadas cláusulas exorbitantes, que podem ser explícitas ou implícitas em todo contrato administrativo. Na lição de Hely Lopes Meirelles, adotada nesta monografia, as cláusulas exorbitantes são:

As que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente de lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.⁵⁶

O início do tema aqui proposto, qual seja, a análise pormenorizada das cláusulas exorbitantes e demais questões correlatas aos privilégios da Administração, tem como ponto de partida a análise do artigo 58 da Lei nº 8.666/93. Vejamos:

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

- I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
- III - fiscalizar-lhes a execução;
- IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 216.

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Diógenes Gasparini nos explica que estes incisos são o que se pode denominar de cláusulas exorbitantes, de sorte que por meio delas, é possível efetuar uma distinção clara entre contrato administrativo e contrato de Direito Privado. Assim, “seu exercício pela Administração Pública não exige que estejam explicitadas no contrato, ainda que denominadas *cláusulas*, pois é a própria lei (art. 58, *caput*) quem lhe confere ditas prerrogativas” ⁵⁷.

Na doutrina de Odete Medauar o termo “exorbitante” se origina da ideia de exceder ou desviar-se do direito privado, de forma a conferir o seguinte entendimento no que tange às cláusulas em tela, que são:

Notas características do contrato administrativo, os aspectos essenciais do seu regime jurídico. No ordenamento pátrio, tais cláusulas permeiam o tratamento legal dos contratos administrativos, sendo arroladas no art. 58 da lei 8.666/1993 como prerrogativas da Administração ⁵⁸.

Em mesma linha de entendimento, Araújo Netto entende como exorbitante a cláusula “que não pode ser utilizada pelo contrato civil e que, inserida em um contrato, derroga (ou revoga) as regras contratuais usuais do direito comum” ⁵⁹. Prosseguindo em seu juízo, o autor discorre que:

As cláusulas ora em estudo não tipificam o contrato administrativo pelo fato de estarem fora do direito civil, ou substituírem seus princípios e normas, mas pela razão incontestável de que elas significam que a Administração, por sua inserção expressa ou implícita, assume posição de supremacia, preponderância no contrato com o particular, passando então a representar a síntese do interesse público prevalente sobre o individual na relação jurídica, o que constitui princípio central do direito administrativo ⁶⁰.

⁵⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 702.

⁵⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 219.

⁵⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 639.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 640.

Carvalho Filho denomina tais cláusulas de “cláusulas de privilégio” e as conceitua como “prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada” ⁶¹.

Maria Sylvia Di Pietro, ao definir a abrangência das cláusulas exorbitantes ressalta que se caracterizam como:

Aqueles que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado ⁶².

Jean Rivero, doutrinador português, compactua com o entendimento de Maria Sylvia acima, e enaltece que as cláusulas exorbitantes são “certamente derogatórias as cláusulas que excedem essa liberdade e que por isso mesmo são insusceptíveis de figurar num contrato entre particulares, por contrárias à ordem pública” ⁶³.

Fernando Vernalha Guimarães disserta sobre as cláusulas em comento, apontando que, no que tange à relação contratual com o particular, estas são “autorizadoras de poderes gerais de instabilização do vínculo, deferidas à Administração Pública na qualidade de gestora do interesse geral” ⁶⁴. O autor elucida:

A noção de cláusula exorbitante como elemento constitutivo do contrato administrativo é a de algo implícito ao pacto e que mesmo que não externado há de ser assumido pelas partes como norma. Não é a causa do contrato administrativo, mas um de seus efeitos ⁶⁵.

Justifica-se a existência das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, portanto, em razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Sua origem remonta à doutrina francesa que, ao desenvolver a

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 185

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 267.

⁶³ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 136.

⁶⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 105.

“teoria do contrato administrativo”, inseriu em seu conceito as cláusulas exorbitantes. Assim, no início:

A solução encontrada para a categorização do contrato administrativo estava na presença de cláusulas exorbitantes do direito comum; a introdução de cláusula exorbitante em contrato celebrado pela Administração Pública convertê-lo-ia em administrativo ⁶⁶.

Então, inicialmente, a inserção de cláusulas exorbitantes no contrato por si só significaria a intenção de celebrar um contrato administrativo, e submetê-lo à jurisdição administrativa, de modo que o que se levava em conta era a intenção das partes. Com o tempo, acabou-se por aplicar um critério que considerasse a existência de serviço público para a caracterização do contrato administrativo, de forma a relativizar a aplicação do critério das cláusulas exorbitantes.

Guimarães expõe que atualmente, a jurisprudência francesa mantém a coexistência de ambos os critérios para fins de qualificação do contrato administrativo, “recorrendo frequentemente à existência de cláusula exorbitante ou à outorga de execução de um serviço público. Tais critérios só não são aplicáveis enquanto um contrato for assim qualificado por lei” ⁶⁷.

Gasparini⁶⁸ enumera as prerrogativas concedidas à Administração Pública, personificadas por meio das cláusulas exorbitantes, afirmando que se consubstanciam em deveres-poderes a ela conferidos, a exemplo de: modificar a execução do contrato a cargo do contratante particular; acompanhar a execução do contrato; impor sanções previamente estipuladas; rescindir o contrato, por mérito ou legalidade.

A seguir, serão apresentadas as principais cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, que em sua maioria encontram previsão na Lei 8.666/1993, com base em classificação adotada pela jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que as divide em (i) exigência de garantia; (ii) alteração unilateral; (iii) rescisão unilateral; (iv) fiscalização; (v) aplicação de penalidades; (vi) anulação; (vii) retomada do objeto; e (viii) restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*.

⁶⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 45.

⁶⁷ Ibidem, p. 49.

⁶⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 736.

1.3 Cláusulas Exorbitantes em Espécie

1.3.1 Exigência de Garantia

A primeira cláusula exorbitante exposta constitui-se na faculdade da Administração de exigir garantia nos contratos de obras, serviços e compras, com o fim de conferir maior segurança à contratação, de maneira a minimizar o risco de eventual infração aos termos do contrato. O permissivo legal vem exposto no artigo 56 da Lei 8.666/93:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária

Salienta-se que a modalidade de garantia será uma escolha do particular, e ainda, o valor de tal garantia não poderá ultrapassar o equivalente a 5% (cinco por cento) do valor do contrato⁶⁹, exceto em caso de entrega de bens do Poder Público ao contratante na qualidade de depositário, sendo que o valor da garantia seria acrescido do valor destes bens⁷⁰.

A garantia, quando exigida do contratado, é devolvida após a execução do contrato; em caso de rescisão contratual, por ato atribuído ao contratado, a Administração pode reter a garantia para

⁶⁹ De acordo com o § 2º do art. 56 da Lei 8.666/93 “A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele [...]”.

⁷⁰ O § 5º, do art. 56 da Lei 8.666/93 prevê que “nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens”.

ressarcir-se dos prejuízos e dos valores das multas e indenizações a ela devidos ⁷¹.

1.3.2 Alteração Unilateral

Trata este item de tema de extrema importância ao ponto central do estudo ora apresentado e se traduz em cláusula exorbitante que confere à Administração o poder descrito no inciso I do artigo 58 da Lei 8.666/93, segundo o qual é permitido que, no que diz respeito aos contratos administrativos, possa a Administração *“modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”*. Vale dizer que:

No direito privado, o tema da alteração dos contratos não desperta maior interesse. Em virtude do princípio da obrigatoriedade das convenções, não há cabimento para alteração unilateral dos contratos e se admitem alterações (sem restrições) produzidas mediante o consenso entre os contratantes. A questão é distinta na contratação administrativa. A modificação unilateral é institucionalizada e não caracteriza rompimento dos princípios aplicáveis ⁷².

Inicialmente, para melhor explanar o âmbito de incidência da Alteração unilateral, insta mencionar no bojo desta espécie de cláusula exorbitante o *“ius variandi”*, instituto inerente à unilateralidade praticada pelo Poder Público, caracterizado como um poder típico da Administração que a autoriza a interferir no âmbito da relação contratual pautada no interesse coletivo. Trata-se de uma cláusula implícita de sujeição do contratante particular, na medida da necessidade de adaptação ao interesse coletivo. ⁷³

O *ius variandi*, por justificar-se nas necessidades do interesse público, não se trata de competência renunciável ou restringível pela Administração, mas se impõe objetivamente mediante circunstâncias implicadoras, e a ela a Administração não se poderá furtar. Bem por isso, não há que se exigir sua previsão contratual para que possa ser

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 268

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 371.

⁷³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 124.

exercida pela Administração; ela advém de preceitos públicos injuntivos⁷⁴.

Válido ressaltar que “desde que o interesse público imponha novas condições de prestação, deverá a Administração alterar os termos do contrato com vistas a estabelecer a adequação relativa”⁷⁵.

Os contratos celebrados por órgãos ou entes estatais direcionam-se ao atendimento do interesse público. Daí ser inaplicável aos contratos firmados por órgãos estatais a plena igualdade entre as partes e a imutabilidade do que foi inicialmente pactuado⁷⁶.

A permissão da modificação unilateral pela Administração se origina do regime jurídico público dinâmico do contrato administrativo, sem dependência do consentimento do particular, para melhor adequação ao interesse público⁷⁷.

Lúcia Valle Figueiredo, em seus comentários no campo do *ius variandi* (para a autora traduzido como o direito da Administração de instabilizar o vínculo contratual, ou então modificá-lo), leciona se tratar o instituto não de uma prerrogativa, mas sim de um dever, que se origina da indisponibilidade do interesse público⁷⁸. No entanto, Figueiredo ainda alerta que:

Não pode, pois, a Administração exercer o *ius variandi* simplesmente porque lhe apetece, a seu bel-prazer, a seu talante. O *ius variandi* tem de ser entendido, pois, com dimensão bastante diferente. O Direito Administrativo aparece nos nossos dias como garantia do administrado. Nos pratos da balança estão direitos e deveres da Administração⁷⁹.

De fato, o princípio do *ius variandi* não significa o “apossamento” do Poder Público sobre o contrato, considerando-se que não se trata de uma autorização para a Administração se tornar inadimplente ou relativizar suas obrigações⁸⁰.

⁷⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 124.

⁷⁵ Ibidem, p. 122.

⁷⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 219.

⁷⁷ Ibidem, p. 219.

⁷⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 527.

⁷⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, loc. cit.

⁸⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, op. cit., p. 124.

O contrato administrativo está informado pelo princípio *pacta sunt servanda*. As partes contraentes (Administração e particular) devem obediência aos termos pactuados, os quais produzem normas jurídicas que as vinculam. Aliás, a jurisprudência brasileira tem reconhecido o caráter rígido do princípio da vinculação ao pactuado, relativamente à Administração. Esta, se inadimplente, incorrerá nas sanções próprias do não cumprimento contratual⁸¹.

Assim, caso se utilize do instituto para justificar um inadimplemento contratual, a Administração estará sujeita ao desvio de finalidade.

Na afirmação de Araújo Netto, que entende o *ius variandi*, igualmente, como o direito de instabilizar o vínculo contratual, e como um poder-dever da Administração, diz não se tratar este de um direito absoluto sobre o contrato, inclusive porque, “ao instabilizar, deverá a Administração recompor a equação econômico-financeira inicial do contrato”⁸².

Referido doutrinador tem preferência pela utilização do termo “mutabilidade contratual”, e define que se trata de instituto que vem a reconhecer a supremacia da Administração, que tem o poder de adaptar as estipulações contratuais às novas necessidades e conveniências públicas, sendo observado sempre o princípio da continuidade do serviço público⁸³.

Se a Administração deixar de exercitar seu poder, estará atuando mal e seus agentes poderão ser responsabilizados pelo descumprimento de seus deveres funcionais. Essas considerações são imprescindíveis, sob pena de configurar-se a disponibilidade do interesse público. Ou poderia reputar-se existir faculdade para a Administração alterar o contrato administrativo quando e como bem entendesse, o que também é incorreto.⁸⁴

Carvalho Filho discorre ser a alteração unilateral um fato inexistente no Direito Privado, e, quanto à Administração, este permissivo “demonstra sua superioridade

⁸¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 124-125

⁸² ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 638.

⁸³ Ibidem, p. 641.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 478.

em face da outra parte. É que aqui a formação bilateral da vontade criadora cede lugar à força da vontade unilateral alteradora”⁸⁵.

Justen Filho⁸⁶ consigna que a alteração do contrato se traduz de certa forma em uma competência discricionária da Administração, que deve ser regida pelo exercício dos juízos de conveniência e oportunidade. Assinala que não há liberdade para a Administração impor a alteração como e quando melhor lhe aprouver, pois trata-se de competência anômala, e não de uma prerrogativa propriamente dita, além de sua validade perante o particular depender de observância do devido processo legal.

Odete Medauar⁸⁷ conclui que a prerrogativa de modificar o contrato unilateralmente, de forma absoluta, tem sido contestada na atualidade, e, apesar da previsão legal, há circunscrição de limites e observância a direitos dos contratados, o que poderá ser melhor detalhado em seguida.

1.3.2.1 Hipóteses de Incidência

Uma vez definida a cláusula exorbitante da alteração unilateral do contrato administrativo e os requisitos para sua incidência, com base no “*ius variandi*”, cumpre explicar as duas hipóteses legais que autorizam o poder alterador unilateral do instrumento contratual pela Administração. São elas as alterações relativas à qualidade e à quantidade do objeto contratado. Conforme preleciona Bandeira de Mello⁸⁸, o poder de modificação unilateral tem sua extensão definida em lei, nos moldes do artigo 65, inciso I, alíneas “a” e “b” da Lei 8.666/93. Vejamos:

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

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

⁸⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 185.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 371.

⁸⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 220.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 626.

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

[...]

Entretanto, será considerada uma leitura conjunta do dispositivo acima com o artigo 58, inciso I, do mesmo diploma legal, a saber:

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

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado. (grifo nosso)

Neste cenário, é possível averiguar que a modificação unilateral não tem caráter absoluto, pois o direito do contratado deverá ser levado em conta. Odete Medauar⁸⁹ propõe uma análise do tema da alteração unilateral sob dois prismas, sendo o primeiro deles o “equilíbrio econômico-financeiro” (ou equação financeira) do contrato, que se traduz na proporção entre encargos do contratado e sua remuneração, e será detalhada no capítulo seguinte.

O outro prisma proposto por Medauar⁹⁰ diz respeito aos limites de acréscimo e supressão do objeto do contrato fixados em lei. Neste panorama, o contratado deve aceitar nas mesmas condições contratuais os acréscimos ou supressões nas obras, serviços e compras até 25% (vinte e cinco por cento) do valor atualizado do contrato, e em caso de reforma de edifício ou equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) de acréscimos. É o que prevê o artigo 65 da Lei 8.666/93 em seu parágrafo 1º e seguintes:

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 220.

⁹⁰ MEDAUAR, Odete, loc. cit.

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

[...]

Estas alterações podem ser denominadas de modificações qualitativas e quantitativas, previstas no inciso I, respectivamente, nas alíneas “a” e “b” do artigo 65 em tela.

Nas palavras de Justen Filho, as alterações qualitativas (dispostas no artigo 65, I, “a” da Lei 8.666/93) tratam da hipótese de alteração do projeto ou de suas especificações que visa melhor satisfazer as necessidades públicas, e, segundo o jurista:

A melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era a mais adequada.⁹¹

Já quanto às alterações quantitativas, Justen Filho comenta que a lei “permite que a Administração introduza alterações (acréscimos ou supressões) que acarretem modificação no valor inicial do contrato (art. 65, I, b) em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto contratado”⁹².

Bandeira de Mello⁹³ alerta quanto à outra questão pertinente ao artigo 65 ora comentado. Trata-se da previsão do parágrafo 2º, que se reporta à vedação de se exceder o valor inicial do contrato em 25% (vinte e cinco por cento) ou 50% (cinquenta por cento) - este último em caso de reforma de edifício ou de apartamento – o que seria aplicável, tão somente, no entendimento do autor, à letra “b” do Inciso I do artigo 65, qual seja, “quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei”. Excluindo-se, assim, sua aplicação àquilo que está disposto na letra “a” do mesmo inciso (quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos).

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 372.

⁹² Ibidem, p. 373.

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 626.

Assim, para Bandeira de Mello esta vedação se refere apenas às alterações quantitativas, e não se aplica às qualitativas.

Marçal Justen Filho corrobora com este entendimento, e expõe, ao analisar referido parágrafo 2º, no que tange ao acréscimo e supressão, que:

Examinando o elenco do inciso I, identifica-se claramente que a hipótese se configura no caso da alínea *b*. Esse é o dispositivo que trata de “acrécimo ou diminuição quantitativa de seu objeto”. A redação do § 2º tem clara e inquestionável redação com o disposto na alínea *b* do inciso I ⁹⁴.

Ainda na doutrina de mencionado autor, aplicar esta vedação às alterações qualitativas, com relação à inadequação de projetos, não leva a resultados satisfatórios:

sendo impossível manter a concepção original do empreendimento, a Administração tem o dever de promover a alteração. Há situações em que ou se faz a alteração com valor superior a 25% ou se promove a rescisão do contrato (porque inútil sua configuração original). Essa rescisão pode ser muito onerosa para os cofres públicos ⁹⁵.

Também Vernalha Guimarães aponta para esta vertente, e afirma haver diferenciação clara entre as modalidades expressas na lei, pois “a distinção entre alterações qualitativas e quantitativas havida em face da disposição das alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 65 da Lei 8.666/93, necessariamente indica a independência de tratamento jurídico às hipóteses” ⁹⁶.

Guimarães⁹⁷ ressalta que há indícios da inaplicabilidade das limitações às alterações qualitativas, pelo fato de que (i) o § 2º reporta-se a “acrécimos” ou “supressões”, que seriam pertinentes às situações tratadas na alínea “b” do inciso I, apenas (alterações quantitativas) e (ii) pela inclusão, na alínea “b” da locução “nos limites permitidos por esta lei”, o que diria respeito às limitações impostas no § 1º, de 25% ou 50%, sendo um dispositivo complementar ao outro, e não aplicável à alínea “a” (alterações qualitativas).

⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 374.

⁹⁵ JUSTEN FILHO, loc. cit.

⁹⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 276.

⁹⁷ Ibidem, p. 276-277.

Segundo Diógenes Gasparini, “se o legislador podia prescrever iguais limites para ambas as alterações, mas só previu limite para as alterações quantitativas é porque não desejou a mesma restrição para as modificações qualitativas” ⁹⁸.

No entanto, de suma importância ressaltar que existe divergência doutrinária no que diz respeito aos limites impostos a estas alterações unilaterais da Administração. Considerando-se que os limites percentuais acima mencionados referem-se, por interpretação do § 2º do art. 65, se referem tão somente às modificações quantitativas, a divergência paira quanto a sua aplicação às qualitativas.

A discussão, então, reside na possibilidade ou não de que as alterações qualitativas possam extrapolar os limites impostos às alterações quantitativas, ou seja, de 25% ⁹⁹.

Sabe-se que “as alterações qualitativas, diferentemente das quantitativas, não são destinadas a modificar a dimensão do objeto do contrato, e sim adequá-lo a novas características e especificações necessárias” ¹⁰⁰.

Parcela da doutrina aponta que é preciso estabelecer limites, apesar da lei não o fazer, no que tange às alterações qualitativas, uma vez que “o que é permitido para as alterações quantitativas, também deve sê-lo para as alterações qualitativas” ¹⁰¹.

Nesta esteira encontra-se Carlos Ari Sundfeld, conforme citação de Vernalha Guimarães:

Também Carlos Ari Sundfeld admite a imposição das limitações (quantitativas) às modificações por alteração de projeto, arguindo configurarem parâmetros à segurança da capacidade operacional e econômico – financeira do co-contratante. Por isso – afirma Sundfeld – “a lei estipula limites para a variação de modo que, ao contratar

⁹⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 768

⁹⁹ BIANCOLINI, Adriano. *Limites das Alterações Unilaterais Qualitativas dos Contratos Administrativos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, nº 3205, 10 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21479>. Acesso em: 20 set. 2014.

¹⁰⁰ BIANCOLINI, Adriano. *Limites das Alterações Unilaterais Qualitativas dos Contratos Administrativos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, nº 3205, 10 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21479>. Acesso em: 20 set. 2014.

¹⁰¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008, p. 517

com a Administração, o particular já sabe que, até certo tanto, pode ser constrangido a realizar mais ou menos ¹⁰².

Igualmente, Lúcia Valle Figueiredo¹⁰³ é adepta desta posição, e comenta sobre as alterações previstas no artigo 65 em tela, de forma a tratá-las de forma abrangente, afirmando que quaisquer alterações no contrato administrativo, em um critério amplo de sistematização, necessitam de limite estabelecido, uma vez que não é razoável, após a licitação e suas exigências, ser permitido qualquer aumento sobre o objeto contratado sem limitações. Desta forma:

os princípios da licitação iriam por água abaixo se permitidas fossem quaisquer extensões contratuais, independentemente de limite ou quantidade. Ocorreria, sem sombra de dúvida, sério gravame aos princípios da licitação ¹⁰⁴.

Carvalho Filho leciona sobre a divergência doutrinária nesta questão e aponta que com relação às alterações qualitativas,

para uns, os limites não se aplicariam a estas últimas por serem com elas incompatíveis pela própria natureza. Para outros impõe-se a observância dos limites em virtude de não haver distinção na lei. Filiamo-nos, com a devida vênia, a este último entendimento ¹⁰⁵.

O doutrinador defende seu posicionamento favorável à imposição de limites às modificações qualitativas em razão de o § 1º do artigo 65 não efetuar distinção entre os tipos de alteração contratual. Logo, se o legislador pretendesse discriminar as espécies de alteração, deveria fazê-lo expressamente, pois, inclusive, “a fixação de limites visou exatamente evitar que alterações profundas no contrato chegassem ao extremo de desnaturá-lo ou de alterar o núcleo originário de seu objeto” ¹⁰⁶.

O presente estudo, igualmente, coaduna com o entendimento de Carvalho Filho, pois não seria razoável permitir alterações qualitativas ilimitadas que afetassem sobremaneira o sujeito do contratado, vez que, caso a caso, este, apesar

¹⁰² SUNDFELD, Carlos Ari, 1995, p. 229 *apud* GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 279.

¹⁰³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 543.

¹⁰⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, loc. cit.

¹⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187

¹⁰⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos, loc. cit.

de vencedor do procedimento licitatório, poderia não apresentar as condições necessárias para suportar uma alteração drástica no objeto contratado, causando-lhe o prejuízo de uma eventual rescisão do contrato, diante de insuficiência de mecanismos para seu prosseguimento.

2.3 Rescisão Unilateral

Outra cláusula exorbitante na qual se centraliza o foco deste trabalho é a possibilidade de rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública.

É sabido que a duração do contrato equivale ao prazo em que este vigora, produzindo seus efeitos. A Lei de licitações veda que os contratos administrativos sejam firmados por prazo indeterminado, de acordo com o parágrafo 3º de seu artigo 57, estabelecendo que “é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado”.

Em síntese, rescisão é “a cessação da eficácia do contrato antes de encerrado o término do seu prazo de vigência” ¹⁰⁷.

Inicialmente, frisa-se que a rescisão unilateral do contrato, pela Administração, assim como o instituto da alteração unilateral, também somente poderá ocorrer nos casos previstos em lei. ¹⁰⁸ Assim, o artigo 58, inciso II da Lei nº 8.666/93 trata deste tema:

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

[...]

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei.

Já o artigo 79 do mesmo diploma legal, também aplicável à rescisão em comento enuncia:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

¹⁰⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 230.

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 629.

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior. (grifo nosso)

[...]

Portanto, infere-se pela análise do dispositivo supracitado, que as hipóteses que ensejam a rescisão unilateral estão alocadas no artigo 78 da Lei 8.666/93, nos incisos I a XII, e no inciso XVII. Odete Medauar expõe, sobre este instituto, o quanto segue:

Independentemente de anuência do contratado, a Administração poderá encerrar a vigência do contrato, antes de seu termo final, por descumprimento de cláusulas ou por razões de interesse público, sempre com motivação e assegurado o contraditório e ampla defesa (art. 58, II e arts. 78 e 79) ¹⁰⁹.

Segundo Lúcia Figueiredo “a rescisão unilateral também se encarta nos deveres administrativos. Constitui-se, destarte, em imperativo para a Administração” ¹¹⁰. Todavia, a autora ressalva que, para sua efetivação,

Não basta a existência de motivos, pressupostos de fato, que ensejem a rescisão. É mister a explicação de quais os nexos lógicos feitos pelo administrador, diante desses pressupostos fáticos, para dar cumprimento adequado à finalidade da norma. ¹¹¹

A rescisão por ato unilateral da Administração, também denominada “rescisão Administrativa”, poderá ocorrer nos seguintes casos: (i) por inexecução total ou parcial, ou por fatores impeditivos ou prejudiciais à execução, ou seja, inadimplência do contratado, (ii) por razões de interesse público ou (iii) por caso fortuito ou de força maior. ¹¹²

Em qualquer caso, porém, a Administração, pela rescisão administrativa, põe termo à execução do ajuste e assume seu objeto,

¹⁰⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 223.

¹¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 552.

¹¹¹ Ibidem, p. 553.

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 270-271.

independentemente de ordem ou decisão judicial, pois essa é uma de suas prerrogativas nos contratos tipicamente administrativos ¹¹³.

No entendimento de Diógenes Gasparini, a Administração pode pôr fim ao ajuste por meio da rescisão administrativa, que é aquela resultante de ato unilateral, e, relativamente à modalidade de rescisão pelo interesse público, que será estudada em detalhes neste trabalho, Gasparini afirma que “não há falar em inadimplemento do contratado; muito ao contrário, a rescisão deve-se exclusivamente a razões administrativas” ¹¹⁴.

Com relação à primeira hipótese, qual seja, a rescisão unilateral pelo inadimplemento do contratado, Lúcia Figueiredo explica que “consiste a inadimplência na mora excessiva para cumprimento do pactuado, no cumprimento inexato ou no abandono da obra ou serviço” ¹¹⁵.

Desta feita, o particular “descumpre cláusula essencial do contrato e, em consequência, retarda ou paralisa sua execução ou desvirtua seu objeto” ¹¹⁶.

Maria Sylvia Zanella¹¹⁷ denomina de “inadimplemento sem culpa” os casos em que há, por exemplo, falência ou dissolução do contratado, modificação da finalidade ou estrutura da empresa, dentre outros e “inadimplemento com culpa” as hipóteses de descumprimento de fato do contrato, pelo contratado. A regulamentação de ambos se encontra no artigo 78, incisos I a XII e XVII da Lei nº 8.666/93. Tem-se que há inadimplemento com culpa em casos que abrangem:

hipóteses como não-cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais, lentidão, atraso injustificado, paralisação, subcontratação total ou parcial, cessão, transferência (salvo se admitidas no edital e no contrato), desentendimento de determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, cometimento reiterado de faltas,

¹¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 248.

¹¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 188.

¹¹⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 552.

¹¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 249.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 270.

descumprimento do artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal, sobre trabalho de menor.¹¹⁸

Aduz Lúcia Figueiredo, sobre as penalidades impostas ao particular em caso de rescisão unilateral por inadimplemento do contratado que:

Tal comportamento conduz – ou deve conduzir – a Administração à conduta sancionatória, quer seja aplicadora de penalidades, quer seja por meio da sanção máxima: a rescisão. A sanção é, pois, obrigatória para a Administração. Deveras, não é direito ou faculdade, mas sim dever ¹¹⁹.

Independentemente da existência do permissivo da rescisão por inadimplemento do particular, este estudo será focado na hipótese “em que não haja descumprimento do contratado, tal seja, na rescisão administrativa unilateral por conveniência e/ou oportunidade” ¹²⁰, cuja justificativa é pautada no atendimento do interesse público.

É o que prevê o artigo 78, XII da Lei 8.666/93, ao determinar que constitui motivo para a rescisão do contrato:

Razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato.

O fundamento desta rescisão é a “cessação do ajuste quando este se torna inútil ou prejudicial à coletividade” ¹²¹, e sua autorização e consequências serão melhor explanadas no capítulo seguinte.

A terceira hipótese de rescisão se encontra no inciso XVII do artigo 78, qual seja “a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato”. Neste caso “inexiste inadimplemento de

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 270

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 552.

¹²⁰ Ibidem, p. 553.

¹²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 250.

qualquer das partes, eis que se configura a impossibilidade da execução da prestação”¹²².

Maria Sylvia Di Pietro critica o fato de a lei conferir a este tipo de rescisão (por caso fortuito ou força maior) o mesmo tratamento dado à rescisão unilateral pautada em interesse público no que tange ao ressarcimento do particular por prejuízos comprovados. Isto porque,

O caso fortuito ou de força maior corresponde a acontecimentos imprevisíveis, estranhos à vontade das partes e inevitáveis, 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 causa¹²³.

O presente tema da rescisão unilateral do contrato administrativo, na modalidade rescisória por motivo de interesse público, será retomado oportunamente, com o fim de conferir enfoque aos mecanismos protetivos conferidos ao particular em caso de sua incidência no curso da relação contratual.

1.3.4 Fiscalização

Esta prerrogativa da Administração perpetuada como cláusula exorbitante encontra previsão no artigo 58, inciso III da Lei de licitações, que permite ao Poder Público, em sede de contratos administrativos “fiscalizar-lhes a execução”. O artigo 67 da mesma lei complementa este dispositivo, prevendo que “a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado”.

A este fiscal caberá anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados ou, se

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 473

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 271.

as decisões ultrapassarem sua competência, solicitá-las a seus superiores¹²⁴.

O não cumprimento de tal determinação fiscalizatória dá causa à rescisão unilateral do contrato, nos moldes do artigo 78, inciso VII de referido diploma legal, que estabelece o permissivo da rescisão unilateral em caso de “desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores”.

1.3.5 Aplicação de Penalidades

A cláusula exorbitante em comento, no entender de Marçal Justen Filho, prevê que “a conduta infracional praticada pelo particular poderá desencadear não apenas a rescisão do contrato, mas também a aplicação de sanções de outra ordem”¹²⁵. Assim, consiste em outra prerrogativa da Administração, conforme o artigo 58, inciso IV da Lei 8.666/93 “aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste”.

O artigo 87 da Lei supracitada cuida das modalidades de sanções que poderão ser aplicadas em hipótese de inexecução total ou parcial do contrato, sendo garantida a prévia defesa ao particular. São elas: (i) advertência; (ii) multa; (iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.¹²⁶

Justen Filho¹²⁷ define que duas destas modalidades são internas ao contrato, pois exaurem seus efeitos no âmbito da contratação, enquanto as outras duas são externas, pois aplicáveis fora dos limites do contrato.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 271 – 272.

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 481.

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, loc. cit.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, loc.cit.

Quanto à advertência, pode-se dizer que se traduz em sanção de menor gravidade, de sorte que o particular passa a ser alvo de uma fiscalização mais atenta, e, ainda, em caso de reincidência, ocorrerá uma punição mais severa¹²⁸.

Segundo Maria Sylvia “a pena de multa pode ser aplicada juntamente com qualquer uma das outras (art. 87 §2º), ficando vedada, implicitamente, em qualquer outra hipótese, a acumulação de sanções administrativas”¹²⁹. Vale ressaltar que a inexistência de previsão de multa no edital e no contrato impede que a Administração a exija.

No que tange à suspensão temporária do direito de participar de licitação e à declaração de inidoneidade, conclui-se que “são sanções extremamente graves e pressupõem a prática de condutas igualmente sérias”¹³⁰. Inclusive, sua incidência dependerá de “discriminação precisa, por meio de lei ou de ato convocatório, dos pressupostos de sua aplicação”¹³¹, sendo inadmissível um ato discricionário da Administração quanto aos motivos.

Os institutos se assemelham por ambos terem como efeito a vedação ao particular de participar em futuras contratações públicas e licitações.

É possível estabelecer uma distinção de amplitude entre elas. A suspensão do direito de participar de licitação produz efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicar; a declaração de inidoneidade abarca todos os órgãos da Administração Pública. [...] A suspensão temporária pode ser decretada pelo prazo máximo de dois anos, cabendo sua imposição à autoridade competente do órgão contratante. Já a declaração de idoneidade prevalece por prazo indeterminado (até cessarem os motivos da punição ou até que seja promovida a “reabilitação” do punido), cabendo sua imposição à autoridade máxima do órgão ou entidade¹³².

A declaração de inidoneidade é aplicada, como exemplo, em caso de prática reiterada de atos de fraude fiscal, e segundo Gasparini, deveria ser operada apenas com relação à Administração declarante, contudo, o autor enfatiza que tal entendimento não ocorre na prática, vez que contratar com alguém considerado

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 482.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 272.

¹³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 482.

¹³¹ JUSTEN FILHO, Marçal, loc. cit.

¹³² Ibidem, p. 483.

inidôneo configura crime licitatório, assim, nesta hipótese, aquele considerado inidôneo passa a ser vetado por toda a Administração que toma conhecimento do fato. Portanto, uma restrição que deveria ser limitada, é ampliada, e por isso, os órgãos licitantes costumam exigir aos proponentes a apresentação de declaração de que não está sendo cumprida pena de declaração de idoneidade¹³³.

Salienta-se que ao particular é garantida a defesa prévia à aplicação de qualquer penalidade, e “para exercer esse direito, o interessado dispõe do prazo de cinco dias, salvo na hipótese de declaração de inidoneidade, em que o prazo se eleva para dez dias (§§ 2º e 3º do art. 87)”¹³⁴. Assim,

Da aplicação das penas de advertência, multa e suspensão temporária cabe recurso, no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato, dirigido à autoridade superior, por intermédio daquela que aplicou a pena; esta tem o prazo de cinco dias úteis para reconsiderar a sua decisão.

[...]

No caso de declaração de inidoneidade, cabe pedido de reconsideração à autoridade que aplicou a pena, no prazo de 10 dias úteis da intimação do ato¹³⁵.

1.3.6 Anulação

Trata esta cláusula exorbitante de uma espécie de exercício de controle dos atos praticados pela própria Administração. Cumpre aqui transcrever posicionamento de Maria Sylvia Zanella sobre este tema, segundo a qual:

A Administração Pública, estando sujeita ao princípio da legalidade, tem que exercer constante controle sobre seus próprios atos, cabendo-lhe o poder-dever de anular aqueles que contrariam a lei; é a prerrogativa que alguns chamam de autotutela e que não deixa de corresponder a um dos atributos dos atos administrativos, que diz respeito à sua executoriedade pela própria Administração. Esta decide e põe em execução a própria decisão¹³⁶.

¹³³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 774.

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 273.

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, loc. cit.

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, loc. cit.

Reafirma esta possibilidade a existência da Súmula nº 473, do Supremo Tribunal Federal, que enuncia:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial¹³⁷.

Segundo Dirley da Cunha Júnior¹³⁸, a Administração, no exercício da mencionada autotutela, deve declarar a nulidade de seus contratos quando existentes vícios de ilegalidade. Esta declaração de nulidade do contrato administrativo terá efeito retroativo, impedindo a ocorrência dos efeitos jurídicos que seriam produzidos, além de anular os já produzidos. Porém, o mesmo autor ressalva que a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo já executado até a data da declaração da nulidade, e por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não sejam a ele imputáveis.

Neste sentido o artigo 59 da Lei nº 8.666/93 prevê que a declaração de nulidade do contrato administrativo “opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”.

Maria Sylvia¹³⁹ ainda enfatiza que a ilegalidade observada durante o procedimento de licitação vicia o próprio contrato administrativo firmado, pois o ato licitatório é condição de validade do contrato.

1.3.7 Retomada do Objeto

A Lei de licitações regula como cláusula exorbitante certas prerrogativas que tem por objetivo assegurar a continuidade da execução do contrato, sempre que a

¹³⁷ Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, de 03 de dezembro de 1969.

¹³⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 488

¹³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 274.

sua paralisação possa ocasionar prejuízo ao interesse público, e, principalmente ao andamento do serviço público essencial ¹⁴⁰. Trata-se da retomada do objeto.

Esta prerrogativa da Administração é pautada no princípio da continuidade do serviço público, e sua possibilidade subsiste, apenas, nos casos de rescisão unilateral do contrato com o particular. É o que dispõe o artigo 80 da Lei 8.666/93:

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei.

[...]

Desta feita, uma vez rescindido o contrato com o particular de forma unilateral, poderá a Administração assumir imediatamente o objeto contratado, e, ainda, ocupar o local em que o objeto se desenvolvia bem como os equipamentos e inclusive pessoal utilizado na execução.

1.3.8 Restrições ao Uso da *Exceptio Non Adimpleti Contractus*

Trata-se do instituto da exceção do contrato não cumprido, utilizada comumente no Direito Privado, e que, no âmbito administrativo, se configura como cláusula exorbitante. Terá lugar nos casos em que uma das partes não cumpre o contrato, sendo permitido, à outra parte, descumpri-lo também.

A previsão normativa do Direito Privado se encontra nos artigos 476 e 477 do Código Civil¹⁴¹. Aduz o primeiro que “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Já o segundo prevê que:

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 274.

¹⁴¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Carvalho Filho enfatiza que “exceção no caso tem sentido de defesa, oposta justamente pela parte que é instada pela outra, sendo esta inadimplente em relação a sua obrigação” ¹⁴².

Contudo, no âmbito do Direito Administrativo não é permitido ao particular, em princípio, interromper a execução do contrato “em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular” ¹⁴³. Considera-se que em razão do contrato administrativo ser firmado para atender o interesse público, este não poderá ter sua execução interrompida ¹⁴⁴.

Odete Medauar ressalta que nos contratos administrativos, ocorre o inverso do praticado na contratação privada, de maneira que “o contratado não poderia invocar o descumprimento, pela Administração, de cláusulas contratuais, para eximir-se do cumprimento de seus encargos” ¹⁴⁵.

Segundo entendimento de Maria Sylvia ¹⁴⁶, o que pode ser feito pelo particular diante de inadimplência da Administração, é requerer de forma administrativa ou judicialmente, a rescisão do contrato e o pagamento de perdas e danos, porém, sendo necessário que dê continuidade ao serviço, até que obtenha autorização da autoridade competente para interrompê-lo. Isto porque, conforme este posicionamento, a lei não prevê a rescisão unilateral pelo particular, e, ainda, estaria ele sujeito ao risco de arcar com as consequências de inadimplemento na hipótese de paralisar sua prestação por conta própria.

Diferentemente, Bandeira de Mello ¹⁴⁷ concorda com a incidência da exceção do contrato não cumprido na contratação administrativa, que se justifica pelo

¹⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 189.

¹⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 274.

¹⁴⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 221.

¹⁴⁵ MEDAUAR, Odete, loc. cit.

¹⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 275.

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 630.

permissivo contido no artigo 78, inciso XV da Lei 8.666/93, o qual permite a rescisão do contrato em caso de:

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.

Medauar evidencia, ainda, se tratar o impedimento de invocação da exceção do contrato não cumprido de possível caso de injustiça ao particular, podendo ferir seus direitos, e por isso, estaria ocorrendo atualmente uma atenuação em sua aplicação. A doutrinadora aponta os motivos em suas afirmações abaixo:

Em primeiro lugar, se o atendimento ao interesse público compete precipuamente à Administração, cabe-lhe tomar todas as providências ao seu alcance para que o contrato seja bem executado; em segundo lugar, o descumprimento da Administração pode inviabilizar a execução do contrato, por falta de condições materiais e técnicas ou por arruinar o contratado (tratando-se, sobretudo, de grande atraso nos pagamentos) ¹⁴⁸.

Lúcia Valle Figueiredo¹⁴⁹ indaga se é válido que o contratado suporte os encargos do inadimplemento da Administração, mesmo que isto signifique sua ruína, opinando não ser este o melhor caminho. A autora conclui que hoje, até por legislação, acolhe-se a exceção do contrato não cumprido, excetuada a Lei nº 8.987/93 (concessões e permissões de serviços públicos).

Portanto, a doutrina e a jurisprudência possuem tendência, atualmente, a aceitar a aplicação do instituto em comento na contratação Pública. Há ainda posicionamento que defende ser possível a rescisão pelo particular mesmo antes do prazo de 90 (noventa) dias de atraso no pagamento, em razão da necessidade de sobrevivência econômica do contratado. Neste sentido:

O dispositivo, como se vê, parece considerar que, antes de 90 dias, não possa o particular reclamar do atraso nos pagamentos. Entendemos, entretanto, que, em situações especiais, se o

¹⁴⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 221.

¹⁴⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 557-558.

prejudicado, mesmo antes desse prazo ficar impedido de dar continuidade ao contrato por força da falta de pagamento, tem ele direito à rescisão do contrato com culpa da Administração. Fora daí, é admitir-se a ruína do contratado por falta contratual imputada à outra parte, o que parece ser inteiramente iníquo e injurídico¹⁵⁰.

Vale-se, para efeitos da presente, do posicionamento doutrinário que acata a permissão de utilização do instituto pelo particular, vez que, como explicitou Medauar, não é razoável que a falta da Administração leve o particular à ruína econômica.

¹⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 190.

CAPÍTULO II - LIMITES ÀS CLÁUSULAS EXORBITANTES E A PROTEÇÃO DO PARTICULAR

2.1 *Pacta Sunt Servanda* e o Contrato Administrativo

A finalidade do presente capítulo é explicitar os institutos que conferem ao particular determinados direitos frente à Administração na contratação pública. Para tanto, inicia-se a exposição mediante a contextualização do princípio do *pacta sunt servanda* dentro do ambiente dos contratos administrativos, considerando que, aqui, incide a mutabilidade do instrumento pactuado, conforme já abordado anteriormente.

Sabe-se que o instituto do *pacta sunt servanda* é princípio absoluto no direito privado, de forma que o contrato é lei entre as partes e deve ser fielmente cumprido. Cumpre esclarecer como esta situação é tratada no âmbito da contratação pública, para que se possa investigar os direitos do contratado particular quando da impossibilidade de manutenção do contrato nos moldes originais.

Em exposição de Vernalha Guimarães¹⁵¹, faz-se pertinente discorrer sobre o conflito existente entre o poder de modificação dos contratos pela Administração, e sua convivência com os princípios *lex inter partes* e *pacta sunt servanda*, institutos que se mostram primordialmente antagônicos.

Conforme lição do jurista Venezuelano Brewer – Carías¹⁵², há de se afirmar que o contrato administrativo tem força obrigatória entre as partes, pois do contrário, não se estaria diante de um negócio jurídico contratual, considerando que existem situações recíprocas de poder e dever na relação contratual administrativa.

No entanto, na modalidade de contrato firmado com o Poder Público não há a aplicação absoluta do princípio da imutabilidade da forma praticada na contratação privada.

¹⁵¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 127.

¹⁵² BREWER-CARIÁS, Allan. *Contratos Administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 160-161.

E tal ocorre porquanto na sede dos contratos administrativos põe-se a projeção de princípios publicistas que acabam, em face de casos concretos, por afastar os princípios *pacta sunt servanda* e *lex inter partes* ¹⁵³.

Destarte, “um dos traços característicos do contrato administrativo é a sua mutabilidade” ¹⁵⁴. Carvalho Filho discorre sobre a desigualdade existente entre as partes no contrato administrativo, e a compara aos princípios *lex inter partes* e *pacta sunt servanda*, afirmando que estes sofrem “notória mitigação quando se trata de contratos administrativos” ¹⁵⁵.

O princípio da igualdade entre as partes, que importa a regra da imutabilidade dos contratos, cede passo ao da desigualdade, ao predomínio da vontade da Administração sobre a do outro contratante ¹⁵⁶.

Há dispositivo na Lei 8.666/93 que reflete o princípio do *pacta sunt servanda*. Trata-se do artigo 66, segundo o qual:

O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

Todavia, válido destacar que a inadmissibilidade de flexibilização impediria a execução de diversos contratos, devido ao surgimento de situações supervenientes e imprevisíveis que podem obstar ou dificultar o seu regular desempenho, nas condições estabelecidas inicialmente ¹⁵⁷. Daí o permissivo da alteração unilateral pela Administração Pública, que permeará os itens abordados em seguida.

¹⁵³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 128.

¹⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 275.

¹⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 174.

¹⁵⁶ TÁCITO, Caio *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 185.

¹⁵⁷ LEITE, Gisele Pereira Jorge. *Considerações sobre Contratos Administrativos*. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9288> Acesso em 29 set. 2014.

2.2 Princípios Vetores da Alteração Unilateral

Pretende-se aqui realizar a análise dos princípios aplicáveis ao instituto da alteração unilateral do contrato pela Administração, que engloba, conforme explanado, o *ius variandi* e são utilizados como apoio à proteção dos direitos do particular na contratação pública. Tais princípios são listados a seguir.

(i) Princípio da proporcionalidade

Encontra previsão implícita no texto constitucional, especificamente no artigo 37, inciso IX ¹⁵⁸, e pode ser denominado de “princípio da proibição de excesso”, que, “em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais” ¹⁵⁹.

Pode-se dizer que, no que tange a este princípio no âmbito da alteração unilateral,

A Administração, pois, ao intentar modificação de contratos administrativos, estará jungida à observância do princípio da proporcionalidade. Por força da aplicação do princípio, o conteúdo da modificação deverá levar em conta as circunstâncias fáticas que provocaram o surgimento do ato, a finalidade perseguida, assim como o meio eleito para seu atingimento ¹⁶⁰.

Desta feita, a alteração deve se mostrar adequada à finalidade buscada pela Administração, sendo, para tanto, necessária e indispensável, assim como razoável, cujo motivo se mostre relevante a autorizar a aplicação da medida, estando o administrador “obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos” ¹⁶¹.

(ii) Princípio da economicidade

¹⁵⁸ “A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”

¹⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 94.

¹⁶⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 233.

Trata-se da obrigação que tem a Administração de efetuar a escolha mais vantajosa quando da contratação do particular ¹⁶². “Economicidade significa, pois, a realização do menor ônus e maior vantagem na manipulação de recursos públicos, promovida sob a perspectiva da racionalidade” ¹⁶³.

Há de existir eficiência do administrador na gestão dos bens públicos. Vernalha Guimarães¹⁶⁴ ressalta que no campo da alteração unilateral, tal princípio tem como fim orientar a Administração na escolha entre a possibilidade de alterar unilateralmente a avença, e a possibilidade de rescisão do contrato, o que requer nova licitação, de maneira que deverá a Administração realizar o exame da economicidade da situação para a tomada final de decisão, mediante uma espécie de estudo econômico – financeiro à luz da opção mais vantajosa, para optar pela alteração ou pela rescisão do pactuado.

(iii) *Princípio da eficiência*

Constitui um princípio Constitucional¹⁶⁵, e poderá ser verificado na alteração unilateral sob dois ângulos, quais sejam, como um dever de adoção de meios racionais e técnicas eficientes na tomada de decisões e como dever de adoção de soluções que se mostrem eficientes aos destinatários dos serviços ou obras objeto da modificação ¹⁶⁶.

Assim, é visada a maximização dos resultados, objetivando a melhor Administração. “Entende-se a eficiência como um dever de produção de soluções que se mostrem eficientes aos cidadãos – usuários e consumidores dos serviços e das obras relacionados com as alterações contratuais” ¹⁶⁷. Portanto, deve a Administração observar concretamente a situação dos particulares afetados pela medida de alteração, com adoção dos melhores meios e compatibilização com a realidade existente em determinado grupo de destinatários.

¹⁶² Art. 3º da Lei nº 8.666/93: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração [...]”. (grifo nosso).

¹⁶³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 234.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 235.

¹⁶⁵ Segundo o art. 37 da Constituição Federal, “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. (grifo nosso).

¹⁶⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, op. cit., p. 236.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 238.

(iv) *Princípio da dignidade da pessoa humana*

Trata-se de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, estabelecido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, segundo o qual nenhum outro valor do ordenamento jurídico poderá se sobrepor à pessoa humana. Logo, se traduz em princípio maior na consideração de cada caso concreto.

Cumprir dizer que, “num primeiro aspecto denota o postulado que a Administração não poderá arbitrariamente instabilizar as relações contratuais senão a partir de um legítimo interesse coletivo que o fundamente” ¹⁶⁸.

A noção de respeito à dignidade da pessoa humana é o que fundamenta mesmo a existência da competência do *ius variandi*. É essa norma que oferece substrato ao princípio da continuidade dos serviços públicos, bem como, dentro de limites, torna admissível os demais atos de intervenção sobre a propriedade.

[...]

O ato de modificação unilateral de contratos administrativos subjugase à verificação do interesse público subjacente e exige a garantia do correspondente ressarcimento ao particular – contratante ¹⁶⁹.

Portanto, deverá ser observado o interesse público concreto para proceder com qualquer modificação contratual, sempre com respeito à dignidade da pessoa humana.

(v) *Princípio da boa - fé*

Por este princípio, devem as partes adotar as melhores práticas, procedendo com lealdade e boa-fé com o outro contratante quando da celebração de um contrato. Tal se aplica não só no Direito Privado, mas também no contrato administrativo.

De um lado, no que tange à alteração unilateral, o particular não deve dificultar o cumprimento das novas condições inseridas na avença pela Administração, de forma a proceder com a melhor execução do objeto contratado, independentemente de lhe serem desconfortáveis ¹⁷⁰. De outro lado,

¹⁶⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 242.

¹⁶⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, loc. cit.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 245.

A Administração deverá permitir o acesso do contratante às informações e aos atos produzidos no procedimento de feitura da decisão administrativa de alteração unilateral, tomando sua participação não como adversa ou intrusa, mas como necessária à confecção da medida.

[...]

A Administração não poderá conceber modificações de tal ordem que produzam transtorno grave do contrato e de sua economia geral. Não poderá, na missão de reordenar as condições contratuais alteradas pelo *ius variandi*, praticar projeções desproporcionais ou limitativas do desempenho da execução do contrato, como a fixação de prazos incompatíveis ou de condições faticamente inexecutáveis ¹⁷¹.

Portanto, há um dever mútuo de boa convivência entre os contratantes, que impede arbitrariedades por parte da Administração, bem como condutas reprováveis por parte do particular.

(vi) *Princípio da legalidade*

O poder de alteração unilateral está contido em um bojo de respeito à legalidade. “Exige-se, para fins de exercício do *ius variandi*, que esse esteja positivamente estatuído pelo ordenamento jurídico” ¹⁷².

Não se aceita que a Administração – contratante possa criar poderes não tipificados pelo ordenamento ou, mesmo, dar ao *ius variandi* interpretação extensiva, concebendo funções e efeitos não estatuídos pelas normas aplicáveis. Isso porque a relação de legalidade que o caracteriza é a de conformação ¹⁷³.

Afirma-se, portanto, que a Administração está sujeita ao respeito do princípio da legalidade, visto que “não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” ¹⁷⁴.

Logo, a alteração unilateral tem seu permissivo disposto em lei, e, neste sentido, é mandatório que “os poderes lançados sobre o co-contratante na

¹⁷¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 246.

¹⁷² Ibidem p. 247.

¹⁷³ Ibidem, p. 247-248.

¹⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89.

execução do contrato estejam positivamente orientados pelo ordenamento jurídico”¹⁷⁵.

Adiante, adentra-se na verificação dos princípios específicos do instituto da alteração unilateral do contrato.

(vii) Princípio da inalterabilidade do objeto contratual

Significa dizer que a modificação contratual não poderá implicar em perda da substância do próprio contrato, de maneira que o poder de alterar unilateralmente o contrato administrativo “não ocorre sobre as cláusulas essenciais, ou os pressupostos básicos de formação do nexó contratual, afetando-lhe a essência ou substância”¹⁷⁶.

Assim, é possível mencionar que se trata de um direito subjetivo do particular, o qual não será forçado a prosseguir com uma relação contratual que tenha seu objeto original desvirtuado, pois suas condições técnicas e financeiras podem sofrer consequências em razão de mudança radical no objeto do contrato¹⁷⁷.

É de se ver que a transfiguração radical do objeto do contrato desnatura o fundamento do *ius variandi*, que á a adaptação do objeto do contrato às necessidades de interesse público.

[...]

Daí por que a continuidade objetiva do vínculo trata-se de pressuposto necessário a configurar uma alteração unilateral. [...] Inexistindo continuidade do vínculo, haverá “nova contratação”, impossível, pois, de veicular-se pela via do *ius variandi*¹⁷⁸.

(viii) Princípio da preservação das condições de exequibilidade do objeto originalmente contraídas pelo co–contratante.

Decorrente do princípio da boa-fé, visa assegurar que as modificações contratuais “não impliquem o extravasamento agressivo das condições de

¹⁷⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 251.

¹⁷⁶ TÁCITO, Caio *apud* GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 252.

¹⁷⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, op. cit., p. 253.

¹⁷⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, loc. cit.

habilitação técnica e econômico financeira assumidas pelo co – contratante na fase pré–contratual” ¹⁷⁹.

Caso o contratante tenha seus direitos preteridos pela Administração em razão da alteração, deve-lhe ser facultado recusar a medida quando não possuir condições de prosseguir com a execução, uma vez demonstrada infração às suas capacidades subjetivas iniciais. Isto porque é vedado à Administração efetuar uma modificação unilateral no contrato que possa colocar em risco a execução da avença por motivo de insuficiência de capacidade técnica ou financeira do contratado, capacidade esta que passa a ficar distante do que fora originalmente apresentado na proposta à época da realização da licitação, quando comparada ao exigido na modificação unilateral ¹⁸⁰.

As condições de exequibilidade técnica e econômico – financeira correspondem à capacitação subjetiva do co–contratante, relativa à sua potencialidade empresarial, profissional ou comercial. Relacionam-se com o retrato de sua saúde financeira e de sua experiência técnica apresentada no processo licitatório ¹⁸¹.

(ix) Princípio da intangibilidade da equação econômico – financeira do contrato

Este Instituto será analisado detalhadamente a seguir, e, aqui, em forma de princípio, objetiva assegurar a mesma relação existente entre os contratantes no ato da celebração do contrato, no que tange aos encargos assumidos pelo contratado, e a remuneração paga pela Administração, de forma a assegurar sua proporcionalidade bem como a proteção ao interesse público por meio da boa continuidade da prestação do serviço.

2.3 Alteração Unilateral versus o Particular

O objetivo deste tópico é analisar as hipóteses que autorizam a alteração unilateral do contrato pela Administração de forma mais aprofundada, no que tange

¹⁷⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 257.

¹⁸⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, loc. cit.

¹⁸¹ Ibidem, p. 258.

aos direitos conferidos ao particular em sede de sua ocorrência, tendo como base norteadora os princípios já acima explanados.

Conforme anteriormente exposto, o ato de alteração unilateral pelo Poder Público não poderá ser empregado por arbítrio ou para fins escusos, e sequer retratar desvio de finalidade para ocasionar gravame ao contratado ¹⁸². Aqui, não há que se falar em atuação discricionária da Administração que venha a alterar o pacto por mera liberalidade ¹⁸³.

A Administração tem de evidenciar a superveniência de motivo justificador da alteração unilateral. Essa interpretação é reforçada pelo disposto no art. 49, quando ressalva a faculdade de revogação da licitação apenas diante de “razões de interesse público decorrente de fato superveniente” ¹⁸⁴.

De acordo com teoria de Carvalho Filho, a norma tem por fim admitir que a ocorrência de novos fatos administrativos permita alguma flexibilização no contrato, sempre em respeito aos limites existentes e ao atendimento do interesse público que deve ser indicado pela Administração para que esta realize a alteração unilateral. Inclusive, o autor menciona que “sempre será sindicável, administrativa ou judicialmente, o motivo pelo qual se considerou necessária a alteração” ¹⁸⁵.

Logo, há de ser verificada a real e concreta necessidade para realização da alteração. Ademais, salienta-se que, mesmo se tratando de consenso entre particular e Administração, não se admite a modificação que “importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e isonomia” ¹⁸⁶.

Semelhante posição defende Fernando Guimarães ao enfatizar que “um ato de modificação emanado da Administração, se inválido, não poderá, ainda que com a chancela do particular, prevalecer” ¹⁸⁷. Isto ocorre por motivo de tutela de interesses públicos, que são indisponíveis.

¹⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 186.

¹⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 452.

¹⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, loc. cit.

¹⁸⁵ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 186.

¹⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 452.

¹⁸⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 135.

Igualmente, veda-se a alteração contratual que se configure como desvio de poder, qual seja, aquela destinada a ocasionar punição ao contratado, que agrave ou torne mais onerosa a execução da avença. Desta sorte:

A Administração pode tornar mais graves as condições de execução, desde que isso represente benefícios para o interesse público; mas não pode tornar mais severas as condições de execução apenas (ou precipuamente) para prejudicar ou punir o contratado¹⁸⁸.

São duas as causas que autorizam a modificação unilateral, sendo elas (i) a verificação de alteração das condições que pautaram a celebração do contrato, pela ocorrência de fato novo e (ii) a constatação objetiva de erros no projeto ou na formulação das condições do contrato. Ambas as situações caracterizam a existência de um fato imprevisto¹⁸⁹.

Novamente, reputa-se incabível que a atuação da Administração neste quesito seja discricionária. Há que se exigir a variação nas circunstâncias existentes quando da celebração do contrato entre particular e Poder Público. Inclusive, na lição de Brewer – Carías “toda modificação na execução de um contrato administrativo deve responder à modificação das circunstâncias tomadas em conta ao concluir-se o contrato”¹⁹⁰.

Importante frisar que a mera alegação de não atendimento do interesse público à época da contratação não autoriza a modificação unilateral, logo, se a Administração, “atuando sem a diligência que lhe era de exigir, celebrou o contrato cuja prestação não é suscetível de satisfazer o interesse público, não se poderá aí reconhecer o poder modificatório”¹⁹¹.

Em suma, deve existir um fator imprevisto, capaz de alterar a relação contratual, uma vez que, sendo facultado à Administração alterar livremente seus contratos, “passará a ter menos cuidado na sua celebração, prejudicará o seu

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 452.

¹⁸⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 165.

¹⁹⁰ BREWER-CARÍAS, Allan. *Contratos Administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 175.

¹⁹¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, op. cit., p. 166.

crédito com o excesso de modificações e passará a ter dificuldade em encontrar quem com ela queira contratar” ¹⁹².

Augusto de Athayde, por outro lado, defende a autorização para modificação sempre que há lesão ao interesse público, no entanto, independentemente de haver imprevisibilidade:

Sempre que houver alteração de circunstâncias, quer tenha sido previsível quer não, e dela ocorra lesão do interesse público há que rever o contrato e adaptar a prestação do particular à nova definição das necessidades coletivas ¹⁹³.

Existe ainda vertente doutrinária que admite se tratar, a alteração unilateral, de um ato discricionário do Poder Público. Com a devida vênia, discorda-se deste posicionamento. Nesta esteira encontra-se o entendimento do jurista português Pedro Gonçalves, segundo o qual:

Se o poder de modificação só pode ser exercido quando exista um interesse público real que o justifique, esse interesse não tem de ser determinado por circunstâncias ou factos supervenientes, podendo resultar antes de uma nova ponderação que a Administração concedente faz de circunstâncias já existentes no momento da celebração do contrato ¹⁹⁴.

Em entendimento contrário, que coaduna com o estudo ora proposto, sob a ótica do particular, Vernalha Guimarães afirma que há preclusão do direito da Administração após firmado o contrato administrativo, de sorte que apenas novos acontecimentos justificam modificações unilaterais. A discricionariedade é utilizada apenas no momento da contratação. Assim, nas palavras de referido doutrinador:

A Administração usa de critérios de conveniência e oportunidade no propósito de eleger cláusulas contratuais; exercita – a par do interesse geral que se relaciona com a competência contratual – discricionariedade. Após concluído o contrato opera-se uma espécie de preclusão para a Administração, limitando sua competência de rever os termos da contratação firmada. Seus critérios não podem ser revistos senão pela existência de novas ocorrências capazes de permitir o juízo ¹⁹⁵.

¹⁹² ATHAYDE, Augusto de, 1981, p. 57 *apud* GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 167.

¹⁹³ ATHAYDE, Augusto de, 1981, p. 57 *apud* GUIMARÃES, Fernando Vernalha, loc. cit.

¹⁹⁴ GONÇALVES, Pedro. *A concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 260-261.

¹⁹⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, op. cit., p. 168.

Também neste sentido, Marçal Justen Filho enaltece que antes de firmar o contrato, a Administração define a extensão e o conteúdo dos instrumentos que irá firmar por meio da licitação, de forma a definir seu objeto, conteúdo, requisitos e exigências aos interessados a contratar, e por esta razão, defende o jurista,

Não se pode conceber que, após desenvolvidas todas essas atividades, a própria Administração delibere alterar o conteúdo do contrato, modificando substancialmente o conteúdo dos deveres impostos ao contratado. Se tal fosse possível, teria de reconhecer-se como desnecessária e inútil a atividade licitatória. Ao expedir o ato convocatório e conduzir a licitação até seu encerramento, promovendo a contratação, a Administração exercitou sua competência discricionária. Bem por isso, não se admite a revogação do contrato administrativo regularmente firmado, ignorando os direitos do particular. A autoridade administrativa exaure sua competência discricionária ao optar pela contratação¹⁹⁶.

A exigência de ocorrência de um ato posterior ao contrato autorizado uma modificação está pautada no princípio da segurança jurídica. Fernando Guimarães relaciona o instituto do *ius variandi*, intrínseco à rescisão unilateral do contrato, com o princípio do *pacta sunt servanda*, de tal forma que:

O contrato administrativo está informado pelo princípio *pacta sunt servanda*, tendo força obrigatória para as partes. Daí que só se admite a pertinência da manifestação *variandi* fundada em condições objetivas que a orientem. Na ausência de acontecimentos imprevisíveis a relação contratual há de se manter intocada, sob pena de ofensa aos princípios *lex inter partes* e *pacta sunt servanda*.¹⁹⁷

Portanto, em suma, o *ius variandi* está condicionado à ocorrência de situações novas, inéditas e imprevisíveis quando da celebração contratual, mediante instabilização da relação das partes, de forma a retirar da Administração o domínio da conveniência de alterar unilateralmente o pacto¹⁹⁸. Estes fatos imprevistos necessariamente devem ter sido “ignorados pelas partes, por absoluta impossibilidade de prevê-los ou conhece-los”¹⁹⁹.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 478-479.

¹⁹⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 169.

¹⁹⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, loc. cit.

¹⁹⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos Contratos Administrativos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 107.

De acordo com Justen Filho, a alteração unilateral pressupõe eventos “ocorridos ou apenas conhecidos após a contratação. A Administração tem a faculdade de modificar o contrato, mas tendo em vista ocorrências subsequentes à data da contratação” ²⁰⁰. Assim, existe uma força vinculante do contrato até mesmo para a Administração Pública.

Os acontecimentos imprevisíveis deverão ser de conhecimento da Administração tão somente após a celebração do contrato, pois, ressalta-se, o não atendimento a este pressuposto “configura invalidade (nulidade) do ato de modificação, por defeito de motivo” ²⁰¹.

A segunda hipótese autorizadora da rescisão unilateral, conforme mencionado, trata-se da constatação de erros na formulação das condições contratuais.

Tal se justifica pelo fato de que a existência de erros no conteúdo inicial da avença perfaz um mau atendimento do interesse público coletivo. Caracterizam-se como erros materiais, erros técnicos, erros de fato, ou mesmo erros de cálculo, cometidos de forma culposa ou dolosa por agentes da Administração quando da elaboração do contrato, capazes de produzir impacto no interesse público, sendo que a impossibilidade de retificá-los acarretaria prejuízos relevantes à coletividade, razão pela qual admite-se a alteração unilateral.²⁰²

Portanto, não é razoável que o interesse da coletividade seja afetado por um equívoco inicial da Administração, e, conclui-se, a permissão de alteração unilateral é pautada na adequação do contrato ao bem coletivo.

Desde que se verifique objetiva e concretamente tal inadequação, por erro ou ato culposos da Administração, deverão promover-se as devidas adequações mediante a competência do *ius variandi*. Desinteressa – percebe-se se a inadequação se põe por força de ato culposos ou se resulta de fatos verdadeiramente novos e imprevisíveis à época. Interessa, pois, que se verifique concretamente a inadequação, exurgindo desta forma o pressuposto objetivo à instabilização. Fosse diferente e o interesse público arranhado pela

²⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 479.

²⁰¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 169.

²⁰² *Ibidem*, p. 171.

má formulação de um contrato administrativo estaria refém do mau desempenho dos agentes públicos²⁰³.

De fato, “a alteração unilateral do contrato pela Administração Pública consiste na correção da invalidade original ou superveniente”²⁰⁴. Ademais, seria irrazoável que sempre que verificado um erro de formulação em determinado contrato fosse preciso à Administração rescindi-lo e iniciar novo processo de licitação, causando maior custo ao Poder Público, além de configurar ofensa ao princípio da continuidade do serviço público e existir o relevante custo das verbas devidas ao contratado em caso de rescisão²⁰⁵.

Retomando o tema das alterações qualitativas e quantitativas, já expostas anteriormente, Vernalha Guimarães afirma que para ambas as alterações “impõe-se a exigência de verificação de fato superveniente ou imprevisto”²⁰⁶, de sorte que mesmo para as quantitativas (variações na quantidade do objeto), deve haver motivação relevante, impedindo a discricionariedade, sendo que “não está livre a Administração contratante para alterar, mesmo dentro dos limites expressos pela norma, quantitativamente os contratos administrativos”²⁰⁷. Segundo o autor, a modificação deve ser vista como extraordinária, dependente de fato superveniente.

Na eleição do motivo (pressuposto fático) a estribar o ato de modificação – seja para as alterações qualitativas, seja para as quantitativas – estará a Administração condicionada à demonstração de fatos imprevistos, representativos da melhor adequação às finalidades de interesse público. Portanto, nas hipótese do art. 65, I, “a” e “b”, não se admite a incidência do *ius variandi* sem que fatos novos e imprevistos tenham havido, a autorizar a medida²⁰⁸.

Na linha deste raciocínio, faz-se um paralelo com o disposto no artigo 49 da Lei de licitações, segundo o qual a autoridade competente para a aprovação da licitação somente poderá revogá-la “por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar

²⁰³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 174.

²⁰⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Contratos Administrativos*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-RICARDO%20MARCONDES%20MARTINS.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2014.

²⁰⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, op. cit., p. 174.

²⁰⁶ Ibidem, p. 177.

²⁰⁷ Ibidem, loc. cit.

²⁰⁸ Ibidem, p. 178.

tal conduta”. Esta disposição remete à eliminação da atuação discricionária da Administração, que deverá de fato comprovar concretamente a superveniência de uma situação autorizadora de seu procedimento.

Certo é que o limite às alterações qualitativas e quantitativas “tanto se impõe pelo princípio da vinculação do contrato ao ato convocatório como pela tutela ao interesse do particular contratado” ²⁰⁹.

Comenta-se aqui sobre a relevante hipótese em que o particular não tenha condições de prosseguir com a contratação em virtude da efetivação de uma alteração qualitativa ou quantitativa pela Administração. Neste caso, Justen Filho enfatiza que:

Se a Administração verificar que o particular não disporia de condições técnicas (ou de outra natureza) para executar o contrato sob a nova forma ou regime, deverá ser rescindido o contrato, indenizando-se o contratado pelas perdas e danos, e promovida nova contratação com quem disponha dos requisitos necessários ²¹⁰.

Além disso, importante frisar que o próprio inciso I, do artigo 58 da Lei 8.666/93 estabelece a importância do respeito aos direitos do particular, ao dispor que é permitido à Administração, com relação aos contratos administrativos, “modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado” (grifo nosso). Desta feita, “a faculdade conferida à Administração Pública não consagra seu arbítrio nem significa ausência de força vinculante do contrato relativamente à Administração” ²¹¹.

Por conseguinte, o ato de alteração deverá ser motivado pela Administração, tendo em vista “os princípios norteadores da atividade administrativa e, especialmente, da licitação. Sem motivação, será inválida a unilateral alteração do contrato administrativo” ²¹².

Porém, a motivação não poderá consistir na simples invocação da necessidade ou do interesse públicos. A Administração deverá indicar o motivo concreto, real e definido que impõe a modificação. Ademais, deverá demonstrar que esse motivo não existia ao tempo da contratação. Também é inegável que a modificação introduzida no

²⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 479.

²¹⁰ Ibidem, p. 498.

²¹¹ Ibidem, p. 478.

²¹² Ibidem, p. 479.

contrato deverá guardar proporcionalidade com a modificação verificada nas circunstâncias adjacentes ²¹³.

Em sendo assim, adiciona-se, ainda, que para a alteração unilateral, devem ser utilizados critérios que abranjam o princípio da razoabilidade e da economicidade. Inclusive, é preciso que seja respeitado o princípio do devido processo legal para que se fundamente a rescisão unilateral, conferindo o direito de ampla defesa ao particular. Neste sentido:

Esse entendimento corrobora a necessidade de que os atos da Administração – ainda que no âmbito do exercício da prerrogativa da alteração unilateral do contrato administrativo – sejam precedidos de procedimento administrativo específico. A providência se destina a assegurar que a alteração que se pretende promover não ofenda o direito do particular e nem extrapole os limites dessa prerrogativa. Afinal, a despeito de se reconhecer que, nos contratos administrativos em geral, o Poder Público detém a prerrogativa de alteração unilateral da avença, essa prerrogativa não é absoluta ou ilimitada. Encontra limites no ordenamento jurídico e nos direitos assegurados ao particular. Trata-se de reconhecer os reflexos procedimentais dos direitos e garantias fundamentais – que, no caso brasileiro, são expressamente reconhecidos pela Constituição de 1988, que consagra o devido processo legal, bem como o contraditório e a ampla defesa em processos judiciais ou administrativos (art. 5º, incs. LIV e LV) ²¹⁴.

A possibilidade de defesa do particular impede a efetivação de alterações contratuais sem fundamento relevante e sem vistas ao atendimento do interesse público, além de respeitar os princípios da transparência, imparcialidade e razoabilidade. A procedimentalização da atuação da Administração “reflete a necessidade de democratização da atuação administrativa, assegurando-se a ampla participação daqueles que serão atingidos pela atuação estatal no processo de formação desse ato” ²¹⁵.

²¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 479.

²¹⁴ CARDOSO, André Guskow. *A Garantia ao Devido Processo Legal e o Dever de Boa – Fé nos Contratos Administrativos*. Disponível em: <http://www.justen.com.br/noticias/Devido_processo_legal_e_boa-fe_-_Migalhas.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

²¹⁵ CARDOSO, André Guskow. *A Garantia ao Devido Processo Legal e o Dever de Boa – Fé nos Contratos Administrativos*. Disponível em: <http://www.justen.com.br/noticias/Devido_processo_legal_e_boa-fe_-_Migalhas.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

Em suma, Justen Filho²¹⁶ afirma que poderá ser exercido controle jurisdicional sobre a modificação efetuada unilateralmente, bem como lista as hipóteses de nulidade do ato de alteração unilateral do contrato administrativo, sendo elas, quando a modificação é (i) desmotivada; (ii) fundada em motivo já existente (e conhecido) em data anterior à contratação; (iii) fundada em motivo inexistente; e (iv) desproporcionada ao motivo invocado.

Vale dizer, então, que “a competência estatal se vincula à satisfação do interesse público, mas um regime democrático é incompatível com o sacrifício incondicionado do interesse privado em homenagem ao bem coletivo”²¹⁷. Por esta razão devem existir formas de se resguardar o particular frente à discricionariedade de uma eventual alteração unilateral.

No que tange ao ressarcimento indenizatório ao particular, além dos prejuízos suportados pelo contratado em razão da alteração unilateral, Guimarães enfatiza que serão assegurados ao cocontratante:

Em princípio, os danos emergentes que se verificarem. Todos os prejuízos comprovados e efetivamente suportados pelo cocontratante em decorrência do ato de instabilização devem ser ressarcidos pela Administração²¹⁸.

Logo, a indenização será ampla, “mesmo a título de lucros cessantes, desde que efetivamente comprovados”²¹⁹.

Tendo em vista o tema ora comentado, e em prosseguimento a este estudo, na sequência serão apresentados os institutos que são passíveis de aplicação na contratação com o Poder Público e acabam por conferir determinados direitos ao contratante particular quando de sua incidência, seja por emergência de fatos externos à relação contratual, ou por atos da própria Administração.

²¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 479.

²¹⁷ Ibidem, p. 478.

²¹⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 300.

²¹⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, loc. cit.

2.3.1 Equação Econômico – Financeira

No bojo da alteração unilateral do contrato, dentre os requisitos que devem ser observados pela Administração, no que diz respeito aos direitos do contratado, uma vez que esta proceda com a instabilização do vínculo contratual, é o equilíbrio da equação econômico – financeira do instrumento em questão, instituto de suma importância e que deve ser garantido ao contratado vencedor do procedimento licitatório.

Maria Sylvia afirma que o poder de alteração unilateral do contrato, pela Administração, não é ilimitado, visto ser este 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 econômico – financeiro do contrato” ²²⁰.

O equilíbrio econômico – financeiro ou equação econômico – financeira é a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração ²²¹.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello o equilíbrio econômico – financeiro é a “relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste, e de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá” ²²².

Justen Filho caracteriza o instituto como “a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente” Explica que “os encargos são matematicamente iguais às vantagens. Daí a utilização da expressão equação econômico - financeira” ²²³.

²²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 278.

²²¹ Ibidem, p. 275.

²²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 642.

²²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 498.

Segundo Lúcia Figueiredo, a equação econômico – financeira do contrato “caracteriza-se pelo equilíbrio entre as obrigações assumidas e as importâncias a serem recebidas. Esta a comutatividade do contrato” ²²⁴

Acerca do momento do aperfeiçoamento deste equilíbrio, pode-se afirmar que se dá a partir da elaboração do ato convocatório, e a concretização ocorre no momento da apresentação da proposta, a qual, uma vez aceita pela Administração, passa a consagrar a equação econômico – financeira dela constante, de sorte que assim, estará assegurada pelo direito. ²²⁵

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro assegura ao particular contratado a manutenção daquela proporção durante a vigência do contrato. Se houver aumento dos encargos, a remuneração deverá ser aumentada também ²²⁶.

Embasam estas afirmativas os parágrafos 1º e 2º do artigo 58 da Lei de licitações, que estabelecem, respectivamente, que “as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado” e “na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

Ainda, neste diapasão, cita-se o § 6º do artigo 65, do mesmo diploma legal, o qual, também no âmbito do equilíbrio econômico – financeiro, prevê que em havendo “alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”.

Inclusive, na própria Constituição Federal este direito ao equilíbrio econômico – financeiro é assegurado ao particular. Na doutrina de Maria Sylvia Zanella,

O contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico – financeiro do contrato, por força do artigo 37, XXI, da Constituição, que exige, nos processos de licitação para obras, serviços, compras e alienações, sejam mantidas “as condições efetivas da proposta”.

²²⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 536.

²²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 499.

²²⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 220.

Além disso, a mesma ideia resulta da lei nº 8.666/93 (art. 65, inciso II, e §§ 5º e 6º) ²²⁷.

Bandeira de Mello ressalta que a relação entre Administração e contratado deve ser de cooperação, sempre em um cenário em que a primeira visa atender ao interesse público, e o segundo, a obtenção de lucro. Assim expõe o autor:

Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Calha pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte ²²⁸.

Definido o instituto e sua normativa, passa-se a tratar do rompimento do equilíbrio econômico – financeiro do contrato, que poderá ocorrer em razão de fatos imputados à Administração, ou não. Assim, pode a Administração ampliar os encargos do particular para atendimento do interesse público, ou então, sua ocorrência pode se dar, por exemplo, em razão de uma crise econômica, externa ao Poder Público. De qualquer forma, ocorrendo o infortúnio, deve a Administração arcar com o acréscimo dos encargos ²²⁹.

Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública ²³⁰.

Justen Filho ²³¹ ressalva a necessidade de ocorrência de dois fatores para a quebra da equação econômico – financeira: a ocorrência superveniente de fatores extraordinários e a ampliação de encargos ou redução das vantagens previstas originariamente.

²²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 277.

²²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 644.

²²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 500.

²³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, loc. cit.

²³¹ Ibidem, p. 458.

Fato é que a modificação unilateral do contrato se traduz em uma das causas de quebra do equilíbrio econômico – financeiro, na medida em que os novos requisitos impostos podem acarretar variação nos encargos e na remuneração do contratado. Sendo assim, a intangibilidade deste equilíbrio serve como contraponto ao poder unilateral da Administração, de forma a reestabelecer a relação inicial da remuneração e/ou dos encargos pactuados. Ademais, é cediço que a ruína do particular em razão do desequilíbrio imposto poderia colocar em risco a continuidade do serviço público, o que viola o próprio fim perseguido pela Administração Pública ²³².

Seria inadmissível que, em caso de ato exorbitante que produzisse agravos econômicos ao co – contratante, editado sob a legenda do interesse público, deixasse o Estado de promover a recomposição da situação patrimonial do co – contratante [...] Se o interesse coletivo impõe a necessidade de produzir novas prestações no contrato administrativo, não é justo que o co – contratante suporte exclusivamente o ônus social decorrente. A Administração deve ressarcir-lo integralmente, pautando-se pela manutenção da proporção originária (entre encargos e remuneração) estabelecida no contrato ²³³.

Caso inexistente esta garantia de equilíbrio, os riscos do particular seriam aumentados na contratação administrativa, assim, por conseguinte, o instituto protege o particular contra eventos futuros, incertos e excepcionais ²³⁴.

Inclusive, Bandeira de Mello²³⁵ alerta para o fato de que não se fala, para restabelecimento do equilíbrio econômico – financeiro, em perdas e danos devidos ao particular, pois se trata de uma indenização pautada na necessidade de se conservar o balanço entre as partes, tal como inicialmente previsto.

²³² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 260.

²³³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, loc. cit.

²³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 456.

²³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 644.

2.3.2 Teoria da Imprevisão

A Teoria da Imprevisão tem origem no direito francês, e se encontra positivada no Brasil, na Lei nº 8.666/93, artigo 65, inciso II, alínea “d”, que prevê a existência do instituto no âmbito da alteração do contrato em caso de acordo entre as partes. Logo, aqui não se fala em alteração unilateral pela Administração, contudo, o assunto será tratado de forma relevante em razão do objetivo ora proposto, qual seja, analisar os meios de proteção conferidos ao particular em sede de contratação pública.

A norma mencionada autoriza a alteração do contrato, por acordo entre as partes,

Na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Com o fim de conceituar o instituto em comento, transcreve-se o entender de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual:

A teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevidos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes²³⁶.

Há aplicação da denominada cláusula *rebus sic stantibus*²³⁷, própria dos contratos privados, aos contratos administrativos, para garantir que a execução ocorra de forma a evitar a ruína do contratado em caso de acontecimento de fatos supervenientes não previstos pelas partes, criando um ônus excessivo à uma delas, e uma vantagem correspondente à outra parte.²³⁸

²³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 239.

²³⁷ A expressão tem como significado “*estando assim as coisas, se as coisas tivessem se mantido em seu lugar*”.

²³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 239.

Esta superveniência de circunstâncias imprevistas passam a dificultar a execução do contrato, de forma a trazer déficit ao contratado, que terá o direito de exigir que a Administração o ajude a ultrapassar esta dificuldade, com vistas ao prosseguimento da relação contratual ²³⁹.

Justen Filho ²⁴⁰ elenca os requisitos que, cumulativamente justificam a aplicação desta teoria, quais sejam: (i) imprevisibilidade do evento ou incalculabilidade de seus efeitos; (ii) inimputabilidade do evento às partes; (iii) grave modificação das condições do contrato e (iv) ausência de impedimento absoluto.

Contudo, “somente a álea econômica extraordinária e extracontratual desequilibrando totalmente a equação financeira estabelecida pelas partes, autoriza a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*” ²⁴¹. A situação ora aventada ultrapassa a normalidade, sendo revestida de caráter excepcional, e por este motivo enquadrada como “álea extraordinária” ²⁴².

Maria Sylvia ²⁴³ confere a denominação de álea econômica ao instituto, explicando que se trata de acontecimento externo ao contrato e estranho à vontade das partes, capaz de ocasionar grande desequilíbrio e tornar a execução contratual excessivamente onerosa para o contratado, gerando uma flexibilização ao *princípio pacta sunt servanda*.

É, assim, um cenário que autoriza ao contratado, segundo Lúcia Figueiredo ²⁴⁴, “pleitear da Administração uma ajuda que lhe minore os prejuízos. Enfim, uma ajuda capaz de lhe permitir dar cabal cumprimento ao contrato”. A autora ainda menciona que o fundamento desta recomposição do particular é o próprio interesse público, inerente ao contrato, que deverá ser protegido, e, ademais, o contratado deverá ser visto como um colaborador da Administração, e a relação entre ambos deve ser pautada na boa-fé, por isso:

²³⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 227.

²⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 460.

²⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 240.

²⁴² MEDAUAR, Odete, op. cit., p. 227.

²⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 282.

²⁴⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 538-539

Os ônus decorrentes da álea extraordinária não devem ser suportados apenas pelo contratado, uma vez que o objeto contratual vai ser usufruído pela coletividade ²⁴⁵.

Ademais, resta claro que o particular deve ser resguardado em caso de incidência destas situações atípicas, uma vez que “não seria justo obrigar a parte prejudicada a cumprir seu encargo, sabendo-se que ela não teria firmado o contrato se tivesse previsto as alterações que o tornaram muito oneroso” ²⁴⁶.

Assim, apesar de circunstâncias excepcionais não autorizarem ao particular que se desobrigue do cumprimento do contrato, não é justo que responda sozinho pelos prejuízos existentes ²⁴⁷. Vale ressaltar, entretanto, que a compensação ao contratado não será total, de sorte que ocorre uma repartição do prejuízo:

Para evitar a interrupção do contrato, a Administração vem em seu auxílio, participando também do acréscimo de encargos. Essa compensação o particular só pode pleitear quando continuar a execução do contrato; e nunca será integral, porque não cobre o total do déficit financeiro do cocontratante; reparte-se o prejuízo para restabelecer o equilíbrio econômico do contrato.

Então, o contratado, cumpridos os requisitos supracitados no caso concreto poderá “solicitar ao contratante, com a prova inequívoca do desbalanceamento de sua equação econômica, recomposição parcial que lhe minore os prejuízos” ²⁴⁸.

Insta mencionar que “a imprevisibilidade das partes com relação a fatos facilmente previsíveis, somente previstos por sua incúria ou inépcia, não autoriza a invocação desta teoria” ²⁴⁹. Inclusive, por definição, “os fatos previstos caracterizam-se, principalmente, pela oneração anormal do contrato em virtude de situações supervenientes incontrolláveis” ²⁵⁰.

Maria Sylvia Zanella²⁵¹ esclarece que isto ocorre pois, se o fato for previsível, com consequências calculáveis, será suportável pelo contratado, e a álea será ordinária, vez que apenas grandes desequilíbrios justificam a aplicação da teoria da

²⁴⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 539.

²⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 282.

²⁴⁷ Ibidem, p. 283.

²⁴⁸ Ibidem, p. 540.

²⁴⁹ Ibidem, p. 538.

²⁵⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle, op. cit., p. 538.

²⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 284.

imprevisão. Igualmente, a autora distingue tal teoria do instituto da força maior, sendo que nesta última,

Estão presentes os mesmos elementos: fato estranho à vontade das partes, inevitável, imprevisível; a diferença está em que, na teoria da imprevisão, ocorre apenas um desequilíbrio econômico, que não impede a execução do contrato; e na força maior, verifica-se a impossibilidade absoluta de dar prosseguimento ao contrato.

Já quanto às consequências, na aplicação da teoria da imprevisão as cláusulas são revistas para permitir a continuidade do contrato, se de interesse público, e na força maior, as partes são liberadas, sem responsabilidade por inadimplemento, perfazendo, este instituto, uma das causas de rescisão contratual²⁵².

Como exemplo da situação, Lúcia Valle Figueiredo cita a maxidesvalorização do antigo Cruzeiro, o aumento excessivo dos juros, a alteração cambial, todos os casos se configurando excessivamente onerosos ao particular²⁵³.

Bandeira de Mello, por sua vez, menciona a considerável elevação do preço de matérias primas, em razão de desequilíbrio econômico, e opina sobre a teoria da imprevisão, afirmando que “entre nós, a teoria da imprevisão é perfeitamente acolhida como forma de restaurar as previsões, consagradas na equação econômico – financeira”.²⁵⁴ Desta feita, relacionando o instituto com o desequilíbrio econômico – financeiro, Bandeira de Mello ressalta que esta teoria:

Converteu-se em fórmula eficiente para garantir integralmente o equilíbrio econômico – financeiro avençado ao tempo da constituição do vínculo, vale dizer: instrumento de recomposição do equilíbrio estabelecido, o que, no fundo, nada mais representa senão prestigiar o significado real do *consensus* expressado no contrato, pela restauração dos termos da equivalência inicial²⁵⁵.

A revisão do contrato e do respectivo preço, por meio da teoria da imprevisão, poderá ser realizada por norma legal para todos os contratos de uma certa época,

²⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 284.

²⁵³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 540.

²⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 646.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 654.

ou concedida pelo Judiciário ou ainda pela própria Administração em caso específico submetido para apreciação.²⁵⁶

2.3.3 Fato do Príncipe

O fato do príncipe se traduz em outra modalidade de tutela do particular em determinadas situações que podem afetar o contrato administrativo, e, portanto, será agora explanado neste estudo.

Traz-se, para fins de conceituação, a lição de Diógenes Gasparini, que assim dispõe sobre o significado do fato do príncipe:

É toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral e imprevisível ou previsível mas de consequências incalculáveis, que onera extraordinariamente ou que impede a execução do contrato e obriga a Administração Pública a compensar integralmente os prejuízos suportados pelo contratante particular²⁵⁷.

Portanto, nota-se aqui o direito do contratado ao ressarcimento integral pelos prejuízos causados em advento do fato do príncipe. Todavia, Gasparini ressalva que este “somente se configura se o ato ou fato provir da própria Administração Pública contratante. Se o ato tiver outra origem, os inconvenientes que causar serão resolvidos pela teoria da imprevisão”²⁵⁸.

Odete Medauar define a teoria do fato do príncipe da seguinte maneira, e a diferencia do instituto da alteração unilateral do contrato:

É a decisão da Administração, de caráter geral, alheia ao contrato em si, mas que tem reflexos fortes na sua execução. Não se confunde, portanto, o fato do príncipe com o poder conferido à Administração contratante de alterar unilateralmente o contrato, pois este se refere ao contrato em si, é específico, previsível e, no direito brasileiro, legalmente circunscrito²⁵⁹.

²⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 240.

²⁵⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 749.

²⁵⁸ Ibidem, p. 750.

²⁵⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 228.

Infere-se, pelo conceito apresentado, que se trata de agravos econômicos que resultam de medidas tomadas pela Administração no exercício de outra competência, extracontratualmente, e esta atitude gera repercussão na relação contratual com o particular, atingindo-a economicamente. Não há uma atitude ilícita ou ilegítima, mas o fato acaba por onerar o contratado ²⁶⁰.

Portanto, pode afirmar-se ser uma álea administrativa extraordinária e extracontratual ²⁶¹, perpetuada por ato do Poder Público, e que reflexamente desequilibra a economia do contrato, ou impede sua execução (neste último caso, na impossibilidade de recomposição do equilíbrio, deve ser permitida a rescisão) ²⁶².

Como exemplo de situações que ensejam a aplicação desta teoria, Gasparini²⁶³ menciona a proibição de realizar importação, para equilibrar a balança comercial do país, quando esta situação incida em termos econômico -financeiros sobre o contrato que tem esta função como objeto, impondo, assim, o dever de indenização à Administração, ou, ainda, a decisão de alteração do salário mínimo, afetando os custos dos serviços de empresas especializadas em seguimentos diversos contratadas pela Administração ²⁶⁴.

Diógenes Gasparini²⁶⁵ ainda defende a existência do fato do príncipe positivo, sendo aquele que onera o contrato, conforme exemplificado acima, e fato do príncipe negativo, que o desonera, a exemplo da extinção de um tributo municipal, que diminui os encargos do contratado, e enseja a recomposição do equilíbrio.

Tal qual na teoria da imprevisão, há aqui um nítido desequilíbrio da equação econômico – financeira do contrato, e a aplicação do fato do príncipe se justifica pelo motivo de a “Administração Pública não poder causar prejuízo aos administrados, e muito menos a seus contratados, ainda que em benefício da coletividade. Quando isso ocorre surge a obrigação de indenizar” ²⁶⁶.

²⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 645.

²⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 241.

²⁶² Ibidem, p. 242.

²⁶³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 749.

²⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., 645.

²⁶⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 750.

²⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, op. cit., p. 242.

Destaca Lúcia Figueiredo que “se o Estado provocar o desbalanceamento do contrato por atitudes tomadas diretamente por ele, Estado, deverá haver o ressarcimento” ²⁶⁷. Ademais, a jurista ainda aponta que em sede de fato do príncipe, a reparação ao particular deverá ser integral.

O próprio artigo 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/93 prevê a existência do instituto, ao autorizar a alteração unilateral do contrato, por acordo entre as partes “para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente [...] em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe” (grifo nosso).

Também aqui deverão ser observados os requisitos de imprevisibilidade, ou previsibilidade de consequência incalculável, de maneira que os contratantes não possam cogitar a ocorrência do fato à época da celebração do contrato, e, além disso, o gravame deve possuir uma grandeza que dificulte, ou até impeça a execução da avença ²⁶⁸.

Na lição de Bandeira de Mello²⁶⁹, este agravio de cunho patrimonial não libera o contratado do cumprimento das obrigações pactuadas, mas confere o direito de obter reparação integral do prejuízo sofrido em consequência do agravamento dos encargos.

O ponto nuclear da teoria do fato do príncipe reside em que a lesão patrimonial derivada de um ato estatal válido, lícito e perfeito é objeto de indenização. Essa solução decorre de uma valoração produzida pela ordem jurídica, no sentido de que seria injusto e desaconselhável impor ao partícua que contrata com o Estado arcar com os efeitos onerosos de uma alteração superveniente da disciplina estatal sobre o exercício da atividade necessária à execução da prestação ²⁷⁰.

Maria Sylvia Di Pietro²⁷¹ afirma, sobre âmbito de incidência, que a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pela prática do fato

²⁶⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 541.

²⁶⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 751.

²⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 645.

²⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 459.

²⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 279

do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato, de forma que se for de esfera diversa, deve ser aplicada a teoria da imprevisão.

Distingue-se o fato do príncipe dos institutos da força maior e caso fortuito pois, apesar de imprevisíveis e inevitáveis, estes criam obstáculos ao prosseguimento do contrato que podem não ser superados, autorizando a rescisão contratual.

2.3.4 Fato da Administração

Outro acontecimento capaz de conferir proteção ao particular, mediante exclusão de sua responsabilidade, e até mesmo, mediante a autorização para rescisão contratual, é o fato da Administração. Hely Lopes o define como “toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contratato, retarda ou impede sua execução” ²⁷².

Para Bandeira de Mello, trata-se de “comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado, e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução” ²⁷³. Neste diapasão, há uma irregularidade de comportamento do Poder Público.

Meirelles²⁷⁴ salienta que o fato da Administração pode ser equiparado à força maior, produzindo os mesmos efeitos excludentes de responsabilidade do contratado pela inexecução do pacto. Exemplificando sua incidência, tem-se as hipóteses em que a Administração deixa de entregar o local da obra ou do serviço, não realiza as desapropriações necessárias à execução do particular, atrasa pagamento por período longo, praticando, assim, qualquer ato impeditivo ao contratado.

Em todos esses casos o contratado pode pleitear a rescisão do contrato, amigável ou judicialmente, por culpa do Poder Público; o que não se lhe permite é a paralisação sumária dos trabalhos pela

²⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 242.

²⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 648.

²⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 242.

invocação da exceção do contrato não cumprido, inaplicável aos ajustes administrativos, salvo se o atraso for superior a noventa dias (art. 78, XV) ²⁷⁵.

A Lei de Licitações trata dos efeitos dos fatos da Administração, vez que prevê que cada parte será responsável pelas consequências de sua inexecução (art. 66). Portanto, o atraso nos pagamentos dá margem à indenização do contratado, além do permissivo da rescisão se este atraso for superior a noventa dias, conforme já mencionado acima. A omissão de providências da Administração que ocasione retardamento na execução do contrato, que não se trate de atraso no pagamento, implica, ainda, em prorrogação automática do cronograma pactuado, pelo tempo correspondente (art. 79, § 5º) ²⁷⁶.

Então, será fato da Administração quando o Poder Público realiza uma conduta, como parte no contrato, que pode dificultar ou impedir seu prosseguimento. Cumpre esclarecer que o fato da Administração distingue-se do fato do príncipe pois:

Enquanto o primeiro se relaciona diretamente com o contrato, o segundo é praticado pela autoridade não como “parte” no contrato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba por praticar um ato que, reflexamente, repercute sobre o contrato ²⁷⁷.

Gasparini²⁷⁸ aponta como regular o fato do príncipe, e irregular o fato da Administração, que constitui um inadimplemento de sua parte, capaz de liberar o contratado de qualquer responsabilidade pelo atraso ou inexecução contratual.

Já quanto à comparação com a força maior, Di Pietro²⁷⁹ a faz com ressalvas, entendendo que em ambas há ocorrência de um fato posterior à celebração do contrato, imprevisível e inevitável, mas na força maior o fato é estranho à vontade das partes, enquanto no fato da Administração, imputa-se à esta última. Além disso, a força maior torna impossível a continuação da avença isentando as partes de

²⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 242.

²⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 649.

²⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 279.

²⁷⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 751.

²⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 280.

sanções, enquanto poderá, o fato da Administração, ocasionar paralisação temporária ou definitiva, sendo mandatório que a Administração responda pelos prejuízos causados ao particular.

Também no fato da Administração, como nos outros institutos estudados, nota-se o desequilíbrio da equação econômico – financeira na relação contratual. Explica Maria Sylvia²⁸⁰ que o particular poderá ser isentado de sanções administrativas as quais, se não existente o fato em questão, seriam cabíveis, de sorte que sua ocorrência poderá também provocar um desequilíbrio econômico – financeiro, conferindo ao contratado o direito à recomposição.

Existe discussão acerca da aplicação do instituto do *exceptio non adimpleti contractus* quando da incidência do fato da Administração, instituto este já explanado anteriormente, restando verificado que há autorização legal para tanto, no artigo 78, inciso XV da Lei 8.666/93 (atraso no pagamento superior a noventa dias) ou ainda no subsequente inciso XVI que autoriza a rescisão em caso de “não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais [...]”, permitida, aqui nesta última hipótese, a rescisão sem observância de um prazo fixado, mas que ultrapasse o prazo previsto no contrato.

A doutrina aponta ser aconselhável ao particular dar continuidade ao contrato, pleiteando a rescisão de forma administrativa ou judicial, de forma a evitar por sua conta a paralisação, uma vez que a rescisão unilateral é, em princípio, prerrogativa da Administração. No entanto, Maria Sylvia Zanella defende a aplicação da exceção do contrato não cumprido no âmbito do fato da Administração, quando a conduta desta última:

Tornar impossível a execução do contrato ou causar ao contratado um desequilíbrio econômico extraordinário, que não seria razoável exigir que suportasse, pela desproporção entre esse sacrifício e o interesse público a atingir pela execução do contrato ²⁸¹.

No que tange aos incisos XV e XVI do artigo 78 supramencionado, em ambas as hipóteses “se for dada continuidade ao contrato, o particular faz jus à manutenção do equilíbrio econômico – financeiro; se houver rescisão, caberá a indenização

²⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 280.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 281.

prevista no artigo 79, § 2º²⁸². Esta indenização engloba os prejuízos sofridos, e ainda, devolução de garantia, pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e pagamento do custo da desmobilização.

2.4 Rescisão Unilateral *versus* o Particular

Tratar-se-á, neste tópico, da hipótese de rescisão unilateral administrativa, realizada pela Administração com base no interesse do serviço público, conforme já definido anteriormente neste estudo, com o fim de destacar-se, principalmente, os direitos conferidos ao particular quando a rescisão for aperfeiçoada pela Administração.

De início, importante salientar que a rescisão unilateral não se configura como uma discricionariedade da Administração.

Em primeiro lugar, a rescisão administrativa por razões de interesse público reclama, em regra, a existência de motivo superveniente, desconhecido à época do pactuado, pois, se conhecido fosse, constituir-se-ia óbice à contratação. E esse motivo superveniente deve melhor se coadunar com o interesse público a ser perseguido, razão pela qual enseja a rescisão do contrato administrativo anteriormente firmado e que agora passa a ser inadequado para a Administração²⁸³.

Além de motivo superveniente, a lei exige que o interesse público seja de alta relevância e amplo conhecimento, conforme redação do inciso XII, do artigo 78 da Lei de licitações, que autoriza a rescisão unilateral por “razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento” Então, o motivo a ensejar a rescisão do contrato deve ser conhecido publicamente.

²⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009, p. 282.

²⁸³ FRITOLI, Fernanda Ghiuro Valentini. *Extinção do contrato administrativo pela administração por razões de interesse público*. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52467,21048-Extincao+do+contrato+administrativo+pela+administracao+por+razoes+de>>. Acesso em: 01 out. 2014.

A alta relevância indica uma importância superior a casos ordinários, e, em razão de ser exigido o amplo conhecimento, nota-se que deve existir ausência de dúvida do risco existente ao interesse público ²⁸⁴.

Lúcia Figueiredo ²⁸⁵ aponta, ainda, que “é mister encartar-se tal rescisão no permissivo legal e/ou contratual e, ademais, vir expressamente fundamentada” A doutrinadora ressalta, inclusive, o fato de não ser suficiente a existência de pressupostos de fato, que possam dar causa à rescisão, sendo, sim, preciso haver nexo lógico do administrador diante do caso concreto, para que a norma seja cumprida de forma adequada.

Ademais, importante definir-se o âmbito de liberdade da Administração em sede de rescisão unilateral, considerando-se que há de ser invocado o motivo de proteção do interesse público. Por esta razão, Justen Filho comenta sobre a discricionariedade administrativa pautada no interesse público, lembrando que:

O Estado de Direito não se compadece com que o agente administrativo adote a conduta que melhor lhe aprouver mediante a rasa invocação de “interesse público”. A eliminação do arbítrio equivale à necessidade das decisões administrativas serem relacionadas e proporcionadas a um interesse público definido e concreto ²⁸⁶.

O doutrinador acima citado critica a possibilidade da Administração desfazer, por meio de simples invocação de interesse público, o vínculo contratual com seu contratado particular, e defende que tal somente deve ocorrer com respeito ao direito adquirido, visto que o contrato administrativo produz direitos adquiridos ao particular e que devem ser respeitados pelo Poder Público ²⁸⁷.

Marçal Justen Filho afirma que “a Administração está obrigada a demonstrar que a manutenção do contrato acarretará lesões sérias a interesses cuja relevância não é a usual”, e, ainda enaltece que “o risco de lesão ao interesse público afasta a invocação de conveniência”. Por este motivo, inclusive, a rescisão deve ser

²⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 543.

²⁸⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 553.

²⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 542.

²⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, loc. cit.

precedida dos levantamentos necessários aptos a comprovar a real necessidade de extinção contratual ²⁸⁸.

De toda sorte, há que ser considerada a questão do prejuízo que uma eventual rescisão pode causar ao Poder Público, incluindo-se aí as despesas para realização de um novo procedimento de licitação:

A rescisão por inconveniência da contratação provoca, de modo inevitável, um prejuízo para a Administração Pública. As despesas já efetivadas anteriormente e a indenização devida ao particular acarretarão uma perda para o patrimônio público. Logo, apenas se aplica a regra quando a continuidade da execução do contrato acarretar lesões ainda maiores ²⁸⁹.

Válido salientar que, a Administração poderá rescindir o contrato unilateralmente, mas incidirá, neste ato, um controle tanto interno quanto externo dos “Tribunais de Contas, do Legislativo, bem como do Judiciário. Este último apenas caso tenha havido lesão de direito individual ou coletivo ou, ainda, lesão ao patrimônio público, hipótese de ação popular” ²⁹⁰. Neste sentido, resta esclarecido que o particular terá direito à sua defesa caso julgue inadequada a medida rescisória, e assim, Hely Lopes Meirelles expõe o seguinte:

Exige-se procedimento regular, com oportunidade de defesa, e justa causa. [...] O particular contratado, não se conformando com a decisão administrativa final, poderá recorrer às vias judiciais em defesa de seus direitos. O judiciário não poderá valorar o mérito da rescisão, mas deverá sempre verificar a existência de motivos e a sua adequação às normas legais e às cláusulas contratuais pertinentes, para coibir o arbítrio e o abuso de poder ²⁹¹.

O contratado terá o direito de ser ouvido e de se manifestar sobre o ocorrido, uma vez que a lei não será inteiramente cumprida se nem o particular executor do contrato tiver conhecimento do risco invocado pela Administração. A oitiva do particular se justifica, igualmente, para que este possa defender seus interesses referentes à apuração das perdas e danos, e, ainda, é cediço que a decisão da

²⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 543.

²⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, loc. cit.

²⁹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 553

²⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 249.

Administração estará sujeita a amplo controle jurisdicional, incluindo-se a possibilidade de ação popular ²⁹².

Hely Lopes²⁹³ ainda expõe a necessidade do ato rescisório ser formalizado em decreto ou despacho, onde se descreve o estado em que se encontra o objeto contratado, com indicação dos motivos que ensejaram a rescisão, para que a qualquer tempo possa ser levantada a legitimidade do ato, e fixada a indenização cabível ao particular. Inclusive,

A rescisão unilateral pode ocorrer por razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa, nos autos do processo relativo ao contrato (art. 78, XII) ²⁹⁴.

Acerca das consequências indenizatórias desta rescisão unilateral pautada no interesse público, pode-se afirmar o seguinte:

A rescisão administrativa em razão do interesse público não tem natureza punitiva, e por beneficiar a comunidade investe o contratante particular no direito de ser plenamente indenizado, conforme têm decidido os Tribunais. Esse é o único direito do então contratante. Vale dizer: o ex contratante, que não pode opor-se à rescisão, não tem direito a continuar no desfrute da situação criada pelo contrato, mas tão só a uma completa indenização (§ 2º do art. 79 do Estatuto Federal Licitatório). ²⁹⁵

De fato, “como não há culpa do contratado, tem este direito à reparação dos prejuízos que a rescisão ocasionou. A não ser assim, haveria verdadeiro enriquecimento sem causa por parte da Administração” ²⁹⁶.

Assim, nesta esteira, parcela da doutrina trata a rescisão unilateral da Administração por motivo de interesse público com a mesma lógica da revogação de um ato administrativo, de maneira que será cabível, inclusive, indenização

²⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 543.

²⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 249.

²⁹⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 231.

²⁹⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 787

²⁹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 189.

abrangendo danos emergentes e lucros cessantes.²⁹⁷ No que tange ao ressarcimento, correto afirmar que:

Cabe indenização ao contratado, com direito à devolução da garantia, aos pagamentos devidos pela execução até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização (art. 79, § 1º)²⁹⁸.

Marçal Justen Filho pertence à vertente que assemelha o instituto a uma revogação pertinente aos atos administrativos, e leciona que ocorrendo a rescisão por conveniência da Administração o particular passa a ter direito aos lucros cessantes, visto que “este direito não pode ser unilateralmente suprimido pela Administração, sob invocações de conveniência e oportunidade”²⁹⁹.

2.5 O Dever da Boa- Fé

Diante de todo o exposto até o momento, é possível averiguar que um importante princípio, e mais que isso, um dever de procedimento, que rege não só a contratação privada, mas igualmente a contratação administrativa, e deve sempre ser observado por ambas as partes, é o dever da boa-fé.

Para o tema abordado neste trabalho, a boa-fé é utilizada como um dos norteadores da atuação da Administração, no sentido do dever de proceder com lealdade perante o seu cocontratante particular, assim como uma obrigação de imposição de limites a arbitrariedades que podem emergir de uma decisão discricionária da Administração.

Desta feita, o Poder Público não deverá atuar com base na lucratividade do negócio pactuado, ou se aproveitar de situações concretas que a favoreçam em detrimento e prejuízo do contratado, apesar de seu objetivo ser o de buscar sempre a satisfação do interesse público.

²⁹⁷ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 219.

²⁹⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 231.

²⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 473

Ao contratante, que busca sua pretensão econômica, cabe cumprir rigorosamente e de forma também leal as obrigações dispostas no instrumento contratual, executar satisfatoriamente sua função, bem como submeter-se à fiscalização e a incidência de cláusulas exorbitantes, inerentes ao contrato administrativo. Logo, uma vez que assim proceda, deve a Administração zelar pelo equilíbrio da equação econômico – financeira da relação, direito do contratado, que não poderá ser menosprezado pelo Poder Público ³⁰⁰.

Em hipótese de decisão administrativa que tenha por fim a alteração unilateral do contrato ou mesmo sua rescisão, a Administração deve pautar-se no princípio da boa-fé para efetuar a medida mais adequada ao caso concreto. Também há de ser aplicado o princípio em sede da intangibilidade da equação econômico – financeira do contrato, que deve ser garantida pela Administração Pública ³⁰¹, visto tratar-se de um direito adquirido do particular em decorrência da licitação ³⁰².

Desta maneira, não poderão ser aplicadas medidas desproporcionais ou limitativas ao exercício do objeto contratado, vez que,

Espera-se da Administração a fixação de condições favoráveis à execução contratual, de forma a, sem descuidar de *standards* de eficiência, facilitar (e não dificultar) o cumprimento das metas e obrigações prescrita ³⁰³.

É reconhecida, então, a necessidade de proteção à boa-fé do particular na contratação administrativa. Ainda que atuando no exercício de sua prerrogativa de alteração unilateral, a Administração deve resguardar a boa-fé do particular contratado, pois, assim, impede-se que o Poder Público utilize a prerrogativa de alterar unilateralmente os contratos para deliberadamente impor ao particular a sua vontade ³⁰⁴.

³⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 649-650.

³⁰¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 246.

³⁰² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 218-219.

³⁰³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha, op. cit., p. 247.

³⁰⁴ CARDOSO, André Guskow. *A Garantia ao Devido Processo Legal e o Dever de Boa – Fé nos Contratos Administrativos*. Disponível em: http://www.justen.com.br/noticias/Devido_processo_legal_e_boa-fe_-_Migalhas.pdf. Acesso em: 30 set. 2014.

Note-se que, mesmo nos casos em que a Administração promove alteração para atender a um interesse público específico, não é possível impor prejuízo aos direitos do particular sem a necessária compensação. Isso não significa que o Poder Público não possa promover a alteração unilateral da avença administrativa, quando detectar que as suas previsões iniciais não eram adequadas ou foram superadas pela realidade. Porém, essa alteração depende do preenchimento de determinados requisitos ³⁰⁵.

Cita-se aqui um precedente do Superior Tribunal de Justiça, que, no Recurso em Mandado de Segurança 14.924/DF, julgado em 06 de setembro de 2005, cujo relator foi Ministro João Otávio de Noronha, é possível observar a importância da boa-fé na relação entre particular e Administração. Neste diapasão,

Em suma, o precedente do STJ ora comentado reconhece que à Administração é possível promover a alteração unilateral dos contratos administrativos, desde que seja para o atendimento do interesse público, situação a ser demonstrada em processo administrativo regular, no qual sejam assegurados ao particular o contraditório e a ampla defesa. Ademais, exige-se que a atuação da Administração respeite a boa-fé do particular no momento da contratação, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Disso deriva que a possibilidade de alteração unilateral dos termos dos contratos administrativos não é absoluta e nem ilimitada. Daí a importância do citado precedente para a consolidação dos postulados do Direito Administrativo atual ³⁰⁶.

Portanto, defende-se que a postura da Administração perante seu contratado, responsável pela prestação do serviço que tem por fim o atendimento do interesse da coletividade deve ser de lealdade, “razão pela qual não mais se deve enxergá-lo como simples súdito, mas sim como cidadão dotado de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos” ³⁰⁷.

³⁰⁵ CARDOSO, André Guskow. *A Garantia ao Devido Processo Legal e o Dever de Boa – Fé nos Contratos Administrativos*. Disponível em: <http://www.justen.com.br/noticias/Devido_processo_legal_e_boa-fe_-_Migalhas.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

³⁰⁶ CARDOSO, André Guskow. *A Garantia ao Devido Processo Legal e o Dever de Boa – Fé nos Contratos Administrativos*. Disponível em: <http://www.justen.com.br/noticias/Devido_processo_legal_e_boa-fe_-_Migalhas.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

³⁰⁷ ZAMBÃO, Joana da Fonseca Sauer. *A Proteção da Confiança no Âmbito da Administração Pública*. 2010. 24 f. Artigo Científico – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

Ademais, a boa-fé em conjunto com os demais princípios, como legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade são verdadeiros limites à atuação discricionária da Administração no contrato administrativo. Faz-se aqui um paralelo da boa-fé com a segurança jurídica que pretende o contratado obter quando da celebração do pacto com a Administração, bem como durante sua execução, emergindo desta forma, a noção da boa-fé como instrumento de tutela da segurança, considerando-se que por meio desta, busca-se garantir uma legítima expectativa do contratado, que confia na estabilidade de relações jurídicas criadas através do pacto com o Poder Público ³⁰⁸.

Assim, nesta linha, a boa-fé e a confiança depositadas pelo particular na contratação pública se conectam, também, à própria moralidade administrativa, na medida em que esta prevê a eticidade na conduta da Administração juntamente com a boa-fé e o dever de lealdade nas relações contratuais travadas pelo Poder Público, de forma a perfazer sempre uma relação transparente e equilibrada entre as partes ³⁰⁹.

Desta forma, agindo a Administração com base nos preceitos da boa-fé, que permeia toda a contratação pública, desde a licitação, até a alteração ou rescisão unilaterais do instrumento contratual, garantirá ao particular as condições legais que incidem na contratação administrativa expostas neste estudo, viabilizando a boa execução de um serviço que atenda o interesse público, e também o interesse do seu cocontratante, vez que, conforme explanado, a lei prevê, além de privilégios à Administração, instrumentos de proteção ao particular que venha a contratar com o Poder Público.

³⁰⁸ ZAMBÃO, Joana da Fonseca Sauer. *A Proteção da Confiança no Âmbito da Administração Pública*. 2010. 24 f. Artigo Científico – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

³⁰⁹ ZAMBÃO, Joana da Fonseca Sauer. *A Proteção da Confiança no Âmbito da Administração Pública*. 2010. 24 f. Artigo Científico – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

Conclusão

Atualmente, observa-se que a doutrina e a jurisprudência passam a considerar o particular como detentor de determinados direitos no ambiente da contratação administrativa, em detrimento aos posicionamentos clássicos que defendem de forma absoluta a indisponibilidade do interesse público e a posição de supremacia da Administração perante seu contratado, de forma a autorizar as decisões discricionárias que venham a trazer prejuízos ao particular, sem que este tenha mecanismos de evitar a absorção dos agravos financeiros que venha a sofrer por ato do Poder Público realizado sem observação dos dispositivos legais.

Assim, em conformidade com todo o exposto, pode-se verificar que o contratado da esfera privada, de forma clara, visará o lucro quando firma um pacto administrativo, em contrapartida à assunção de obrigações inerentes à execução do objeto contratado. Este objetivo é perfeitamente cabível no Direito Público, vez que, como se vê, a própria Lei 8.666/93 confere ao ente privado o direito ao equilíbrio da equação econômico – financeira, que nada mais é senão a relação entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração no momento de celebração da avença, sendo que esta proporção deverá ser mantida mesmo na superveniência de fatos imprevistos quando da celebração do instrumento.

Além disso, a lucratividade do particular há de conviver em harmonia com a garantia do interesse público, obrigação esta que deve ser perseguida pela Administração, de sorte que a relação entre ambos deverá ser pautada na boa-fé, e na confiança depositada pelo contratado no Poder Público, no sentido de esperar que este último lhe garanta uma boa execução do objeto acordado, mediante a retribuição econômica adequada, com a efetivação das revisões necessárias em ocorrência de determinados fatos que possam afetar o equilíbrio econômico do contrato.

Isto significa que a persecução do interesse público nem sempre será absoluta em uma relação entre setor público e privado. Vale dizer, em consonância com o já explanado, que a Administração não deve agir de forma a causar a ruína do particular, o qual impende ser caracterizado como um colaborador para a

consecução do serviço público que apresenta, sempre, a satisfação das necessidades da coletividade.

Então, o Poder Público deve, por meio dos princípios que regem o Direito Administrativo, ponderar acerca do caso concreto antes de tomar medidas que acarretem alteração ou rescisão unilateral do contrato e que possam causar onerosidade excessiva ao seu parceiro. Daí a necessidade de haver uma decisão motivada, expressamente fundamentada, pautada no interesse público de alta relevância e amplo conhecimento e, na maior parte das vezes, existir um fato superveniente e desconhecido à época da contratação, para que estes atos unilaterais sejam de fato pertinentes e embasados no interesse público tutelado pela Administração, além de oportunidade de defesa do executor do contrato.

Nesta esteira, em sede de ocorrência dos institutos definidos como teoria da imprevisão, fato do príncipe e fato da Administração, todos capazes de alterar a equação –econômico financeira do contrato, o particular deverá ser tutelado, sendo-lhe resguardado o direito à defesa, à indenização pelos prejuízos, podendo inclusive abranger danos emergentes e lucros cessantes, e, em certos casos, até mesmo a rescisão do contrato, por meio de incidência do princípio da *exceptio non adimpleti contractus*, a ser invocado pelo contratado na falta da Administração, em hipóteses elencadas neste estudo.

Sendo assim, defendeu-se, aqui, a mitigação dos atos discricionários do Poder Público materializados por meio das cláusulas exorbitantes em sede de alteração e rescisão unilateral do contrato administrativo, com vistas a evitar que, sob o bojo da alegação do “interesse público”, sem as devidas justificativas e demais requisitos legais, possa a Administração causar prejuízos ao particular de boa-fé, e este suportá-los isoladamente.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BIANCOLINI, Adriano. *Limites das Alterações Unilaterais Qualitativas dos Contratos Administrativos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, nº 3205, 10 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21479>>. Acesso em: 20 set. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BREWER-CARÍAS, Allan. *Contratos Administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed., Coimbra: Almedina, 1997.

CARDOSO, André Guskow. *A Garantia ao Devido Processo Legal e o Dever de Boa – Fé nos Contratos Administrativos*. Disponível em: <http://www.justen.com.br/noticias/Devido_processo_legal_e_boa-fe_-_Migalhas.pdf>. Acesso em: 31 set. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2009.

Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. 2ª ed. Madrid Editora Tecnos S.A, vol I, 1983.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Extinção dos Contratos Administrativos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRITOLI, Fernanda Ghiuro Valentini. *Extinção do contrato administrativo pela administração por razões de interesse público*. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52467,21048Extincao+do+contrato+administrativo+pela+administracao+por+razoes+de>>. Acesso em: 01 out. 2014.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direito Administrativo*. 14ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. *Considerações sobre Contratos Administrativos*. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9288 Acesso em 29 set. 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Contratos Administrativos*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito do Estado. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-RICARDO%20MARCONDES%20MARTINS.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2014.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol III, 1975.

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

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2011.

ZAMBÃO, Joana da Fonseca Sauer. *A Proteção da Confiança no Âmbito da Administração Pública*. 2010. 24 f. Artigo Científico – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.