

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

RHAISA SOFIA CETIN

**DAS CLÁUSULAS ESSENCIAIS E DAS EXORBITANTES NOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

SÃO PAULO

2016

RHAISA SOFIA CETIN

**DAS CLÁUSULAS ESSENCIAIS E DAS EXORBITANTES NOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

Projeto de Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Especialização em Direito Contratual, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Contratual, a orientação da Profa. Dra. Terezinha de Oliveira Domingos.

SÃO PAULO

2016

RESUMO

Os contratos administrativos apresentam diversas peculiaridades, as quais serão brevemente explanadas no presente trabalho. Buscar-se-á, também, fazer uma síntese das modalidades existentes do contrato ora comentado, apontando-se em seguida, de forma mais robusta, suas cláusulas essenciais e exorbitantes, demonstrando, através dessa última, a supremacia do interesse público sobre o privado nas relações contratuais, o que o faz ser distinto dos contratos civis.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos Administrativos; Modalidades; Cláusulas Essenciais; Cláusulas Exorbitantes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	
1.1. Do Direito Administrativo.....	8
1.1.1. Do contrato administrativo.....	9
1.2. Conceito e características.....	9
1.3. Legislação aplicável.....	12
1.4. Formalização.....	13
1.5. Execução e inexecução.....	15
1.6. Extinção.....	17
2. MODALIDADES DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	
2.1. Concessão / Permissão.....	18
2.2. Gestão.....	21
2.3. Gerenciamento.....	21
2.4. Obras.....	22
2.5. Serviço.....	23
2.6. Compra.....	24
2.7. Consórcio.....	25
2.8. Convênio.....	26
2.9. Termo de parceria.....	28
2.10. Contrato de repasse.....	28
3. CLÁUSULAS NECESSÁRIAS DE ACORDO COM A LEI Nº 8.666/93	
3.1. Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.....	29
3.2. Conceito das cláusulas necessárias.....	29
3.3. O artigo 55 da Lei nº 8.666/93 e as cláusulas necessárias, especificamente.....	30
3.4. Cláusulas Facultativas.....	36
4. CLÁUSULAS EXORBITANTES	
4.1. Considerações iniciais.....	37
4.2. Alteração unilateral.....	38
4.2.1. Reajuste de preços e tarifas e revisão contratual com recomposição de preços.....	41
4.2.2. Teoria da Imprevisão.....	42
4.2.3. Interferências imprevistas.....	46
4.2.4. Força maior e caso fortuito.....	46
4.2.5. Fato do príncipe.....	47

4.2.6. Fato da administração.....	49
4.3. Rescisão unilateral.....	50
4.4. Inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido.....	52
4.5. Fiscalização do contrato.....	53
4.6. Aplicação de penalidades contratuais.....	55
4.7. Exigência de garantia.....	57
4.7.1. Modalidades de garantia.....	59
Considerações finais.....	62
Referências Bibliográficas.....	64

INTRODUÇÃO

No âmbito dos contratos há uma série de classificações, sendo importante consignar, desde já, que são inúmeras as diferenças entre contratos privados e contratos públicos (denominados “contratos administrativos”), tendo o presente trabalho foco nesse último.

O contrato, comumente estudado no Direito Civil, consiste, em apertada síntese, em um negócio jurídico por meio do qual as partes delimitam determinados efeitos que pretendem atingir, segundo a autonomia de suas vontades, respeitando, contudo, determinados princípios.

A Administração Pública, contudo, pode celebrar contratos que possuam características peculiares, as quais regidas por lei específica e, principalmente, pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado.

É estudada pelo Direito Administrativo, e tem como função legal o cumprimento de suas obrigações com vistas, sempre, ao atendimento do interesse público, não havendo autonomia de vontade, mas submissão das decisões à Constituição Federal e demais normas aplicáveis, existentes em nosso ordenamento jurídico.

Interesse público não deve ser definido como interesses do Estado, mas sim como a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, interesses privados que são de interesse de toda a coletividade. Desse modo, certo é que, o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado acaba por muitas vezes resguardando esse último, sendo pressuposto lógico do convívio social.

A utilidade pública é a essência do contrato administrativo, enquanto que ao particular o objetivo da contratação é o interesse individual.

Para resguardar tais interesses a Administração Pública se utiliza, dentre outras formas, do contrato administrativo, que estão sujeitos às regras e princípios do Direito Público, que estipulam cláusulas que lhe são essenciais, garantindo-lhe validade.

Esses contratos contam, ainda, com particularidades não encontradas nos de Direito Privado, as quais se denominam “Cláusulas Exorbitantes”, e são assim batizadas por conferirem privilégios a uma das partes, no caso, a Administração Pública.

As cláusulas acima descritas, caso inseridas em um contrato de Direito Civil, seriam uma afronta ao princípio da paridade entre os contratantes e seriam consideradas ilegais ou, ao menos, inadequadas.

São inúmeras as cláusulas ditas exorbitantes e, ainda, pode-se ressaltar a existência de dispositivos legais e orientações jurisprudenciais que geram desavenças na doutrina sobre a sua classificação ou não como tal. Dentre as e mais consagradas, salienta-se o equilíbrio econômico-financeiro, a fiscalização do contrato e a aplicação de penalidades contratuais.

Assim sendo, o presente trabalho pretende abordar as cláusulas essenciais e exorbitantes dos contratos administrativos, demonstrando através das primeiras o rigorismo técnico a que são submetidos tais contratos, e, das segundas, a posição de superioridade da Administração Pública em relação ao outro polo contratual.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

1.1. Do Direito Administrativo

Após a Revolução Francesa de 1789 e, conseqüentemente, o surgimento do Estado de Direito, afirmou-se o princípio da separação dos poderes e iniciou-se, então, a submissão do Poder Executivo às leis editadas pelo Legislativo, tornando-se possível disciplinar a organização e as atividades da Administração Pública.

A evolução histórica responsável por este encaminhamento que afastou o Poder Judiciário do exame dos atos administrativos e que culminou com a instituição de uma “Jurisdição Administrativa”, criadora do Direito Administrativo, advém de que, após a Revolução Francesa, desenvolveu-se naquele país uma singular concepção da tripartição do exercício do Poder, segundo a qual haveria uma violação dela se o Judiciário controlasse atos provenientes do Executivo. Em verdade, esta teorização foi simplesmente uma forma eufêmica de traduzir a prevenção que os revolucionários tinham com o Poder Judiciário (então denominado “Parlamento”), o qual, além de um arraigado conservantismo, de fato invadia competências administrativas e arvorava-se em administrador¹.

Assim, o Direito Administrativo surgiu na França (após supradescrita Revolução), por meio da Lei de 28 de Pluvioso ano VII ², e, em 1817, instituiu-se na Universidade de Paris a Cadeira de Direito Administrativo.

Basicamente, os institutos e princípios do Direito Administrativo nesse país foram formulados pela jurisprudência do Conselho de Estado. A partir daí, o Direito Administrativo se difundiu pela Europa e para o mundo³.

Na Alemanha, o Direito Administrativo surgiu como lei e ciência após a unificação político-administrativa do país, fruto da Constituição de 1870. Na Itália e Espanha, desenvolveu-se sob a influência dos autores e doutrina franceses⁴.

No Brasil, o Direito Administrativo se alicerçou, predominantemente, nos padrões franceses, e o estudo desse Direito passou a ser obrigatório, enquanto matéria curricular, em 1851, por meio do Decreto 608, de 16 de agosto de 1851⁵.

O Direito Administrativo no Brasil, contudo, não está codificado, estruturando-se sobre a relação dialética entre doutrina e jurisprudência, baseando-

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 40.

² REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 31.

³ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 39.

⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40.

⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

se, também, em alguns diplomas legislativos, sendo certo, ainda, contar com regime jurídico próprio, diferente do regime jurídico de Direito Privado⁶.

Em 1988, a Constituição Federal constitucionalizou algumas disposições e princípios administrativos, contemplando, inclusive, um Capítulo específico acerca da “Administração Pública” (Tit. III, Cap. VIII, arts. 37 a 43).

1.1.1. Do contrato administrativo

Quanto ao contrato administrativo, precisamente, também surgiu na França, berço do Direito Administrativo, como já explanado, e teve por fundamento a impossibilidade da Administração Pública desenvolver regularmente suas atividades sem uma figura contratual, em que as obrigações das partes estivessem devidamente elencadas.

1.2. Conceito e Características

Contrato, de uma forma mais abrangente, é um ato jurídico bilateral, sempre guiado por pelo menos duas manifestações de vontade e que tem por desígnio a criação, modificação ou extinção de direitos e deveres. Os contratos, assim, são todos os acordos ou combinações oriundos da vontade das partes⁷.

Quando da análise dos contratos celebrados pela Administração Pública, são averiguadas duas formas distintas do instrumento, a saber, os “contratos da Administração Pública” e os “contratos administrativos”.

De acordo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A expressão **contratos da Administração** é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão **contrato administrativo** é reservada para designar tão-somente os **ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público**⁸. (Grifo nosso)

Cretella Júnior discorre no mesmo sentido:

Celebram-se, nesses casos, ou contratos privados, contratos de direito comum, sujeito às regras do direito civil ou comercial, ou, então, contratos

⁶ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 07.

⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2011. p. 472.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p.251.

públicos, contratos administrativos, submetidos a regras que exorbitam do âmbito do direito comum. Ambos os contratos, contratos da Administração, são, antes de tudo, contratos, diferenciando-se, porém, quanto ao regime jurídico a que se submetem⁹.

Nessa toada, contrato administrativo é, por muitos doutrinadores, considerado uma espécie do gênero “contrato”, formado sob os princípios e normas de Direito Público (subsidiariamente aplicar-se-á A Teoria Geral dos Contratos e as disposições de Direito Privado – artigo 54, *caput*, Lei nº 8.666/93), visando à celebração de atos destinados ao atendimento das necessidades da população em geral.

Importante destacar, nesse momento, o supradescrito artigo 54, senão vejamos:

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

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

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

E também o artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93:

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.

Doutrinariamente, Fernanda Marinela:

Pode-se conceituar “contrato administrativo” como a convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para construir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica patrimonial, tendo sempre a participação do Poder Público, visando à persecução de um interesse coletivo, sendo regido pelo direito público. É o ajuste que a Administração Pública firma com o particular ou outro ente público, para a consecução do interesse coletivo. O instrumento é regulado pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se a eles, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado¹⁰.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo:

⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 354.

¹⁰ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2014. p. 471.

Um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado¹¹.

Conclui-se, em síntese, que o contrato administrativo engloba ajustes realizados pela Administração Pública, mediante normas por ela pré-estabelecidas, buscando sempre a preservação do interesse público.

Os contratos em regra geral, dentre outras características, são consensuais (há acordo de vontades); formais (comumente são escritos); onerosos (remuneração conforme o estipulado contratualmente); pluripartes (exige a presença de mais de uma parte); comutativos (contemplam compensações recíprocas entre as partes) e intuitu personae (execução direta pelas próprias partes, em regra)¹².

O contrato administrativo, segundo Fernanda Marinella, é:

- a) **Consensual**, porque se torna perfeito e acabado com uma simples manifestação de vontade, e os demais atos decorrentes dessa manifestação representam adimplemento do contrato, sua execução;
- b) **Formal**, porque não basta o consenso de vontades; é necessária também a obediência a certos requisitos, como os estabelecidos nos arts. 60 a 62 da Lei nº. 8.666/93;
- c) **Oneroso**, porque tem um valor economicamente considerável, devendo ser remunerado na forma convencionada;
- d) **Comutativo**, porque se exige equivalência entre as obrigações, previamente ajustadas e conhecidas;
- e) **Sinalagmático**, porque se exige reciprocidade das obrigações;
- f) **De adesão**, característica, para a maioria da doutrina, sempre presente nos contratos administrativos, tendo em vista que o contratado não tem a possibilidade de discutir cláusula contratual. Nesses contratos, uma das partes, no caso a Administração, tem o monopólio da situação e todas as cláusulas são impostas unilateralmente, tendo o contratado a liberdade de decidir se quer ou não participar da relação jurídica;
- g) **Personalíssimo**, porque exige confiança recíproca entre as partes. É *intuitu personae*, porque o contrato representa a melhor proposta entre as apresentadas. Esse fato restringe a possibilidade de subcontratação¹³.

Além das características mencionadas acima, especificamente quanto aos contratos administrativos, só poderão ser celebrados após prévia licitação, somente dispensável, dispensada ou inexigível nos casos previstos em lei (Lei, nº 8.666/93, artigos 17, 24 e 25).

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 626-627.

¹² REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 323.

¹³ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2014. p. 474/475.

E ainda quanto às características específicas dos contratos administrativos, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro referidos instrumentos contam com as seguintes peculiaridades¹⁴:

1. presença da Administração Pública como Poder Público;
2. finalidade pública;
3. obediência à forma prescrita em lei;
4. procedimento legal;
5. natureza de contrato de adesão;
6. natureza *intuitu personae*;
7. presença de cláusulas exorbitantes;
8. mutabilidade.

Imperioso também consignar que o contrato administrativo se distingue dos contratos privados por diversas razões, dentre as quais se pode citar a supremacia do poder da Administração Pública na relação contratual; a existência de prerrogativas/privilégios em favor desta no que atine à fixação, alteração e rescisão contratual; possibilidade de controle e fixação de sanções e penalidades pela Administração Pública em caso de descumprimento, pela parte contrária, dos preceitos nele estabelecidos; sujeição a limitação de conteúdo e a requisitos formais a serem respeitados¹⁵.

O Supremo Tribunal Federal entende que os contratos administrativos diferem dos contratos civis haja vista a “mutabilidade” a que fazem *jus* e às “cláusulas exorbitantes”¹⁶.

Tais prerrogativas advêm, principalmente, da supremacia do interesse do público sobre o interesse particular.

1.3. Legislação aplicável

Os contratos firmados pela Administração Pública tinham por alicerce, inicialmente, o Código da Contabilidade Pública da União, de 1922; calharam, num

¹⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 261.

¹⁵ REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 323-324.

¹⁶ STF, AI 42.854-GB, 2ª T., v.u., j. 7-5-1968, rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ 28-6-1968, p. 1753.

segundo momento, a ser norteados pelo Decreto-lei nº. 200/67, em seus artigos 125 a 144; posteriormente, ditos instrumentos passaram a ser disciplinados pelo Decreto-lei nº. 2.300/1986, o qual instituiu o Estatuto Jurídico das Licitações e contratos administrativos.

Nesse contexto surgiu, em 1988, uma nova Constituição Federal, que em seu artigo 22, inciso XXVII, determina:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - 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, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

No *caput* do artigo 37, por sua vez, o mesmo diploma legal disciplina os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, os quais, obrigatoriamente, têm que ser atendidos pela Administração direta e indireta, sendo que o seu inciso XXI expõe que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação, ressalvados os casos especificados em lei.

Nesse ínterim, o artigo 173, § 1º, inciso III da Constituição Federal estabelece que a lei instituirá o estatuto jurídico referente à licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Assim, em 21 de junho de 1993, nasce a Lei nº. 8.666, que, alicerçada nos dispositivos já citados da Magna Carta, introduziu o atual Estatuto Jurídico de Licitações e Contratos Administrativos nas esferas Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, e, assim, é lei regulamentadora dos contratos administrativos.

1.4. Formalização

Quanto à formalização dos contratos ensina Maria Sylvia Z. Di Pietro:

Para os contratos celebrados pela Administração, encontram-se na lei inúmeras normas referentes à forma; esta é essencial, não só em benefício do interessado, como da própria Administração, para fins de controle da legalidade. Além de outras leis esparsas, referentes a

contratos específicos, a Lei nº. 8.666/93 estabelece uma série de normas referentes ao aspecto formal¹⁷.

Possível concluir, assim, que a forma é garantia da eficácia e da moralidade na contratação, que, obrigatoriamente, deverá atender requisitos essenciais à sua concretização.¹⁸

Regra geral, o contrato administrativo será escrito, sendo nulo e de nenhum efeito o contrato verbal, “salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento” (artigo 60, parágrafo único, Lei nº 8.666/93).

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO VERBAL. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA JULGADA IMPROCEDENTE. BOA-FÉ AFASTADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. APLICAÇÃO DO ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI DE LICITAÇÕES.

I - Consta do acórdão recorrido inexistir boa-fé na atitude da empresa agravante, de contratar com o serviço público sem licitação e por meio de contrato verbal. Eis o trecho nele transcrito: "(...) não há elementos que autorizem o conhecimento da boa-fé da Autora, uma vez que estava ciente de que as contratações deveriam ser precedidas de licitação, pelo que se deduz da prova testemunhal, ou pelo menos de justificativa prévia e escrita de dispensa ou possibilidade de licitação, em face do disposto no art. 26 da Lei de Licitações". (fls. 506). II - Assim sendo, na esteira da jurisprudência desta colenda Corte, ante a única interpretação possível do disposto no artigo 60, parágrafo único, da Lei de Licitações, "**é nulo o contrato administrativo verbal" e, ainda que assim não fosse, é nulo "pois vai de encontro às regras e princípios constitucionais, notadamente a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade, além de macular a finalidade da licitação, deixando de concretizar, em última análise, o interesse público"**. A propósito, confira-se, dentre outros: REsp 545471/PR, Primeira Turma, DJ de 19.09.2005. III - Outrossim, é de se relevar não ser cognoscível o recurso especial, relativamente à matéria contida no art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8666/93, haja vista não ter sido objeto de julgamento pelo acórdão a quo, inexistindo, portanto, o prequestionamento. IV - Agravo regimental improvido¹⁹. (Grifo nosso)

Importante observar ainda que, assim como os atos da Administração Pública devem ser públicos (princípio da publicidade), assim também o serão os seus contratos, não sendo necessária a publicação da íntegra, haja vista que o requisito é preenchido por mero resumo do ajuste, devendo ser respeitado o prazo legal, qual seja até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura.

¹⁷ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 262.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 220.

¹⁹ AgRg no Resp 915697/PR, STJ – Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, Julgamento: 03/05/2007, DJ: 24.05.2007.

Não poderá haver divergência entre o contrato descrito no edital e o efetivamente formalizado (artigo 62, §1º), sendo permitido a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório (artigo 63), e deverão, os contratos, ser lavrados nas repartições interessadas, exceto os relativos a direitos reais sobre imóveis, que são formalizados por instrumento lavrado no cartório de notas (artigo 60, *caput*).

Nesse momento, importante trazer à baila alguns dispositivos da Lei de Licitações, que abaixo seguem:

Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e as cláusulas contratuais.

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.

(...)

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

§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.

§ 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.

§ 3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.

Importante consignar, por fim, que é nulo e não terá qualquer efeito o contrato verbal celebrado com a Administração, salvo aqueles de pequenas compras de pronto pagamento, os quais não terão valor superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no artigo 23, inciso II, da Lei nº 8.666/93 (artigo 60, parágrafo único).

1.5. Execução e inexecução

As diretrizes gerais quanto à execução contratual está disciplinada nos artigos 66 a 76 da Lei nº 8.666/93, que dispõe acerca dos direitos e deveres dos

contratantes. Destarte, além dos direitos e deveres delineados no contrato, as partes devem respeitar os preceitos da legislação em comento.

Quanto à sua execução, o artigo 66 da Lei nº 8.666/93 dispõe que “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”.

Assim sendo, a execução contratual é o cumprimento, por ambas as partes, das cláusulas constantes do contrato administrativo.

De acordo com Meirelles, “executar o contrato é cumprir as suas cláusulas segundo a comum intenção das partes no momento de sua celebração”²⁰.

No curso da execução contratual, o principal direito da Administração Pública é o de contar com determinadas prerrogativas.

Já o direito do contratado é o de receber o que lhe é devido nos contratos de colaboração (execução de obras, serviços e fornecimento) ou de receber a prestação da Administração Pública em contratos de atribuição (concessão)²¹.

Ou seja, é obrigação da Administração Pública pagar determinado preço nos contratos de colaboração (enquanto o particular cumpre determinada prestação), e, nos contratos de atribuição, conceder o objeto do contrato ao contratado (que deverá pagar a remuneração convencionada)²².

Quanto à inexecução, é o inadimplemento das disposições contratuais. Para Meirelles²³, é o descumprimento parcial ou total das cláusulas contratuais.

Ocorrerá por ato ou omissão com culpa, ou sem culpa do contratado.

As infrações contidas no artigo 78 da Lei nº 8.666/93 são hipóteses de inexecução culposa, e são consequência de ato ou omissão de qualquer dos contratantes por negligência, imprudência ou imperícia no cumprimento das cláusulas constantes no contrato.

Já a inexecução sem a existência de culpa se dará como consequência de fatos ou atos alheios à vontade das partes, tais como o caso fortuito, a força maior, o fato do príncipe e o fato da Administração, ou ainda de interferências

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 229.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 230.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 231.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 249.

imprevistas²⁴, os quais permitem a rescisão e/ou a alteração do contrato por convenção das partes, conforme se vislumbra no artigo 65, II, inciso “d” da Lei nº. 8.666/93.

1.6. Extinção

Podem ser extintos das seguintes formas, segundo Lúcia V. Figueiredo²⁵:

a) Pela cessação de seus efeitos: a) em decorrência da implementação do objeto (execução total do objeto e consequente cumprimento do contrato); b) em decorrência do decurso de seu prazo.

b) Naturalmente: a) pela extinção do objeto, que pode se dar por fatos naturais (inundações, terremotos, etc.) ou por fatos do homem (guerra, revolução, etc.); b) extinção da pessoa jurídica: os contratos administrativos têm envolvidas determinadas pessoas jurídicas, e a sua extinção, com impossibilidade de transferência ou continuação por outra pessoa, implica na extinção do contrato; c) concordata do contratado; d) morte do contratado: os contratos solenizados com pessoas físicas são personalíssimos, de modo que a morte do contratado extingue o contrato.

c) Por provocação da Administração: a) no caso de inadimplência do contratado; b) rescisão administrativa unilateral: por conveniência ou oportunidade, ou ante ilegalidade.

d) Por provocação do contratado: a) por aditamentos contratuais indevidos; b) pelo desbalanceamento da equação econômico-financeira do contrato: se presente “fato do príncipe”, fatos imprevistos ou álea extraordinária; c) que recorrerá à Administração, às Cortes de Contas ou ao Poder Judiciário no caso de vícios no ajuste ou na licitação que o precedeu.

e) Por provocação da Administração, através das Cortes de Contas ou pelo Judiciário: no caso de vício do ajuste ou da licitação antecedente.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 250.

²⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 548-559.

2. MODALIDADES DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1. Concessão / Permissão

Os regimes de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no artigo 175 da Constituição Federal de 1988, veio a ser tratado em pormenores somente em 1995, através da Lei nº 8.987/95.

Para bem elucidar o assunto, oportuno trazer à baila o artigo 175 da CF/88:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Conceitualmente, para Hely Lopes Meirelles:

Contrato de concessão é o ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. Daí a tripartição da concessão em concessão de serviço público, concessão de obra pública e concessão de uso de bem público, consubstanciadas em contrato administrativo bilateral, comutativo, remunerado e realizado *intuitu personae*²⁶.

E continua Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem não há uniformidade sobre a definição do instituto da concessão, sendo possível separá-lo em 3 grupos:

1. os que, seguindo a doutrina italiana, atribuem acepção muito ampla ao vocábulo *concessão* de modo a abranger qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, pelo qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular; não tem muita aceitação no direito brasileiro que, em matéria de contrato, se influenciou mais pelo direito francês;

2. os que lhe dão acepção menos ampla, distinguindo a concessão translativa da constitutiva, e admitindo três tipos de concessão: a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público;

3. os que lhe dão acepção restrita, só considerando como concessão a delegação de poderes para prestação de serviços públicos, ou seja, a concessão de serviços públicos²⁷.

Ainda Maria Sylvia, quanto à concessão translativa e concessão constitutiva:

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 260-261.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 287.

Em resumo, a concessão translativa importa a passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo; os direitos derivados dessa concessão são próprios do Estado, porém transferidos ao concessionário; são dessa modalidade as concessões de serviço público e de obra pública, as concessões patrocinadas e as concessões administrativas, estas últimas quando tiverem por objeto a prestação de serviço público. A concessão constitutiva ocorre quando, com base em um poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo; é o que ocorre no caso de concessão de um bem público²⁸.

Logo, trata-se de contrato que tem por objeto a transferência da execução de um serviço, que seria incumbência do Poder Público, ao particular, o qual será remunerado dos gastos com o empreendimento mediante uma tarifa imposta aos usuários, sendo corriqueira a fixação de um preço devido pelo concessionário ao concedente a título de pagamento dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução²⁹.

Em suma, vale destacar que, em que pese algumas especificações, são idênticas pelo fato de que deverão respeitar todos princípios do Direito Administrativo, bem como as prerrogativas e as sujeições da Administração Pública, não se olvidando, ainda, das cláusulas essenciais dos contratos administrativos.

A concessão será precedida de licitação na modalidade concorrência. Além disso, o agente público deverá publicar, antes da publicação do edital de licitação, justificativa das razões pelas quais concederá a concessão³⁰.

A concessionária poderá ser pessoa jurídica ou consórcio de empresas.

A concessão está prevista na Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe acerca dos direitos e obrigações dos usuários; da licitação; do contrato; da política tarifária; dos encargos do concedente e da concessionária; da intervenção do poder concedente e da extinção da concessão.

Quanto à concessão de serviços de energia, verifica-se a Lei nº. 9.074/1995, a qual, nos moldes do artigo 176 da Constituição Federal/1988, traz normas complementares à concessão e a permissão desses serviços.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 288.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 260-261.

³⁰ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 440-441.

A Lei nº. 8.977, de 06 de janeiro de 1995, dispõe sobre a concessão do serviço de TV a cabo; e a Lei nº. 9.295, de 19 de julho de 1996, disciplina a concessão de prestação de serviço de telefonia celular.

Já a Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, veio para expandir as modalidades de concessão, passando a compreender a Parcerias Público-Privadas (PPP) (Concessão Patrocinada e Administrativa).

Resumidamente, a parceria público-privada, segundo definição legal, é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa (artigo 2º da Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004).

E ainda referida lei, no mesmo artigo 2º, quanto à conceituação de supradescritos institutos:

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Nesse sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Para englobar as duas modalidades em um conceito único, pode-se dizer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público³¹.

Já a permissão de serviço público é, segundo o artigo 2º, IV, da Lei nº 8.987/95, “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

A permissão de serviço público deverá ser formalizada através de contrato de adesão, que observará as disposições da Lei nº 8.987/95, bem como as demais normas pertinentes e às do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente (artigo 40, *caput*).

A permissão, como se denota do inciso IV, do artigo 2º, da Lei nº 8.987/95, poderá ser celebrada com pessoas físicas, diferentemente do ocorre com a

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 306.

concessão (inciso III), e, em contrapartida, não poderá ser formalizada com consórcio de empresas.

2.2. Gestão

Contrato de gestão pode ser definido como “técnica de gestão privada ou meio de propiciar autonomia a empresas, entes ou órgãos estatais, dentro de parâmetros fixados pelo poder central, ou, ainda, como técnica de descentralização”³².

Os contratos de gestão tiveram origem na “necessidade de se desburocratizar e otimizar a prestação de serviços à coletividade, bem como viabilizar o fomento e a execução de atividades relativas às áreas especificadas na Lei 9.637/98”³³.

Assim, dito contrato permite à Administração Superior estabelecer metas e prazos de execução para as entidades privadas contratadas ou pelo ente da Administração indireta, possibilitando o devido controle dos resultados³⁴.

Nesse sentido, a Lei 8.666/93, em seu art. 24, XXIV, dispensa licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

Os encargos pelo não-cumprimento dos objetivos estabelecidos no contrato de gestão são imputáveis, apenas, à entidade contratada, não se atribuindo tais ônus ao Poder Público, que lhes transferiu recursos financeiros e lhes concedeu servidores públicos para tanto³⁵.

2.3. Gerenciamento

Contrato de gerenciamento “é aquele por meio do qual o Poder Público transfere a condução do empreendimento para o contratado, mantendo, porém, a capacidade decisória e fiscalizatória”³⁶.

Continua a doutrina:

³² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 242.

³³ REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 333.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 265-266.

³⁵ STJ, MS 10.527-DF, S1, v.u., j. 14-9-2005, rel. Min. Denise Arruda, DJ 7-11-2005, p. 75.

³⁶ REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 333.

É aquele em que o contratante, no caso, o Governo, comete ao gerenciador a condução de um empreendimento, reservando para si a competência decisória final e responsabilizando-se pelos encargos financeiros da execução de obras e serviços projetados, com os respectivos equipamentos para sua implantação e operação³⁷.

Logo, a Administração Pública permanece com a capacidade de fiscalização, controle e programação dos serviços ou obras públicas, cabendo ao gerenciador a condução do empreendimento.

2.4. Obras

Contrato de obra é aquele cujo objeto envolve a construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação realizadas por execução direta ou indireta (Lei nº 8.666/93, artigos 6º, I e 10).

Para Hely Lopes Meirelles:

Todo ajuste administrativo que tem por objeto uma construção, uma reforma ou uma ampliação de imóvel destinado ao público ou ao serviço público. Qualquer desses casos configura obra pública, que, em sentido administrativo, é toda realização material a cargo da Administração ou de seus delegados (art. 6º, I)³⁸.

Nos ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, as atividades descritas no inciso disposto no primeiro parágrafo deste tópico podem ser didaticamente diferenciadas da seguinte forma:

Construção resulta de atividades e materiais destinados à criação do bem. Reforma é o conjunto de alterações que esse bem pode sofrer, sem que seja ampliado. Ampliação pressupõe também que o bem já exista, mas que pelo contrato vai receber acréscimo em suas dimensões. A fabricação indica o sentido da criação do bem. Na recuperação (que não deixa de ser uma reforma), contrata-se para o fim especial de restauração do bem³⁹.

Destarte, o contrato administrativo de obra pública é todo ajuste entre a Administração Pública e o particular que tenha como objeto algum dos procedimentos elencados artigo 6º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, relacionado a imóvel destinado à população em geral ou ao serviço público.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 266.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 253-254.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. *apud* ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2013. p. 573.

2.5. Serviço

Trata-se do contrato que tem por objeto, conforme o artigo 6º, inciso II, da Lei nº 8.666/93:

Atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Para a doutrina os serviços podem ser “comuns”, “técnicos profissionais” e “técnicos profissionais especializados”⁴⁰.

Os serviços ditos comuns não demandam habilitação específica (a título de exemplo: serviços de limpeza).

Quanto aos serviços técnicos profissionais, exige-se, para sua execução, habilitação específica do profissional, dentre as quais se podem destacar registro profissional no órgão competente ou conclusão em curso universitário. A título de exemplo: serviços de engenharia ou advocacia⁴¹.

No que atine aos serviços técnicos profissionais especializados, sua execução demanda profissionais habilitados e de notória especialização.

Nesse ínterim, faz-se mister trazer a lume o seguinte dispositivo legal, da mesma lei acima citada:

Art. 13 – (...) consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- ~~III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras;~~
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Sobre o assunto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Outros são técnicos profissionais, porque exigem habilitação específica, como os de engenharia, advocacia, arquitetura. Dentre estes últimos, a Lei nº. 8.666/93 define alguns como serviços técnicos profissionais especializados (art. 13), numa enumeração taxativa e que é da maior importância porque podem ser contratados, sem licitação, desde que se trate de profissional notoriamente especializado, conforme conceito

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 219.

⁴¹ REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 327.

contido no artigo 25, §1º. Trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação (art. 25, II)⁴².

Assim como na de obras, a execução de serviços poderá ser direta ou indireta (empreitada por preços global, empreitada por preço unitário, tarefa ou empreitada integral) (artigo 10 da Lei nº 8.666/93).

Há ainda os serviços artísticos, senão vejamos:

Outra modalidade de serviço é o artístico, que pode ou não exigir habilitação legal e que se desenvolve nos mais variados setores em que se manifesta a arte. Esse tipo de serviço pode ser contratado sem licitação desde que se trate de profissional consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública; também é caso de inexigibilidade de licitação (art. 25, III)⁴³.

Logo, para contratação dos serviços artísticos não se exige profissional com habilitação legal, e a licitação, inclusive, é inexigível nos casos em que o artista é consagrado pela opinião do público.

2.6. Compra

O contrato de compra, também conhecido por contrato de fornecimento, é aquele que visa à aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente (artigo 6º, III, Lei nº 8.666/93).

Na visão de Hely Lopes Meirelles o contrato de fornecimento é conceituado da seguinte forma:

Contrato de fornecimento é o ajuste administrativo pelo qual a Administração adquire coisas móveis (materiais, produtos industrializados, gêneros alimentícios etc.) necessárias à realização de suas obras ou à manutenção de seus serviços (arts. 6º, III, e 14 a 16)⁴⁴.

Admite-se três modalidades, quais sejam: fornecimento integral, fornecimento parcelado e fornecimento contínuo.

No fornecimento integral deve-se entregar todo o objeto do contratado de uma única vez; no parcelado, o objeto contratado será entregue em momentos distintos, e o contrato será extinto com a última entrega da quantidade contratada; e, no contínuo, a entrega é sucessiva, a se dar nas datas ajustadas pelas partes, e no prazo de vigência do contrato.

⁴² PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010. p. 328.

⁴³ PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010. p. 328.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 259-260.

2.7. Consórcio

As terminologias “consórcio de empresas”, “consórcio administrativo” e “consórcio público” não se confundem.

Consórcio de empresas é a associação de dois ou mais interessados (empresas) que, por não terem, isoladamente, condições técnicas, de capital, trabalho e know-how para executar determinado empreendimento, reúnem-se para participar de determinada licitação⁴⁵.

Trata-se, conforme ensinamento de Gasparini, “do ajuste administrativo celebrado por pessoas públicas da mesma espécie, para a consecução de objetivos de interesse comum dos partícipes”⁴⁶.

Os consórcios administrativos, por sua vez, desde que não enquadrados na Lei nº 11.107/05, a qual aborda os consórcios públicos, são meros acordos de vontade, não sendo dotados de personalidade jurídica⁴⁷.

Já o consórcio público está previsto no artigo 241 da Constituição Federal.

Isto posto, surgiu a Lei nº 11.107/05, disciplinando normas gerais acerca do consórcio público, e, posteriormente, foi promulgado o Decreto nº 6.017/07, para regulamentação da execução de referida lei.

Segundo o artigo 2º, I, de supradescrito Decreto, consórcio público é:

Pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da [Lei nº 11.107, de 2005](#), para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

É o ajuste que entes federados celebram, precedido de protocolo de intenções e aprovação legislativa no qual delegam a gestão associada de serviços públicos e a realização de objetivos de interesses comuns, de conformidade com as normas legais, as cláusulas do protocolo e as do próprio contrato, inclusive as cláusulas que definem a sua personalidade jurídica, como associação pública de direito público ou como pessoa jurídica de direito privado, sem fins econômicos⁴⁸.

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 331.

⁴⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 732-733.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 343.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 331.

Logo, trata-se de pessoa jurídica cuja finalidade é o estabelecimento de cooperação mútua, em que os entes consorciados, que podem ser a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no todo em parte, destinarão pessoal e bens essenciais à execução do pactuado.

2.8. Convênio

Convênios administrativos são ajustes firmados entre pessoas administrativas, ou entre essas e particulares, cujo objetivo é a obtenção de determinados interesses em comum.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. CONVÊNIO. DISTINÇÃO. CONTRATOS. DENÚNCIA UNILATERAL. POSSIBILIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. PRESCINDIBILIDADE. PREJUÍZOS MATERIAIS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES ESTABELECIDAS NO INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A ação mandamental foi impetrada contra ato do Prefeito do Município de São Paulo e do Secretário Municipal do Trabalho que rescindiriam unilateralmente a participação do Município de São Paulo na qualidade de interveniente, em convênio firmado com o impetrante para a capacitação de jovens em situação de risco social e a inserção desses no mercado de trabalho.

2. Os convênios administrativos são ajustes firmados entre pessoas administrativas, ou entre essas e particulares, cujo objetivo é a obtenção de determinados interesses em comum. Diferem dos contratos administrativos, basicamente, pela ausência de interesses contrapostos, já que o elemento principal da união entre os convenientes é a cooperação e não o lucro geralmente visado nos contratos.

3. O vínculo jurídico existente nos convênios não possui a mesma rigidez inerente às relações contratuais, daí porque o art. 116, caput, da Lei 8.666/93 estabelece que suas normas se aplicam aos convênios apenas "no que couber". Diante disso, tem-se como regra a possibilidade de cada pactuante denunciar livremente o convênio, retirando-se do pacto. Entretanto, se essa atitude causar prejuízos materiais aos outros convenientes, é cabível a aplicação de sanções, a serem estabelecidas, via de regra, no próprio instrumento de colaboração.

4. No caso, a despeito da possibilidade de denúncia unilateral, deu-se efetiva oportunidade para a impetrante manifestar-se no processo administrativo e comprovar o cumprimento das prestações contempladas no pacto firmado. No entanto, da análise dos documentos anexados aos autos, não se demonstrou a impertinência das constatações realizadas pelo ente público.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido⁴⁹.

O elemento principal deste acordo, diferentemente dos contratos administrativos (que, geralmente, visam lucro), é a cooperação entre as partes.

⁴⁹ STJ, RMS 30.634-SP, 2ª T., v.u., j. 15-6-2010, rel. Min. Castro Meira, DJe 28-6-2010.

A Emenda Constitucional 19/98 deu uma nova redação ao artigo 241 da Constituição Federal, possibilitando expressamente a celebração de convênios de cooperação entre entes federados para a gestão associada de serviços públicos.

A magna carta, agora no artigo 199, §1º, assim dispôs quanto aos convênios a ser celebrados por instituições privadas:

As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

O vínculo jurídico existente entre as partes, neste instrumento, não é rígido como o encontrado nos contratos administrativos, sendo regra que cada pactuante pode se retirar livremente do pacto. Contudo, se essa atitude causar prejuízos materiais aos outros convenientes, poderá aquele ser penalizado, sendo que as sanções, em regra, já estão estabelecidas no próprio corpo do convênio⁵⁰.

Nesse contexto, a Lei nº 11.107/2005 dispõe acerca da possibilidade de concretização de convênio pelos consórcios (artigo 2º, §1º, I), e aborda, ainda, o convênio de cooperação (artigo 13, §§ 3º e 4º).

Quanto ao convênio de cooperação entre entes federados, trata-se de “pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles” (artigo 2º, VIII, do Decreto 6.017/2007).

A gestão associada, indicada acima, por sua vez, se resume em:

Convênio de cooperação entre entes federados: pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles. (artigo 2º, VIII, do Decreto 6.107/2007).

Importante consignar, por fim, a promulgação da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, a qual estabelece novas diretrizes para o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, e altera as Leis n^{os} 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999.

⁵⁰ STJ, RMS 30.634-SP, 2ª T., v.u., j. 15-6-2010, rel. Min. Castro Meira, DJe 28-6-2010.

Terá aplicação obrigatória nos Municípios somente a partir de 01 de janeiro de 2017.

2.9. Termo de Parceria

O Termo de Parceria surgiu como alternativa ao Convênio, acima descrito, e, segundo o artigo 2º, XVII, do Decreto nº 6.017/2007, se resume em:

Instrumento passível de ser firmado entre consórcio público e entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes para o fomento e a execução de atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.

Em síntese, é instrumento jurídico previsto na Lei nº 9.790/1999, firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, para transferência de recursos para organizações sociais de interesse público, que deverá discriminar direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias.

2.10. Contrato de Repasse

Contrato de repasse, de acordo com o Decreto 6.170/2007, em seu artigo 1º, § 1º, II, trata-se de:

Instrumento administrativo, de interesse recíproco, por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, que atua como mandatário da União.

Assim sendo, contrato de repasse é semelhante ao convênio no que atine à sua finalidade, contudo se diferencia pela necessidade de intermediação de uma instituição ou agente financeiro público federal.

3. CLÁUSULAS NECESSÁRIAS DE ACORDO COM A LEI Nº 8.666/93

3.1. Supremacia do Interesse Público sobre o Particular

Anteriormente à apresentação das cláusulas necessárias e, mais adiante, das exorbitantes, importante trazer à baila a ideia de Supremacia do Interesse Público sobre o Particular, o qual pode ser descrito como o interesse privado comum a todos os cidadãos⁵¹, ou seja, está associado a “bem geral”, “bem de todos”.

A Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, arrola o interesse público como um dos princípios a ser respeitado pela Administração Pública.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “a primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral”⁵².

O Interesse Público confere à Administração Pública diversas prerrogativas em relação ao particular, e objetiva, sempre, o atendimento aos interesses coletivos e públicos.

Nessa toada, Diógenes Gasparini dispõe que “no embate entre o interesse público e o particular há de prevalecer o interesse público”⁵³.

A supremacia do Interesse Público se faz presente nos contratos administrativos através de cláusulas exorbitantes expressas ou implícitas no contrato, fazendo com que prevaleça o Interesse Público sobre o particular.

Como já mencionado noutro momento, o Contrato Administrativo difere dos contratos privados, haja vista os privilégios conferidos à Administração Pública em razão do Interesse Público.

3.2. Conceito das cláusulas necessárias

Cláusulas essenciais são aquelas que estipulam o objeto do contrato e definem as condições basilares à sua correta execução⁵⁴.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006. p. 40

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 103.

⁵³ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20.

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 222.

Sobre o assunto, interessante observar o entendimento proferido no Processo Administrativo nº 715979, da relatoria da Conselheira Adriene Andrade, apreciado na Sessão do dia 30/10/2007⁵⁵:

Considero que as mencionadas cláusulas, além de exigidas por lei, são essenciais à fiscalização do cumprimento dos compromissos assumidos com a Administração contratante, bem como à aferição de satisfatoriedade e responsabilização pela execução do contrato.

Ditas cláusulas não podem estar ausentes no contrato, sob pena deste ser considerado nulo.

3.3. O artigo 55 da Lei nº 8.666/93 e as cláusulas necessárias, especificamente.

Tais cláusulas vêm elencadas no artigo 55, incisos I a XIII, da Lei nº. 8.666/93, sendo elas:

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

- I - o objeto e seus elementos característicos;
- II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- VIII - os casos de rescisão;
- IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
- X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

A falta de supradescritas cláusulas dificulta ou impede a execução do contrato.

⁵⁵ Revista do TCEMG, Edição Especial, A Lei 8.666/93 e o TCEMG, p. 226.

Quanto ao objeto do contrato, de acordo com a doutrina, há divisão em imediato e mediato. Por imediato percebe-se a conduta humana de dar, fazer ou não fazer, ao passo que o mediato envolve o bem jurídico sobre o qual recai a conduta de dar, fazer ou não fazer⁵⁶.

O objeto, de acordo com o Tribunal de Contas da União, deve ser claro e preciso, viabilizando, assim, um efetivo controle de qualidade no momento da entrega da coisa ou da prestação do serviço, senão vejamos em parte do acórdão 68/2007:

Determinar à Unirio que: 9.6.15. Na formalização de instrumentos contratuais com as fundações de apoio e, em especial com a FUNRIO, observe rigorosamente os incisos I e IV, do art. 55, da Lei nº 8.666/93 e art. 1º da Lei nº 8.958/94, fazendo incluir nesses atos todas as cláusulas exigidas legalmente, devendo, nos casos dos contratos nos 08/2001, 09/2001, 11/2001, 12/2001 e 13/2001, ser promovida a correção referente à identificação do objeto contratado, que deve ser claro, preciso, discriminando detalhadamente os serviços abrangidos, suas características e quantidades, prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo⁵⁷.

No que atine ao regime de execução, este conta com previsão legal de suas modalidades no artigo 6º da Lei nº 8.666/93, e possui importância nas contratações de obras ou serviços, haja vista que as formas de fornecimento aludem, em regra, às compras (mas podem abranger serviços e obras).

Por inexistir previsão legal, as formas de fornecimento devem ser declinadas no instrumento convocatório ou no contrato.

O preço e suas condições correlatas (condições de pagamento e de reajuste), por sua vez, deverá estar estipulado no corpo do instrumento convocatório, conforme estipula, além do artigo 55, III, em pauta, o artigo 40, inciso XIV, da Lei 8.666/93.

Nessa toada, prevê o dispositivo, ainda, a necessidade de disposição sobre o reajuste contratual (artigo 55, III, Lei nº 8.666/93). E, não havendo previsão expressa nesse sentido:

A previsão do reajuste contratual é obrigatória, sempre que for previsível decurso de prazo superior a doze meses, tal como exposto nos comentários do art. 40. Em muitos casos, no entanto, o contrato não contém cláusula de reajuste em virtude da ausência de pressupostos

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 558.

⁵⁷ TCU, Acórdão no 68/2007, 2ª C., rel. Min. Aroldo Cedraz, DJe: 06/02/2007.

correspondentes no momento da elaboração do ato convocatório. Durante a execução do contrato, no entanto, fatores imprevisíveis podem conduzir à dilatação dos prazos contratuais. O particular é obrigado a manter seus preços inalterados pelo período de doze meses (computados a partir da apresentação da proposta ou daquela a que se refere o orçamento). Ultrapassado esse prazo, o particular tem direito a uma compensação pela variação de preços produzida pela inflação. No entanto, a ausência de previsão contratual impede a aplicação do reajuste. Em tal caso, a solução será a recomposição da equação econômico-financeira por meio da revisão de preços. O particular manterá o direito à compensação pelas perdas derivadas da inflação. A revisão de preços poderá seguir exatamente os mesmos critérios do reajuste⁵⁸.

Quanto aos prazos relacionados à execução do contrato, podem ser fracionados em diversas fases, devendo contar com tempo aceitável para a análise do serviço ou obra e para o exercício do controle de qualidade pela Administração Pública.

E nesse sentido a jurisprudência:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. OBRAS DE PAVIMENTAÇÃO. PRAZO INICIAL DE QUATRO MESES. AMPLIAÇÃO POR TERMOS ADITIVOS, SUPERANDO UM ANO. INCIDÊNCIA DO REAJUSTE ANUAL. ARTIGOS 40, XI, E 55, III, DA LEI Nº 8.666/93, E 2º E 3º DA LEI Nº 10.192/01. Ainda que o contrato tenha sido firmado com prazo de duração de quatro meses, em decorrência dos aditivos efetuados durante a sua vigência, o lapso de execução superou um ano, devendo incidir o reajuste previsto na Lei nº 10.192/01. A extensão decorreu de necessidade do ente público, e não de atraso imputável à empresa. O marco inicial é a data limite de apresentação da proposta na licitação, 23/04/2004. As parcelas vencidas até 23/04/2005 não sofrem atualização, pois dentro do prazo de 01 ano da proposta. APELAÇÃO PROVIDA⁵⁹.

E ainda o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO – Reexame necessário interposto ex officio – Artigo 475, caput, inciso I e §2º, do Código de Processo Civil – CPC – Contrato Administrativo – Cláusula de reajuste periódico, contratualmente previsto – Instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, diante da corrosão do valor pecuniário pelo transcurso do tempo – Direito assegurado ao particular (contratado) – Artigo 40, caput e inciso XI, da Lei Federal nº 8666/93 – Possibilidade – Perícia contábil que bem analisou os períodos reclamados, anotando os respectivos débitos – Aditamento contratual que se limitou a prorrogar o prazo da avença, ratificando as demais cláusulas – Inexistência de renúncia aos direitos até então constituídos – Precedentes desta Corte de Justiça – Sentença mantida, embora por outros fundamentos e com observação quanto à adequação dos índices de atualização monetária e de juros de mora, nos termos modulados pelo Pretório Excelso no julgamento das Ações Diretas

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 710.

⁵⁹ TJRS, Apelação Cível Nº 70070063201, 21ª Câmara Cível, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 17/08/2016.

de Inconstitucionalidade – ADI nº 4357 e 4425 – Recurso oficial e voluntário não providos⁶⁰.

Ademais, ainda quanto ao prazo, registra-se restrição decorrente do art. 57, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que dispõe:

“Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I – aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório; II – à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogadas por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; III – VETADO; IV – ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato. §1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração; II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato; III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo do trabalho por ordem e no interesse da Administração; IV – aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei; V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; VI – omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

§2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

§3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

§4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do *caput* deste artigo poderá ser prorrogado em até doze meses. Por fim, importante observar que é possível a prorrogação dos contratos mesmo com o descumprimento das regras contidas no art. 57, porém em casos excepcionais elencados no §1º do art. supracitado, desde que esta seja justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato. Contudo, conclui-se que, para as circunstâncias excepcionais previstas no §1º, independe de previsão, pois não faria sentido se a prorrogação ficasse restrita ao *caput*, haja vista que todas elas ocorrem para atender os interesses da própria Administração.

Os direitos e responsabilidades das partes exigem previsão expressa, quando não se enquadrarem no rol de direitos e deveres intrínsecos ao regime jurídico dos contratos administrativos (a título de exemplo destes a possibilidade de

⁶⁰ TJSP, Relator(a): Marcos Pimentel Tamassia; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 01/03/2016; Data de registro: 08/03/2016.

modificação unilateral do contrato por parte da Administração Pública, e o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico financeiro do negócio jurídico).

Quanto ao foro de competência:

Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual. (artigo 55, §2º, Lei nº 8.666/93).

Tal disposição, contudo:

Não se aplica às licitações internacionais para aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo internacional de que o Brasil seja parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior. (artigo 32, §6º, Lei nº 8.666/93).

Imperioso observar, ainda, que a lei estabelece inúmeras regras no que atine à forma dos contratos (como já observado no tópico 2.3.), o que é vital não só ao interessado, mas também à Administração Pública, a quem cumpre o controle da legalidade.

No que atine à obrigatoriedade de vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, fato é que a Administração Pública deve ser conduzida a luz dos princípios constitucionais inscritos no "caput" do artigo 37 da Constituição Federal, sendo que o princípio da legalidade é o alicerce de todos os demais princípios que instrui, limita e vincula as atividades administrativas.

Assim sendo, o administrador público está unido ao princípio constitucional da legalidade e às normas de Direito Administrativo, e, tratando-se de licitações e contratos administrativos, é mister que observe o disposto no artigo 3º e 55, inciso XI, ambos da Lei nº 8.666/93.

Quanto à obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, importante consignar que, a retenção do pagamento pela Administração Pública, ante a irregularidade fiscal do contratado, não é aceita pela maioria dos tribunais:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO.

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO FISCAL. RETENÇÃO DE PAGAMENTO. SERVIÇOS EXECUTADOS. PERDA DO OBJETO DA AÇÃO. CUSTAS. 1. O cumprimento da tutela antecipada não ocasiona a perda do objeto da ação, vez que o deferimento liminar impõe que se decida a procedência ou não do pedido. Preliminar rejeitada. 2. Embora seja possível a exigência de regularidade fiscal na contratação com a Administração Pública (art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/1993), a retenção do pagamento pelo serviço prestado em face de dívida fiscal é ilegal e abusiva, contrariando o disposto no art. 87 da Lei nº 8.666/1993. A Fazenda Pública possui meio próprios para cobrar seus créditos, não devendo valer-se de coação para tal fim. A retenção indevida de valores pode configurar enriquecimento sem causa da Administração e o fim das atividades da empresa contratada, o que não pode ser permitido. Precedentes jurisprudenciais. 3. É devida a condenação do Município ao ressarcimento das custas adiantadas pela parte impetrante, nos termos do art. 11, parágrafo único da Lei Estadual nº 8.121/85. 4. Considerando-se que o recurso de apelação esgotou a matéria dos autos, o reexame necessário restou prejudicado. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO JULGADO PREJUDICADO. UNÂNIME⁶¹.

E ainda o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO. RESCISÃO. IRREGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DE PAGAMENTO. 1. É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF. 2. A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser "obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, e compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação". 3. Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual. 4. Não se verifica nenhuma ilegalidade no ato impugnado, por ser legítima a exigência de que a contratada apresente certidões comprobatórias de regularidade fiscal. 5. Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna. 6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte⁶².

Logo, em que pese possa a Administração Pública rescindir o contrato unilateralmente, ante o descumprimento contratual por parte do contratado, não poderá reter o pagamento desse, sob pena de enriquecimento ilícito.

⁶¹ TJRS, Apelação e Reexame Necessário Nº 70067850321, 2ª Câmara Cível, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 24/02/2016.

⁶² STJ, RMS 24953/CE, 2ª Turma, julgado em 04.03.2008.

3.4. Cláusulas Facultativas

As cláusulas facultativas, contrapondo as necessárias, são aquelas cuja concretização está sujeita à vontade das partes, podendo ou não existir no contrato.

Importante consignar que vários doutrinadores sequer citam a existência dessas cláusulas, o que nos leva a concluir que não concordam com tal entendimento, haja vista que a lei não faculta sua existência, e cita, apenas, a necessidade de todas as cláusulas elencadas no artigo 55 da Lei nº 8.666/93.

4. CLÁUSULAS EXORBITANTES

4.1. Considerações iniciais

Primeiramente, faz-se mister trazer à baila o conceito de “Cláusula”, que pode ser definida como uma disposição posta em ato ou contrato, cujo intuito é limitar, enclausurar, encerrar⁶³.

Como exorbitante, porém, entende-se as cláusulas que “excedem aquelas aplicáveis ao Direito Comum, implicando em determinadas prerrogativas à Administração Pública ou restrições ao Administrado”⁶⁴.

Para Hely Lopes Meirelles:

As cláusulas exorbitantes, não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares⁶⁵.

Para Maria Sylvia Z. Di Pietro:

São cláusulas exorbitantes aquelas 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 contratado⁶⁶.

O artigo 58 da Lei nº 8.666/93 arrola as cláusulas exorbitantes, aludindo a elas, contudo, como “Prerrogativas da Administração”, senão 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;
- 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.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

⁶³ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 621.

⁶⁴ REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 317.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 203.

⁶⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 268.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Dentre as principais cláusulas exorbitantes, podemos destacar:

Alteração e modificação unilateral pela Administração; rescisão unilateral pela Administração; manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido pelo contratado; fiscalização e controle pela Administração; exigência de garantias; aplicação de sanções ou penalidades pela Administração⁶⁷.

Conclui-se, ante o exposto, que as cláusulas exorbitantes põem a Administração Pública em posição de supremacia em relação ao contratado, fazendo com que o Interesse Público prevaleça sobre o particular.

4.2. Alteração Unilateral

A capacidade de alteração unilateral do contrato administrativo é intrínseca à Administração Pública, e tal direito é reconhecido ainda que não haja previsão expressa no contrato⁶⁸.

Assim sendo, o particular, em tese, não faz jus à imutabilidade do contrato ou seu total cumprimento, haja vista que o interesse público prevalecerá sobre o do contratado, quando necessário.

A alteração, contudo, somente é aceita “para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”, conforme se vislumbra no artigo 58, inciso I, da Lei nº. 8.666/93.

Nessa toada, temos o artigo 65, inciso I, do mesmo diploma legal, o qual assegura que o instrumento poderá ser alterado, com as devidas justificativas, em duas situações, senão vejamos:

I - unilateralmente pela Administração:

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

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

⁶⁷ REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 318.

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 214.

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) (VETADO).

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

Para Maria Sylvia Z. Di Pietro, a alínea “a”, do inciso I supradescrito, é modalidade de alteração qualitativa, haja vista que “ocorre quando há necessidade de alterar o próprio projeto ou as suas especificações”, e a alínea “b”, por sua vez, é quantitativa, “porque envolve acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto”⁶⁹.

Quanto aos requisitos para a alteração unilateral, dispõe, novamente, Maria Sylvia Z. Di Pietro:

a) que haja adequada motivação sobre qual o interesse público que justifica a medida;

b) que seja respeitada a natureza do contrato, no que diz respeito ao seu objeto; não se pode alterar um contrato de venda para um de permuta, ou um contrato de vigilância para um de limpeza;

c) que seja respeitado o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado;

d) com relação à alteração quantitativa, ainda deve ser respeitado o limite imposto pelo § 1º do artigo 65; esse dispositivo estabelece um limite para os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, sendo de 4 até 25% do valor inicial atualizado do contrato e, no caso de reforma de edifício o equipamento, até 50% para os seus acréscimos. Pelo § 2º, inciso II, do mesmo dispositivo, incluído pela Lei nº. 9.648/98, nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes⁷⁰.

Logo, para que haja alteração unilateral do contrato administrativo é cogente a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, conforme determina artigo 65, §§ 4º, 5º e 6º, todos da Lei nº 8.666/93.

Certo é que não são todas as cláusulas que poderão ser alteradas unilateralmente, haja vista que a alteração de cláusulas econômico-financeiras não pode ocorrer sem a prévia concordância do contratado (artigo 58, § 1º, Lei nº 8.666/93).

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 269.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 269.

Assim sendo, a mutabilidade unilateral encontra limite no campo das cláusulas econômico-financeiras.

Quanto ao conceito de equilíbrio econômico-financeiro, entende-se:

Significa que a Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Deve-se restaurar a situação originária, de molde que o particular não arque com encargos mais onerosos e perceba a remuneração originária prevista⁷¹.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles: “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”⁷².

Conclui-se, assim, que o equilíbrio econômico-financeiro se constitui na obrigação da Administração Pública em conservar os pactos financeiros assumidos inicialmente no contrato, de modo a não causar prejuízos ao contratado.

Ainda quanto ao equilíbrio econômico-financeiro, verifica-se que poderá ocorrer tanto em decorrência de fatos imprevisíveis, bem como de (fatos) previsíveis mas de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução contratual.⁷³ Essas hipóteses serão devidamente explanadas nos tópicos seguintes, para melhor organização do trabalho.

Sobre o tema:

Ditas regras, consignadas nesses preceptivos da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, são obrigatórias e de aplicação imediata, isto é, verificado o desequilíbrio, o reajuste ou a revisão, tomadas as cautelas de estilo, deve ser concedido⁷⁴.

O contratado está obrigado a aceitar, contudo, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem necessários 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 (artigo 65, § 1º, Lei nº 8.666/93).

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 499-500.

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 353.

⁷³ REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 319.

⁷⁴ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 685.

Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites acima descritos, salvo as supressões resultantes de acordos celebrados entre os contratantes (artigo 65, § 2º, II).

Vale destacar, ainda, que é facultado às partes a alteração bilateral do contrato, o que não caracteriza cláusula exorbitante.

O reequilíbrio econômico-financeiro pode se dar por intermédio de reajuste ou revisão do contrato administrativo, e o atraso no restabelecimento dos preços implica em direito ao particular de ajuizar a competente ação discutindo perdas e danos, ou solicitar a rescisão contratual⁷⁵.

4.2.1. Reajuste de preços e tarifas e revisão contratual com recomposição de preços

O reajuste e a recomposição de preços tem por objetivo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, haja vista a instabilidade da economia brasileira e consequentes aumentos de preços⁷⁶.

Reajuste e recomposição, no mesmo contrato, não caracterizam *bis in idem*, haja vista se tratarem de institutos diferentes, que, contudo, tem o mesmo objetivo, qual seja o de assegurar a manutenção do já citado equilíbrio econômico financeiro.

A doutrina conceitua a distinção da seguinte forma:

A recomposição é o procedimento destinado a avaliar a ocorrência de evento que afeta a equação econômico-financeira do contrato e promove adequação das cláusulas contratuais aos parâmetros necessários para recompor o equilíbrio original. Já o reajuste é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independentemente de averiguação efetiva do desequilíbrio.⁷⁷

Logo, reajuste contratual visa compensar os efeitos da variação inflacionária, cabendo à Administração Pública optar pela adoção de índices específicos mais adequados à natureza do objeto do contrato.

Ainda quanto ao reajuste assegura Celso Antônio Bandeira de Mello que pela cláusula o “particular e o Poder Público adotam no próprio contrato o

⁷⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 685.

⁷⁶ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 680.

⁷⁷ JUSTEN, Marçal Filho. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 512.

pressuposto *rebus sic stantibus* quanto aos valores então demarcados, posto que estipulam a revisão dos preços em função das alterações subseqüentes”⁷⁸.

O índice para reajuste deverá estar previsto no edital de licitação e, após, no contrato administrativo.

A recomposição de preços, por sua vez, não carece estar prevista no contrato, e visa o restabelecimento da relação econômico-financeira que as partes pactuaram inicialmente no contrato, quando sobrevierem fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de conseqüências incalculáveis na execução contratual, assim como em caso de caso fortuito e força maior, fato do príncipe e fato da Administração Pública, casos esses que serão abordados nos próximos tópicos.

4.2.2. Teoria da Imprevisão

A Teoria da Imprevisão está contida no artigo 317, do Código Civil que estabelece:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

A Teoria da Imprevisão reconhece a configuração de fatos externos imprevisíveis e inevitáveis, que dificultam a execução do contrato ante um ônus excessivo para o contratado, e permite a revisão do instrumento para que seja restabelecido o equilíbrio da equação econômica inicial do ajuste.

Quanto ao conceito, Pablo Stolze e Pamplona Filho:

A “Teoria da Imprevisão” é o substrato teórico que permite rediscutir os preceitos contidos em uma relação contratual, em face da ocorrência de acontecimentos novos, imprevisíveis pelas partes e a elas não-imputáveis. Trata-se, em nosso pensar, de uma aplicação direta do princípio da boa-fé objetiva, pois as partes devem buscar, no contrato, alcançar as prestações que originalmente se comprometeram, da forma como se obrigaram. Assim sendo, nem mesmo para a Administração Pública, quando estabelece contratos, conseguimos encontrar óbice para a sua aplicação, *modus in rebus*, em função das peculiaridades dos interesses envolvidos. Já a expressão “*Cláusula Rebus Sic Stantibus*” remonta, como visto, a tempos imemoriais. Mesmo sendo, em verdade, bastante anterior cronologicamente à concepção da Teoria da Imprevisão, sua finalidade acaba por se revelar uma aplicação dela, no reconhecimento pretoriano no sentido de que, em todo contrato de prestações sucessivas, haverá sempre uma cláusula implícita de que a convenção não permanece em

⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 633.

vigor se as coisas não permanecerem (*rebus sic stantibus*) como eram no momento da celebração⁷⁹.

Assim sendo, a teoria busca o fiel cumprimento do pactuado em contrato da forma menos prejudicial à parte que sofrer com a onerosidade.

A teoria em pauta engloba fatores econômicos (álea econômica) e fatores administrativos (álea administrativa)⁸⁰.

Áleas são episódios futuros que influenciam a esfera econômica do contrato administrativo⁸¹ e se dividem, como disposto acima, em econômicas e administrativas, sendo que as econômicas se desdobram em ordinárias e extraordinárias.

Áleas ordinárias são acontecimentos assumidos pelas partes do contrato, seus prejuízos são previsíveis e suportáveis pelo particular⁸².

Extraordinárias, por sua vez, são os eventos imprevisíveis no momento da realização do contrato⁸³.

As principais características da álea extraordinária, a qual integra a Teoria da Imprevisão, é sua imprevisibilidade e onerosidade excessiva para o particular. Trata-se de fundamento que autoriza o particular a avocar a Administração Pública a participar dos prejuízos, enquanto persistir a situação de imprevisão.

A Teoria da Imprevisão, quando aplicada em contratos públicos, tem por alicerce o Interesse Público, e garante a manutenção da execução do serviço / fornecimento de materiais.

A imprevisão não exime o particular da execução da sua parte no contrato, contudo, tendo em vista a onerosidade excessiva, que poderá arruinar o seu patrimônio, tem direito a ser recompensado pelo prejuízo, através da revisão contratual das cláusulas de remuneração, da coparticipação da Administração Pública nas perdas, ou indenização.

⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**, tomo I. vol. IV. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 274-275.

⁸⁰ REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 319.

⁸¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 373.

⁸² CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 373.

⁸³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 373-374.

Nesse ínterim, importante trazer à baila o significado da cláusula *rebus sic stantibus*, a qual está implícita nos contratos, e assegura que o pacto não permanecerá válido caso haja mudança do que efetivamente foi contratado⁸⁴.

Supradescrita cláusula é, portanto, a base da Teoria da Imprevisão, “devendo ser empregada como instrumento de recomposição do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, pela ocorrência de evento imprevisível, alheio à conduta das partes contratantes”⁸⁵.

Nesse diapasão, a jurisprudência:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ART. 18 DO CPC - LICITAÇÃO - CONTRATO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA - PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO LICITANTE DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO - INFLAÇÃO - PROPOSTA DO LICITANTE MAL CALCULADA – ÁLEA ORDINÁRIA, QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À ADMINISTRAÇÃO - TEORIA DA IMPREVISÃO - NÃO-APLICAÇÃO - DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

1. Questão do conhecimento do recurso especial resolvida em agravo regimental, julgado na Segunda Turma, que, acolhendo o voto do Relator, conheceu do recurso pela alínea "a" do permissivo constitucional, determinando fosse o caso incluído novamente em pauta para a análise do mérito recursal, tendo em vista da observância do princípio do devido processo legal e da ampla defesa.

2. Se o acórdão chegou à conclusão diversa da pretendida pelas partes, e de forma fundamentada, nem por isso existe violação do art. 535 do CPC.

3. Art. 18 do CPC. Litigância de má-fé. As razões recursais acabam por confundir a multa por litigância de má-fé (art. 18, *caput*, CPC) com a indenização em casos de prejuízos decorrentes da litigância de má-fé (art. 18, § 2º, CPC). Mesmo tomando-se por base que os recorrentes apontaram corretamente a violação do art. 18, § 2º do CPC, impossível chegar à conclusão diversa da que o Tribunal local chegou, sem reanalisar os pressupostos fático-probatórios dos autos, pois a instância ordinária é soberana na análise da prova e afirmou não existir o dano alegado para eventual indenização por litigância de má-fé.

4. Teoria da Imprevisão. Alegada violação dos arts. 478, 479 e 480 do novo Código Civil. De início, cumpre asseverar ser irrelevante o fato de que o contrato foi firmado antes da vigência do novo Código Civil para a análise da Teoria da Imprevisão. Questões principiológicas de que se valiam os intérpretes do próprio Código Beviláqua.

5. Não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato, como há muito afirma a jurisprudência do STJ.

6. Não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizadora da Teoria da Imprevisão. Caso se permitisse a revisão pretendida, estar-se-ia beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas, não apresentaram valor mais atraente.

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 283.

⁸⁵ REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 319.

Neste sentido, também o Recurso Especial 1145416⁸⁶:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RECOMPOSIÇÃO DE PREÇOS. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESCRIÇÃO. PRAZO. ART. 206, § 3º, IV, DO CÓDIGO CIVIL. PLEITO EFETUADO APÓS A CONCLUSÃO DA OBRA. RESSARCIMENTO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Pessoa jurídica vencedora de licitação propôs ação de recomposição de preços contra sociedade de economia mista. Alega que houve uma significativa elevação do dólar, que ocasionou exorbitante aumento nos preços dos insumos básicos, materiais e equipamentos empregados na realização da obra, comprometendo a equação econômica ajustada no momento da contratação. Discute-se, no apelo especial, se a prescrição na hipótese é regida pelo prazo geral de dez anos, previsto no art. 205, do Código Civil, ou se deve ser aplicado o de três anos, contido no art. 206, § 3º, IV, daquele mesmo diploma.

2. O recurso não merece ser conhecido pela alegativa de dissídio jurisprudencial, uma vez que o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico entre os arestos confrontados, deixando de demonstrar a existência de similitude fática entre eles. Dessarte, descumpriu-se o disposto nos artigos 541, parágrafo único, do CPC, e 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

3. De acordo com o entendimento pacificado no STJ, as ações movidas contra as sociedades de economia mista não se sujeitam ao prazo prescricional previsto no Decreto-Lei 20.910/32, porquanto possuem personalidade jurídica de direito privado, estando submetidas às normas do Código Civil.

4. O art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002 estipula o prazo prescricional de três anos para as ações de ressarcimento por enriquecimento sem causa.

5. A situação narrada nos autos se amolda ao disposto no art. 206, § 3º, IV, do CC. O pleito para recomposição de preços foi realizado após a entrega da obra, isto é, quando já exaurido o objeto **contratual**. Dessa feita, não se trata de simples anulação ou **revisão** de cláusulas **contratuais**, mas de verdadeiro pedido de ressarcimento formulado perante a Administração Pública, a qual se beneficiou do desequilíbrio econômico-financeiro do **contrato**.

6. Recurso especial não provido.

A doutrina majoritária aponta como fatores que justificam a aplicação da Teoria da Imprevisão a álea extraordinária, as interferências imprevistas, o fato do príncipe, o caso fortuito e a força maior, senão vejamos:

Quando sobrevêm eventos extraordinários, imprevistos e imprevisíveis, onerosos, retardadores e impeditivos da execução do contrato, a parte atingida fica liberada dos encargos originários e o ajuste há que ser revisto ou rescindido, pela aplicação da teoria da *imprevisão*, provinda da cláusula *rebus sic stantibus*, nos seus desdobramentos de *força maior*, *caso fortuito*, *fato do príncipe*, *fato da Administração* e *interferências imprevistas* (...)⁸⁷.

Isto posto, a Teoria da Imprevisão é passível de aplicação nos contratos administrativos.

⁸⁶ STJ. Resp 1145416-RS, 2ª T., Min. Rel. Castro Meira. Julgado em: 17/03/2011.

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 236.

4.2.3. Interferências imprevistas

Interferências imprevistas “são todas as que, por ocasião do pactuado no contrato, eram ignorados pelas partes, por absoluta impossibilidade de prevê-los ou conhecê-los”⁸⁸.

Para Hely Lopes Meirelles:

São ocorrências materiais não cogitadas pelas partes na celebração do contrato, mas que surgem na execução de modo surpreendente e excepcional, dificultando e onerando extraordinariamente o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos⁸⁹.

Tais eventos, excepcionais, acarretam encargos extraordinários para a habitual execução do contrato administrativo e dão ensejo à revisão do contrato para a readequação de preços.

A título de exemplo temos o dissídio coletivo, o qual, por ser totalmente previsível, não autoriza a revisão contratual.

4.2.4. Força Maior e Caso Fortuito

O contrato pode vir a ser desfigurado por episódios alheios à vontade dos contratantes, tornando difícil o seu cumprimento. No caso em apreço, ambos são inevitáveis.

Sergio Cavalieri Filho nos ensina:

Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes, etc, estaremos em face da força maior, como o próprio nome o diz. É o act of God, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível.⁹⁰

Em ambos os casos os efeitos dos acontecimentos são inevitáveis.

O artigo 393 do Código Civil, nesse sentido, dispõe:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

⁸⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 548-559.

⁸⁹ MEIRELLES. Hely Lopes e outros. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2006. p. 249.

⁹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 548-559.

Hely Lopes Meireles, por sua vez, assegura que o caso fortuito e a força maior “são eventos que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, criam para o contratado impossibilidade intransponível de normal execução do contrato”⁹¹.

Nesse sentido, a jurisprudência:

Ementa: RECURSO INOMINADO. **CONTRATO ADMINISTRATIVO.** SERVIÇOS DE ARQUITETURA HOSPITALAR. CONSULTORIA, ACOMPANHAMENTO E EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA. UPA. RESILIÇÃO UNILATERAL DA ADMINISTRAÇÃO. MOTIVO DE **FORÇA MAIOR.** PRETENSÃO DE ADIMPLENTO DE PARCELAS REMANESCENTES. ÔNUS DA PROVA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA. Em se tratando de contratos típicos da Administração, como o de prestação de serviços de consultoria, acompanhamento e execução de obra pública para a construção de UPA, há sobre eles regência preponderante das normas de direito público, com incidência supletiva do regime de direito privado. Caso concreto em que a ocorrência de fato fortuito incontroverso motivou a rescisão do **contrato** firmado entre a Administração e a empreiteira responsável pela execução da obra, acarretando, por **força** do princípio da gravitação jurídica, a constituição de motivo para a rescisão unilateral do **contrato** acessório de acompanhamento técnico da obra, o que encontra sustentáculo jurídico no artigo 78, XVII, c/c artigo 79, I, da Lei nº 8.666/93. Pretensão de adimplemento de parcelas remanescentes que encontra óbice na ausência de prova segura da efetiva execução do **contrato** a partir da data da rescisão. Inteligência dos artigos 79, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93 c/c artigo 333, I do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da publicação da sentença. Assim, na forma do artigo 46 da Lei nº 9.099/95 e em atenção aos critérios de celeridade, simplicidade, informalidade e economia processual elencados no artigo 2º da mesma lei, confirma-se a sentença em segunda instância, constando apenas da ata, com fundamentação sucinta e dispositivo, servindo de acórdão a súmula do julgamento. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME⁹².

Ambos os fatores eximem a parte prejudicada da mora e dá direito à rescisão contratual sem indenização pela inexecução do contrato.

4.2.5. Fato do príncipe

Primeiramente, importante observar que a doutrina não é pacífica quanto ao conceito de fato do príncipe.

Genericamente, fato do príncipe é “toda e qualquer providência ou iniciativa unilateral do poder público que torna mais onerosa a situação da parte que contrata com o Estado”⁹³.

⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2008. p. 65.

⁹² Recurso Cível Nº 71005633433, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Mauro Caum Gonçalves, Julgado em 29/06/2016.

⁹³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 370.

Para Fernanda Marinella:

Fato do príncipe consiste em uma determinação estatal, superveniente e imprevisível, geral e abstrata, que onera o contrato, repercutindo indiretamente sobre ele – incidência reflexa. Por exemplo, a alteração de alíquota de um imposto sobre o serviço prestado. Esta conduta não atinge o objeto principal do contrato, não impede que o serviço continue sendo prestado, entretanto, outro preço atinge-o indiretamente, o que exige a revisão. Alguns autores defendem que ela só pode ser aplicada quando quem praticou a conduta onerosa for da mesma esfera de governo do administrador com o qual se celebrou o contrato⁹⁴.

Ou seja, é toda determinação estatal, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo. O fato do príncipe não está diretamente relacionado ao contrato celebrado, mas acaba exercendo influência, relevante, sobre ele.

Tal medida do Poder Público contratante, que modifica o equilíbrio do contrato, dá direito ao contratado de receber indenização justa, através de alterações de cláusulas contratuais, que restabelecerão a estabilidade contratual inicialmente prevista, ou ainda de rescindi-lo.

Assim, Hely Lopes Meirelles:

Essa oneração, constituindo uma álea administrativa extraordinária e extracontratual, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução do ajuste, e, se a conclusão de seu objeto se tornar impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis⁹⁵.

O fato do príncipe não necessita constar expressamente no contrato, é cláusula implícita que garante ao particular o direito de exigir ressarcimento diante do desequilíbrio advindo.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PRODUTO INDUSTRIALIZADO. ALTERAÇÃO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE OS PRODUTOS NEGOCIADOS. MODIFICAÇÃO DO PREÇO FINAL. FATO DO PRÍNCIPE. OCORRÊNCIA. 1. Na hipótese dos autos vislumbra-se a ocorrência de fato do príncipe, pois a alteração do preço final da mercadoria decorreu de ato de império do Governo Federal, modificando a alíquota de imposto incidente sobre os produtos industrializados comercializados. O Decreto nº 4.441 de 25/10/2002, que modificou as alíquotas do Imposto Sobre Produto Industrializado (IPI), entrou em vigor em 28/10/2002, ou seja, na mesma data em que foi efetivado o pedido de compra da apelante, impedindo que o preço fosse

⁹⁴ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8ª ed. Niterói: Impetus, 2014. p. 491.

⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 254.

reajustado com antecedência. 2. Mantida a sentença. APELAÇÃO DESPROVIDA⁹⁶.

Difere-se da mera alteração unilateral pela Administração Pública, por entender que o fundamento da responsabilidade do Estado nesses dois casos é diferente:

(...) na alteração unilateral de cláusulas contratuais, a responsabilidade decorre do próprio contrato, ou seja, da cláusula exorbitante que confere essa prerrogativa à Administração; trata-se de responsabilidade contratual. No caso de medida geral, que atinja o contrato apenas reflexivamente, a responsabilidade é extracontratual; o dever de recompor o equilíbrio econômico do contrato repousa na mesma ideia de equidade que serve de fundamento à teoria da responsabilidade objetiva do Estado⁹⁷.

Fato do Príncipe, portanto, é ação estatal de amplitude geral, que não possui relação direta com o contrato administrativo, mas que produz efeitos sobre ele, onerando-o, dificultando ou impedindo a satisfação de determinadas obrigações.

4.2.6. Fato da Administração

Quanto ao fato da Administração, Meirelles:

O fato da administração abrange, portanto, qualquer conduta do Poder Público que afete diretamente o contrato de modo a retardar, agravar ou a impedir sua regular execução⁹⁸.

Verifica-se, assim, tratar-se de toda ação ou omissão da Administração Pública que interfere diretamente no contrato administrativo, retardando ou impedindo seu cumprimento.

A título de exemplo de fato imputável à Administração traz-se à baila o caso em que a Administração Pública não entrega o local da obra ou do serviço para a empresa que ganhou a licitação.

O fato da Administração pode, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

Provocar uma suspensão da execução do contrato, transitoriamente, ou pode levar a uma paralisação definitiva, tornando escusável o descumprimento do contrato pelo contratado e, portanto, isentando-o das sanções administrativas que, de outro modo, seriam cabíveis. Pode, também, provocar um desequilíbrio econômico-financeiro, dando ao contratado o direito de recomposição⁹⁹.

⁹⁶ Apelação Cível Nº 70019451921, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 06/03/2008.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 280.

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 256.

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 280.

Dá causa à revisão ou rescisão do contrato administrativo com fundamento em culpa da Administração Pública.

4.3. Rescisão Unilateral

A rescisão unilateral é modo de extinção do contrato administrativo pela Administração Pública.

Sobre o tema, a doutrina:

Sobre pôr fim antecipadamente ao ajuste, a rescisão administrativa é a que resulta de ato unilateral da Administração Pública contratante em razão de: a) interesse público; b) inadimplemento de obrigações a cargo do contratante particular; c) ilegalidade. Portanto, seus fundamentos são: o interesse público, a inadimplência do contratante particular e a ilegalidade. Em todos os casos exige-se autorização escrita e fundamentada da autoridade competente (art. 79, § 1º), já que essa prerrogativa não é discricionária e muito menos arbitrária, salvo se a extinção for determinada por ela mesma. A justificativa é a explicitação dos motivos legais e fáticos que fundamentam a decisão e, conforme o caso, das normas e cláusulas contratuais violadas pelo contratante particular¹⁰⁰.

Tal prerrogativa da Administração está autorizada pelos artigos 58, inciso II, e 79, inciso I, ambos da Lei nº. 8.666/93.

Para Hely Lopes Meirelles¹⁰¹, o Interesse Público autoriza a extinção do Contrato Administrativo, devendo, contudo, ser comprovado que a continuidade de execução é inútil ou prejudicial à comunidade, ainda que não haja culpa do contratado.

Quanto aos motivos gerais de rescisão, o artigo 78 da lei nº 8.666/93:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

¹⁰⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 720 e 721.

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 214.

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - 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;

XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

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

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. (grifo nosso)

A rescisão determinada por ato unilateral da Administração Pública, contudo, são aquelas enumeradas nos incisos I a XII e XVII do artigo acima citado (artigo 79, I, da Lei nº 8.666/93).

A rescisão pelos motivos dispostos nos incisos XII e XVII do artigo 78, sem que haja culpa do contratado, obriga a Administração a ressarcir o prejuízo desse, tendo o contratado, ainda, direito a: “I - devolução de garantia; II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; III - pagamento do custo da desmobilização” (artigo 79, § 2º da Lei nº. 8.666/93).

4.4. Inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido

O artigo 476 do Código Civil assegura que “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

Ocorre que, a *exceptio non adimpleti contractus*, acima descrita, não se aplica, em regra, aos contratos administrativos, haja vista os princípios da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular e da Continuidade dos Serviços Públicos, norteadores das atividades administrativas.

Nesse sentido, Maria Sylvia Z. Di Pietro:

Trata-se de exceção surgida no direito privado, para os contratos bilaterais, sob o fundamento de que as obrigações a cargo de uma parte são correlativas às obrigações da outra parte, sendo injusto que se exija o cumprimento, por uma, quando a outra não cumpriu o que lhe cabia. (...) Grande parte dos doutrinadores entende que essa exceção não pode ser aplicada no direito administrativo, principalmente pelo fato de que, neste, o contrato assume o papel de colaborador da Administração Pública e, como tal, age no interesse público, que não pode ficar prejudicado pela paralisação na execução do contrato¹⁰².

E a jurisprudência:

Ementa: AÇÃO MONITÓRIA. FAZENDA PÚBLICA. CONTROVÉRSIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. OBRA DE ASFALTAMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DA CONCLUSÃO. 1. Conquanto controvertida na doutrina, a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça tem admitido o cabimento da ação monitória contra a Fazenda Pública, respeitadas as normas processuais específicas que visam a resguardar o interesse público. 2. Considerando que a sentença é posterior à vigência da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, é cabível o exame do mérito. 3. **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A MUNICÍPIO. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. APLICAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO, EM HIPÓTESE DE INADIMPLEMENTO DO PARTICULAR. A exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) usualmente invocada nos ajustes de direito privado, não é aplicável, em princípio, aos contratos administrativos, quando a falta é da Administração, mas pode sempre ser argüida por esta, diante da inadimplência do particular contratante.** Hipótese em que a Administração fez alegação genérica de incumprimento, sem qualquer prova, tendo a obra sido realizada. Eventuais falhas na licitação não afastam o direito de pagamento pelo que foi realizado. Inteligência do art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. APELAÇÃO PROVIDA. VOTO VENCIDO. (grifo nosso)¹⁰³.

Contudo, a regra da não aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* não é absoluta, eis que sua incidência é permitida em determinadas circunstâncias, tais

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 260.

¹⁰³ TJRS. Apelação Cível Nº 70011585163, 22ª Câ. Cível, Rel: Rejane Maria Dias de Castro Bins, DJe: 22/09/2005.

como o atraso de pagamento, pela Administração Pública, por mais de noventa dias¹⁰⁴.

Assim sendo, a invocação do contrato não cumprido, pelo particular, ocorrerá apenas em casos de exceção.

Nos termos do artigo 78, incisos XIV, XV e XVI, da Lei nº 8.666/93, constituem motivo para rescisão do contrato por iniciativa do particular:

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

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

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

Para Hely Lopes Meirelles, o descumprimento do contrato pela Administração Pública causa encargo extraordinário ao particular, que terá direito à indenização dos prejuízos e até a rescisão por culpa da Administração, ou, ainda, poderá suspender a execução do que lhe cabe até que seja normalizada a situação¹⁰⁵.

4.5. Fiscalização do contrato

A prerrogativa quanto à fiscalização da execução do contrato administrativo por parte do poder público se encontra prevista no artigo 58, inciso II, da Lei nº 8.666/93, sendo que o artigo 67 disciplina suas especificações, senão vejamos:

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

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

¹⁰⁴ STJ. Resp. 879.046-DF, 1ª T., v.u., rel. Min. Denise Arruda, Julgado em: 19-5-2009.

¹⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 213.

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

Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles:

O controle do contrato administrativo fica sempre a cargo da Administração, ainda que as partes silenciem a respeito na redação de suas cláusulas. É um dos poderes inerentes à Administração, e, por isso mesmo, implícito em toda contratação pública. Nele se compreende a faculdade de supervisionar, acompanhar, fiscalizar e intervir na execução do contrato, para assegurar a fiel observância de suas cláusulas e a perfeita realização de seu objeto, notadamente nos aspectos técnicos da obra ou do serviço, no cronograma dos trabalhos e na qualidade dos materiais (tudo isso se contém na prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato, constante no art. 58, III da Lei nº. 8.666/93). Desse poder administrativo resulta a possibilidade de alteração unilateral do contrato, para sua melhor adequação ao interesse público; mas não poderá modificar o projeto sem concordância do seu autor¹⁰⁶.

O contratado, por sua vez, “deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato” (artigo 68 da Lei nº 8.666/93).

O contratado é obrigado, ainda, a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados, assim como é responsável pelos danos causados diretamente à Administração Pública ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado (artigos 69 e 70).

Nesse sentido, o seguinte entendimento jurisprudencial:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. EMPREITADA POR VALOR GLOBAL. EXECUÇÃO DE OBRA. ITENS NÃO PREVISTOS OU REGRADOS A MENOR NO EDITAL E NAS PLANILHAS ORÇAMENTÁRIAS. PAGAMENTO DEVIDO. DEDUÇÃO DOS VALORES DO QUE ESTAVA PREVISTO E NÃO FOI EXECUTADO, OU REALIZADO A MENOR. O edital e o projeto se mostraram insuficientes para a perfeita delimitação do objeto contratado, em desatenção ao estabelecido pelo art. 47 da Lei nº 8.666/93. Ainda que formalmente tenham sido observadas as exigências legais, na prática mostraram-se insuficientes os dados constantes do edital, do projeto, dos orçamentos, em desatenção ao estabelecido pela Lei de Licitações. O laudo pericial demonstrou que o projeto básico não era específico para a obra, sendo padronizado, utilizado em diversas cidades, fornecido pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE. O memorial descritivo não é completo e não traz, com precisão, as descrições de materiais e serviços a serem empregados. É impositivo que a Administração forneça todos os elementos necessários para o

¹⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 214.

conhecimento preciso do que será construído, possibilitando a elaboração de proposta de preços. Pela perícia realizada, restou constatada diferença entre a quantidade de materiais e serviços estimados e o que foi realmente necessário, não se podendo imputar tal ônus à contratada, mas sim falha da Administração em fornecer todos os elementos exigidos pelo art. 47 da Lei nº 8.666/93. Não pode ser imposto ao particular o dever de realizar o objeto, de modo integral, assumindo todas as variações de custos possíveis. Ficou evidente, a realização de serviços não orçados, ou orçados em quantidades inferiores às necessárias. As alterações e complementações ao projeto básico eram do conhecimento do município, que acompanhou todas as etapas por seu corpo técnico, com liberação de valores. **Conforme estipulação contratual, à Administração competia a fiscalização da obra.** Tratando-se de contratação pública, o mesmo raciocínio feito em prol da autora, de que deve receber pelo serviço realizado, apesar de não haver previsão de alguns itens, serve para o município, não cabendo pagar o que estava previsto e não foi honrado, sob pena de enriquecimento ilícito de qualquer das partes. É corolário lógico para determinar os valores que deve receber, deduzir aquilo que não lhe é devido. Precedentes do STJ e desta Corte. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. SENTENÇA CONFIRMADA, NO MAIS, EM REEXAME NECESSÁRIO¹⁰⁷.

4.6. Aplicação de penalidades contratuais

A Administração Pública possui a prerrogativa de aplicar sanções em face da inexecução total ou parcial do contrato, conforme se verifica no artigo 58, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

Supradescrita lei, além de apresentar diversos ilícitos penais relacionados à licitações e contratos, prevê várias sanções administrativas no caso de atraso injustificado da execução do contrato e na hipótese de sua execução total ou parcial.

O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, a qual não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique outras sanções previstas na Lei nº 8.666/93 (artigo 86, *caput*, e §1º).

Ante a inexecução total ou parcial do contrato, pelo contratado, poderá a Administração Pública aplicar-lhe as seguintes sanções, garantida a prévia defesa:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

¹⁰⁷ TJRS. Apelação e Reexame Necessário Nº 70068841865, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 25/05/2016.

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

A advertência é a repreensão expressa aplicada ao contratado, quando este perpetrar apenas faltas leves. A advertência escrita deve constar no cadastro ou registro do contratado¹⁰⁸.

A multa, por sua vez, é a penalidade pecuniária aplicada em face do contratado no atraso da execução contratual sem justificativa, ou, ainda, na inexecução total ou parcial do contrato nos moldes determinados no instrumento convocatório ou no contrato.

A suspensão temporária para participação em licitação e impedimento de contratar por até dois anos, é uma penalidade oriunda de falta grave cometida pelo contratado. A título de exemplo, a prática de fraude fiscal¹⁰⁹.

Por derradeiro, a declaração de inidoneidade também é aplicada ao contratado tendo em vista o cometimento de falta grave, e impede a sua participação em licitação ou contratação com a Administração Pública.

As sanções de advertência, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública, por prazo não superior a 2 (dois) anos, e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública poderão ser aplicadas juntamente com a sanção de multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato (artigo 87, §2º, da Lei n 8.666/93).

Importante consignar que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar não está restrita a apenas um órgão do Poder Público, podendo os efeitos da decisão se estender a qualquer órgão da Administração Pública.

Nesse íterim, o Superior Tribunal de Justiça¹¹⁰:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO –
SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE
PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI

¹⁰⁸ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 707.

¹⁰⁹ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 707.

¹¹⁰ STJ, Resp. 151.567-RJ, 2ª T., v.u., rel. Min. Francisco Peçanha Martins. Julgado em: 25-2-2003, p. 208.

8.666/93, ART. 87, INC. III. - É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

- Recurso especial não conhecido.

Ainda quanto à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, deve-se observar que seus efeitos são *ex nunc*, ou seja, produz efeitos somente para o futuro, e a competência exclusiva para tanto é do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso. Será possível a solicitação de reabilitação após 2 (dois) anos de sua aplicação.

As sanções de multa e de declaração de inidoneidade para licitar poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93 (artigo 88):

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

A Administração Pública, nos casos de serviços essenciais, poderá 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 (artigo 58, inciso V).

Certo é que independentemente da sanção, exige-se, sempre, competente processo administrativo, no qual sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa, sob pena de nulidade do ato¹¹¹.

4.7. Exigência de Garantia

¹¹¹ REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 323.

A critério da autoridade competente e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá a Administração Pública exigir prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras (artigo 56, *caput*, da Lei nº 8.666/93).

Nesse ínterim, Hely Lopes Meirelles assegura que “as leis administrativas facultam à Administração a exigência de garantia a fim de assegurar a execução do contrato”¹¹².

Quanto ao conceito, retira-se da jurisprudência:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES. EXIGÊNCIA DE GARANTIA DA EXECUÇÃO DO CONTRATO. OFERECIMENTO DE NOTA DE EMPENHO CEDIDA POR TERCEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE ACEITAÇÃO. PENALIDADES DE MULTA E PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NÃO-CABIMENTO. 1 - **A garantia da execução do contrato administrativo é instrumento para reduzir os riscos decorrentes de eventual inadimplemento**, e, segundo o art. 55, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993, sua exigência constitui faculdade da Administração. 2 - Inviável a admissão de Nota de Empenho cedida por terceiro como forma alternativa de garantia da execução do contrato, porquanto o art. 56 da Lei nº 8.666/1993 já elenca as modalidades de garantias admissíveis. Garantia oferecida que não goza de certeza e de liquidez. 3 - Caso em que o edital não outorgava à contratada a opção quanto à escolha das modalidades de garantia contratual. 4- Não incide o art. 81 da lei nº 8.666/1993 no caso de rejeição da garantia ofertada, devendo ser excluída a proibição de contratar com a Administração Pública e a multa de 15% sobre o valor da proposta. 5 - Redefinição dos ônus sucumbenciais em face do decaimento recíproco. APELAÇÃO CÍVEL PARCIALMENTE PROVIDA. UNÂNIME. (grifo nosso)¹¹³.

Se exigida, caberá ao contratado optar por uma das modalidades descritas no §1º de supradescrito artigo, quais sejam:

- 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.

Via de regra, a garantia não poderá exceder cinco por cento do valor global do contrato, e deverá, ainda, ter seu valor atualizado em condições iguais às do contrato, conforme o determinado no artigo 56, § 2º, da Lei nº. 8.666/93.

A exceção ao limite da garantia, acima descrito, está prevista no artigo 56, § 3º, do mesmo diploma legal acima citado, o qual determina que em:

¹¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 223.

¹¹³ TJRS. Apelação Cível nº 70032212110, 2ª Câmara Cível, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em: 28/04/2010.

Obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

Somente depois da execução do contrato a garantia será liberada ou restituída ao contratado, conforme se depura do artigo 56, § 4º, da Lei nº. 8.666/93, e, se em dinheiro, deverá ser atualizada monetariamente.

Ocorre que, no caso de rescisão por ato imputável ao contratado, a Administração poderá reter a garantia como ressarcimento dos prejuízos, multas e indenizações devidos, conforme determinação do inciso III, do artigo 80, da Lei nº. 8.666/93.

Importante consignar, ainda, que o § 5º do artigo 56 da Lei nº. 8.666/93 define 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”.

Faz-se mister destacar, por fim, que a exigência de garantia de proposta é vedada no pregão, conforme o que se extrai do artigo 5º, inciso I, da Lei nº 10.520/02.

4.7.1. Modalidades de Garantia

Como já demonstrado, as modalidades de garantia são aquelas dispostas no artigo 56, § 1º, da Lei nº 8.666/93, sendo elas: caução; seguro-garantia e fiança bancária.

A caução é a garantia dada em dinheiro ou em títulos da dívida pública, e segundo Hely Lopes Meirelles¹¹⁴ constitui uma reserva que pode ser utilizada pela Administração Pública sempre que o contratado deixar de cumprir com o avençado.

Seguro-garantia, por sua vez, “corresponde à assunção, por uma seguradora, através de apólice de seguro, da obrigação de arcar com os custos da inexecução total ou parcial do objeto do contrato ou da respectiva indenização”¹¹⁵.

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 223.

¹¹⁵ REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 325.

Legalmente, seguro-garantia é “o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos” (artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 8.666/93).

A companhia de seguro garante, no caso de apólice de seguro-garantia, a integral execução do contrato segurado, pelos meios que as circunstâncias exigirem. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO DE GARANTIA CONTRATUAL. PROCESSO ADEQUADO. TUTELA DE CONHECIMENTO PRÉVIA PARA AFERIR-SE O AN DEBEATUR E O QUANTUM DEBEATUR. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. O SEGURO-GARANTIA PRESTADO POR OCASIÃO DA LICITAÇÃO NÃO É TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL.

1. É assente que a "lei enuncia em numerus clausus os títulos extrajudiciais constantes da relação do artigo 585 do CPC. A enumeração exaustiva decorre do fato de que os mencionados títulos autorizam a prática de atos de soberania e de enérgica invasão na esfera jurídico-patrimonial do devedor, razão pela qual não podem os particulares produzirem, de acordo com a vontade individual, uma fonte de atos autoritário-judiciais." (Luiz Fux, in "Curso de Direito Processual Civil, Forense, 2001)

2. Tratando-se de apólice de seguro-garantia a Companhia Seguradora "obriga-se a completar à sua custa a obra, o serviço ou o fornecimento, de acordo com as especificações do contrato, ou a pagar à Administração o necessário para que esta transfira a terceiros a conclusão ou a realize diretamente. O que o performance bond garante é a integral execução do contrato segurado, pelos meios e modos que as circunstâncias exigirem, quer pela realização substitutiva, in specie, pela seguradora, quer pelo pagamento do custo restante à Administração, para que esta recontrate ou conclua por seus próprios órgãos o que o contratado originário deixou inacabado.(Hely Lopes Meirelles, in "Licitação e Contrato Administrativo" p. 210/211)

3. Isto porque "verificada a rescisão, a Administração tem o dever de definir o montante das perdas e danos sofridas. Para tanto, deverá promover procedimento administrativo, respeitando os princípios já referidos e detalhados do contraditório e da ampla defesa. Uma vez apurado o valor da dívida, seu montante deverá ser exigido do particular que poderá pagar espontaneamente ou não. (...) Quando se tratar da Administração Direta e de autarquia, incidirá o regime jurídico da Lei n.º 6.830. O crédito será caracterizável como fazendário e sua exigência poderá fazer-se através de processo de execução. Mas será necessário o cumprimento dos requisitos legais ali previstos. O título executivo será a certidão de dívida ativa, e não a decisão administrativa que rescindiu o contrato. Quando se tratar das outras entidades da Administração Indireta, o regime jurídico será o comum. A entidade deverá, por isso, promover processo de conhecimento, através do qual obterá título executivo. Apenas após deter o título executivo é que poderá desencadear a execução. (...)" (Marçal Justein Filho, in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", p. 557/558)

4. Consectariamente, a exegese do art. 80, inciso III, da Lei n. 8.666/93 implica concluir que a expressão "execução da garantia contratual" significa sua "efetivação", via exigibilidade judicial cognitiva. Deveras, a natureza de título executivo não se infere, mas, antes, se afere dos termos inequívocos da lei, máxime porque, as referidas cártulas são fontes de atos de soberania estatal, como sói ser o processo autoritário-judicial de execução.

5. Excepcionalmente, constando da garantia, a quantia líquida e certa devida, admite-se a sua executividade, fato inócurrenre in casu.
6. Outrossim, os limites desses atos de autoridade, consubstanciados em meios de coerção e sub-rogação dependem da extensão do crédito, sua certeza, liquidez e exigibilidade. Consequentemente, perdas e danos não são passíveis de execução sem antes serem fixados o an debeatúr e o quantum debeatúr, à luz dos cânones do due process of law.
7. Decisão assentada em jurisprudência e doutrina processual e administrativa dominantes.
8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido¹¹⁶.

Meirelles¹¹⁷, no mesmo sentido, dispõe tratar-se da garantia pela qual um banco é responsável solidário no cumprimento do contrato até o limite da fiança.

A fiança bancária, por sua vez, “é uma garantia fidejussória, em que o fiador é uma instituição financeira”¹¹⁸.

Junto à garantia poderá ser exigido, ainda, o seguro de pessoas e bens e o compromisso de entrega de material ou equipamento¹¹⁹.

Referido seguro, de pessoas e bens, garante a terceiro eventual indenização por danos materiais ou pessoais ocorridos em função de obras e serviços públicos. Vale lembrar que Administração Pública e empreiteiro responderão solidariamente, independente de culpa.

Certo é que, o contrato administrativo se caracteriza pela submissão às regras de direito público, que lhe confere prerrogativas, chamadas “cláusulas exorbitantes”, para que possível a concretização do interesse público.

¹¹⁶ STJ. REsp 476.450-RJ, 1ª T., v.u., rel. Min. Luiz Fux. Julgado em: 19/12/2003, p. 329

¹¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 224.

¹¹⁸ REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 325.

¹¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 223 e 224.

Considerações finais

O presente trabalho teve por objetivo o estudo das peculiaridades dos contratos administrativos, com maior enfoque nas cláusulas necessárias e exorbitantes.

Primeiramente, foi analisada a parte histórica do Direito Administrativo, demonstrando-se como a Revolução Francesa influenciou em seu surgimento, e, conseqüentemente, no nascimento dos contratos administrativos.

Abordou-se, também, o contrato administrativo em si. Explicou-se as diferenças entre contratos administrativos e contratos da Administração, bem como os regimes aplicados a cada um desses.

Conceituou-se contrato administrativo, além de terem sido indicadas as legislações que lhe são aplicadas, explicando a maneira exata de sua formalização, execução e extinção.

Explanou-se, no segundo capítulo, as principais modalidades de contratos administrativos, indicando as legislações que lhe são aplicadas e as peculiaridades que cada qual traz consigo.

No terceiro capítulo foi analisado, num primeiro momento, o princípio da Supremacia do Interesse Público, o qual é alicerce da utilização das Cláusulas necessárias e exorbitantes pela Administração Pública.

Num segundo momento, abordou-se, especificamente, as cláusulas necessárias para a regular instrumentalização do contrato, as quais estão devidamente indicadas em rol taxativo do artigo 55 da Lei nº 8.666/93.

Por derradeiro, o último capítulo foi referente às cláusulas exorbitantes. Conforme demonstrado, a Administração Pública possui determinadas prerrogativas, dentre elas as de modificar questões atinentes aos contratos firmados, o que os torna diferentes dos (contratos) privados, ao passo que não há igualdade entre as partes.

Concluiu-se que a cláusula exorbitante é aquela empregada pela Administração Pública para a perfeita concretização do Interesse Público, sobrepondo-se ao interesse do particular.

Logo, as cláusulas exorbitantes são aceitas nas contratações públicas haja vista a função social do contrato, que se traduz na Supremacia do Interesse Público sobre o do particular.

Por fim, foram delineadas as principais cláusulas exorbitantes mencionadas pela doutrina.

Certo é que a principal característica do Contrato Administrativo é o caráter de superioridade assumido pela Administração Pública, que possui privilégios em detrimento do particular. Prerrogativas essas que ultrapassam as regras de direito comum, contudo não representam desequilíbrio entre as partes do contrato, ao passo que o Interesse Público sempre justificará qualquer tomada de decisão por parte da Administração.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**. v. IV. Tomo 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.

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

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

REMÉDIO, José Antônio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2011.

Websites: <http://www.stj.jus.br/>; <http://www.stf.jus.br/>; <http://www.tjrs.jus.br/>;
www.tcu.gov.br/.