FACULDADE DE DIREITO DAMÁSIO DE JESUS

VALDILÉIA MARIA ALVES FLORÊNCIO

RA:1250834

‘CONTRATOS ADMINISTRATIVOS’

PÓS GRADUAÇÃO *LATU SENSO*

EM DIREITO PÚBLICO

SÃO PAULO

2012

VALDILÉIA MARIA ALVES FLORÊNCIO
RA: 1250834

‘CONTRATOS ADMINISTRATIVOS’

Monografia levada à apreciação da banca examinadora formada por professores do Curso de Pós-Graduação Latu Senso da Faculdade de Direito Damásio de Jesus como exigência parcial para obtenção de título de especialista em Direito Público, sob a orientação do Professor Doutor Clever Rodolpho Vasconcelos.

SÃO PAULO
2012

Banca Examinadora:

1º Professor: _____

2º Professor: _____

3º Professor: _____

Dedicatória

Agradeço primeiramente a Deus pela oportunidade, aos meus pais e familiares, e em especial aos amigos, pelo apoio prestado em toda trajetória.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **1**
1. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 2
1.1 Conceito 2
1.2 Contratos de Direito Privado e Contratos Administrativos 4
1.3 Regime Jurídico dos Contratos Administrativos 5
2. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO 7
2.1 Presença da Administração Pública como Poder Público 8
2.2 Finalidade Pública 9
2.3 Obediência à forma prescrita em Lei 10
2.4. Procedimento Legal 14
2.5. Contrato de Adesão 15
2.6. Natureza *Intuitu Personae* 16
2.7. Presença das Cláusulas Exorbitantes 18
2.7.1 Exigência de garantia 19
2.7.2 Alteração Unilateral 20
2.7.3 Rescisão Unilateral 22
2.7.4 Fiscalização 24
2.7.5 Aplicação de Penalidades 25
2.7.6 Anulação 28
2.7.7 Retomada do objeto 29
2.7.8 Restrições ao uso *exceptio non adimpleti contractus* 30
2.8 Mutabilidade 31
2.8.1 Da Teoria da Imprevisão 33
3. RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO 34
4. BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DAS MODALIDADES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 35
CONCLUSÃO 38
BIBLIOGRAFIA 40

INTRODUÇÃO

Prefacialmente, vale registrar que o estudo executado discorre acerca de um tema um tanto polêmico e democrático, conforme se demonstrará ao longo do trabalho.

Abordaremos questões concernentes aos contratos administrativos e suas variadas acepções, desde o regime jurídico aplicado às suas mais variadas características e modalidades.

O contrato administrativo se destaca por sua forma peculiar no que diz respeito à sua celebração, onde a Administração estabelece previamente as regras, independente de ajuste com o particular, visando sempre o interesse público.

Explanaremos a questão das cláusulas exorbitantes; características marcantes nos contratos administrativos, pois conferem à Administração vantagens significativas com relação à sua execução, colocando o Poder Público em uma posição de superioridade em relação ao particular que com ele contratar.

A Lei 8.666/93 estabelece normas gerais acerca dos contratos administrativos, conferindo prerrogativas à Administração para modificar, rescindir, fiscalizar e aplicar sanções ao contratado com relação a execução do contrato.

Apesar da presença marcante das prerrogativas do Poder Público, poderão ocorrer situações que impeçam ou retardem a normal execução do contrato, que nem mesmo a Administração poderá evitar. E por meio do estudo aqui executado, veremos as consequências que esse fenômeno poderá resultar.

1. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.1 Conceito

Registra-se, inicialmente, que o contrato administrativo é regido pela Lei Federal nº 8.666/1993, a qual cuida-se de norma geral e abstrata. Importante enfatizar, nos termos do art. 22 da Constituição Federal de 1988, inciso XXVII, é de competência privativa da União legislar sobre "normas gerais de licitação e **contratação**, em todas as modalidades, para as administrações diretas, autáquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...)."

Prefacialmente, mister se faz tecer alguns pontos acerca do conceito de contrato administrativo de uma forma geral. Para o Ilustre Professor Celso Antonio Bandeira de Mello[1], entende-se por **contrato** a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí dizer-se que o contrato administrativo, é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz Lei entre as partes.

Cumpre esclarecer, que nem todas as relações jurídicas entre a Administração e terceiros emanam de atos unilaterais. A maioria delas, advêm de acordos de vontade entre o Poder Público e terceiros, as quais podemos alcunhar como "contratos".

[1] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p 620.

Importante destacar, no que tange aos contratos administrativos, o que reza a Lei 8.666/1993, em seu art. 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 prescisão 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."

Não obstante, repisa-se, o contrato administrativo resume-se em um acordo de vontades entre um órgão da Administração Pública e um particular, que produz direitos e obrigações ao menos uma das partes. Vale dizer, os contratos administrativos abrangem ajustes de vontade, resultando uma auto-regulamentação da conduta das partes.

Desta feita, verifica-se que todas as definições de contrato procedem da autonomia da vontade, resultando a obrigatoriedade dos contratos, vale dizer, *"pacta sunt servanda",* ou seja, "os pactos devem ser respeitados", ou mesmo, "os acordos devem ser cumpridos".

No entanto, conclui-se, em síntese, que o contrato administrativo engloba todo ajuste realizado pela Administração, mediante normas por ela pré-estabelecidas, buscando sempre a preservação do interesse público.

1.2 Contratos de direito privado e contratos administrativos

Para a doutrina majoritária brasileira, com relação ao tema em questão, existem dois tipos de contratos: Contratos de Direito Privado da Administração e Contratos Administrativos.

À luz dos ensinamentos da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro[2], "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."

Importante mencionar, como exemplos dos Contratos de Direito Privado da Administração, a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública. Em contrapartida, como exemplos dos Contratos Administrativos, têm-se a concessão de uso de bem público, o contrato de obra pública, a concessão de serviço público, dentre outros.

Na visão de Marçal Justen Filho[3], "a Administração Pública não pode ser atada e tolhida na consecução do interesse público. Todavia, isso não significa que os interesses privados possam ser expropriados ou sacrificados em prol do interesse público, sem respeito a limites e

---

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011. p 254.

[3] FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 10ª ed. São Paulo: Dialética. 2004. p 477.

garantias constitucionais. O direito pretende viabilizar e facilitar a consecução do interesse público, admitindo a pactuação de acordos entre a Administração e particulares. Vale dizer, uma avença pactuada não pode ser um esquema rígido, rigoroso e imutável, sob pena de frustar-se a própria função do 'contrato administrativo'."

Todavia, cabe ainda demonstrar a distinção entre os contratos supramencionados. Segundo Professor Celso Antonio Bandeira de Mello[4], "os ditos contratos diferem entre si quanto a disciplina do vínculo. Significa dizer: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província, ressalvados os aspectos supra-referidos, os 'contratos administrativos' assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto."

1.3 Regime jurídico dos contratos administrativos

Cabe inicialmente destacar, que todo e qualquer regime constitucional que rege a atividade administrativa do Estado, aplica-se aos contratos administrativos, sujeitam-se, no entanto, ao regime de direito público.

É de bom alvitre suscitar, que a supremacia e a indisponibilidade do interesse público não abduz a superioridade dos princípios da legalidade, da moralidade, da isonomia e etc. Com efeito, insuficiente se

[4] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p 621.

faz a alegação do interesse público visando predominar a opinião dos agentes públicos.

Nesse sentido, dispõe a Lei 8.666/1993, em seu art. 58, prerrogativas à Administração no que concerne o regime jurídico administrativo, *in verbis:*

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

Ademais, vale repisar, que o contrato deverá retratar não apenas as regras constitucionais e legais. À luz dos ensinamentos de Marçal

Justen Filho[5], “é imperioso que o contrato se harmonize perfeitamente com a disciplina veiculada no ato convocatório da licitação e com o contido na proposta formulada pelo particular. A harmonia entre o contrato e o instrumento convocatório da licitação é princípio basilar do direito das licitações. Além disso, se fosse possível alterar as condições da licitação ou das propostas, a licitação seria inútil.”

Em suma, pelo expendido acima, deduz-se que o emprego dos princípios de direito privado com relação a matéria contratual se dará sempre de forma complementar. Daí dizer, em outras palavras, somente serão aplicáveis caso não exista resolução derivada dos princípios de direito público, na medida em que a resolução não seja incongruente com o regime de direito público.

2. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Preliminarmente, oportuno se faz elencar as principais características supletivas do contrato administrativo. São elas:

- Presença da Administração Pública como Poder Público;
- Finalidade pública;
- Obediência à forma prescrita em lei;
- Procedimento legal;
- Natureza de contrato de adesão;
- Natureza *intuitu personae*;
- Presença de cláusulas exorbitantes;
- Mutabilidade.

[5] FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 10ª ed. São Paulo: Dialética. 2004. p 481.

Todavia, elucida-se a seguir, considerações acerca de todas as características acima mencionadas.

2.1 Presença da Administração Pública como Poder Público

A verticalidade dos contratos administrativos na prática se impõe pela presença da administração pública, enquanto Poder Público, nos contratos administrativos, repercutindo assim na natureza de contrato de adesão, presença de cláusulas exorbitantes, com exigências de garantias, alteração e rescisão unilaterais pela Administração, emcampação, restrições a "exepctio non adimpleti contractus",constatação das áleas administrativas (fato do príncipe, fato da administração), entre diversas outras hipóteses[6].

Neste sentido, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello[7], "não há fugir à conclusão de que ao Poder Público pertencem todas as prerrogativas necessárias ao bom asseguramento do interesse público, de sorte que pode adotar as providências requeridas para tanto, ainda que impliquem alterações no ajuste inicial. Também não há evadir-se à conclusão de que nunca por nunca poderá a Administração esquivar-se à contrapartida delas, isto é, ao cabal ressarcimento dos gravames resultantes para o contratante privado."

---

[6] "... Disponível em <http://www.ruizalonso.com.br/miolo.asp?fs=menu&seq=413&gid=401> Acesso em 28/01/2012 às 11h40min..."

[7] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p 630.

No entanto, em virtude de uma série de prerrogativas e privilégios, a Administração garante a sua posição de supremacia sobre o particular, que serão adiante passo a passo analisadas.

2.2 Finalidade Pública

Preliminarmente, oportuno se faz suscitar, toda e qualquer atuação do administrador tem como foco principal atender o interesse público, bem como garantir a observância das finalidades institucionais por parte das entidades que compõem a Administração. A finalidade pública visada pela lei é a única que deve ser buscada pelo administrador.

Nesta esteira, pode ocorrer que a utilidade direta seja usufruída apenas pelo particular. Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[8], em uma de suas obras, cita como exemplo o que ocorre na concessão de uso de sepultura, mas, indiretamente, é sempre o interesse público que a Administração tem que ter em vista, sob pena de desvio de poder.

Vale ressaltar, no exemplo supracitado, o sepultamento adequado é do interesse de todos, na forma da Lei, e por esse motivo, posto sob tutela do Poder Público.

Todavia, é bem de ver que esta característica está presente em todos os atos da Administração Pública, até mesmo naqueles regidos pelo direito privado. Desse modo, a Lei ao atribuir competência ao Administrador, tem uma finalidade específica. No entanto, sendo esta

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011. p 265.

praticada fora dos fins, expressa ou implicitamente contidos na norma, incorre em desvio de finalidade.

2.3. Obediência à forma prescrita em Lei

Mister se faz elucidar, primeiramente, que para a celebração dos contratos administrativos, existem numerosas regras no que concerne à forma destes, o que é fundamental, não só em virtude do benefício do interessado, como também em prol da própria Administração, visando o controle da legalidade.

Desse modo, a Lei 8.666/93, que instituiu normas regulamentadoras dos contratos da Administração, estabelece uma série de regras no que diz respeito ao aspecto formal dos contratos administrativos, dentre as quais passa a expor, senão vejamos:

> **"Art. 60.** Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.
> Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a de 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea *a* desta Lei, feitas em regime de adiantamento.
> **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. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota desempenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

§ 2º Em 'carta contrato', 'nota de desempenho de despesa', 'autorização de compra', 'ordem de execução de serviço' ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei.

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja rígido, predominantemente, por norma de direito privado;

II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

§ 4º É dispensável o 'termo de contrato' e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

Art. 63. É permitido a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e, a qualquer interessado a obtenção de cópia autenticada, mediante o pagamento dos emolumentos devidos.

> **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."

Vale salientar, dentre as hipóteses acima descritas, a questão no tocante ao prazo. Em consonânica com o art. 57, § 3º, da Lei 8.666/93, "é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado."

Ademais, ainda com relação ao prazo, registra-se restrição decorrente do art. 57, caput, da Lei supracitada, o qual dispõe o seguinte:

> "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.

2.4. Procedimento Legal

A Lei estabelece determinados procedimentos obrigatórios para a celebração de contratos e que podem variar de uma modalidade para outra, compreendendo medidas como autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente indicação de recursos orçamentários e licitação. É o que preconiza a Prof. Maria Sylvia Zanella Di Pietro[9].

Ademais, a Constituição Federal de 1988, possui algumas exigências no tocante ao procedimento. Cita-se como exemplo, o art. 37, XXI, que tem como exigência a licitação para os contratos de obras,

[9] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011. p 269.

serviços, compras e alienações, e o art. 175, para a concessão de serviços públicos.

No que tange os recursos orçamentários, é primordial que averigue a sua existência antes que seja tomada qualquer providência pela Administração, como por exemplo a realização de uma licitação, tendo em vista a inviabilidade de celebrar um contrato sem a prévia constatação de verbas disponíveis para atender à despesa.

No entanto, o que se busca com a verificação prévia, evitar que a geração de despesas venha a lesar patrimônio público, causando um impacto orçamentário-financeiro embaraçoso, estando o administrador, sujeito às regras da Lei de Responsabilidade Fiscal, no que lhe couber.

2.5. Contrato de Adesão

Preliminarmente, cumpre esclarecer, que todas as cláusulas dos contratos administrativos são firmados pela Administração de forma unilateral. Assim, o poder de alteração *unilateral,* tem sua compostura e extensão qualificadas na Lei.

De acordo com o entendimento de Maria Sylvia[10], “o poder público faz uma oferta a todos os interessados, através do instrumento convocatório da licitação, fixando as condições em que pretende contratar, a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta feita pela Administração. Essa idéia se confirma com a idéia do art. 40, §2º da Lei 8.666/93, segundo a qual, dentre os anexos

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011. p 270.

do edital da licitação, deve constar necessariamente, 'a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor', com isto, fica a minuta do contrato sujeita ao princípio da vinculação ao edital."

Contudo, todavia, ainda que o contrato não decorra de licitação, as cláusulas contratuais são determinadas antecipadamente pela Administração, haja vista o princípio da indisponibilidade do interesse público, bem como hipóteses previstas em Lei específica e esparsas, já explanadas em outros tópicos.

Para Celso Antônio[11], "isto não significa, entretanto, total e ilimitada liberdade para a Administração modificar o projeto ou suas especificações, pena de burla ao instituto da licitação. Estas modificações só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, quando eventos supervenientes, fatores invulgares, anômalos, desconcertantes de sua previsão inicial, vêm a tornar inalcançável o bom cumprimento do escopo que o animara, sua razão de ser, seu "sentido", a menos que, para satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações."

2.6. Natureza *intuitu personae*

A natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos, decorre da obrigação de prestação pessoal do serviço ao contratante.

[11] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p 633.

Oportuno se faz, deixar registrado, à luz do vocabulário jurídico do Ilustre autor Plácido[12], o significado do caráter ora estudado:

> "Os direitos que se geram dos contratos ou obrigações *intuitu personae,* em princípio são incendíveis ou intransferíveis. Mas, assim, se entendem os que se geram ou nascem em consideração de pessoa e, que somente possam subsistir em consideração dela. Em tal caso, não podem ser cedidos ou transferidos em condições idênticas. Daí a razão de sua incedibilidade."

Com efeito, todos os contratos celebrados pela Administração, os quais a Lei exige licitação, são fixados *intuitu personae,* isto é, em virtude das circunstâncias pessoais do contratado, averiguadas no processo licitatório.

No entanto, na visão de Maria Sylvia[13], "não é por outra razão que a Lei 8.666/93, em seu artigo 78, VI, proíbe a subcontratação, total ou parcial, do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial; essas medidas somente são possíveis se expressamente previstas no edital da licitação e no contrato. Além disso, é vedado a fusão, cisão ou incorporação que afetem a boa execução do contrato. Note-se que o artigo 72 permite a subcontratação parcial nos limites admitidos pela Administração; tem-se que conjugar essa norma com a do artigo 78, VI, para entender-se que a medida só é possível se admitida no edital e no contrato."

Por todo exposto acima, conclui-se que, a inobservância das regras supracitadas pode resultar em rescisão unilateral do contrato, estando o

---

[12] PLÁCIDO, Silva de. *Vocabulário Jurídico, atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves*. 13ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 448.

[13] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011. p 271.

contratado adistrito às sanções administrativas previstas no artigo 87 da Lei.

Vale ressaltar ainda, que o contratado, além das sanções supracitadas, está sujeito às consequências elencadas no artigo 80. Senão, vejamos:

> "Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:
> I – assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;
> II – ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;
> III – execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;
> IV – retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.
> §1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II deste artigo fica a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou serviço por execução direta ou indireta.
> §2º É permitida à Administração, no caso de concordata do contrato, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais.
> §3º Na hipotése do inciso II deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do Ministro de Estado competente, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso.
> §4º A rescisão de que trata o inciso IV do artigo anterior permite à Administração, a seu critério, aplicar a medida prevista no inciso I deste artigo.

2.7. Presença das cláusulas exorbitantes

Primeiramente, *mister* se faz explanar o conceito de cláusulas exorbitantes, considerando-as como características marcantes dos contratos administrativos, pois conferem vantagens à Administração, colocando-a em uma posição de superioridade em relação ao contratado.

Para a Prof. Maria Sylvia[14], "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 contratado."

Na verdade, pode-se afirmar que, são exorbitantes pois elevam, de forma exagerada, o padrão das cláusulas do direito privado.

Com efeito, o artigo 58 da Lei 8.666/93, confere à Administração prerrogativas com relação aos contratos administrativos. Isto é, cuida-se de cláusulas exorbitantes, haja vista que o Poder Público está em posição de superioridade sobre o particular. Oportuno se faz, destacar suas principais características, são elas:

- Exigência de garantia;
- Alteração unilateral;
- Rescisão unilateral;
- Fiscalização;
- Aplicação de Penalidades;
- Anulação;
- Retomada do objeto;

[14] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011. p 271.

- Restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*.

2.7.1 Exigência de garantia

O direito de exigir garantia nos contratos de obras, serviços e compras, está conjecturado no artigo 56, §1º da Lei 8.666/93, que dispõe o seguinte:

> "Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras:
> §1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:
> I – caução em dinheiro ou 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."

De fato, a Lei autoriza a exigência da garantia, porém já é realizada na licitação, para que se garanta o adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado. Ao final da licitação, será restituída aos licitantes vencidos, a aos vencedores, será devolvida após a execução do contrato.

Por fim, importante registrar, ocorrendo hipóteses de rescisão unilateral, a Lei vigente autoriza à Administração reter a garantia como ressarcimento de prejuízos causados pelo contratado, bem como valores das multas e indenizações a ela devidos.

2.7.2 Alteração Unilateral

Trata-se de prerrogativa da Administração, prevista de forma genérica no art. 58, inciso I, possibilitando a modificação unilateral para melhor adequação do interesse público. Outrossim, o art. 65 da mesma Lei, prevê hipóteses, de forma mais específica, de possibilidades de alteração unilateral, *in verbis:*

> "Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas nos seguintes casos:
> I – unilateralmente pela Administração:
> a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
> b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;
> II – por acordo das partes:
> a) quando conveniente a substituição da garantia da execução;
> b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
> c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
> d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da

> obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômicaextraordinária e extracontratual."

Cabe ressaltar, em atenção ao disposto no §1º do art. supracitado, estabeleceu-se um limite para acréscimos e supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, que via de regra, não poderão ultrapassar o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor atualizado do contrato, com exceção nas hipóteses de reforma de edifício ou de equipamento, quando este limite será de 50% (cinquenta por cento).

Ademais, à luz do art. 65, da Lei 8.666/93 e aos ensinamentos de Maria Sylvia[15], ao poder de alteração unilateral, conferido à Administração, corresponde o direito do contratado, de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assim considerada a relação que se estabelece, no momento da celebração do ajuste, entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária assegurada pela Administração.

Por fim, ainda com relação ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, Celso Antônio[16] entende que este, está amparado por vários dispositivos constitucionais, dentre eles o art. 5º, inciso XXXVI, segundo o qual 'a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada'. E ainda conclui brilhantemente, "a equação econômico-

---

[15] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011. p 273.

[16] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p 632.

financeira contratual é um direito adquirido do contratado, de tal sorte que normas a ele sucessivas não poderiam afetá-lo.

2.7.3 Rescisão unilateral

Cabe inicialmente tecer acerca da previsão legal da rescisão unilateral, a qual encontra respaldo, genericamente, no art. 58, inc. II, da Lei vigente em questão, remetendo, de forma específica ao art. 78, *in verbis*:

> "Art. 78. Constituem motivos para rescisão do contrato:
> I – o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
> II – o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou 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 cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão, ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;
> VII – o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como a 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 pertubação 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 pertubação 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 força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato;

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

Importante salientar, verificando-se a rescisão por motivo de interesse público, ou ocorrência de caso fortuito ou de força maior, o Poder Público, ficará obrigado, nos termos da Lei, ressarcir o contratado dos prejuízos regularmente comprovados, e ainda, a devolver a garantia, bem como efetuar os pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e o custo da desmobilização.

2.7.4 Fiscalização

A fiscalização da execução do contrato é outra faculdade conferida ao Poder Público, disciplinada de forma específica no art. 67, o qual preconiza a exigência de um representante da Administração especialmente designado, sendo permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Caberá ao representante supramencionado, de acordo com o que reza o §1º deste artigo, anotar em registro próprio, todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados. Verificando-se que as decisões e providências ultrapassam a sua competência, deverá o representante solicitá-las a seus superiores para adoção de medidas.

Acerca da questão aqui explanada, Marçal Justen[17] relata em sua obra que “a Administração tem o poder-dever de acompanhar atentamente a atuação do particular. O interesse público não se coaduna com uma atuação passiva da Administração. Se o particular não executar

[17] FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 10ª ed. São Paulo: Dialética. 2004. p 501.

corretamente a prestação contratada, a Administração deverá atentar para isso de imediato. A atividade permanente de fiscalização permite à Administração detectar, de antemão, práticas irregulares ou defeituosas. Poderá verificar, antecipadamente, que o cronograma previsto não será cumprido. Enfim, a Administração poderá adotar com maior presteza as providências necessárias para resguardar o interesse público."

2.7.5 Aplicação de Penalidades

A Administração, diverso do que se verifica nos contratos privados, tem o condão de impor sanções pelo inadimplemento contratual. Essa faculdade emana da auto-executoriedade dos atos administrativos. Com relação as sanções cominadas ao contratado pela inexecução total ou parcial do contrato, o art. 87 dispõe o seguinte:

> "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;
> 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.

> §1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.
> §2º As sanções previstas no inciso I, III, e IV, deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com as do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.
> §3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

É de bom alvitre suscitar, que tanto a suspensão do direito de contratar quanto a declaração de inidoneidade, somente poderão ser aplicadas no caso dos atos tipificados na Lei como crimes, haja vista não poder se admitir o seu cabimento em outras conjecturas sem que haja a existência de prévia determinação legal.

À luz dos ensinamentos do Prof. Celso Antônio[18], "certos comportamentos agressivos ao interesse público praticados em relação a contratos administrativos são qualificados como crime. Na lei estão tipificadas hipóteses de contrato efetuado sem licitação, fora das hipóteses legais permissivas; travamento de contrato como de fraude, ajuste ou procedimento gravoso à competitividade que teria de presidi-lo; prorrogação contratual fora das hipóteses admissíveis; fraude, em prejuízo da Fazenda, como fruto de licitação ou contrato, consistente em elevação arbitrária de preços ou venda, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada ou deteriorada; entrega de uma mercadoria por

[18] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p 648.

outra; alteração da substância, quantidade ou qualidade da mercadoria devida ou, de qualquer modo, tornar, injustamente, mais oneroso o contrato."

Para os crimes acima mencionadas, a Lei 8.666/93, prevê em seu art. 89, pena de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa, conforme reza o art. 99, §1º, nunca inferior a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Além disso, a Lei prevê ainda, em consonância com o art. 101, 103, 104 e seguintes, que qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a ocorrência. Contudo, se esta não for ajuizada no prazo legal, admite-se ação penal privada subsidiária da pública.

2.7.6 Anulação

Já dizia Maria Sylvia[19], em uma de suas brilhantes obras, que "a Administração Pública, estando sujeita ao princípio da legalidade, tem que exercer constante controle sobre seus próprios atos, cabendo-lhe o poder- dever de anular aqueles que contrariam a Lei. Trata-se da prerrogativa que muitos denominam de **autotutela** e que não deixa de corresponder a um dos atributos dos atos administrativos, que diz respeito à sua executoriedade pela própria Administração. Esta decide e põe em execução a sua própria decisão."

[19] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011. p 277.

Vale lembrar, no que concerne à anulação do contrato administrativo, que o Supremo Tribunal Federal já sumulou o seguinte entendimento:

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

Ademais, como todo e qualquer processo, *mister* se faz observar o disposto no princípio do contraditório e da ampla defesa, o qual deverá se aplicar na hipótese de anulação.

Entretanto, de acordo com o disposto no art. 59, a declaração de nulidade do contrato administrativo operaretroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Ressalta-se, portanto, em consonância com o parágrafo único do artigo supramencionado, que a nulidade aqui tratada não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pela parte do contrato já executada, sob pena de incorrer em enriquecimento ilícito.

Note-se ainda, que a Administração deverá promover a apuração da responsabilidade de quem deu causa ao vício que levou à invalidação do contrato.

2.7.7 Retomada do objeto

O artigo 80 da Lei 8.666/93, traz à baila, determinadas prerrogativas visando assegurar a continuidade da execução do contrato, nos casos em que a paralisação possa causar prejuízos ao interesse público e ao andamento do serviço público essencial. São elas:

- assunção imediata do contrato, no estado e local em que se encontrar; por ato próprio da Administração;
- ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários a sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;
- execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;
- retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

2.7.8 Restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*

Note-se que, um contrato celebrado no direito privado se realiza quando as partes estão de comum acordo., vale dizer, ocorre um ajuste de vontade.

Nos contratos de direito privado, ocorrendo a hipótese de descumprimento por qualquer das partes, a outra pode se valer do princípio da "*exceptio non adimpleti contractus",* vale dizer, a exceção do contrato não cumprido, previsto no Código Civil, nos artigos 476 e 477, ou seja, pode alegar que deixou de cumprir sua obrigação porque o outro contratante já havia feito isso, podendo no entanto, rescindir o contrato privado unilateralmente, haja vista ser próprio o interesse que se defende.

Em contrapartida, nos contratos administrativos quem dita as regras é Administração, inexiste acordo em entre as partes. Desta feita, mesmo que o Poder Público descumpra as cláusulas previstas no contrato celebrado, o contratado não pode se valer do princípio acima mencionado, tendo em vista que o interesse público prevalece sobre o privado.

No entanto, por estas razões, não pode o particular rescindir o contrato com a Administração de forma unilateral, como se faz nos contratos de natureza privada, deverá, portanto, socorrer-se da tutela do Poder Judiciário.

2.8 Mutabilidade

Segundo entendimento da Prof. Maria Sylvia[20], "um dos traços característicos do contrato administrativo é a sua **mutabilidade,** que segundo muitos doutrinadores, decorre de determinadas cláusulas exorbitantes, ou seja, das que conferem à Administração o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público."

Vale dizer, outrossim, que em virtude da decorrência dessa mutabilidade, assiste ao contratado o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, que é a relação que se estabelece no momento da celebração do contrato entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração.

[20] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011. p 279.

Todavia, pode-se afirmar que o equilíbrio do contrato administrativo é essencialmente dinâmico, trazendo à baila três tipos de riscos ou, áleas, que o particular encara quando contrata com a administração: **álea ordinária ou empresarial, álea administrativa e álea econômica.**

Desta feita, classifica-se como ***álea ordinária ou empresarial*** aquele concernente a qualquer tipo de negócio, trata-se de um riso presente em qualquer tipo de atividade, no qual quem responde é o particular, havendo divergências no campo doutrinário.

Por sua vez, ***as áleas administrativas*****,** classificam-se em três modalidades:

- alteração unilateral;
- fato do príncipe;
- fato da Administração.

Cabe destacar acerca da primeira modalidade aqui suscitada; que a ***alteração unilateral*** visa o atendimento do interesse público, respondendo por ela a Administração, bem como trazendo pra si a responsabilidade do reestabelecimento do equilíbrio voluntariamente rompido.

No que tange a segunda modalidade; ***fato do príncipe,*** pode-se afirmar que cuida-se de um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele. É uma determinação estatal geral que onera substancialmente a execução do contrato. Nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido.

Quanto a terceira modalidade, ***fato da administração***, denomina-se como toda ação ou omissão do Estado que incide direta ou especificamente sobre o contrato, retardando ou impedindo a sua execução.

Por fim, no tocante às ***áleas econômicas,*** Maria Sylvia[21] define como sendo "todo acontecimento externo ao contrato estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato execessivamente onerosa para o contratado."

Ressalta-se, outrossim, que ocorrendo essa álea econômica, aplica-se a ***teoria da imprevisão,*** o que equivale a aplicação da antiga cláusula ***rebus sic stantibus***, o que significa dizer que, a convenção não permanece em vigor se as coisas não pernanecerem como eram do momento da celebração.

2.8.1 Da Teoria da Previsão

Prefacialmente, faz-se *mister* tecer algumas considerações acerca da Teoria da Previsão, segundo a qual, estabelece que eventos novos, não previstos e imprevisíveis pelas partes, causadores de reflexos na execução ou no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ensejam sua revisão. Vale dizer, o objetivo dessa teoria é restabelecer o equilíbrio entre o encargo e a retribuição, fazendo com que o contrato seja mais justo para ambas as partes.

Desta feita, para que ocorra efetivamente a aplicação da iminente teoria, *mister* se faz a ocorrência de fatos supervenientes, imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis. Ademais, é indispensável a presença dos eventos, tais como, caso fortuito, força maior, fato do príncipe e fato da administração, na qualidade de hipóteses autorizadoras da teoria supracitada.

---

[21] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011. p 286.

Importante destacar, a distinção existente entre a **teoria da imprevisão e a força maior**. Para a Prof. Maria Sylvia[22], "na ***teoria da previsão*** ocorre apenas um desequilíbrio econômico , o que não impede a execução do contrato, podendo a Administração Pública aplicar a teoria da imprevisão, revendo as cláusulas financeiras do contrato, para permitir a sua continuidade, se esta for conveniente para o serviço público. Em contrapartida, na ***força maior***, verifica-se a impossibilidade absoluta de dar prosseguimento ao contrato, ensejando a liberação de ambas as partes, sem qualquer responsabilidade por inadimplemento."

3. RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A rescisão do contrato adminisrativo, se realiza, com de acordo com o disposto na Lei 8.666/93, em seu art. 79, de três formas, a saber:

> "Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:
> I – determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;
> II – amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
> III – judicial, nos termos da legislação;

Todavia, o art. 78 da Lei supracitada, traz em seu teor hipóteses de rescisão por atos imputáveis ao contratado, nos seus incisos I a XI e XVIII, cabível nessas situações a rescisão unilateral da Administração, sem prejuízo, em casos de inadimplemento culposo, das sanções

[22] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011. p 287

administrativas cabíveis, bem como do ressarcimento dos prejuízos devidos ao Poder Público.

Deste modo, ocorrendo a rescisão unilateral por parte da Administração, tendo em vista o interesse público, caberá à esta ressarcir o contratado dos prejuízos a ele causado, bem como a devolução da garantia, dos pagamento atrasados e ao custo da desmobilização, conforme preconiza o § 2º do art. 79 desta Lei.

Importante elucidar, no que tange à *rescisão amigável*, também denominada por alguns doutrinadores como *rescisão administrativa,* que esta se convalida com o acordo realizado entre as partes, desde que seja conveniente para a Admiministração. Contudo, poderá ser requerida nas hipóteses elencadas nos incisos XIII a XVI do art. 78, alcançando os chamados fatos da administração, conforme estudado anteriormente.

Por fim, no tocante a rescisão judicial, vale lembrar que esta é requerida, na maioria das vezes, pelo contratado, nos casos em que ocorrer o inadimplemento do Poder Público, haja vista que o particular não dispõe das mesmas prerrogativas que à Administração. Entretanto, não poderá o contratado, a seu bel-prazer, paralisar a execução do contrato, muito menos rescindí-lo unilateralmente, visto que não possui competência para tanto, não restando outro meio a não ser a tutela do Poder Judiciário.

4. BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DAS MODALIDADES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Cabe preliminarmente relatar, dentre os contratos administrativos, adstritos ao direiro público, existem uma série de modalidades, dentre as quais a ***concessão*** de serviço público, de obra pública, de uso de bem público, a concessão patrocinada e a administrativa, o contrato de **prestação ou locação de serviços**, o de **obra pública**, o de **fornecimento,** o de **empréstimo público** e o de **função pública.**

Neste sentido, oportuno se faz destacar algumas considerações acerca das questões relativas à concessão e suas espécies, por ser esta modalidade de contrato administrativo por sua excelência, de maior uso pelo Poder Público, as quais, abaixo passa a explanar.

Nesta esteira, com a relação **à concessão de serviço público**, entende o Prof. Celso Antônio[23], tratar-se de um instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público à alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria explonaração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço."

Com efeito, a Lei nº 8.987/95, disciplinadora do tema em questão, dispõe em seu art. 2º que, concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Todavia, faz-se *mister* distinguir os institutos ***concessão*** *e* ***permissão****.* Permissão de serviço público refere-se à delegação, a título

[23] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p 709.

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. Contudo, a diferença está na forma de constituição, haja vista que a concessão decorre de acordo de vontades e, a permissão, de ato unilateral, bem como na precariedade existente na permissão.

À luz dos conceitos extraídos da obra de Maria Sylvia[24], ***contrato de obra pública*** é contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere à transfere à outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona.

Por sua vez, os contratos de ***concessão de uso*** refere-se à contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta a terceiros a utilização privativa de bem público. Trata-se de matéria disciplinada em lei esparsa.

Na visão da Prof. Maria Sylvia[25], define-se concessão patrocinada como sendo um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega à outrem a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

Por fim, ainda com relação às modalidades de concessão, conceitua-se, de acordo com o art. 2º, §2º, da Lei nº 11.079, ***concessão***

---

[24] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011. p 330.

[25] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011. p 330.

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

Contudo, todavia, diante de todo exposto, conclui-se que concessão, de uma forma geral, ainda na visão da brilhante Prof. Maria Sylvia[26], resume-se como sendo um contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao contratado a execução remunerada de serviço público, obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.

CONCLUSÃO

Diante todo o exposto, cabe aqui registrar, que o objetivo esperado com o estudo da matéria é o de compreender o instituto do contrato administrativo, não somente no âmbito da Lei 8.666/93, como também, os aspectos doutrinários, constitucionais, financeiros, e políticos, que envolvem o assunto, sem, todavia, descurar de pontos relevantes próprios da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública.

Neste sentido, afirma-se com o estudo desse instituto que, toda e qualquer atuação do Poder Público está ungida pelo princípio da *supremacia do interesse público sobre o privado*.

[26] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011. p 293.

Contudo, fazendo uma análise mais profunda da Lei 8.666/93, o que se vê é uma enorme proteção ao Poder Público, que por si só, possui autonomia sobre o particular. Ao celebrar um contrato de direito privado, de fato, a Administração, ficará relativamente nivelada com os particulares. Diferentemente ocorre nos contratos administrativos, que ao ser celebrados, a Administração se sobressai com uma série de prerrogativas que garantem a sua posição de supremacia sobre o particular.

Como conseqüência disso, o particular que celebra contrato com a Administração, fica praticamente de mãos atadas perante à alguma providência que tiver que ser tomada no tocante ao contrato, tendo em vista que, quem dita as regras, é o Poder Público. As regras já vêm previamente estabelecidas, não tendo o contratado sequer o direito de expressar sua vontade, a não ser que proucure a tutela do Poder Judiciário, único meio de sanar estas entre outras pendências.

Contudo, sob um olhar crítico, chega-se à conclusão, que o legislador, *data vênia*, ao elaborar a Lei que rege os contratos administrativos, a fez de forma exagerada, colocando o particular em situação muito aquém da Administração.

BIBLIOGRAFIA

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 10ª ed. São Paulo: Dialética. 2004.

PLÁCIDO, Silva de. *Vocabulário Jurídico.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

FILHO, Jose Carlos dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

PESTANA, Marcio. *Direito Administrativo Brasileiro.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

JÚNIOR, Aloísio Zimmer*. Curso de Direito Administrativo.* 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro.* 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

SPITSCOVSKY, Celso*. Direito Administrativo. 1*2ª ed. São Paulo: Método, 2010.

SITES CONSULTADOS

Data da consulta: 28.01.2012.

"http://www.ruizalonso.com.br/miolo.asp?fs=menu&seq=413&gid=401"