Existem cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos?*

Are there exorbitant clauses in administrative contracts?

*Jacintho Arruda Câmara***
*Ana Paula Peresi de Souza****

RESUMO

O estudo questiona a narrativa segundo a qual, no direito positivo brasileiro, existiria um regime jurídico de exorbitância a favorecer a posição da administração pública em seus contratos, algo sem paralelo no direito contratual comum. A conclusão apresentada é a de que as chamadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, na prática, não são excepcionais, como sugere sua previsão em lei, de modo que não conferem poderes extraordinários à administração pública contratante.

* Artigo recebido em 26 de novembro de 2019 e aprovado em 14 de abril de 2020. DOI: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82011.

** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e FGV Direito SP, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: jscamara@pucsp.br.

Doutor e mestre em direito pela PUC-SP. Vice-presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Professor da Faculdade de Direito da PUC-SP e da Pós-graduação Lato Sensu da FGV Direito SP.

*** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: anap.peresi@gmail.com.

Mestranda em direito pela PUC-SP. Pós-graduada em direito administrativo pela FGV Direito SP. Pós-graduada em direito econômico pela FGV Direito SP. Bacharel em direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

As prerrogativas conferidas à administração pela lei de contratações públicas são semelhantes à posição normal dos contratantes nas relações contratuais estabelecidas exclusivamente entre particulares.

PALAVRAS-CHAVE

Contrato administrativo — cláusulas exorbitantes — alteração unilateral — rescisão unilateral por interesse público — lei de licitações e contratos administrativos

ABSTRACT

This work questions the understanding that Brazilian statutory law would set forth privilege clauses favoring Public Administration in public contracts, which would be unparalleled in common civil contracts. The conclusion presented is that the so-called privilege clauses are in practice not exceptional as statutory law suggests since they do not convey extraordinary powers to Public Administration as contracting party. These powers conveyed to Public Administration by statutory legislation regarding public contract are indeed similar to powers set in some contracts executed between private parties.

KEYWORDS

Public contracts — privilege clauses — unilateral modification — termination for convenience — government procurement and public contracts act

1. Introdução

Os institutos de direito administrativo são construídos por meio de uma narrativa de oposição com os similares do direito privado. Para caracterizar esse ramo do direito, não tem bastado o realce no critério subjetivo de identificação, algo que remeteria a definição da disciplina à presença de relações jurídicas nas quais a administração pública fosse parte. Busca-se algo que, na sua essência, afaste as normas e temas de direito administrativo daqueles do direito privado. Isso é percebido no esforço teórico em salientar particularidades do ato administrativo em comparação com os atos jurídicos comuns, da Responsabilidade Patrimonial (civil) do Estado em comparação

com a dos particulares, dos bens públicos em relação aos bens particulares e, como não poderia deixar de ser, dos contratos administrativos em comparação com os contratos firmados entre particulares.[1]

Esse método de construção de uma disciplina jurídica autônoma, contudo, em certas matérias promove uma distorção da realidade normativa. A meta preestabelecida como verdadeiro método de construção de tudo que diga respeito ao direito administrativo está em se diferenciar do direito privado. Parece que, para admitir a existência do direito administrativo como disciplina autônoma, é necessário identificar grandes diferenças de regime jurídico em relação às matérias similares constantes do direito privado.

No tema das contratações públicas, essa narrativa foi encampada pela própria legislação, que aponta uma série de prerrogativas, que seriam típicas do regime jurídico dos contratos administrativos (art. 58 da Lei nº 8.666, de 1993). É comum designar tais prerrogativas como reprodução das chamadas "cláusulas exorbitantes" dos contratos administrativos; algo que, de tão excepcional, não seria admitido no direito contratual privado.

A proposta deste ensaio é questionar a correção dessa narrativa. O objetivo não é negar a existência das regras encartadas no citado dispositivo legal, mas apenas verificar se o regime jurídico ali previsto representa, de fato, uma exorbitância em relação aos vínculos contratuais celebrados entre particulares.

Para alcançar esse propósito, este ensaio adota a técnica de investigação teórica denominada como técnica normativa, focando no estudo jurídico-normativo com base no direito positivo brasileiro e no direito comparado, acompanhado de comentários da literatura jurídica a respeito dos temas analisados.

A conclusão obtida desta comparação é a de que, ao contrário do que normalmente afirmado, o regime jurídico previsto para as contratações administrativas não difere em substância do regime jurídico comum, no que diz respeito, especialmente, à assimetria existente entre contratante e contratado.

O estudo emprega o termo "contrato administrativo" para referir-se a todas as avenças em que a administração pública figura como parte, independentemente do regime jurídico incidente.[2] Embora haja amplo debate

---

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 5.

2 Essa escolha terminológica segue a linha adotada em NOHARA, Irene Patrícia; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Licitação e contratos administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia

teórico acerca do conceito jurídico de contrato administrativo, a escolha por tal termo, de caráter mais amplo, considera tanto o direito positivo, especialmente a redação do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993[3], quanto a recorrente menção a essa terminologia nos textos jurisprudenciais brasileiros. Nas oportunidades em que tratadas as prerrogativas especiais em favor da administração pública presentes nos contratos administrativos, este artigo utiliza o termo "cláusulas exorbitantes" ou "prerrogativas extraordinárias".

Na segunda parte, este estudo apresenta como as obras brasileiras de perfil teórico e de ampla propagação costumam abordar o tema das cláusulas exorbitantes. A terceira parte dedica-se a demonstrar o posicionamento de alguns autores que questionam a real extensão das prerrogativas extraordinárias conferidas à administração pública. A quarta, quinta e sexta partes tratam, respectivamente, da alteração unilateral, da rescisão por motivos de interesse público e da fiscalização e da aplicação de sanções. A sétima parte conjuga os pontos anteriormente apresentados, organizando e, então, refutando os marcos da idealização que cerca as cláusulas exorbitantes.

2. As cláusulas exorbitantes do contrato administrativo de acordo com as obras brasileiras de perfil teórico

No campo teórico brasileiro, as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos são recorrentemente explicadas como uma decorrência do regime jurídico administrativo, o qual é norteado, nessa concepção, pela conjugação das noções de exercício da função administrativa, posição de supremacia do poder público e busca da satisfação do interesse público.

Nesse sentido, a produção bibliográfica no Brasil expõe que incumbe ao Estado a tutela do interesse do conjunto social, por meio do exercício da função administrativa, que compreende deveres e poderes. Para tanto, seria conferida à administração pública a posição de autoridade em relação aos particulares, com o propósito de gerir os interesses públicos em conflito.[4]

Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 6, p. 326.

3 "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."

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 71.

As cláusulas exorbitantes inserem-se nesse cenário, caracterizando-se como poderes tidos como imprescindíveis para o atendimento do interesse público,[5] especialmente para que este último prevaleça sobre o interesse particular[6] nas contratações públicas.

Essas obras esclarecem que o termo exorbitante é empregado para diferenciar os contratos administrativos daquelas avenças próprias ao direito civil. Os ajustes bilaterais firmados pela administração pública são contratos qualificados como administrativos, pois saem da órbita do direto privado, ao prescrever cláusulas que tornam as partes contratuais assimétricas, diversamente do que ocorreria no direito civil. Tais cláusulas seriam "inexistentes (…) nos contratos de direito privado, porque os descaracterizaria[m]".[7]

Destrinchando mais a fundo a razão pela qual tais cláusulas não seriam admitidas em contratos privados, Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta duas diferentes circunstâncias: cláusulas que, embora lícitas, não são usuais nas contratações regidas pelo direito privado e cláusulas que são ilícitas, sendo vedada sua prescrição nos contratos firmados entre particulares. Nas cláusulas lícitas, mas inusuais, estariam prescrições que "asseguram a uma das partes o poder de alterar unilateralmente o ajuste ou rescindi-lo". Já a responsabilização do contratado sem necessidade de que a parte contratante se socorra do Poder Judiciário representaria um exemplo de cláusula ilícita no âmbito das contratações privadas.[8]

Ao abordar o tema dos contratos administrativos, o civilista Silvio de Salvo Venosa trata dos traços distintivos daquelas espécies de ajustes em relação aos contratos privados, apontando que as denominadas cláusulas exorbitantes são o critério fundamental dessa distinção. Aludindo recorrentemente à literatura de direito administrativo mais difundida, o civilista refere-se aos poderes de

---

5 Ibid., p. 655; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 218.

6 Enquanto os autores referidos na nota de rodapé anterior mencionam apenas o atendimento do interesse público, Maria Sylvia Zanella Di Pietro especialmente destaca a *prevalência do interesse público sobre o particular*: "Quando a Administração celebra **contratos administrativos**, as cláusulas exorbitantes existem **implicitamente, ainda que não expressamente previstas**; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular" (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 303).

7 CRETELLA JÚNIOR, José. As cláusulas "de privilégio" nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 161, p. 7-28, jul./set. 1985. p. 28.

8 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 303.

alteração unilateral, rescisão unilateral, fiscalização e aplicação de sanções como poderes marcados "não só pelo fato de permitir à Administração o que ao particular é vedado, mas também por submeter o administrado contratante a um regime de sujeição mais ou menos ampla nos negócios".[9]

As normas surgidas a partir na década de 1990 absorveram, em grande parte, esse posicionamento teórico.[10] Surgido nesse cenário, o art. 58 da Lei nº 8.666, de 1993, elenca prerrogativas conferidas à administração pública, quais sejam: (i) modificação unilateral dos contratos para melhor adequação às finalidades de interesse público; (ii) rescisão unilateral; (ii) fiscalização da execução da avença pelo contratado; (iv) aplicação de penalidades em razão de inexecução total ou parcial do ajuste; e (v) ocupação de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, nos casos de serviços essenciais e em determinadas hipóteses.

A literatura jurídica classifica essas prerrogativas como cláusulas exorbitantes, que se somam a outras, espalhadas ao longo da referida lei. Celso Antônio Bandeira de Mello[11] e Maria Sylvia Zanella Di Pietro[12] apontam a limitação à invocação *do exceptio non adimpleti contractus* pelo contratado como prerrogativa extraordinária da administração pública. A referida autora também compreende como cláusulas exorbitantes a exigência de garantia a ser prestada pelo contratado e o exercício da autotutela a permitir a anulação de contrato administrativo (prerrogativa que sequer consta da lei).[13]

No Brasil, com o advento da Lei nº 8.666, de 1993, surgiram autores que defendem a incidência das chamadas cláusulas exorbitantes em todos os contratos firmados pela administração pública.

Essa conclusão está baseada nos arts. 58 e 62, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993. Interpretados conjuntamente, os dispositivos indicariam que as cláusulas exorbitantes se aplicam não somente aos contratos regidos pelo direito público, mas também às avenças submetidas predominantemente às normas de direito privado.[14]

---

9 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Contratos. São Paulo: Atlas, 2019. p. 241.

10 v. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 347.

11 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 651.

12 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 322.

13 Ibid., p. 314-320.

14 Essa é ótica apresentada por Carlos Ari Sundfeld: "Porém, para a lei, contratos administrativos não são apenas os mencionados no art. 1º. Lê-se no art. 62-§ 3º: (…) Os dispositivos a que se reporta o preceito são justamente os definidores das prerrogativas, inclusive conferindo à Administração poderes de modificação e rescisão unilateral, de fiscalização, de aplicação de

A narrativa adotada pela literatura brasileira mais difundida não se ocupa em comparar os traços de suposta excepcionalidade do regime público com o regime contratual privado. A diferença parece evidente, mesmo sem demonstração cabal da discrepância. Nos tópicos a seguir, será demonstrado que as prerrogativas atribuídas por lei à administração (as supostas cláusulas exorbitantes) não são tão discrepantes do regime de direito privado. Há uma natural assimetria entre contratante e contratado que se observa também nas relações contratuais privadas. O que se denomina de cláusulas exorbitantes do direito administrativo, como será visto, é muito similar à posição do contratante nas contratações entre particulares.

3. As cláusulas exorbitantes vistas sob a ótica eficacial: prerrogativas extraordinárias que não têm a extensão que aparentam

A afirmação de que os contratos administrativos são marcados pela presença de cláusulas exorbitantes sugere a ideia de uma intensa sujeição dos particulares contratados às decisões da administração pública contratante. O vocábulo "exorbitante", por si só, confere ao intérprete a noção de abusividade, de excesso e, até mesmo, de injustiça. Há, portanto, uma acepção não somente negativa, mas também, e especialmente, de força.

Quem é apresentado, pela primeira vez, às cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos tende a concluir que a administração pública, de um lado, detém intensas e absolutas prerrogativas extraordinárias e o contratado, de outro lado, se sujeita a tais poderes, sem qualquer contrapartida. Essa impressão inicial é naturalmente mitigada quando observado que o contratado detém certas garantias, como o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

---

sanções, de anulação, entre outros. Eles, por força do art. 62-§ 3º, se aplicam aos contratos de seguro, de financiamento, de locação (já mencionado no art. 1º) e 'aos demais, cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado'. A redação do preceito é teratológico, pois mandou aplicar por inteiro o regime de direito público a contratos regidos 'predominantemente' pelo privado; ora, se eles ficam, por força da lei, sujeitos ao regime administrativo (o que na lei quer dizer: ao regime de prerrogativa), obviamente deixam de estar submetidos predominantemente ao direito privado. De qualquer modo, a norma é clara: os contratos da Administração, listados ou não nos arts. 1º e 62-§ 3º, ficaram sujeitos ao regime típico do contrato administrativo em sentido estrito" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. Malheiros: São Paulo, 1994. p. 206-207).

No entanto, ainda assim, a abstrata enunciação das cláusulas exorbitantes transparece a ideia de sujeição intensa do contratado à administração pública, em um regime de prerrogativas fortes e em completa contraposição ao que ocorre no âmbito contratual privado. Essa suposta assimetria entre um regime jurídico e outro é mais ilusória do que real.[15]

Ao analisar o teor e os efeitos de tais prerrogativas extraordinárias, constata-se que elas não são tão extravagantes.

A relativização desse suposto regime de exceção dos contratos administrativos já foi defendida por outros autores. Caio Tácito, após apresentar a regra de mutabilidade unilateral do contrato administrativo, afirma que "essa colocação teórica, usualmente aceita na doutrina, não tem a extensão que aparenta". Prossegue no seguinte sentido: "A Administração não goza livremente da prerrogativa de fazer variar a prestação, o que excluiria, por inteiro, a natureza bilateral e a formação consensual do contrato".[16]

José Guilherme Giacomuzzi, em estudo comparatista sobre contratos públicos nos Estados Unidos, França e Brasil, alude ao art. 78, XII, da Lei Federal nº 8.666/1993, destacando que o texto normativo inovou o regime legal antecedente no que toca à rescisão unilateral por interesse público, ao adicionar qualificações à expressão "razões de interesse público". Conforme referido pelo autor, a lei passou, assim, a exigir que a rescisão ocorra nas hipóteses de interesse público de "alta relevância e amplo conhecimento" devidamente justificadas "pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante", no âmbito do processo administrativo referente ao contrato a ser rescindido.

Como tais qualificações representam uma limitação à prerrogativa extraordinária estatal de rescisão unilateral do contrato por interesse público, o mencionado jurista vê nelas uma conotação mais liberal, menos estatal, distinta daquela que incidiu, majoritariamente, durante a formação e desenvolvimento do direito administrativo no Brasil. Pondera, porém, que essa circunstância, isoladamente, não é suficiente para denotar "que o Direito Brasileiro tenha passado a ser menos 'exorbitante' ou mais favorável

---

[15] Há quem considere um mito, a invocação das chamadas cláusulas exorbitantes no direito brasileiro. v. ARRUDA CÂMARA, Jacintho. O mito das cláusulas exorbitantes. *Jota*, São Paulo, 22 out. 2019. Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-mito-das-clausulas-exorbitantes-22102019>. Acesso em: 29 out. 2019

[16] TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 292.

ao interesse privado; nem isso indica que o poder do Estado de rescindir contratos tenha, na prática, diminuído".[17]

Jacintho Arruda Câmara sustenta que a prerrogativa de modificação unilateral do contrato pela administração pública contratante "*é bem mais discreta no direito positivo brasileiro do que sua abstrata enunciação sugere*".[18] Já no que toca à prerrogativa extraordinária de rescisão unilateral, considerada à luz do entendimento jurisprudencial, dispõe que "a prerrogativa de rescindir contratos por motivo de interesse público no Direito Brasileiro é, de certo ponto, mitigada, pois se assemelha às soluções existentes no campo das contratações privadas".[19]

Thiago Marrara afirma que a "exorbitância de muitas cláusulas previstas, por exemplo, no art. 58 da Lei de Licitações, é extremamente baixa quando se as compara com o direito privado". Como exemplo, menciona ser comum, nas contratações privadas, cláusulas que disciplinam a fiscalização por uma das partes contratuais e que estabelecem cláusulas penais. Daí conclui que a exorbitância nos contratos públicos não reside no conteúdo das cláusulas que veiculam prerrogativas extraordinárias à administração pública contratante, mas sim na "sua previsão contratual obrigatória".[20]

---

[17] Destacamos a inteira passagem extraída da obra de José Guilherme Giacomuzzi: "Embora seja clara a influência francesa no texto legal, é também indisputável que o legislador brasileiro quis restringir o poder do Estado de rescindir unilateralmente os contratos. (…) As qualificações que seguem à expressão 'razões interesse público' revelam uma sútil e importante mudança. (…) É claro que os qualificativos 'de alta relevância' e 'amplo conhecimento', que pela lei atual foram atrelados à expressão 'razões de interesse público', não significam, por si sós, que o Direito Brasileiro tenha passado a ser menos 'exorbitante' ou mais favorável ao interesse privado; nem isso indica que o poder do Estado de rescindir contratos tenha, na prática, diminuído, ou que os tribunais tenham começado a exercer um escrutínio mais fino do que o Estado alega ser um 'interesse público' apto a rescindir contratos em casos específicos. (…) Parece-me, entretanto, que a inclusão desses qualificativos às 'razões de interesse público' revela uma nova e inexplorada filosofia por trás da lei — o que não deveria ser desprezível. (...) Quando vista em perspectiva histórica, porém, a mudança parece sugerir uma alteração não só retórica, mas na filosofia aplicável aos contratos administrativos: não sendo possível abandonar a linguagem — reveladora de uma visão de mundo — do interesse público, a 'ideia liberal' fez-se inserir no texto da lei por meio dos qualificativos 'de alta relevância e amplo conhecimento'. Sem adentrar o tormentoso terreno do estudo dogmático do controle da discricionariedade administrativa (o que renderia outro trabalho), é possível enxergar na comentada alteração um reflexo da visão antiestatal anglo-americana — visão, essa, que não se está, aqui, a aplaudir, mas a sugerir se tenha embrenhado no espírito da lei" (GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato*. Supremacia do interesse público "versus" igualdade: um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 353-354).

[18] Irene Patrícia Nohara e Jacintho Arruda Câmara, *Licitação e contratos administrativos*, op. cit., p. 339.

[19] Ibid., p. 391.

[20] Confira-se: "No mais, cumpre registrar, também em interpretação sistemática, que a exorbitância de muitas cláusulas previstas, por exemplo, no art. 58 da Lei de Licitações, é

Logo, há autores que, da análise do direito positivo e da jurisprudência brasileiros, relativizam a exorbitância das prerrogativas conferidas à administração pública em seus contratos. A seguir, este estudo abordará duas das mais representativas prerrogativas: a de alteração unilateral dos contratos e a de rescisão unilateral por interesse público, justamente para demonstrar que elas são similares ao que se observa nas relações contratuais entre particulares.

4. Alteração unilateral

O direito positivo brasileiro prescreve as hipóteses de modificação unilateral da avença pela administração pública. Essa prerrogativa é conferida pela lei, mas também é por ela limitada, na medida em que impõe condições materiais e, por vezes, exige a concordância do contratado.

O art. 58, I, da Lei nº 8.666, de 1993, autoriza a alteração unilateral para "melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado". A modificação visa sempre, portanto, a um fim específico, ainda que expresso por um conceito bastante aberto. Ademais, a referida norma demanda que os direitos do contratado sejam assegurados. Embora o dispositivo legal não mencione quais seriam tais direitos, seu parágrafo segundo[21] alude ao direito à manutenção do equilíbrio contratual. Há, somente nesses dois dispositivos citados, duas claras limitações legais à prerrogativa de modificação unilateral: atendimento a um determinado fim prescrito na lei e respeito ao direito dos contratados.

A Lei nº 8.666, de 1993, vai além: de acordo com parágrafo primeiro do mencionado artigo, as cláusulas econômico-financeiras e monetárias somente são alteradas se houver concordância do contratado.[22] Logo, pretendida

extremamente baixa quando se as compara com o direito privado. É o caso, por exemplo, dos poderes de fiscalização e de aplicação de multas por descumprimento do contrato administrativo. Obrigações de suportar a fiscalização e de pagar multa ou mesmo reparações prévias padronizadas (por meio de cláusula penal) são comuns no direito privado. O que ocorre no direito administrativo é basicamente a determinação de que tais cláusulas incidam em todos os contratos, enquanto no direito privado a escolha dependerá da negociação privada. Em outras palavras, a exorbitância não está exatamente no conteúdo do poder, mas sim na sua previsão contratual obrigatória — o que, a propósito, sequer implica que o administrador necessariamente o utilizará no caso concreto" (MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. *Revista de Contratos Públicos — RCP*, Belo Horizonte, a. 3, n. 3, p. 237-255, mar./ago. 2013).

21 § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

22 § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

modificação do contrato que demande a alteração das condições econômico-financeiras pactuadas — o que nem sempre ocorrerá —, é necessário que (i) essa alteração vise melhor adequar o contrato às finalidades de interesse público, como visto anteriormente; (ii) haja concordância do contratado; e (iii) seja repactuada a equação econômico-financeira.

De maneira mais detalhada, a Lei nº 8.666, de 1993, prescreve que a administração pública contratante alterará a avença, de forma unilateral, para promover mudanças qualitativas consistentes "na modificação do projeto ou das especificações" (art. 65, I, "a") e, também, alterações quantitativas que correspondam ao acréscimo e à supressão do objeto inicialmente pactuado (art. 65, I, "b").

Caso o acréscimo ou a supressão incida sobre itens com preços unitários predefinidos, o contratado suportará tal modificação imposta unilateralmente até os limites prescritos no art. 65, §§ 1º e 2º, II, isto é: 25% do valor inicial atualizado do contrato, no caso de obras, serviços e compras, e no percentual de 50%, nas hipóteses de reforma de edifício ou de equipamento. Se os preços unitários não tiverem sido definidos nos contratos, além da observância dos limites mencionados, caberá às partes fixar tais valores "mediante acordo".

Em outras hipóteses, a alteração do contrato é, necessariamente, pactuada sempre de forma bilateral, quais sejam: (a) substituição da garantia de execução (art. 65, II, "a"); (b) modificação do regime de execução da obra ou serviço e modo de "fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originário" (art. 65, II, "b"); (c) alteração da forma de pagamento (art. 65, II, "c"); (d) reequilíbrio da equação econômico-financeira (art. 65, II, "d"); e (e) supressões no objeto contratual acima do percentual 25% do valor inicial atualizado do contrato, no caso de obras, serviços e compras, e no percentual de 50%, nas hipóteses de reforma de edifício ou de equipamento (art. 65, §§ 1º e 2º, II).

Há um limitador comum a todas as hipóteses de alteração do contrato, seja unilateral, seja bilateral: a impossibilidade de modificação da natureza do objeto contratual, cuja identidade deve sempre ser preservada.[23]

Como se vê, há limites legais relevantes à modificação unilateral do contrato, pois a administração pública pode modificar o contrato unilateralmente, porém (a) deve visar "*às finalidades de interesse público*"; (b) não pode

[23] Nesse sentido, v. SUNDFELD, Carlos Ari. Contratos administrativos — distinção entre acréscimo de valor estimado e ampliação do objeto: art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Fórum de Contratação e Gestão Pública — FCGP, Belo Horizonte, a. 4, n. 40, 2005.

alterar a natureza do objeto contratual; (c) deve assegurar os direitos dos contratados, especialmente o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; (d) se a alteração reverberar nas condições econômico-financeiras pactuadas em abstrato, necessitará da concordância do contratado; (e) deve respeitar os percentuais impostos pela lei quanto aos acréscimos e supressões do objeto contratual; (f) se acrescidos ou suprimidos itens cujos preços unitários não tenham sido previamente definidos, deve firmar acordo com o contratado para fixar tais preços.

Constata-se, assim, que a prerrogativa de alteração unilateral dos contratos administrativos não possui a extensão que muitas vezes aparenta.

Comparando com uma relação contratual entre particulares, percebe-se que não há diferença significativa; nada que se possa tachar de exorbitante. O contratante particular de obra (contrato de empreitada) ou serviço poderá, durante a execução do contrato, determinar ao contratado alterações no objeto originalmente contratado. É o que se extrai do art. 619 do Código Civil, que confere ao dono da obra o direito de determinar modificações no projeto apresentado pelo empreiteiro, que, em contrapartida, poderá exigir acréscimo no preço contratado.[24]

Logo, não é por ter celebrado um contrato de empreitada com base num dado projeto, por exemplo, que o dono da obra, mesmo sendo particular, está impedido de determinar modificações no projeto inicial. Como dono da obra, ele pode determinar modificações no projeto. Para tanto, por óbvio, terá de repactuar o preço anteriormente acertado. Trata-se de condição semelhante à que a administração pública está obrigada a atender. O regime público, como se vê, se aproxima do privado em relação a esse aspecto.

---

[24] V. o quanto disposto pela doutrina civilista: "Sendo o empreiteiro um especialista, presume-se que a terá calculado na previsão dos acontecimentos, e não pode surpreender a outra parte com a exigência de quantia a maior do que o preço ajustado. Na falta de estipulação expressa das partes, o Código presume ser a empreitada sem reajustamento (Código Civil, art. 619). Esse direito ao preço que tem o dono da obra se mantém mesmo que sejam introduzidas modificações no projeto aprovado, salvo se essas modificações forem efetivadas a pedido do dono da obra, através de instruções escritas, ou se este assistiu as modificações e contra elas não protestou, na hipótese de serem visíveis e de inequivocamente importarem em aumento do custo da obra (parágrafo único do art. 619)" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. Contratos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 281).

5. Rescisão unilateral por interesse público

Outro importante exemplo está na rescisão do contrato, pela administração pública contratante, por motivos de interesse público. Nos termos do art. 79, I, da Lei Federal nº 8.666/1993, a administração Pública está autorizada a rescindir a avença, por meio de ato unilateral, em determinadas hipóteses elencadas em lei em que não haja culpa do contrato.

No direito privado, a extinção do contrato por mera manifestação de vontade por uma das partes sem justa causa é nomeada como "resilição unilateral". Nesse ramo do direito, tal forma de resilição não é a regra, ocorrendo somente em determinados contratos por força de lei ou dos termos avençados entre as partes.[25] Uma vez admitida legalmente ou contratualmente e havida a resilição unilateral, cabe à parte que resiliu indenizar a outra pelas perdas e danos sofridos.

É caso, por exemplo, do contrato de empreitada prescrito pelo Código Civil. De acordo com o art. 623 desse diploma legal, o dono da obra (contratante) pode resilir ("suspender", segundo a redação do dispositivo legal) o contrato "desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra". Silvio Venosa destaca que, embora o texto legal tenha empregado o termo "suspendê-la" (a obra), o termo técnico correto seria "rescindir unilateralmente o contrato", conforme constou do Projeto de Lei nº 6.960/2002.[26] Ainda, o civilista corrobora o teor do mencionado artigo ao afirmar que a resilição após o início da execução da obra impõe a indenização "das despesas e do trabalho feito, bem como pelos lucros cessantes calculados com base na conclusão da obra".[27]

Outro exemplo é o contrato de mandato: nos termos do art. 682, I, do Código Civil, nessa espécie contratual, é cabível a resilição unilateral, que é denominada como "revogação", sendo esta uma feição especial da resilição.

---

[25] V.: "A resilição unilateral poderá decorrer da lei ou ser estabelecida no próprio instrumento contratual. Assim, somente nas hipóteses consensualmente previstas, ou em que a lei expressa ou implicitamente o permita, poderá a manifestação de vontade de apenas um dos contratantes pôr fim aos efeitos do negócio." (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 141)

[26] Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, op. cit., p. 537.

[27] Ibid., p. 536.

Há, assim, autorização legal, no âmbito do direito civil, para que a parte contratante rescinda a avença por sua vontade exclusiva, de forma unilateral e sem que haja culpa pela parte contrária. Nesse específico aspecto, a contratação pública assemelha-se à contratação privada em comento, daí decorrendo circunstância em que o direito administrativo não "exorbita" do direito privado.

Fernando Dias Menezes de Almeida também se vale do exemplo da empreitada regida pelo Código Civil para demonstrar que o poder de ação unilateral existe não somente na esfera contratual pública, mas também no âmbito contratual privado.[28]

O exemplo da empreitada regida pelo direito civil demonstra a existência de semelhanças entre a contratação privada e o contrato administrativo não somente pelo aspecto da prerrogativa extraordinária de rescisão unilateral, mas também, e especialmente, quanto à extensão da indenização devida à outra parte que não resiliu a avença.

O parágrafo 2º e incisos I a III do art. 79 da Lei Federal nº 8.666/1993 prescrevem que o contratado faz jus aos "prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido", sendo-lhe garantido, ainda, a devolução da garantia, pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e o pagamento do custo de desmobilização.

Na prática, em razão da consolidação do entendimento jurisprudencial a respeito da matéria em questão, o contratado goza de outras garantias, além daquelas dispostas no artigo anteriormente mencionado.

A primeira delas constitui o direto à ampla defesa e contraditório no âmbito de processo administrativo que preceda a edição do ato unilateral de rescisão, conforme previsão do art. 78, parágrafo único, da Lei Federal

[28] "Mesmo em contratos privados, ou seja, contratos celebrados entre pessoas privadas, em torno de interesses privados, pode haver um regime jurídico de prerrogativas de ação unilateral, que não decorrerá do fato de serem privados, ou não, os interesses, mas, sim, das circunstâncias que envolvem aquele determinado objeto contratual — circunstâncias estas que o fazem sabidamente mais sujeito à necessidade de mudanças, o que, portanto, leva o Direito a entender como adequado um regime mais flexível no tocante ao modo de se interpretar e aplicar o *pacta sunt servanda*. Diversos exemplos neste sentido podem ser extraídos, no Brasil, do Código Civil. Assim, um contrato que, pela natureza do seu objeto, tipicamente inclui regras de mutabilidade em seu regime é o de empreitada. Tem o dono da obra o direito de suspendê-la, pagando ao empreiteiro os serviços já feitos, bem como o indenizando pelos ganhos que teria se concluída a obra (art. 623), ou mesmo respondendo por perdas e danos de modo mais abrangente se destituída de justa causa a suspensão (art. 624)" (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 333-334).

nº 8.666/1993,[29] cuja aplicabilidade na hipótese de rescisão unilateral por interesse público é corroborada pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ).[30]

A segunda concerne à extensão da compensação financeira paga ao contratado: ao lado das despesas já incorridas e do lucro correspondente ao que já tivesse sido executado até a rescisão, é garantido ao contratado o pagamento de lucros cessantes. O dever de indenização da expectativa frustrada de lucro, embora não expressamente indicado na legislação, vem sendo imposto à administração pública pelo Judiciário, especialmente à luz da uniformização do entendimento pelo STJ.[31]

Aqui, vale breve apontamento para destacar que a posição pelo pagamento de lucros cessantes era majoritária, antigamente havendo divergência por parte do ministro Herman Benjamin.[32] No entendimento então apresentado pelo ministro, os lucros cessantes não seriam devidos, seja porque houve silêncio eloquente por parte do legislador, ao não prever a indenização por expectativa frustrada de lucro, seja porque o particular, ao contratar com a administração pública e, assim, conhecendo o regime jurídico incidente, não tem a expectativa de perceber lucros cessantes.[33]

Decisão monocrática datada de dezembro de 2018 revela a observância, pelo referido ministro, da jurisprudência do STJ que afirma que os prejuízos decorrentes da rescisão unilateral abarcam os danos emergentes e os lucros

---

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

30 "Esta Corte Superior entende que a rescisão unilateral do contrato administrativo com base no interesse público, prevista no art. 78, XII, da Lei n. 8.666/93, não exime a Administração Pública de devidamente a motivar, com a oitiva prévia do contratado, não sendo 'possível embasar a abrupta rescisão de contrato sob o pálio apenas de que seria precário'. (....) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgInt no REsp nº 1650210. Relator: ministro Gurgel de Faria. Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 21 de maio de 2019).

31 V. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RMS nº 41.474. Relator: ministra Regina Helena Costa. Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 16 de novembro de 2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1240057. Relator: ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 21 de setembro de 2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 232571. Relator: ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 31 de março de 2011.

32 Irene Patrícia Nohara e Jacintho Arruda Câmara, *Licitação e contratos administrativos*, op. cit., p. 390.

33 Nesse sentido está o voto divergente proferido pelo ministro Herman Benjamin em BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 737.741/RJ. Relator: ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 21 de agosto de 2009.

cessantes.[34] A adesão daquele que destoava da posição majoritária reflete a consolidação na Corte do entendimento de que o dever de indenização dos lucros cessantes se aplica à administração pública.

Também abordando a indenização por lucros cessantes em decorrência de rescisão unilateral dos contratos administrativos brasileiros, José Guilherme Giacomuzzi questiona qual seria o real fundamento teórico subjacente ao entendimento jurisprudencial anteriormente comentado. Parece-lhe importante compreender tal ponto, pois entende que há dois diferentes potenciais fundamentos, cada qual com consequências distintas no plano teórico. De um lado, a compreensão de que o pagamento dos lucros cessantes é devido por força da aplicação, ainda que supletiva, de normas de direito privado conferiria ao "contrato administrativo uma conotação mais comutativa mais forte, própria do direito privado". De outra banda, a indenização dos lucros cessantes fundada no direito ao equilíbrio econômico-financeiro reforçaria "conotação mais distributiva, própria das relações de direito público".[35]

Independentemente do fundamento teórico que embasa o entendimento dos tribunais brasileiros no sentido anteriormente relatado, a mera prática do pagamento de lucros cessantes nas hipóteses de rescisão unilateral pela administração pública não é fato banal. Pelo contrário, é determinante para a compreensão da ótica eficacial do regime das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo brasileiro.

Isso especialmente porque, em ordenamentos jurídicos estrangeiros, admite-se a rescisão unilateral, sem que haja qualquer conduta ilícita por parte do contratado, não conferindo a ele, porém, o direito à percepção dos lucros frustrados.

---

[34] "A jurisprudência do STJ reconhece o direito à indenização quando provados os prejuízos decorrentes da rescisão prematura contratual por ato da Administração, aí compreendidos os danos emergentes e os lucros cessantes, quando a parte contratada não dá causa ao distrato" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1714282. Relator: ministro Herman Benjamin. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2018).

[35] "A diferença de fundamento para a indenização dos lucros cessantes não é acadêmica. Saber se o fundamento está no Código Civil ou se decorre da garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo importa para determinar a possibilidade de controle da questão pelo STF, o que não é pouco. Mas há outra razão, mais importante no plano teórico: fundar em normas jusprivadas a indenização de lucros cessantes é dar ao contrato administrativo uma conotação mais comutativa mais forte, própria do direito privado; ao contrário, se o fundamento do mesmo dever de indenizar for o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos — o qual, lembremos, tem como ideia-força o princípio público da igualdade perante os encargos públicos — o *ethos* que envolve essa relação pode ganhar uma conotação mais distributiva, própria das relações de direito público" (José Guilherme Giacomuzzi, *Estado e contrato*, op. cit., p. 357)

Na Argentina, de acordo com Augustín Gordillo, o contrato caracteriza-se como administrativo quando, entre outras hipóteses, as partes contratam sob o regime das cláusulas exorbitantes, no qual não é devida a indenização ao contratado dos lucros cessantes.[36]

Em relação aos Estados Unidos, José Guilherme Giacomuzzi relata que, nos poucos casos em que admitidas a rescisão unilateral (*termination for convenience*) dos contratos públicos (*government procurement*) pelo Estado por seu mero interesse (*goverment´s interest*), não lhe é imputado o dever de indenizar o contratado por seus lucros cessantes.[37]

Todos esses elementos indicam, em suma, que os contratos administrativos brasileiros, na prática, muito se assemelham com os contratos celebrados entre particulares no que toca à rescisão unilateral.

6. Outras prerrogativas: a fiscalização e a aplicação de sanções

Além da modificação e da rescisão unilaterais, o art. 58 da Lei nº 8.666, de 1993, estabelece como prerrogativas da administração pública a fiscalização da execução da avença e a aplicação de penalidades em face do contratado em razão de inexecução total ou parcial do ajuste. Mais adiante, o texto legal

---

[36] "*También puede reconocerse carácter de 'contrato administrativo' al celebrado por la administración bajo 'cláusulas exorbitantes' al derecho común, esto es, cláusulas que están fuera de la órbita normal del derecho privado, sea porque no es usual convenirlas o porque serían antijurídicas a la luz de las normas privatísticas. Si la administración, en consecuencia, incluye en un contrato que celebra, cláusulas por las que puede aplicar ella misma y ejecutar también por sí ciertas penalidades (multas por retardo, pérdida de la fianza o del depósito de garantía, ejecución por terceros en caso de incumplimiento, etc.), por las que se exime de responsabilidad por falta de pago o por mora en los pagos, salvo el reconocimiento de reducidos intereses, por las que excluye la indemnización de lucro cesante si no cumple con el contrato, etc., entonces es obvio que el contrato ha quedado automáticamente sometido a un régimen de derecho público, siendo por lo tanto un contrato administrativo y no un contrato de derecho privado de la administración*" (GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 9, primeros manuales. Buenos Aires: FDA, 2014. Disponível em: <www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo16.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2019)

[37] "Na prática, a pior consequência ou 'maior impacto' ao contratado — e aqui, em suma, reside a exorbitância — quando invocada a *termination for convenience* é que ele não tem direito ao lucro que teria se fosse cumprido o contrato (*anticipatory profit*). Enquanto em contratos privados da common law todo o lucro que seria percebido pela parte inocente seria a esta devido em caso de rescisão, no *government procurement* a compensação ao contratante é baseada em custos assumidos mais um montante razoável do lucro sobre esses custos. Noutras palavras, o ressarcimento do contratado é limitado aos pagamentos pela execução do contrato até a data de rescisão, aos custos até então havidos, ao lucro aferido e aos custos de rescisão" (José Guilherme Giacomuzzi, *Estado e contrato*, op. cit., p. 330).

disciplina cada uma dessas chamadas prerrogativas, estabelecendo regras de atuação.

Quanto à fiscalização, o art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993, dispõe que a administração pública acompanhará e fiscalizará a execução contratual, representada seja por agente público, seja por terceiro contratado para essa finalidade. Caso constatados defeitos e falhas, determinará o que for necessário à regularização da execução.

Esse modo de fiscalização em nada se distingue daquele adotado em contratos privados. Valendo-nos novamente do exemplo do contrato privado de empreitada, observe-se que "sempre se confere ao dono da obra direito de fiscalizar sua execução", conforme dispõe Silvio de Salvo Venosa. De acordo com o civilista, o dono da obra, pessoalmente ou por meio de preposto, "poderá embargar a obra ou tomar as medidas necessárias, caso o empreiteiro afaste-se do projeto, do contrato ou das normas técnicas aceitáveis para a hipótese".[38] Tamanho o direito de fiscalização conferido ao dono da obra que, segundo o mencionado autor, tal direito se impõe mesmo quando o contrato dispõe o contrário, isto é, mesmo quando proíbe expressamente a fiscalização.

Em relação à aplicação de penalidades, a Lei nº 8.666, de 1993, prescreve que cabe: no caso de atraso injustificado na execução do objeto contratual, a imposição de multa moratória (art. 86); no caso de inexecução total ou parcial do contrato, quatro diferentes penalidades, entre as quais, a multa compensatória (art. 87, II).

Nos contratos firmados entre particulares, é igualmente cabível e usual a previsão de multa moratória e multa compensatória, nomeadas pela legislação civil como "cláusula penal". De acordo com os arts. 408 e 409 do Código Civil, "a cláusula penal pode referir-se: a) à inexecução completa da obrigação; b) à de alguma cláusula especial; c) à mora, simplesmente (Cód. Civil de 2002, art. 409). Nos dois primeiros casos (letras a e b), denomina-se compensatória, e, no último (letra c), moratória".[39]

Há, portanto, similitude estrutural entre a cláusula penal regida pelo direito civil, em suas duas espécies, e as multas previstas nos mencionados arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993.

Ainda, a legislação civil impõe limite ao montante da multa prevista na cláusula penal, estabelecendo que essa importância "não pode exceder o da

---

[38] Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, op. cit., p. 538.

[39] MONTEIRO, Washington de Barros. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*. Direito das obrigações. 1a parte. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 427.

obrigação principal", nos termos do art. 412 do Código Civil. Igual disposição não existe nas normas de direito administrativo. Contudo, nas contratações públicas, na prática, há limitação do montante das multas, seja porque aplicada supletivamente a mencionada regra de direito privado, tal como disposto por alguns autores,[40] seja porque incidente o princípio da proporcionalidade sobre a aplicação de tal penalidade, que obsta a estipulação de importância exorbitante.

Ademais, contratantes, em especial, empresas privadas podem estabelecer regras que impeçam a contratação de fornecedores que deixaram de executar parcial ou totalmente contratos outrora firmados ou que não atendam a determinadas regras de conduta ética, por exemplo. Aliás, essa tem sido uma prática cada vez mais usual, especialmente em empresas que estabeleceram regras rigorosas de *compliance*, à luz do art. 42, III e XIII, do Decreto nº 840, de 18 de março de 2015. Em muitos casos, um código de conduta é apresentado ao fornecedor contratado que, após anuir com as regras ali dispostas, poderá se sujeitar à imposição de penalidades, tais como advertência, multa, suspensão da compra, dos serviços ou do fornecimento, entre outras sanções.

Tais infrações e correspondentes penalidades dispostas no ambiente contratual privado aproximam-se daquelas previstas nos arts. 87 e 88, da Lei nº 8.666, de 1993, o que demonstra que a aplicação de sanções consiste em uma prerrogativa do contratante, seja público, seja privado.

Vislumbrados os aspectos anteriormente destacados, nota-se novamente que os poderes exorbitantes atribuídos à administração pública, na verdade, muito se semelham aos poderes dos contratantes em geral, sejam eles públicos ou privados.

7. A idealização das cláusulas exorbitantes

A ampla produção bibliográfica brasileira considera que os contratos se qualificam como administrativos, pois presentes cláusulas que saem da órbita do direito privado e, assim, criam uma relação de assimetria significativa

[40] V.: "A multa, como se sabe, possui natureza pecuniária, representando um impacto na esfera patrimonial do administrado. Para nós, em hipótese alguma poderá ultrapassar o montante da obrigação, seguindo a mesma orientação dada pelo Código Civil brasileiro" (PESTANA, Marcio. *Licitações públicas no Brasil*. Exame Integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520 /2002. São Paulo: Atlas, 2013. p. 854).

entre as partes. Nesse âmbito, o contratado se sujeitaria a fortes prerrogativas da administração pública, o que inexistira no campo das contratações entre particulares, seja porque seria ilícito, seja porque simplesmente seria incomum no âmbito dos ajustes regidos pelo direito privado.

Essa concepção é bastante difundida nas obras teóricas de direito administrativo, tendo, por vezes, até mesmo servido de base para que civilistas reproduzissem a mesma ideia de modo genérico e sem o olhar voltado para comparação com as regras de direito privado.

No entanto, as prerrogativas da administração são cercadas de diversas limitações, muitas delas impostas pelo texto legal e outras provenientes de entendimento jurisprudencial reiterado. A administração pública pode rescindir um contrato unilateralmente por motivo de interesse público, porém deve instaurar um procedimento administrativo, conferir ampla defesa e contraditório e indenizar danos emergentes e lucros cessantes; a administração pública pode alterar o contrato, mas, em certas ocasiões, respeitará determinados limites objetivos e, em outras, necessitará da concordância do contratado. Não são, portanto, tão intensas e impositivas quanto costumam ser enunciadas.

Esse regime não é exorbitante em comparação ao direito privado. Nas contratações entre particulares não são incomuns, tampouco ilícitas, prescrições contratuais que confiram, por acordo de vontades, prerrogativas extraordinárias a uma parte não gozadas pela outra, estabelecendo, por exemplo, o poder de resilição unilateral, nas hipóteses em que não haja norma legal nesse sentido, cláusulas penais e o poder de fiscalização do serviço exclusivamente a uma parte. Tomados esses aspectos em consideração, constata-se que as prerrogativas conferidas à administração pública não são excepcionais, existindo poderes a elas equivalentes nos contratos privados, estando ambas, portanto, em uma mesma órbita.

Na prática, um grande grupo econômico de empresas detém mais poder de imposição de suas vontades à outra parte contratual do que a administração pública. Primeiro, porque o contratado que celebra ajuste com o particular poderoso se sujeita às condições impostas pelo contratante a fim de manter a relação contratual que lhe é interessante e vantajosa, justamente porque firmada com um grande cliente. Segundo, porque o "particular-contratante" não se submete às regras típicas do controle da atuação da administração pública. Assim, se o grupo econômico de empresas optar por suprimir parte do objeto contratual, adotará essa medida sem qualquer limitação, impondo sua vontade ao contratado que tende a aceitá-la, ainda que a contragosto,

como maneira de preservação da parceria comercial, embora possuísse eventualmente algum direito a compensação. Já a administração, caso pretenda reduzir o objeto contratual, de modo unilateral, só poderá fazê-lo até o limite percentual imposto na lei, não dispondo das mesmas armas de persuasão de um contratante privado, uma vez que seus parceiros são escolhidos por licitação e os limites de imposição de sua vontade foram predeterminados em lei. A relação contratual privada pode, portanto, ser tão assimétrica quanto ou até mais que a relação contratual pública.

A superação dos marcos da idealização que cercam as prerrogativas extraordinárias contratuais da administração pública demonstra que a observância atenta da realidade, jurídica e fática, importa. É, assim, essencial para compreensão mais completa de diversos temas que são, muitas vezes, apresentados sob um olhar meramente teórico, tal como as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo.

8. Conclusão

O direito positivo brasileiro confere à administração pública prerrogativas no âmbito dos contratos administrativos. A existência de tais prerrogativas e o constante uso delas pelo poder público são notórios, de modo que o presente artigo não se prestou a refutá-los. Mas eles, na prática, não são excepcionais como aparentam.

Isso se deve a diferentes razões. As prerrogativas podem ser invocadas pela administração pública, mas encontram limitações impostas pelo direito positivo e pela jurisprudência, não tendo, portanto, a força sugerida, recorrentemente, na descrição constante nas obras jurídicas brasileiras de perfil mais generalista. Nos contratos firmados por particulares, há prerrogativas semelhantes exercidas pelos contratantes. Em certas ocasiões, a administração pública contratante possui até menos poderes que o "particular-contratante", pois este último não se sujeita às amarras que o Estado possui.

Há, assim, certo exagero em denominar como exorbitantes as prerrogativas conferidas à administração nos contratos que celebra.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

____. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ARRUDA CÂMARA, Jacintho. O mito das cláusulas exorbitantes. *Jota*, São Paulo, 22 out. 2019. Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-mito-das-clausulas-exorbitantes-22102019>. Acesso em: 29 out. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RMS nº 41.474. Relator: ministra Regina Helena Costa. Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 16 de novembro de 2018.

____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp nº 1650210. Relator: ministro Gurgel de Faria. Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 21 de maio de 2019.

____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 232571. Relator: ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 31 de março de 2011.

____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 737.741/RJ. Relator: ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 21 de agosto de 2009.

____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1240057. Relator: ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 21 de setembro de 2011.

____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1714282. Relator: ministro Herman Benjamin. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. As cláusulas "de privilégio" nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 161, p. 7-28, jul./set. 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato*. Supremacia do interesse público "versus" igualdade: um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 9, primeros manuales. Buenos Aires: FDA, 2014. Disponível em: <www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo16.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2019.

MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. *Revista de Contratos Públicos — RCP*, Belo Horizonte, a. 3, n. 3, p. 237-255, mar./ago. 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*. Direito das obrigações. 1ª parte. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Licitação e contratos administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 6.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume III. Contratos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PESTANA, Marcio. *Licitações públicas no Brasil*. Exame Integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520 /2002. São Paulo: Atlas, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. Malheiros: São Paulo, 1994.

_____. Contratos administrativos — distinção entre acréscimo de valor estimado e ampliação do objeto: art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93. *Fórum de Contratação e Gestão Pública — FCGP*, Belo Horizonte, a. 4, n. 40, abr. 2005.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil*. Volume 3. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Contratos. São Paulo: Atlas, 2019.