

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO**

VANESSA FAVIN

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: APONTAMENTOS SOBRE AS CLÁUSULAS
EXORBITANTES E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

Porto Alegre

2022

VANESSA FAVIN

**CLÁUSULAS EXORBITANTES: APONTAMENTOS SOBRE AS CLÁUSULAS
EXORBITANTES E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

**Trabalho de conclusão de curso apresentado como
requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista
em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.**

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini.

Porto Alegre

2022

RESUMO

Os poderes exorbitantes da Administração Pública têm suscitado críticas a respeito de sua aplicação nas cláusulas que exorbitam as contratações do poder público. A partir do exame da contratualização administrativa, o presente trabalho tem por objetivo analisar a definição das cláusulas exorbitantes presentes nos contratos administrativos, verificando detalhadamente quais são as espécies dessas cláusulas que possibilitam a aplicação de determinadas prerrogativas que são conferidas à Administração Pública, a partir da nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei nº 14.133/2021). Enfrentar o conceito do princípio da supremacia do interesse público, bem como examinar o que se entende por interesse público, tendo em vista a relevância de tais premissas na aplicação dos poderes exorbitantes da Administração Pública nos contratos administrativos. Por fim, aduz-se quanto a possíveis ponderações no que tange as cláusulas exorbitantes e a efetivação dos direitos fundamentais, com o objetivo de limitar arbitrariedades e garantir a finalidade dos interesses públicos nos contratos administrativos.

Palavras-Chave: Contratos Administrativos. Cláusulas Exorbitantes. Supremacia do Interesse Público. Interesse Público. Ponderação. Lei 14.133/2021.

ABSTRACT

The exorbitant powers of the Public Administration have raised criticisms regarding its application in the clauses that exorbit the contracts of the public power. From the examination of administrative contractualization, the present work aims to analyze the definition of exorbitant clauses present in administrative contracts, verifying in detail what are the species of these clauses that allow the application of certain prerogatives that are conferred on the Public Administration, from the new law on bidding and administrative contracts (Law No. 14,133/2021). To face the concept of the principle of supremacy of the public interest, as well as to examine what is meant by public interest, in view of the relevance of such premises in the application of the exorbitant powers of the Public Administration in administrative contracts. Finally, it is argued about possible considerations regarding exorbitant clauses and the realization of fundamental rights, with the objective of limiting arbitrariness and guaranteeing the purpose of public interests in administrative contracts.

Keywords: Administrative Contracts. Exorbitant Clauses. Supremacy of the Public Interest. Public Interest. Weighting. Law 14.133/2021.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUAS CLÁUSULAS EXORBITANTES	8
2.1 DEFINIÇÃO DE CONTRATO	8
2.2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO	9
2.2.1 Contratos de Direito Privado celebrados pela Administração Pública	11
2.2.2 Contratos administrativos	12
2.3 CLÁUSULAS EXORBITANTES	14
2.4 ESPÉCIES DE CLÁUSULAS EXORBITANTES	17
2.4.1 Alteração unilateral das cláusulas de objeto do contrato administrativo	18
2.4.1.1 Espécies de alteração unilateral	19
2.4.1.2 Limites à alteração unilateral	20
2.4.1.3 Manutenção do equilíbrio econômico-financeira	22
2.4.2 Rescisão ou extinção unilateral do contrato	24
2.4.2.1 Rescisão do contrato por descumprimento culposo do contratado	25
2.4.2.2 Rescisão do contrato por descumprimento não culposo do contratado	26
2.4.2.3 Rescisão do contrato por interesse público	27
2.4.2.4 Extinção do contrato em decorrência de caso fortuito ou de força maior	29
2.4.3 Fiscalização da execução do contrato	30
2.4.4 Aplicação de penalidades administrativas	31
2.4.5 Ocupação provisória	33
2.4.6 Retenção de créditos e exigência de garantias	34
2.4.7 Exceção de contrato não cumprido	35
3 DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICOS NAS CLÁUSULAS EXORBITANTES	37
3.1 DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO	37
3.2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	38
3.2.1 Interesse Público	41
3.2.1.1 Interesse Público Primário e Secundário	44
4 PROVOCAÇÕES AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	46
4.1 EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA E OS INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS	49

4.2 DA NECESSÁRIA PROPORCIONALIDADE ENTRE OS INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS	51
4.3 DO PRNCÍPIO DA LEGALIDADE NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	53
4.4 PONDERAÇÃO ENTRE INTERESSES PÚBLICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.	56
5. CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

A teoria geral dos contratos preconiza que as relações contratuais observem o devido equilíbrio entre as partes que figuram nos contratos, sendo vedado a presença de cláusulas que tragam uma desvantagem demasiada a uma das partes. Todavia, no direito administrativo a garantia do equilíbrio contratual é obrigatória, tanto é que há previsão de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos que deixam o contratado em situação desvantajosa em comparação a Administração Pública que é a contratante.

Em decorrência do equilíbrio, os contratos privados não possuem cláusulas exorbitantes, sendo essa uma característica dos contratos administrativos. Nesse passo, na primeira parte do presente trabalho analisa-se acerca dos contratos da administração pública e suas espécies, dando enfoque aos contratos administrativos e suas cláusulas exorbitantes, que consistem na modificação dos contratos pela Administração, rescisão contratual unilateral, fiscalização da execução do contrato, aplicação de penalidades pela própria administração, retomada do objeto, exigência de garantias, restrições a uso da exceção do contrato não cumprido. Ressalta-se que as cláusulas exorbitantes são prerrogativas inerentes e exclusivas da Administração Pública, e a análise dessas cláusulas é fundamental para adentrar na questão sobre a relação de supremacia do Estado com a sociedade, quando na busca do atendimento do interesse público.

Logo após, será estudado sobre o princípio da supremacia do interesse público, iniciando por uma construção da definição de princípio e seguindo pela verificação do princípio da supremacia do interesse público e sua utilização como fundamento da atividade administrativa, dando desta ênfase no termo “interesse público”.

Por fim, se faz necessário verificar quanto a relação da Administração Pública e dos seus atos com os contratados e seus interesses particulares. Como será visto no decorrer do presente trabalho, diante de um conflito de interesses entre a Administração e o particular contratado durante a execução dos contratos administrativos, o princípio da supremacia do interesse público é avocado, em razão de ser fundamento das cláusulas exorbitantes, as quais são prerrogativas da Administração Pública.

Assim, será analisado quais são os limites do Estado quanto da aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado nos contratos administrativos. Além de ser imprescindível verificar que, ante essa relação contratual em que o Estado possui prerrogativas de supremacia, deve-se dar atenção a aplicação do princípio da legalidade e da proporcionalidade, sendo de suma importância a imposição da ponderação dos interesses

envolvidos a fim satisfazer o interesse público e interesse da parte contratada, garantindo não só o bem-estar coletivo, mas também os direitos fundamentais do particular.

2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Com o intuito de demonstrar a importância do presente trabalho, serão analisadas as cláusulas exorbitantes presentes nos contratos administrativos, bem como analisar o princípio da supremacia do interesse público que rege as cláusulas exorbitantes. Mas antes de adentrar a estas considerações, é necessário verificar minuciosamente os conceitos de contratos administrativos e cláusulas exorbitantes, analisando cada uma das cláusulas presentes no art. 104, da Lei nº 14.133/2021.

2.1 DEFINIÇÃO DE CONTRATO

Observando os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, entende-se que o conceito de contrato gira em torno de uma relação jurídica formada mediante um acordo de vontades, sendo que esse contrato obriga as partes, de maneira recíproca, a prestações compostas de forma consensual e pacífica de interesses, as quais fazem lei entre as partes¹.

O conceito de contrato, além de se tratar de um acordo livre de vontades, criando obrigações e direitos recíprocos, é definido por Hely Lopes Meirelles como um negócio jurídico bilateral e comutativo, ou seja, é um negócio que obriga as partes a prestações mútuas e equivalentes². O doutrinador leciona que o pacto consensual pressupõe que as partes agiram de maneira livre e que possuíam capacidade jurídica para consentirem com as obrigações, além disso, requer objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei³.

Diante dessa vinculação imposta às partes quanto da normatividade do contrato, é facultado as partes realizar, consensualmente, o que será imposto pelo contrato, porém é importante que os contratos não podem ir contra a legalidade, tendo em vista que os contratos não possuem qualquer exceção ao princípio da legalidade⁴. “O contrato vincula as partes, mas apenas dentro dos limites do poder jurídico atribuído pelo direito”⁵, assim, os contratos não podem se sobrepor à norma legal.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 604.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 213.

³ *Ibidem*, p. 213.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁵ *Ibidem*, p. 285.

Os contratos, privados ou públicos, precisam observar os seguintes princípios: *lex inter partes* (lei entre as partes) e *pacta sunt servanda* (observância do pactuado). O primeiro princípio “obriga as partes e não permite alteração do que ficou convencionado. O segundo, como princípio administrativo, submete as partes ao cumprimento fiel do que reciprocamente consagraram”⁶. Além desses princípios, os contratos devem respeitar a boa-fé e a liberdade de contratar, sendo que a liberdade de contratar deve respeitar a função social do contrato, o que é evidenciada nos contratos administrativos que precisam atender ao interesse público⁷.

2.2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Com o objetivo de realizar obras, adquirir bens ou prestar serviços, a Administração Pública firma acordos com entidades privadas. Esses acordos visam atender às demandas internas da Administração, que, inclusive, sempre necessitou da colaboração dos particulares para desempenhar suas atividades estatais⁸. Ademais, a consensualidade para a formação de um vínculo e a autoridade dos termos estabelecidos são as bases desses contratos⁹.

Tais acordos de vontade, quando envolverem a presença da Administração Pública em um dos polos da avença, são chamados de contratos da administração ou contratos administrativos, conforme será explicado adiante.

Sobre a definição legal dos contratos da administração, o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, estabelece que se considera como “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”¹⁰.

É possível verificar, desse modo, que nos contratos da Administração Pública é necessária “a convergência de vontade entre a Administração Pública e o contratado”¹¹ sobre a formalização do negócio jurídico, porém outro ponto essencial para a definição dos contratos da Administração Pública é a divergência dos “interesses públicos representados pelo Poder

⁶ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. Saraiva, 1981, p. 13.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 214.

⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 335.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 604.

¹⁰ BRASIL, **Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

¹¹ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 151.

Público”¹² com os interesses particulares de quem convencionou com a Administração Pública determinadas obrigações e direitos recíprocos.

Ademais, o contrato da administração trata-se de um ato jurídico infralegal que cria direitos e obrigações, mas somente do que esteja previamente autorizado pela legislação. Em razão da presença da Administração Pública, há a possibilidade de ocorrer a promoção de alterações justas e por interesse público por parte da Administração Pública nos contratos¹³.

Ainda sobre a definição de contratos da administração, em sentido amplo e de acordo com o que leciona, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essa expressão abrange todos os contratos celebrados pelos órgãos ou entidade da Administração Pública sob regime de direito público e sob o regime de direito privado¹⁴. Já o termo contrato administrativo é definido como uma expressão utilizada para designar apenas os ajustes realizados pela Administração nos acordos celebrados com terceiros, particulares ou não, e que visam o cumprimento de fins públicos¹⁵.

Importante observar que

nem todo contrato da Administração – aquele em que ela figure como parte – será um contrato administrativo, embora em ambas as hipóteses a contratação se sujeite a princípios e regras aplicáveis do Direito Administrativo, uma vez que, para configurar-se um contrato da administração, aí sim, bastará o elemento subjetivo. A distinção é relevante porque, embora tanto nos contratos da Administração (caracterizados subjetivamente) como nos contratos administrativos (caracterizados objetivamente) aplique-se o Direito Administrativo, sempre que não existir interesse público envolvido na relação contratual, o objeto será civil, e, por isso, regido pelo Direito Privado¹⁶.

No que tange aos contratos da administração, entendemos que, embora haja controvérsias acerca de tal expressão, trata-se de um gênero de contratos, sendo que tal gênero abarca duas principais espécies, quais são: os contratos de Direito Privado celebrados pela Administração Pública e os contratos administrativos¹⁷.

Adentrando sobre os conceitos e as diferenças das espécies de contratos supramencionadas, relevante analisarmos algumas semelhanças que existem entre os contratos de Direito Privado celebrados pela Administração Pública e os contratos administrativos. Segundo Rafael da Cás Maffini, para que ocorra a regular formalização de ambos os contratos,

¹² MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 151.

¹³ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª Edição, Atualizada e ampliada ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004, p. 294.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 287.

¹⁵ *Ibidem*, p. 287.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 179.

¹⁷ MAFFINI, *op. cit.*, p. 155.

deve ocorrer, previamente, um certame licitatório, e, em caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação, os contratos da Administração Pública também deverão ter a contratação fundamentada nas características do contratado¹⁸. Além disso, ambos os contratos (administrativos e de Direito Privado celebrados pela Administração Pública) devem visar o interesse público, sendo importante destacar que, conforme previsão do art. 169 da Lei 14.133/2021, as contratações públicas estão submetidas ao controle preventivo e gestão de riscos, bem como estão subordinadas ao controle social¹⁹.

Em referência às distinções entre contratos de Direito Privado da Administração e contratos administrativos, temos que os “primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado, tendo como exemplo os contratos de seguro; e os segundos reger-se-iam pelo Direito Administrativo”²⁰, sendo admitida a aplicação das normas privadas apenas em caráter supletivo, tendo como exemplo o contrato de obra pública. O art. 89 da Lei 14.133/21 dispõem, inclusive, que os contratos administrativos são regidos pelas regras de Direito Público, e que a Teoria Geral dos Contratos e demais regras de Direito Privado aplicam-se apenas supletivamente a eles, e não de forma geral²¹. A seguir analisaremos com mais profundidade as diferenças entre os contratos da administração.

2.2.1 Contratos de Direito Privado celebrados pela Administração Pública

Os contratos de Direito Privado celebrados pela Administração Pública, como o próprio nome já refere, são regidos predominantemente pelo direito privado. Para esses contratos não há outorga ao Poder Público de quaisquer prerrogativas extraordinárias, tendo em vista o tratamento da Administração Pública como particular, não ocorrendo superioridade da Administração sobre o terceiro contratado²².

¹⁸ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 155.

¹⁹ Dispõe o art. 169 que: “As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social.” BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 605.

²¹ Já o art. 89 prevê que: “Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.” BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

²² MAFFINI, , *op. cit.*, p. 156.

Desse modo, quando a Administração Pública celebra contratos regulados pelo direito, acaba estando na mesma posição jurídica da outra parte, isto é, subsiste em igualdade jurídica com o particular contratado, não sendo admitido, “como regra, qualquer vantagem especial que refuja às linhas do sistema contratual comum”²³, isto é, a administração, em razão dessa igualdade entre as partes do contrato, é vedada de obter vantagem especial que desvie da relação contratual.

Importante ressaltar que, embora se afirme que no contrato administrativo a posição entre contratante e contratado é de verticalidade, e no contrato privado celebrado pela Administração a posição seja de horizontalidade, quanto a segunda afirmação, pontua-se que são conferidas ao Poder Público algumas prerrogativas – em razão das cláusulas exorbitantes –, além de que o Poder Público precisa respeitar determinadas restrições que não são devidas quando trata-se de contratos entre particulares²⁴.

2.2.2 Contratos administrativos

Os contratos administrativos são acordos celebrados pela Administração Pública (direta ou indireta) com particular ou outra entidade administrativa, cujos objetivos são de atender os interesses públicos, nas condições estabelecidas pela Administração²⁵, diante do conjunto de prerrogativas que a Administração Pública recebe do ordenamento jurídico, conforme previsão do art. 104 da Lei nº 14.133/2021.

Necessário destacar a imposição da presença da Administração Pública nos contratos administrativos como parte contratante, tendo em vista sua atuação na busca de atender a finalidade pública por meio de prerrogativas²⁶. Verifica-se que o “objeto do contrato sempre é destinado a atender a um objetivo de interesse público”²⁷, respeitando as previsões legais, sendo necessário identificar não apenas qual é o objeto do contrato, mas também deve-se aferir a aplicação do objeto contratado. Se a destinação que será dada ao objeto atender ao interesse público, de acordo com a forma da lei, haverá um contrato administrativo²⁸.

²³ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual De Direito Administrativo** (35. Ed.). Barueri: Atlas, 2021, p. 172.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 295.

²⁵ CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos Lei n. 14.133/2021: comentários e quadros comparativos**. São Paulo: Saraiva Jur., 2021, p. 325.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 215.

²⁷ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Direito Administrativo**. 13ª Edição. Editora Freitas Bastos, 2022, p. 426.

²⁸ *Ibidem*, p. 426.

O contrato administrativo possui algumas características, dentre elas estão: a consensualidade, a formalidade, a onerosidade, a comutatividade e o *intuitu personae*.²⁹ Consoante discorre Hely Lopes Meirelles, o contrato administrativo é

consensual porque consubstancia um acordo de vontades, e não um ato unilateral e impositivo da Administração; é formal porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; é oneroso porque remunerado na forma convencionada; é comutativo porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes; é *intuitu personae* porque deve ser executado pelo próprio contratado, vedadas, em princípio, a sua substituição por outrem ou a transferência do ajuste³⁰.

Evidencia-se que o contrato administrativo, embora possua as cláusulas que são fixadas unilateralmente, só poderá se concretizar se a parte contratada consentir com o que foi estipulado. Isso se deve ao fato de o contratado assumir direitos e obrigações perante o poder público contratante, e não atuar como titular de determinada faculdade disposta pela Administração³¹.

Além das características supracitadas, o contrato administrativo, assim como os contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública, exige “prévia licitação, só dispensável nos casos expressamente previstos em lei”³². Frisa-se sobre a supremacia da Administração nas relações contratual e sua faculdade de impor cláusulas exorbitantes na execução dos contratos administrativos.

Diversas são as especificidades dos contratos administrativos, dentre elas estão as cláusulas pactuadas entre as partes, a duração do vínculo e as condições preestabelecidas nos contratos, sendo que essas estão sujeitas possíveis imposições de interesse público em razão da posição de supremacia da Administração Pública em relação aos contratados³³.

Em suma, a relação jurídica do contrato administrativo precisa conter a participação do Poder Público como contratante; existir sempre um consenso entre as partes, não podendo caracterizar um ato unilateral e impositivo da Administração, mas sim uma adesão do particular ou de outro ente administrativo no acordo declarado de vontade; e possuir um objeto que tenha finalidade o interesse público³⁴.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 214.

³⁰ *Ibidem*, p. 214.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 289.

³² MEIRELLES, *op. cit.*, p. 215.

³³ CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos Lei n. 14.133/2021: comentários e quadros comparativos**. São Paulo: Saraiva Jur., 2021, p. 325.

³⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. Saraiva, 1981, p. 9.

Os autores Álvaro do Canto Capagio e Reinaldo Couto, citando o doutrinador Hely Lopes Meirelles, explicam que

As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado, mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. E, portanto, a presença dessas cláusulas exorbitantes no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam la *marque du Droit Public* pois, como observa Laubadère: "C'est en effet la présence de Telles clauses dans un contrat que est le critère par excellence son caractère administratif" - "E de fato a presença de tais cláusulas em um contrato que é o critério por excelência seu caráter administrativo" (tradução livre do trecho em francês da citação acima)³⁵.

Tais cláusulas, consoante entendem Álvaro do Canto Capagio e Reinaldo Couto, poderão até existir nos contratos de direito privado da Administração, desde que a lei assim o preveja e a cláusula esteja expressa no contrato³⁶. Por fim, em detrimento da competência da Administração Pública de inovar, de maneira unilateral, as condições contratuais originalmente pactuadas com o intuito de exercer sua função administrativa e garantir os interesses públicos, se faz imperativo a análise das cláusulas exorbitantes que caracterizam os contratos administrativos³⁷.

2.3 CLÁUSULAS EXORBITANTES

Conforme tratado anteriormente, os contratos administrativos têm dentre suas particularidades a busca pela satisfação do interesse público. O contrato somente se perfectibilizaria, vinculando as partes, se contratado e contratante acordarem com os termos contratuais celebrados. Em decorrência do princípio da supremacia do interesse público, a Administração Pública obtém prerrogativas que sobrepõem seus interesses ao dos particulares contratados, o que confere poderes exorbitantes à Administração em face do contratado, sendo tais poderes determinados por cláusulas contratuais denominadas cláusulas exorbitantes³⁸.

A supremacia de poder da Administração é explicada pela maior relevância do interesse público sobre o interesse privado, conferindo à Administração Pública privilégios, assim como

³⁵ CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos Lei n. 14.133/2021: comentários e quadros comparativos**. São Paulo: Saraiva Jur., 2021, p. 373.

³⁶ *Ibidem*, p. 373.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 296.

³⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 357.

superioridade jurídica nas relações contratuais³⁹. Desse modo, as cláusulas exorbitantes acabam ultrapassando as características e regras dos contratos em geral, e estão implícitas em todos os contratos administrativos⁴⁰.

Analisando a definição de cláusulas exorbitantes, constata-se que o termo “cláusula” se refere a toda manifestação de vontade presente no contrato, “encerrada ou inserida no contrato. Os contratantes ‘retiram’ do sistema jurídico, em que vivem, vários dispositivos que são ‘petrificadas’, ‘encerradas’, ‘inseridas’, ‘fechadas’, ‘confinadas’”.⁴¹ Cláusulas são “proposições mandamentais ou imperativas que passam a reger”⁴² os acordos realizados entre os contratantes.

Já a nomenclatura “exorbitantes” deve-se ao fato de tais cláusulas transcenderem o Direito Comum com a finalidade atender o interesse público, elas “extrapolam aquilo que existe, aquilo que seria admitido no direito comum”⁴³.

As cláusulas exorbitantes são aplicadas somente nos contratos públicos, e, embora sejam chamadas de exorbitantes, essas cláusulas se apresentam como normas protetivas do interesse público e que possibilitam que o Poder Público goze de prerrogativas que permitem a modificação unilateral dos contratos administrativos⁴⁴. Acentua-se que essas cláusulas “que transcendem o Direito Comum, somente serão lícitas quando não acarretarem danos desproporcionais, impondo-se, se for o caso, a plena justiça indenizatória e a manutenção do intangível equilíbrio econômico-financeiro”⁴⁵, tendo em vista que as cláusulas exorbitantes, embora estabeleçam uma assimetria entre as partes pactuantes, não permite sacrifícios injustos sem a devida indenização.

Outrossim, as cláusulas exorbitantes asseguram à Administração Pública prerrogativas que exorbitam a vontade manifestada pelas partes, ocorrendo “a incidência de tais prerrogativas e os seus respectivos conteúdos não tem natureza convencional, mas institucional, que decorre do conjunto de regras legais aplicáveis aos contratos administrativos”⁴⁶.

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Edição. Revista E Atualizada ed. 2008.

⁴⁰ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Direito Administrativo**. 13ª Edição. Editora Freitas Bastos, 2022, p. 434.

⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **As cláusulas de “privilégio” no contrato administrativo**. *Revista de Direito Administrativo*. Jul-set. 1985, p. 17.

⁴² *Ibidem*, p. 17.

⁴³ ALEXANDRINO, Marcelo, e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Edição, Revista E Atualizada ed. 2011, p. 202.

⁴⁴ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª Edição, Atualizada e ampliada ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004, p. 299.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 299.

⁴⁶ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 157.

Nesse contexto, se houver esquecimento das partes celebrantes em “inserir textualmente uma das cláusulas exorbitantes no instrumento formal de contrato, ainda assim ela será aplicável em tal relação contratual, uma vez que resulta da legislação aplicável”⁴⁷. Dessa maneira, mesmo que não estejam expressas no contrato administrativo, as cláusulas exorbitantes ainda serão aplicáveis na relação contratual.

Necessário esclarecer também que as partes não podem convencionar quanto a não incidência dessas cláusulas, em razão de sua previsão legal. Caso as partes do contrato “expressamente estabelecerem no instrumento de contrato que não se aplicam total ou parcialmente as cláusulas exorbitantes, tal disposição será considerada inválida”⁴⁸. A Administração Pública não pode abrir mão dessas prerrogativas, levando em conta que tal ato atingiria o interesse público, e que esse interesse não é titularizado pelos agentes públicos, tornando tal atitude inválida.

Relevante referir que, no que diz respeito aos poderes do Poder Público, a Administração, desde que respeite o objeto do contrato, pode realizar modificações nas prestações devidas pelo contratante em razão das necessidades públicas, acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, além de impor sanções e, inclusive, rescindir o contrato⁴⁹. O fato de a Administração possuir tais poderes para determinar unilateralmente condições de ajuste no contrato administrativo, não desconfigura a natureza contratual dos acordos de vontades realizados⁵⁰.

As cláusulas exorbitantes estão dispostas no art. 104 da Lei 14.133/21, as quais a lei se dirige como “prerrogativas da Administração”. Verifica-se que nos incisos do referido artigo são encontradas essas prerrogativas, quais são: modificação unilateral dos contratos pela Administração Pública; extinção unilateral nos casos especificados na Lei 14.133/21; fiscalização da execução dos contratos; aplicação de sanções em caso de inexecução total ou parcial do ajustado nos contratos administrativos; ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato⁵¹. Pontue-se que as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo também “podem ser encontradas também, por exemplo, na Lei n. 8.987/95, que trata da concessão e da permissão de serviços públicos”⁵².

⁴⁷ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 157.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 158.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 612.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 612.

⁵¹ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Direito Administrativo**. 13ª Edição. Editora Freitas Bastos, 2022, p. 432.

⁵² CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos Lei n. 14.133/2021: comentários e quadros comparativos**. São Paulo: Saraiva Jur., 2021, p. 298.

Tais prerrogativas não são indispensáveis para se definir o contrato administrativo, todavia precisam ser observadas e garantidas em razão da conjunção de princípios e regras que preveem essas cláusulas, e o que, por meio dessa exorbitância, buscam proteger⁵³. Por fim, substancial referir que a equação econômico-financeira do contrato administrativo é imutável, e que a interpretação das cláusulas dos contratos administrativos presume legitimidade e boa-fé, presumindo também a intenção de preservar o interesse público⁵⁴. Feitas tais considerações, serão agora analisadas individualmente as cláusulas exorbitantes.

2.4 ESPÉCIES DE CLÁUSULAS EXORBITANTES

As cláusulas exorbitantes, consoante já mencionado, podem ser encontradas nos incisos do art. 104 da Lei n. 14.133/2021⁵⁵:

- I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- II – extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;
- III – fiscalizar sua execução;
- IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
- V – ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:
 - a) risco à prestação de serviços essenciais;
 - b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

Ainda que não expressamente previstas, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente nos contratos administrativos. Essas cláusulas “são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular”⁵⁶.

Ademais, tais cláusulas dão poder de império e autoridade à Administração, quando preveem, por exemplo, a aplicação de penalidades administrativas, a retomada da concessão, a responsabilização do contratado. Encontramos nas cláusulas os poderes e as faculdades que se igualam na execução diante das obrigações pactuadas, não importando, depois de ocorrida a contratação, sua exorbitância⁵⁷.

⁵³ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Direito Administrativo**. 13ª Edição. Editora Freitas Bastos, 2022, p. 434.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 434.

⁵⁵ BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 269.

⁵⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. Saraiva, 1981.

2.4.1 Alteração unilateral das cláusulas de objeto do contrato administrativo

Com fundamento no inciso I, do art. 104 da Lei n. 14.133/2021, a Administração Pública pode, em função das necessidades públicas, de forma unilateral e a qualquer tempo, alterar a prestação da responsabilidade do contratante particular nos contratos administrativos, sem que esse possa opor-se⁵⁸.

Em razão de tal cláusula exorbitante, Administração Pública tem a prerrogativa de modificar as condições contratuais que foram celebradas originalmente, com vistas à satisfação do interesse público. A alteração unilateral é inerente à Administração, podendo “ser feita ainda que não prevista expressamente em lei ou consignada em cláusula contratual”⁵⁹, e quando imposta pela Administração tem de ser acatada pelo particular.

Essa alteração é autorizada pela variação do interesse público, sendo que “nos casos extremos, em que a sua execução se torna inútil ou prejudicial à comunidade, ainda que sem culpa do contratado”, esse interesse autoriza até mesmo a extinção do contrato⁶⁰. Ademais, o “interesse público é não só o fundamento da mutabilidade nos contratos administrativos, como também irá definir o seu real limite”⁶¹.

Nas alterações unilaterais, o Poder Público deve identificar a necessidade, bem como a conveniência de alterar os pactos contratuais, observando sempre se a validade dessas modificações e a obrigatoriedade diante do particular estão respeitando o devido processo legal⁶². Além disso, a alteração unilateral também está descrita no art. 124 da Lei n. 14.133/2021⁶³, onde é verificado que seu cabimento se dá em casos de modificação de projeto ou especificações desse, ou ainda modificações quanto ao valor contratual. Atenta-se que a Administração Pública somente poderá promover alterações contratuais no que tange ao objeto

⁵⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. São Paulo: Saraiva Uni, 2011, p. 23.

⁵⁹ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Direito Administrativo**. 13ª Edição. Editora Freitas Bastos, 2022, p. 439.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 439.

⁶¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 358.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 172.

⁶³ Discorre o art. 124, no sentido de que: “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração”. BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

contratual, não podendo referir-se às condições econômico-financeiras que são inerentes ao contrato, conforme disposto no art. 104, §1.º, da Lei 14.133/2021⁶⁴.

Sendo realizadas as alterações no contrato pactuado quanto a execução do objeto contratual, essas “modificações deverão repercutir imediata e proporcionalmente na remuneração devida ao contratado”⁶⁵. Além do mais, a liberdade da Administração para modificar o projeto e suas especificações não é total e ilimitada, devendo tais modificações serem justificadas conforme as circunstâncias específicas de cada caso concreto, analisando a decorrência de fatos supervenientes a previsão inicial do contrato que tornem o cumprimento desse inalcançável, devendo ser promovidas as alterações para melhor atendimento do interesse público⁶⁶.

Em razão da mutabilidade dos contratos administrativos, que busca sempre a realização do interesse público, é que a Administração poderá realizar alterações contratuais, desde que obedecendo os limites determinados no art. 125 da Lei 14.133/2021, conforme será tratado mais detalhadamente a diante. Dessa forma, deve ser restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro inicial do ajuste, quando da ocorrência de modificações unilaterais do contrato em que aumente os encargos à parte contratada⁶⁷.

2.4.1.1 Espécies de alteração unilateral

Diante da possibilidade do contrato administrativo ser modificado unilateralmente, sem depender do consentimento do contratado, pela Administração Pública com o intuito de adequar o acordo entre as partes às finalidades do interesse público, se vê relevante analisar quanto as razões que permitem essa alteração.

Existem duas principais espécies quanto ao teor do que pode ser modificado, quais são: a alteração qualitativa do objeto contratado, prevista no art. 124, I, a, da Lei nº 14.133/2021, e

⁶⁴ Dispõe o art. 104 que: “O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.” BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

⁶⁵ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 158.

⁶⁶ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Direito Administrativo**. 13ª Edição. Editora Freitas Bastos, 2022.

⁶⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. São Paulo: Saraiva Uni, 2011, p. 25.

a alteração quantitativa, prevista no art. 124, I, b, da Lei nº 14.133/2021⁶⁸, na qual o objeto contratual é mantido conforme originalmente pactuado, sendo alterada apenas sua quantidade.

Na primeira das alterações (qualitativa do objeto contratado), o próprio objeto é modificado, ou seja, há alteração no projeto contratado ou de suas especificações, objetivando a melhor adequação técnica aos fins pactuados⁶⁹. Todavia, não é factível a alteração da essência do objeto contrato, pois isso descaracterizaria a natureza do objeto originariamente acordado.

As alterações qualitativas “decorrem de modificações necessárias ou convenientes nas obras ou serviços sem, entretanto, implicarem mudanças no objeto contratual, seja em natureza ou dimensão”⁷⁰. Essas alterações envolvem modificações sobre acréscimo ou supressão de obras, serviços ou matérias em decorrência de fatos que surgiram após o acordo de vontades ser pactuado, além de implicar em alterações no valor inicial acordado⁷¹.

A segunda das espécies de alteração unilateral do contrato administrativo decorre da necessidade de modificar o valor, isto é, alterar o quantitativo do objeto, consistindo na manutenção do objeto originalmente pactuada, sendo sua quantidade apenas alterada, atingindo, assim, as cláusulas de execução, como, por exemplo, as que se referem às compras. Salienta-se que, realizada a alteração, deve ser processada a revisão das cláusulas quanto a preservação do equilíbrio econômico-financeiras e monetário do contrato⁷².

De mais a mais, nas modificações quantitativas pode ser adquirido pela Administração Pública uma quantidade maior do que originalmente previsto, desde que respeitado alguns limites, como a possibilidade de modificação da dimensão do objeto, mas não ultrapassando 25% do valor inicial atualizado do contrato⁷³. Menciona-se, mais uma vez, que o Poder Público deve arcar com a quantia acima ao pactado, devendo ser proporcional ao aumento do objeto.

2.4.1.2 Limites à alteração unilateral

⁶⁸ O Art. 124 prescreve que: “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 a seus objetivos; b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei”. BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

⁶⁹ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual De Direito Administrativo** (35. Ed.). Barueri: Atlas, 2021, p. 192.

⁷⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 359.

⁷¹ *Ibidem*, p. 359.

⁷² CARVALHO FILHO *op. cit.*, p. 192.

⁷³ Furtado, *op. cit.*, p. 359.

Quando se fala em limites às hipóteses de alterações contratuais unilaterais, pode-se verificar que a ocorrência de tais alterações de forma ilimitada fere o direito e o senso comum. Desse modo, a cláusula exorbitante de alteração unilateral deve obedecer a alguns limites genéricos para que haja respeito ao direito dos contratados e a inibição de fraudes às licitações⁷⁴.

No que se refere aos limites aplicados a previsão do art. 124, I, “a” e “b” da Lei nº 14.133/2021, percebe-se que o objetivo do legislador ao fixar limites é de evitar que profundas alterações no contrato ocorram e alterem o núcleo originário do objeto pactuado, bem como discorre a previsão do art. 126 da Lei nº 14.133/2021⁷⁵.

Adentrando aos limites, esses estão dispostos no art.125 da Lei nº 14.133/2021⁷⁶ e são cabíveis nos casos em que houver modificação do projeto ou das suas especificações, ou quando for necessária a realização de acréscimos ou diminuições quantitativa do objeto. No que tange aos acréscimos ou supressões, esses “não podem exceder de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial do contrato no caso de obras, serviços ou compras, e de 50% (cinquenta por cento) no caso de acréscimo em reformas de edifícios ou equipamentos”⁷⁷.

Embora alguns doutrinadores entendessem que somente as alterações quantitativas estariam sujeitas aos limites de 25% ou 50%, referidos no artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666, com o advento da Lei nº 14.133/2021, restou expresso em seu artigo 125, que os limites mencionados se aplicam também na hipótese do inciso I, do artigo 124 da Lei nº 14.133/2021. Portanto, os limites abrangem as alterações quantitativas e qualitativas⁷⁸.

A lei confere à Administração o direito de exigir que o contratado se submeta às alterações impostas. “Não se submetendo às alterações, o contratado é considerado como descumpridor do contrato, dando margem a que a Administração rescinda o ajuste, atribuindo-

⁷⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 360.

⁷⁵ É descrito no art. 126 que: “As alterações unilaterais a que se refere o inciso I do **caput** do art. 124 desta Lei não poderão transfigurar o objeto da contratação.” BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

⁷⁶ O art. 125 traz que: “Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do **caput** do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento).” BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 616.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 307.

lhe culpa pela rescisão”⁷⁹. Frisa-se que a Administração não pode impor alterações além dos limites da lei, e caso faça, caberá a Administração a culpa pela rescisão⁸⁰.

Sobre a possibilidade de ultrapassar os limites de 25% ou 50%, já houve decisão do Tribunal de Contas da União (Decisão 215/1999), conforme é transcrito pelo professor Rafael da Cás Maffini, no sentido de permitir que sejam ultrapassados os limites delimitados no art. 125 da Lei nº 14.133/2021 apenas quando ocorrer a ampliação do contrato original, devendo, inquestionavelmente, ser mais vantajoso que a realização de uma nova legislação, além de restar demonstrado que a necessidade de alteração não era notória no momento da contratação⁸¹.

Ademais, nos processos licitatórios, ao “expedir o ato convocatório e conduzir a licitação até seu encerramento, promovendo a contratação, a Administração Pública exercitou sua competência discricionária”⁸², impedindo que a revogação do contrato não guarde os direitos do particular. Esses direitos do contratado estão restritos aos prejuízos que a alteração ou a rescisão unilateral do ajuste acarretar ao particular.⁸³

Sendo imposta a alteração e resultando no aumento de “encargos do particular contratado, tem este direito a receber as diferenças respectivas”⁸⁴, incluindo casos que envolvam a criação de “tributos ou encargos legais após a celebração do ajuste que tenham repercussão no preço”⁸⁵.

Em suma, para que possa ser realizada a alteração unilateral do que restou pactuado, é necessário que haja uma adequada motivação, sendo justificada pelo interesse público; seja respeitada a natureza do contrato, no que diz respeito ao seu objeto, de acordo com o expresso no artigo 126 da Lei nº 14.133/2021; nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no art. 125 da Lei nº 14.133/2021; e que seja respeitado o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado⁸⁶.

2.4.1.3 Manutenção do equilíbrio econômico-financeira

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual De Direito Administrativo** (35. Ed.). Barueri: Atlas, 2021, p. 192.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 192.

⁸¹ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 159.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 298.

⁸³ *Ibidem*, p. 298.

⁸⁴ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 192.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 192.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 306.

O equilíbrio econômico-financeiro, por abranger os aspectos econômicos que envolvem a consecução das prestações estabelecidas na contratação pelas partes, deverá ser preservada ao longo da execução do contrato. Essa equação econômico-financeira corresponde “a relação que se estabelece, no momento da celebração do ajuste, entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária assegurada pela Administração”⁸⁷.

Com efeito, quando ocorre a celebração dos contratos administrativos, são delimitadas as cláusulas que tratam sobre o objeto contratual e, conseqüentemente, as cláusulas econômico-financeiras. Dessa maneira, tem-se de um lado as cláusulas que delimitam as obrigações do contratado, e do outro estão as cláusulas que preveem a remuneração, “o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos, a abrangência do contrato e qualquer outra vantagem que a configuração da avença possa produzir”⁸⁸.

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro, na hipótese de alteração unilateral, assegura ao particular contratado a manutenção desse equilíbrio durante a vigência do contrato⁸⁹. Nesse sentido, havendo necessidade de modificações unilaterais em prol do interesse público, o art. 58, da Lei nº 8.666, em seu parágrafo 2º, determina que deverão ser revistas as cláusulas econômico-financeiras a fim de manter o equilíbrio contratual.

Ademais, ainda sobre a hipótese de alteração unilateral, há expressa referência ao equilíbrio econômico-financeiro no artigo 65, §§ 4º, 5º e 6º, da Lei nº 8.666. O § 4º estabelece que nos casos em que o contratado tenha adquirido os materiais para realização de obras, bens ou serviços, e venha a ocorrer supressão dessas obras, por exemplo, a Administração arcará com os custos de aquisição; O § 5º prevê a revisão dos preços nos casos em que, após a apresentação das propostas, ocorra a criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos legais, interferindo nos preços contratados; Já o § 6º determina que a Administração deverá restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, nos casos em que ocorra alteração unilateral do contrato, e que resulte no aumento de encargos para o contratado⁹⁰.

Além desses dispositivos, o dever de revisão contratual imediata e proporcionalmente quando da ocorrência de alterações unilaterais sobre as condições de execução do objeto por parte da Administração, com a finalidade de assegurar ao contratado a preservação de sua equação econômico-financeira, além de estar expresso nos arts. 58, 82, e art 65, 56, da Lei

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 282.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 301.

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. Ed. rev. atual. ampl. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 242.

⁹⁰ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 307.

8.666/1993, e art. 9. § 4. da Lei 8.987/1995, também possui previsão constitucional, no art. 37. XXI, da CF⁹¹.

Esse direito que assegura o contratado também encontra previsão na Lei nº 14.133, nos artigos 129, 130 e 134, além de ser imposto, no art. 104, §§ 1º e 2º, limites ao poder de alteração unilateral, os quais preveem a impossibilidade de alterar as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos sem prévia concordância do contratado, e que determinam a revisão dessas cláusulas para manter equilíbrio contratual⁹².

Assim, salvo concordância do contratado, a Administração Pública não poderá realizar modificações unilaterais nas cláusulas econômico-financeiras dos contratos administrativos. Todavia, quando a Administração busca atender a adequação do contrato à finalidade do interesse público, por meio da cláusula exorbitante de alteração unilateral, essa deve garantir a revisão das cláusulas econômico-financeiras do contrato a fim de respeitar o equilíbrio contratual e os direitos do contratado⁹³.

2.4.2 Rescisão ou extinção unilateral do contrato

Além do poder de alterar unilateralmente os contratos administrativos, como analisado no item anterior, pode a Administração Pública, unilateralmente, rescindir a vigência desses contratos. Essa prerrogativa tem previsão no art. 58. II, da Lei nº 8.666/1993, o qual fala em rescisão do contrato, e se encontra prevista também na Lei nº 14.133/21, tratando-se de uma das cláusulas exorbitantes descritas no art. 104 dessa lei, que fala em extinção do contrato.

Esta modalidade de extinção decorre da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e representa um poder dado pelo ordenamento jurídico à Administração Pública, para que a Administração proceda com a rescisão dos contratos administrativos em virtude do interesse geral, ou até mesmo a título de sanção, por exemplo⁹⁴.

A rescisão administrativa do contrato pode ocorrer por ato unilateral e escrito da Administração, conforme art. 138, I, da Lei nº 14.133/2021, com atenção a previsão do § 1º do mesmo artigo⁹⁵, que discorre sobre a necessidade de ser um ato fundamentado pela autoridade

⁹¹ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 160.

⁹² BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 318.

⁹⁴ CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos Lei n. 14.133/2021: comentários e quadros comparativos**. São Paulo: Saraiva Jur., 2021, p. 394.

⁹⁵ De acordo com o art. 138: “A extinção do contrato poderá ser: I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta (...) § 1º A extinção

competente. Ressalta-se que não basta existir motivos, pressupostos de fato, para ensejar a rescisão, é fundamental que ocorra uma explicação por parte do administrador, que esse discorra sobre os nexos lógicos para dar cumprimento adequado à finalidade da norma⁹⁶. Além de ser motivada, de acordo com o art. 137, da Lei nº 14.133/2021⁹⁷, a extinção unilateral deve ser procedida de ampla defesa e contraditório.

O poder exorbitante para extinguir unilateralmente os contratos administrativos deverá ser utilizado dentro das hipóteses autorizadas em lei. Consoante aos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essas hipóteses são divididas em quatro categorias e estão presentes no art. 78 da Lei nº 8.666/1993, quais são: inadimplemento com culpa (incisos I a VIII e XVIII do art. 78), inadimplemento sem culpa (incisos IX a XI do art. 78), razões de interesse público (inciso XII do art. 78) e caso fortuito ou de força maior (inciso XVII do art. 78)⁹⁸. Ademais, em qualquer caso que a Administração rescinda os contratos administrativos de maneira unilateral, ela põe termo à execução do ajuste e assume seu objeto, independentemente de ordem ou decisão judicial⁹⁹.

2.4.2.1 Rescisão do contrato por descumprimento culposo do contratado

A rescisão do contrato por inadimplemento com culpa do contratado possui previsão no art. 78 da Lei 8.666/1993, abrangendo as hipóteses presentes nos incisos I a XI do artigo mencionado. Citam-se as seguintes hipóteses que autorizam a rescisão contratual

não cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais, lentidão, atraso injustificado, paralisação, subcontratação total ou parcial, cessão, transferência (salvo se admitidas no edital e no contrato), desatendimento de determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, cometimento reiterado de faltas, descumprimento do artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, sobre trabalho de menor.¹⁰⁰

determinada por ato unilateral da Administração e a extinção consensual deverão ser precedidas de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente e reduzidas a termo no respectivo processo”. BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

⁹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Vale de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. Ed. rev. atual. ampl. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 524.

⁹⁷ No art. 137 consta que: “Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações”. BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 308.

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 248.

¹⁰⁰ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 308.

Outrossim, a inexecução ou a inadimplência culposa é resultado da ação ou omissão da parte contratada, “decorrente por negligência, imprudência, imprevidência ou imperícia no atendimento das cláusulas contratuais”¹⁰¹, isto é, há uma violação no dever de diligência no cumprimento dos acordos contratuais, podendo referir-se tanto

aos prazos contratuais (mora), como ao modo de realização do objeto do ajuste, como à sua própria consecução, ensejando, em qualquer caso, a aplicação das sanções legais ou contratuais proporcionalmente à gravidade da falta cometida pelo inadimplente. Essas sanções variam desde as multas até a rescisão do contrato, com a cobrança de perdas e danos, e, finalmente, a suspensão provisória e a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração.¹⁰²

Assim, extinção dos contratos administrativos ocorre como uma forma de punir a parte contratada, além de buscar a continuidade do serviço público. Havendo o inadimplemento culposamente do acordo pelo contratado, a Administração não tem obrigação em pagar qualquer montante a esse, todavia, o contratado está incumbido de reparar possíveis danos, indenizando o Poder Público caso verificado a ocorrência de prejuízos causados pelo seu descumprimento¹⁰³. Ademais, a rescisão unilateral, ao ser considerada uma sanção, autoriza a Administração de utilizar as garantias dadas pelo contratado, bem como reter créditos do inadimplente para quitação de eventuais prejuízos decorrentes da inexecução¹⁰⁴.

2.4.2.2 Rescisão do contrato por descumprimento não culposamente do contratado

A inexecução ou inadimplência sem culpa provém de atos ou fatos incomuns à conduta do contratado. Nesses casos, a parte não consegue cumprir o que foi acordado, ocorrendo o retardamento ou impedimento total da execução do contrato nas condições em que foi firmado. Enfatiza-se que o contratado não deixou de realizar seus deveres contratuais por sua culpa, mas, “em virtude de fatos supervenientes à celebração, que impediram ou dificultaram a conclusão do contrato”¹⁰⁵.

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 238.

¹⁰² *Ibidem*, p. 238.

¹⁰³ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual De Direito Administrativo** (35. Ed.). Barueri: Atlas, 2021, p. 195.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 195.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 209.

Nos casos, em que por situações excepcionas, ocorrem situações as quais o contratado inadimplente não deu causa, “embora ocorra a inadimplência e possa haver rescisão do contrato, não haverá responsabilidade alguma para os contratantes, porque aqueles eventos atuam como causas justificadoras da inexecução do contrato”¹⁰⁶.

Não existindo responsabilidade do contratante inadimplente, não será lícito que a Administração reter as garantias oferecidas pela parte contratante, tampouco poderá a Administração reter pagamentos a que o contratado tenha direito, como por exemplo obras, serviços ou fornecimentos já realizados¹⁰⁷.

Na rescisão de contrato por descumprimento não culposo do contratado, surgem situações que legitimam a rescisão unilateral em decurso de circunstâncias que afetam a pessoa do contratado, e quanto ao inadimplemento sem culpa, esse

abrange situações que caracterizem desaparecimento do sujeito, sua insolvência ou comprometimento da execução do contrato (incisos IX a XI do art. 78): falência, concordata, instauração de insolvência civil, dissolução da sociedade, falecimento do contratado, alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa; nota-se que, em caso de concordata, é permitido à Administração manter o contrato, assumindo o controle de determinadas atividades necessárias à sua execução (art. 80, § 2º).¹⁰⁸

Desse modo, ocorrendo eventos que autorizem a Administração a extinguir os contratos administrativos, embora aconteça sem culpa do contratado, quem ficará sujeito às consequências do inadimplemento é o contratado, pois “a Administração nada deve ao contratado, já que a rescisão se deu por atos a ele mesmo atribuídos”¹⁰⁹.

2.4.2.3 Rescisão do contrato por interesse público

Segundo determina o art. 78, XII, da Lei 8.666/1993 e o art. Art. 137, VIII, da Lei 14.133/2021, os contratos administrativos podem ser extintos por motivos de interesse público. “Não havendo mais interesse (oportunidade ou conveniência) na manutenção do liame, pode a Administração Pública extinguir a relação jurídica”¹¹⁰.

¹⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 238.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 238.

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 308.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 308.

¹¹⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. São Paulo: Saraiva Uni, 2011, p. 25.

Dessarte, a Administração rescindir o contrato administrativo quando, por razão de fato superveniente, esse torne-se inviável ou inadequado ao interesse público. Sublinha-se que a Administração deve perseguir o interesse público, sobretudo quando houver modificação da situação inicial existente no momento da pactuação contratual que se torne inútil ou prejudicial à coletividade¹¹¹.

Consoante Lúcia Figueiredo, “a rescisão unilateral por conveniência administrativa (similar à revogação) somente se justifica quando a Administração estiver diante de nova situação que postule nova tutela”¹¹², sendo que seu fundamento é encontrado na variação do interesse público. Nesse passo, é possível verificar que a previsão contida no inciso XII do art. 78 da Lei n. 8.666/93, quanto a faculdade da Administração em rescindir os contratos por razões de conveniência, descreve o “desfazimento do contrato por vontade unilateral de uma das partes, o que somente se admite em situações excepcionais”¹¹³.

Além da rescisão por mérito (interesse público), a Administração Pública também é obrigada a realizar a extinção unilateral do contrato administrativo em casos de ilegalidade, como por exemplo a “falta de adequada publicação do instrumento convocatório”¹¹⁴, ocorrendo a rescisão por ilegalidade, salientando que se forem mantidas situações de carecimento de legalidade ou atendimento dos interesses públicos, os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público serão desrespeitados.

Quanto às consequências dessa extinção contratual, ao efetivar a rescisão por interesse público, restará configurado a extinção sem culpa do contratado. Não existindo culpa do contratado, esse tem “direito à reparação dos prejuízos que a rescisão ocasionou”¹¹⁵, podendo a Administração fixar o valor da indenização cabível. A parte contratada “não poderá opor-se à medida, mas, não concordando com o valor da indenização, deverá recorrer às vias judiciais adequadas, pleiteando unicamente a justa reparação dos danos sofridos”¹¹⁶, quando da ocorrência antecipada da extinção contratual, visando evitar o enriquecimento sem causa por parte da Administração.

¹¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 250.

¹¹² FIGUEIREDO, Lúcia Vale de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. Ed. rev. atual. ampl. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 525.

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 379.

¹¹⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. São Paulo: Saraiva Uni, 2011, p. 25.

¹¹⁵ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual De Direito Administrativo** (35. Ed.). Barueri: Atlas, 2021, p. 195.

¹¹⁶ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 250.

2.4.2.4 Extinção do contrato em decorrência de caso fortuito ou de força maior

Esse caso é previsto no art. 137, V, da Lei 14.133/21, em que o Poder Público poderá rescindir o contrato administrativo havendo situações de caso fortuito ou de força maior que impeça a execução do contrato. Cumpre salientar que os casos fortuitos ou de força maior impossibilitam o cumprimento das obrigações contratuais, pois decorrerem de “eventos da natureza, como catástrofes, ciclones, tempestades anormais”¹¹⁷, ou seja, por fatos naturais, ou causados pela vontade humana. Os casos fortuitos ou de força maior tornam impossível a execução do contrato, pois decorrem de acontecimentos imprevisíveis, estranhos à vontade do contratado e inevitáveis¹¹⁸.

Nas hipóteses de ocorrência de caso fortuito ou de força maior, assim como nos casos de rescisão por motivo de interesse público, a Administração é “obrigada a ressarcir o contratado dos prejuízos regularmente comprovados e, ainda, a devolver a garantia, pagas as prestações devidas até a data da rescisão e o custo da desmobilização”¹¹⁹, em concordância com o que dispõe o art. 138, §2º, da Lei 14.133/21¹²⁰.

Diante de situações que caracterizem caso fortuito ou força maior, rompe-se o equilíbrio contratual e a Administração, havendo extinção do contrato, é obrigada a compensar o prejudicado pelos seus prejuízos, não podendo exigir o cumprimento da obrigação, pois o contratado não deu causa a extinção contratual¹²¹.

Não havendo culpa do contratado, este será ressarcido pelos prejuízos que tenha sofrido, “tendo ainda direito ainda ao que preveem os incisos do §2º, do art. 138 da Lei 14.133/21”¹²². Maria Sylvia Zanella Di Pietro critica o fato de a Administração ter que indenizar o particular por um prejuízo a que não deu causa, tendo em vista que a extinção do contrato não é “imputável a nenhuma das partes, assim, o contrato deveria rescindir-se de pleno direito, não tendo sentido o ressarcimento do contratado”¹²³.

¹¹⁷ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual De Direito Administrativo** (35. Ed.). Barueri: Atlas, 2021, p. 212.

¹¹⁸¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 308.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 308.

¹²⁰ O art. 138, em seu §2º traz que: “A extinção do contrato poderá ser: § 2º Quando a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a: I - devolução da garantia; II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção; III - pagamento do custo da desmobilização.” BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

¹²¹ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 212.

¹²² DI PIETRO, *op. cit.*, p. 308.

¹²³ *Ibidem*, p. 308.

2.4.3 Fiscalização da execução do contrato

Essa hipótese de cláusula exorbitante trata-se de uma prerrogativa do poder público, prevista nos art. 58, III, e art. 67 da Lei nº 8.666, e art. 104, III, e art. 117 da Lei nº 14.133, que possibilita que a Administração Pública promova o acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato.

A Administração Pública tem o poder-dever de acompanhar a atuação do contratado, devendo a Administração fiscalizar de maneira minuciosa, detectando, se ocorrido, práticas irregulares ou defeituosas¹²⁴. Dessa maneira, o Poder Público conseguirá verificar, de antemão, se o cronograma de execução do objeto contratual será ou não cumprido pela parte contratada, podendo a Administração atuar conforme for necessário para proteger o interesse público¹²⁵.

O Poder Público, por meio de representante, determinará “o que for necessário à regularização de faltas e defeitos observados”¹²⁶, conforme previsão do art. 117 da Lei nº 14.133/21. Odete Medauar esclarece que, embora a Administração realize a fiscalização e o acompanhamento do objeto contratual, não há exclusão ou redução da responsabilidade da parte contratado em caso de danos decorrentes de dolo ou culpa contra o Poder Público ou a terceiros, consoante previsão do art. 139 da Lei nº 14.133/21¹²⁷. Além de que, se o contratado não atender as determinações da autoridade fiscalizadora, o art. 137, II, da Lei nº 14.133/21 discorre que ensejará a extinção unilateral do contrato, mantendo-se as sanções cabíveis contra a parte contratada.

De acordo com o § 4º do artigo 117, da Lei nº 14.133/21, é permitido a contratação de terceiros para que atuem em conjunto ao fiscal administrativo na fiscalização e acompanhamento da execução dos contratos administrativos, assistindo e subsidiando o fiscal do contrato¹²⁸. Na hipótese de contratação de terceiros, esse será responsabilizado objetivamente pela veracidade e precisão das informações prestada, mas o fiscal o contrato também será responsabilizado de acordo com as informações recebidas do terceiro contratado¹²⁹.

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 299.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 299.

¹²⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. Ed. rev. atual. ampl. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 242.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 242.

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 309.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 309

Cabe, então, à Administração acompanhar a execução durante a vigência do contrato, velando para que a parte contratada observe e realize o que foi acordado. Dentre as obrigações compreendidas pela fiscalização dos contratos administrativos, estão as atribuições de

orientar (estabelecer normas, diretrizes; dar informações sobre a execução do contrato), de fiscalizar (verificar o material utilizado e a forma de execução do objeto do contrato, confirmar o cumprimento das obrigações comerciais, trabalhistas e tributárias a cargo do contratado), de interditar (paralisar a execução do contrato por estar em desacordo com o pactuado) e de intervir (assumir a execução do contrato).¹³⁰

Por fim, relevante examinar a distinção entre a fiscalização da execução nos contratos administrativos e nos contratos celebrados no âmbito do Direito Privado. O doutrinador Lucas Rocha Furtado estabelece que, no âmbito dos contratos celebrados no âmbito do Direito Privado, “incumbe às partes verificar se a outra cumpriu o resultado esperado, se o objeto contratual foi de fato cumprido”¹³¹, interessando, em suma, se o contrato obteve o resultado esperado. Já nos contratos administrativos, a Administração possui o direito e o dever de acompanhar a execução do contrato.

O poder-dever da Administração Pública para promover as fiscalizações decorre do interesse público. Assim, a Administração não pode aguardar o fim do termo contratual para verificar se foram cumpridas todas as obrigações pactuadas, devendo verificar a execução do contrato e “se o contratado cumpre todas as etapas e fases do contrato”¹³², agindo, desse modo, preventivamente a fim de garantir a efetivação do interesse público.

2.4.4 Aplicação de penalidades administrativas

Nos contratos administrativos, a Administração, além ter o poder de modificar e extinguir unilateralmente, pode aplicar “penalidades contratuais e as legais, ainda que não previstas expressamente no contrato, independentemente de prévia intervenção do Poder Judiciário”¹³³, em caso de inexecução total ou parcial por parte do contratado, em concordância com o que determina o art.104, IV da Lei nº 14.133/2021.

É uma prerrogativa da Administração aplicar sanções ao contratado inadimplente, devendo essa observar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Ainda que a

¹³⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. São Paulo: Saraiva Uni, 2011, p. 25.

¹³¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 366.

¹³² *Ibidem*, p. 366.

¹³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 220.

Administração Pública deva assegurar ao contratado ampla defesa, em função de possuir supremacia ao aplicar as sanções, a parte contratada deve, segundo descreve Lucas Rocha Furtado

ter acesso às acusações de descumprimento do contrato que lhe são imputadas, e delas defender-se, consiste no fato de que a própria Administração que aplica a sanção tem o poder de executar lhe diretamente, sem necessidade de intervenção judicial. No caso de aplicação de multa, por exemplo, a Administração pode apropriar-se diretamente da garantia prestada. Observe, ainda, que não sendo a garantia suficiente, poderá a Administração descontar o valor da multa dos valores devidos (art. 86, §3º, da Lei nº 8.666/93)¹³⁴.

No que tange às penalidades previstas no art. 156 da Lei 14.133/21, essas compreendem advertências, multas, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração. Já no art. 155 da Lei 14.133/21, encontram-se elencados alguns exemplos de condutas que possam gerar as penalidades mencionadas acima, ressaltando se tratar de um rol exemplificativo.

Se faz importante estudar algumas peculiaridades das penalidades citadas no art. 156 da Lei 14.133/21. Iniciamos analisando a pena de advertência (art. 156, I, da Lei 14.133/21), a qual será aplicada quando o contratado der causa à inexecução parcial do contrato, não sendo considerada uma penalização grave¹³⁵. A pena de multa referida no art. 156, II, da Lei 14.133/21, pode ser aplicada de forma conjunta as outras sanções, “ficando vedada, implicitamente, em qualquer outra hipótese, a acumulação de sanções administrativas”¹³⁶, de acordo com o que é descrito no art. 156, §7º, da Lei 14.133/21¹³⁷.

O §3º do artigo 156 da Lei 14.133/21 determina que a sanção de multa não pode ser inferior a “0,5% nem superior a 30% do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta, e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no artigo 155”¹³⁸ da Lei 14.133/21.

Sobre a penalidade de impedir participações em contratações, a Administração Pública estipulará a duração da suspensão temporária do impedimento em contratar com a Administração direta e indireta, “não podendo a restrição ultrapassar no caso concreto, tendo

¹³⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 368.

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 311.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 311.

¹³⁷ As sanções previstas nos incisos I, III e IV do **caput** do art. 156 da Lei 14.133/21, ou seja, advertência, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, poderão ser aplicadas cumulativamente com a prevista no inciso II do **caput** deste artigo (multa). BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

¹³⁸ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 311.

em conta a gravidade das infrações comprovadas”¹³⁹, o prazo máximo de três anos (§ 4º do art. 156).

Em relação a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, essa penalidade (art. 156, § 5º da Lei 14.133/21) “impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de três anos e máximo de seis anos”¹⁴⁰. Frisa-se que há competência exclusiva para a aplicação dessa penalidade, descrita no art. 156, §6º da Lei 14.133/21.

A imposição de sanções, em resumo, é uma atribuição irrenunciável, “sob pena de responsabilidade da Administração Pública, que, nesse particular, procede autoexecutoriamente”¹⁴¹. Dessa maneira, a Administração impõe a pena, necessitando do poder judiciário para satisfazer sua pretensão punitiva apenas nos casos de resistência do punido, sendo garantido ao infrator amplo direito de defesa (CF, art. 5º, LV)¹⁴².

2.4.5 Ocupação provisória

A cláusula exorbitante que possibilita a Administração de “ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, para apurar faltas contratuais na prestação de serviços essenciais”¹⁴³, de maneira unilateral, encontra-se prevista no art. 104, V, da Lei 14.133/21.

Nos casos em que os serviços são essenciais para a população, leciona José Maria Pinheiro Madeira que é possibilitado que a Administração, fazendo uso da cláusula exorbitante de ocupação provisória, ocupe em caráter provisório o objeto contratual e os bens que sejam necessários para a execução do contrato, com a finalidade de apurar eventuais faltas contratuais realizadas pelo contratado ou em razão da extinção contratual¹⁴⁴.

O objetivo de tal cláusula exorbitante é “de resguardar a continuidade de serviço essencial, visto que a descontinuidade de alguns serviços públicos – por exemplo, o serviço de saúde – pode acarretar danos irreversíveis”¹⁴⁵. Assim, como a finalidade da Administração é assegurar a continuidade do serviço público, nos casos em que ocorre a extinção unilateral pelo

¹³⁹ ALEXANDRINO, Marcelo, e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Edição, Revista E Atualizada ed. 2011, p. 211.

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 311.

¹⁴¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. São Paulo: Saraiva Uni, 2011, p. 25.

¹⁴² *Ibidem*, p. 25.

¹⁴³ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Direito Administrativo**. 13ª Edição. Editora Freitas Bastos, 2022, p. 452

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 452.

¹⁴⁵ CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos Lei n. 14.133/2021: comentários e quadros comparativos**. São Paulo: Saraiva Jur., 2021, p. 353.

Poder Público em detrimento da inadimplência do contratado ou a título de cautela com o intuito de apurar administrativamente faltas contratuais¹⁴⁶, “a Administração pode assumir o objeto do contrato, no local e no estado em que se encontre, e prosseguir na sua execução, direta ou indiretamente”¹⁴⁷, utilizando “do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados nos trabalhos e necessários”¹⁴⁸, evitando uma prolongada paralisação de obras e serviços públicos.

Dessa maneira, conforme constata Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, existem duas situações que admitem a ocupação temporária, em conformidade com o que já foi exposto, que são: a utilização da ocupação temporária “como medida acautelatória, para a apuração de irregularidade na execução do contrato”¹⁴⁹, podendo ou não ocorrer rescisão unilateral; e a ocorrência da ocupação após a rescisão unilateral do contrato administrativo, hipótese que se conjuga com o art. 139, incisos I e II, da Lei nº 14.133/21. Em virtude do “princípio da continuidade dos serviços públicos, a administração, então, assume imediatamente o objeto do contrato e para assegurar que não haverá descontinuidade, procede à ocupação temporária de todos os recursos materiais e humanos do contratado”¹⁵⁰.

Ressalta-se que a ocupação provisória obriga que sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa, procedendo com o devido processo administrativo, além de que tal prerrogativa pode ensejar indenização ao contrato, caso este estivesse adimplente e de boa-fé¹⁵¹.

2.4.6 Retenção de créditos e exigência de garantias

É inegável que a Administração tenha prejuízos causados pelo contratado durante o curso da execução do contrato administrativo. O autor Lucas Rocha Furtado mencionada que as garantias são formas de preservar o Poder Público, pois se tal cláusula exorbitante não existisse, havendo inexecução dos acordos, a Administração teria como única opção a cobrança judicial dos montantes devidos em razão dos inadimplementos do contratado¹⁵².

¹⁴⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. Ed. rev. atual. ampl. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, P. 244.

¹⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 249.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 250.

¹⁴⁹ ALEXANDRINO, Marcelo, e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Edição, Revista E Atualizada ed. 2011, p. 211.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 212.

¹⁵¹ CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos Lei n. 14.133/2021: comentários e quadros comparativos**. São Paulo: Saraiva Jur., 2021, p. 353.

¹⁵² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 368.

Quanto a cláusula exorbitante da exigência de garantias nos contratos administrativos, Rafael da Cás Maffini instrui que a exigência de garantias é uma competência discricionária do administrador. “A exigência de garantias fica, todavia, condicionada à previsão no instrumento convocatório do certame que origina a contratação”¹⁵³. Sendo exigidas as garantias, será observado “a liberdade de o contratado escolher uma das garantias que a lei lhe faculta”¹⁵⁴, ou seja, o contratado elegerá entre as garantias previstas no art. 96, §1º, incisos I a III, da Lei 14.133/21.

O art.139, III, da Lei 14.133/21 prevê que, em caso de extinção contratual, a Administração pode promover a execução da garantia quando existentes débitos do contratado com a Administração que resultem em “prejuízos causados à Administração contratante ou de multas aplicadas ao contratado”¹⁵⁵, possibilitando a apropriação da garantia, sem necessidade de ação judicial.

2.4.7 Exceção de contrato não cumprido

Define-se como exceção do contrato não cumprido a

exceção material peculiar aos contratos onerosos, bilaterais, comutativos, sempre que as obrigações de uma das partes estiverem, ao mesmo tempo, fundamentando, e sendo fundamentadas pelas obrigações da outra a inexecução imputável a um dos contraentes legitimara o descumprimento obrigacional do outro.¹⁵⁶

No tocante a aplicação da cláusula exorbitante nos contratos administrativos, será observada a exceção em favor da Administração Pública e em favor do contratado. Em conformidade com o art. 476 do Código Civil¹⁵⁷, qualquer uma das partes do contrato pode cessar a execução do que foi acordado quando uma delas deixa de cumprir com suas obrigações. A Administração pode arguir a cláusula exorbitante em seu favor quando houver inadimplência do particular contratado, podendo aplicá-la imediatamente após o descumprimento¹⁵⁸.

¹⁵³ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 165.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 165.

¹⁵⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 369.

¹⁵⁶ MAFFINI, , *op. cit.*, p. 163.

¹⁵⁷ Descreve o art. 476 que: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.” BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

¹⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direto administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 219.

Imprescindível detalhar que, embora existissem entendimentos contrários a aplicação dessa exceção pelo particular quando do descumprimento contratual por parte do poder público, sob a justificativa de garantir a continuidade do serviço público, atualmente, prevalece o entendimento que vai de encontro com o art. 137, §2º, incisos I a V, da Lei nº 14.133/21, possibilitando que, nos casos de inexecução contratual previstos nos incisos I a V do art. 137, §2º, da Lei nº 14.133/21 cometidos pela Administração Pública, haverá justificativa para a aplicação da exceção do contrato não cumprido¹⁵⁹.

O art. 137, §2º, da Lei 14.133/21, determina, expressamente, os motivos para a extinção contratual por parte do contratado, e analisando os incisos arrolados, verificam-se “situações em que o contratado pode passar a assumir encargos aos quais não se obrigou contratualmente, fato que pode gerar prejuízos para o particular, de forma a tornar impossível a execução do contrato e, por conseguinte, a manutenção da avença.”¹⁶⁰

No que concerne as hipóteses que ensejam o direito do contratado requerer a extinção antecipada do ajuste (art. 137, §2º, da Lei 14.133/21), esclarece-se que: sobre a supressão do objeto, essa deve ser superior a 25% do valor inicial atualizado do contrato; no caso da suspensão, o Poder Público deve suspender a execução do objeto por prazo superior a três meses, ou quando for verificado que repetidas suspensões totalizaram 90 dias úteis¹⁶¹; “na ocorrência de atraso superior a 2 (dois) meses, contados da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração¹⁶²”; bem como nas situações de “não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento”¹⁶³.

¹⁵⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 370.

¹⁶⁰ PIRES, Antônio Cecílio, M. e Aniello Parziale. **Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de Abril de 2021**. Grupo Almedina (Portugal), 2022, p. 744.

¹⁶¹ O § 2º do art. 137 descreve quando que: “O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses: I - supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no art. 125 desta Lei; II - suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses; III - repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas; IV - atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos; V - não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.” BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

¹⁶² PIRES, *op. cit.*, p. 746.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 746.

3 DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICOS NAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

3.1 DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO

No ramo do Direito Administrativo, os princípios representam um papel relevante ao possibilitar um equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração. Dois princípios que, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são de grande importância e decorrem da relação entre a liberdade do indivíduo e a autoridade da Administração, são: os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular¹⁶⁴.

Consoante a lição de Robert Alexy, princípios são mandamentos de otimização que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹⁶⁵, sendo aplicados de acordo com os juízos de ponderação formulados. De encontro ao conceito formulado por Robert Alexy, Celso Antônio Bandeira Mello discorre que princípio é o

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.¹⁶⁶

Compreendendo questões que envolvem a colisão entre princípios, Robert Alexy leciona que, havendo colisão entre princípios, um deles deixará de ser aplicado, não significando que

o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirmar que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios — visto que só princípios válidos podem colidir — ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.¹⁶⁷

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 64.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert, e SILVA, Virgílio Afonso Da. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. 2ª Edição ed. 2011. Teoria & Direito Público, p. 90.

¹⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 53.

¹⁶⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 94.

Relevante esclarecer que não existe hierarquia entre os princípios quando analisados abstratamente, e quando, no caso concreto, existir colisão de princípios, eventuais discussões serão solvidas por meios hermenêuticos, enfatizando que os princípios se conectam e podem se confundir com outros¹⁶⁸.

Outra premissa necessária para o estudo, refere-se ao fato de que um princípio não precisa ser positivado para ser reconhecido como princípio, isto é, “mesmo que não contenham previsão expressa, seja no plano constitucional, seja no plano infraconstitucional, é possível reconhecer a existência e a incidência de determinados princípios no Direito Administrativo”¹⁶⁹.

A natureza dos princípios acarreta os axiomas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade. Sobre a proporcionalidade, os mandamentos de otimização (princípios) exigem um sopesamento que é resultado da relativização diante das mais diversas “possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico”¹⁷⁰, sendo necessário um sopesamento para que haja uma decisão em caso de conflitos.

No que diz respeito a Lei n. 14.133/2021, encontra-se em seu art. 5º os princípios que norteiam às licitações e aos contratos administrativos. Dentre o rol de princípios previstos em tal artigo, estudaremos com mais detalhamento o princípio do interesse público.

3.2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O regime de direito público é caracterizado pelo princípio da supremacia do interesse público. Esse princípio, que é qualificado por Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, como um dos dois pilares do denominado regime jurídico-administrativo, “fundamenta a existência das prerrogativas ou dos poderes especiais da administração pública, dos quais decorre a denominada verticalidade nas relações”¹⁷¹ entre o Poder Público e o particular.

¹⁶⁸ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 35.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 35.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert, e SILVA, Virgílio Afonso Da. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. 2ª Edição ed. 2011. Teoria & Direito Público, p. 117.

¹⁷¹ ALEXANDRINO, Marcelo, e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Edição, Revista E Atualizada ed. 2011, p. 10.

A supremacia do interesse público exprime sua superioridade sobre os demais interesses da sociedade, inferindo que interesses privados não prevalecem sobre o interesse público. Esse princípio acaba por impossibilitar que o agente público tenha a discricionariedade de cumprir ou não questões de interesse público¹⁷².

O princípio da supremacia do interesse público respalda a “atuação administrativa em que exista imperatividade, em que sejam impostas, unilateralmente, obrigações para o administrado, ou em que seja restringido ou condicionado o exercício de atividades ou de direitos dos particulares”¹⁷³.

Além disso, Celso Antônio Bandeira de Mello menciona que a supremacia do interesse público sobre o privado é um pressuposto da ordem social que garante e resguarda os interesses de toda população¹⁷⁴, e em função de tal princípio e da indisponibilidade do interesse público é que se esboça a “caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade”¹⁷⁵, resultando no regime de direito público.

Segundo retrata Gustavo Binbenjumin, a concepção dominante de interesse público abarca tanto uma dimensão individual como coletiva, se aproximando da noção de bem comum, sendo, assim, a supremacia “fundamento das prerrogativas formais e materiais da Administração Pública em sua relação”¹⁷⁶ com a sociedade.

Em decorrência do princípio da supremacia do interesse público, procede a posição de privilégio e supremacia da Administração a fim de zelar pelo interesse público nas relações com os particulares, e de acordo com o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

(a) Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão. Traduz-se em privilégios que lhes são atribuídos. (...) b) A posição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos. Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações

¹⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, P. 36.

¹⁷³ ALEXANDRINO, Marcelo, e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Edição, Revista E Atualizada ed. 2011, P. 10.

¹⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, P. 69.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 55.

¹⁷⁶ BINENBOJIM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Edição. Revista E Atualizada ed. 2008, P. 70.

por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.¹⁷⁷

Diante disso, como expressão deste princípio, “a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais”¹⁷⁸. Dado que, em razão do princípio da supremacia, a Administração demonstra esse poder de exigir obrigações do particular ao requerer providências e aplicar sanções.

Ademais, em virtude do interesse público e devido poder de autoexecutoriedade dos atos administrativos, a Administração pode, “por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la”¹⁷⁹, desde que tal conduta esteja expressa em lei, e tenha caráter urgente para garantir o interesse público. Aliás, o princípio da autotutela, decorrente da supremacia do interesse público, possibilita que a Administração revogue e anule os próprios atos.

Sabe-se, ainda, que o regime jurídico administrativo é caracterizado por prerrogativas que conferem poderes à Administração, colocando-a em posição de supremacia; e por sujeições que impõem limites à atuação administrativa, que tem por objetivo “garantir o respeito às finalidades públicas e aos direitos dos cidadãos”¹⁸⁰.

Quanto a posição de supremacia que se encontra a Administração quando da realização de contratos administrativos, isso deve-se a sustentação da finalidade pública, buscando sempre o bem comum, e a obrigação do Poder Público sobrelevar os interesses da coletividade aos interesses dos indivíduos de forma isolada. Afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, “as normas de direito público, embora projetem reflexamente o interesse individual, tem o objetivo primordial de atender ao interesse público”¹⁸¹, ou seja, garantir o bem-estar de toda sociedade.

No que diz respeito a identificação do que é interesse público ou não, isto é, se o interesse tratado corresponde a um interesse que abrange toda coletividade e se sobrepõe aos demais interesse, esclarece que a “valoração ou definição de hierarquia de interesses é tarefa que cabe ao legislador, ou ao constituinte, e não ao administrador público”¹⁸². Assim, a

¹⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, P. 69.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 96.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 69.

¹⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 268.

¹⁸¹ *Idem*. **Direito Administrativo**. 27ª ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 66.

¹⁸² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.90.

Constituição e a lei especificarão quais interesses preponderam, sendo reconhecidos como interesses mais importantes para a população.

Retornando às cláusulas exorbitantes, ainda que elas não sejam previstas na celebração contratual, essas asseguram à Administração posição de supremacia sobre o contratado, bem como a prevalência do interesse público sobre o particular. Ressalta-se que quando “a Administração celebra contratos de direito privado, normalmente ela não necessita dessa supremacia e a sua posição pode nivelar-se à do particular”¹⁸³, mas há possibilidade de conferir ao Poder Público certas prerrogativas, desde que haja previsão expressa por meio de cláusulas exorbitantes.

Por último, impende “ressalvar o respeito aos direitos e garantias fundamentais e a necessidade de que a atuação da administração pública ocorra sempre nos termos e limites da lei e do direito, observado o devido processo legal”¹⁸⁴, e que não há caráter absoluto nos princípios, incluindo o da supremacia do interesse público.

3.2.1 Interesse Público

Se faz necessário aprofundar o conceito de interesse público em razão de sua função para o direito público, embora trate-se de um termo de difícil definição.

O interesse público, para Álvaro do Canto e Reinaldo Couto, pode ser conceituado como uma forma de satisfazer uma necessidade social ou estatal, em que são encontrados, dentro do interesse público, vários interesses individuais, repletos de valores e proveitos¹⁸⁵. Sublinha-se que o interesse público “não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual”¹⁸⁶, pois se refere a um interesse de toda a sociedade, de um conjunto social.

Sinaliza-se que, embora se tenha uma visão de que o interesse privado é uma espécie contraposta ao interesse público, “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”¹⁸⁷. Assim, Celso

¹⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 269.

¹⁸⁴ ALEXANDRINO, Marcelo, e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Edição, Revista E Atualizada ed. 2011, P. 10.

¹⁸⁵ CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos Lei n. 14.133/2021: comentários e quadros comparativos**. São Paulo: Saraiva Jur., 2021, p. 38.

¹⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, P. 59.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 60.

Antônio Bandeira de Mello sustenta que o interesse público é uma a dimensão pública dos interesses individuais.

Elucida o autor que

existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas-, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras.¹⁸⁸

Assevera-se que qualquer “interesse é sempre individual, pois todo interesse em sociedade somente existe em razão de, ao menos, um indivíduo o encampar”¹⁸⁹, todavia, esse mesmo interesse pode ser considerado um interesse geral caso tenha relevância para uma quantidade maior de indivíduos, sendo que esse interesse alcança a sociedade “como expressão unitária de multiplicidade de interesses individuais coincidentes”¹⁹⁰.

Nesse sentido, será “qualificado como público apenas aquele interesse que pela sua importância seja elevado à categoria de interesse geral, de toda a sociedade, e em cujo nome pode-se exigir limitação ou restrição de interesse privado”¹⁹¹, frisando que na elaboração das normas de Direito Administrativo, o interesse público tem papel fundamental para definir as prerrogativas da população no que tange a esse interesse específico, e a interferência desse interesse geral na limitação ou restrição de outros interesses¹⁹².

Afirma-se que a ação administrativa se orienta em favor do interesse público, e, diante dessa afirmativa, é costumeiro retratar o interesse público como um dos pilares básicos do Direito Administrativo, como aponta Rafael da Cás Maffini¹⁹³.

Estudando a expressão interesse público, Marçal Justen Filho ministra que o termo não possui conteúdo próprio, tecendo algumas críticas às tentativas de distinguir interesse público do privado¹⁹⁴. Quanto a definição de interesse público ser identificado como interesse privado comum a todos os cidadãos, os adeptos a essa abordagem entendem que não há diferença

¹⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 61.

¹⁸⁹ CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos Lei n. 14.133/2021: comentários e quadros comparativos**. São Paulo: Saraiva Jur., 2021, p. 38.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 38.

¹⁹¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.83.

¹⁹² *Ibidem*, p. 83.

¹⁹³ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 36.

¹⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40.

qualitativa entre os interesses, mas sim quantitativa, em que “qualquer interesse privado será qualificado como público desde que a totalidade dos particulares tenha interesses semelhantes. Essa concepção é inútil, porque a unanimidade nunca será atingida.”¹⁹⁵, bastando que um indivíduo divirja do conteúdo para que não se reconhecer como interesse público.

Outro apontamento feito pelo doutrinador é quanto afirmar que “o interesse público é o interesse privado comum e homogêneo da maioria da população. Esse entendimento também não pode ser aceito, porque conduz à opressão”¹⁹⁶, tendo em vista que devem ser tutelados tanto os interesses das maiorias como das minorias, além de que existem interesses coletivos e difusos que possuem natureza privada. O autor ainda pontua que interesse público não é sinônimo de interesse da sociedade, pois possibilita o reconhecimento “como interesse público algo desvinculado de qualquer interesse individual concreto”¹⁹⁷.

Pode-se perceber também que o interesse público não deve ser confundido com o interesse estatal. “Não é possível definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica”¹⁹⁸. Lembre-se que o interesse público surgiu antes do Estado, sendo o Estado instrumento de realização dos interesses públicos.

Esclarece o mestre José Maria Pinheiro Madeira que, seria incompatível com o que é preconizado pela Constituição e pelo Estado Democrático de Direito tal entendimento, salientando que o interesse público não se confunde com o interesse privado do agente público. É necessário haver distinção entre o que é interesse público e o que configura apenas interesse do sujeito que exerce a função administrativa¹⁹⁹.

Imperioso mencionar que o princípio do interesse público está expressamente previsto no artigo 2º, caput, da Lei nº 9.784/99 que regulamenta o processo administrativo, e especificado que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa. Isto é, Administração não pode dispor dos interesses públicos, não podendo renunciar ou deixar de exercer suas competências, sob pena de omissão, e caso ocorra omissão no exercício de seu poder-dever, a Administração acaba por prejudicar o interesse público²⁰⁰.

Ademais, o princípio do interesse público permite que outros princípios ganhem força, como por exemplo os princípios da continuidade dos serviços públicos ou da mutação de

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 41.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 42.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 38.

¹⁹⁹ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Direito Administrativo**. 13ª Edição. Editora Freitas Bastos, 2022.

²⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 68.

cláusulas do contrato administrativo, de acordo com o que ilustra Juarez Freitas²⁰¹. O princípio do interesse público, além disso, está intimamente ligado princípio da finalidade, sendo que “primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado se justifica pela busca do interesse geral”²⁰².

Nesse contexto, o conceito de interesse público deve ser usado “com cautela, diante da pluralidade e contraditoriedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade”²⁰³. Notável esclarecer que “os interesses públicos não se colocam sempre de modo contrário a interesses privados”²⁰⁴, mas que os interesse públicos se coincidem com inúmeros interesses privados.

3.2.1.1 Interesse Público Primário e Secundário

Diante da premissa que o interesse público não se confunde com o interesse do aparato administrativo, importante se faz a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário. Os doutrinadores Álvaro do Canto Capagio e Reinaldo Couto ensinam que

A organização jurídica da sociedade é a preponderância de determinado conjunto de interesses gerais sobre todos os outros interesses, individuais ou coletivos, existentes no seio da própria sociedade. Esses interesses prevalentes são chamados, de forma concisa, interesses públicos primários ou interesses da sociedade. Já o interesse público secundário ou meramente estatal seria o interesse patrimonial do ente federativo ou das pessoas jurídicas de direito público, podendo ser visualizado quando o Estado pretende aumentar o máximo possível determinado tributo.²⁰⁵

Desse modo, a diferença entre o interesse público primário e o interesse secundário da Administração Pública se dá em função de um ser o interesse geral e autêntico, e o outro representar os interesses próprios da Administração Pública²⁰⁶.

Sabe-se que o Estado possui certos proveitos, e que de acordo com Marçal Justen Filho, essas vantagens não são reconhecidas como a definição de interesse público. Isso decorre diante

²⁰¹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª Edição, Atualizada e ampliada ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

²⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 105.

²⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44.

²⁰⁴ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 40.

²⁰⁵ CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos Lei n. 14.133/2021: comentários e quadros comparativos**. São Paulo: Saraiva Jur., 2021, p. 39.

²⁰⁶ MAFFINI, *op. cit.*, p. 39.

de que o Estado pode defender “interesses apenas seus, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário”²⁰⁷, ou seja, contemplando os interesses da coletividade. Por isso os interesses secundários somente são atendidos quando irem de encontro com os interesses primários.

De qualquer forma, imperioso esclarecer que “ao Direito Administrativo releva precipuamente o interesse geral e legítimo (interesse público primário, para alguns). O interesse patrimonial do Estado (interesse secundário)”²⁰⁸, será relevante ao Direito Administrativo quando se igualar aos interesses primários.

Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece que, os interesses primários são interesses da coletividade “como um todo, e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade.”²⁰⁹

Tece ainda sobre o interesse público primário que esse é “formado pelo complexo de interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, expressão unitária de uma multiplicidade de interesses coincidentes”²¹⁰, diferenciando-se dos interesses particulares e dos interesses do aparato administrativo, ambos definidos como interesses secundários, conforme tratado.

Com efeito, deve a Administração Pública atender os interesses da coletividade, sendo vedado que aja em nome do interesse público, mas agindo em prol apenas dos interesses de seu próprio organismo ou de seus agentes estatais²¹¹.

²⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 72.

²⁰⁸ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 40.

²⁰⁹ MELLO, *op. cit.*, p. 72.

²¹⁰ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 178.

²¹¹ MELLO, *op. cit.*, p. 99.

4 PROVOCAÇÕES AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme foi estudado, o princípio da supremacia do interesse público indica a superioridade do interesse público sobre o interesse particular, e admite-se, em razão da finalidade pública, essa posição privilegiada da Administração Pública que representa o interesse público²¹².

É destacado que a Administração atua, utilizando dessa prerrogativa de supremacia, no “intuito de buscar o melhor interesse da coletividade, ou seja, o interesse público primário. O contrário denotará ‘desvio de finalidade’ do administrador, tornando o ato ilegal”²¹³. Repete-se que tais prerrogativas são encontradas nos contratos administrativos como cláusulas exorbitantes.

Retomando o conceito de cláusulas exorbitantes, essas cláusulas excedem do Direito Comum, consignando vantagens e restrições à Administração ou ao contratado para persecução da finalidade pública²¹⁴. Além de que são cláusulas irrenunciáveis, o que impede que a Administração restrinja a incidência dessas cláusulas²¹⁵.

Em decorrência do poder do Estado de alterar os termos iniciais dos acordos ou de realizar a extinção unilateral deles, consoante fundamenta Marçal Justem Filho, a definição de interesse público acaba sendo aplicada na busca de delimitar e fundar como são invocadas as cláusulas exorbitantes²¹⁶. Isto é, busca garantir que o Estado atue na realização do bem comum, afastando seus interesses próprios, sendo fundamental para a execução dos contratos administrativos que possui finalidade no interesse público. Cabe ressaltar, assim, que um contrato administrativo deve pautar seus interesses na realização da necessidade coletiva, observando a legalidade do que for pactuado²¹⁷.

Sobre o referido princípio da supremacia do interesse público, nota-se que “o interesse público representa uma verdadeira finalidade-conceitual, aliás do Direito Administrativo”²¹⁸, além disso, o fundamento mediato das prerrogativas públicas atribuídas ao Estado, não sendo

²¹² MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Direito Administrativo**. 13ª Edição. Editora Freitas Bastos, 2022, p. 432.

²¹³ *Ibidem*, p. 432.

²¹⁴ ALEXANDRINO, Marcelo, e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Edição, Revista E Atualizada ed. 2011, p. 202.

²¹⁵ MADEIRA, *op. cit.*, p. 432.

²¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 295.

²¹⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. Saraiva, 1981, p.32.

²¹⁸ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 37.

alicerce para o cometimento de arbitrariedades pelo Poder Público. Nesse sentido o autor Rafael da Cás Maffini expõe que

não se pode extrair de uma fórmula tão vaga como essa (interesse público) a justificação imediata de poderes (ou deveres-poderes) outorgados a Administração Pública. Tal leitura hipertrofiada do interesse público serviria tão-somente para o cometimento de arbitrariedades e, assim, não respeitaria, como dito, a ratio da Constituição Federal tendente a colocar o cidadão (ou administrado) em condição privilegiada de tutela jurídica. Não se pode, portanto, reconhecer ao interesse público uma feição relacional única e invariável, da qual resultaria incontestável e absolutamente recorrente a predileção dos interesses públicos - o emprego no plural e proposital-, quaisquer que fossem, em detrimento de toda e qualquer manifestação de interesses privados.²¹⁹

Para que haja limitação na ocorrência de arbitrariedade, é relevante salvaguardar a transparência dos contratos, utilizando cláusulas que obedeçam às previsões constitucionais e legais. A Administração Pública “goza de prerrogativas, não propriamente por supremacia, mas por mera legitimidade funcional. Nessa ótica”²²⁰, o Estado deve observar as normas, asseverando que “os contratos administrativos só experimentam amparo e guarida”²²¹ se reconhecida a legitimidade da ação administrativa.

Outrossim, Juarez Freitas leciona que a invocação do interesse público “não pode servir de bombo ou argumento para o desacato ou crônico descumprimento das decisões judiciais, nem para o acintoso menosprezo dos direitos fundamentais”²²², ou mesmo para que atue de maneira protelatória, resultando na ofensa à prestação da tutela jurisdicional.

É de amplo conhecimento que o princípio da supremacia do interesse público é invocado, em não raras exceções, para justificar atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática²²³. Isso se deve a concepção do termo interesse público que, embora relevante, propicia “problemas insuperáveis, relacionados com a ausência de instrumento jurídico para determinar o efetivo interesse público”²²⁴, o que resulta em arbitrariedades por parte do Poder Público. Todavia, destaca-se que a supremacia do interesse público deve ter o propósito de promover questões fundamentais para o bem comum, e não de legitimar um poder autoritário

²¹⁹ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 39.

²²⁰ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª Edição, Atualizada e ampliada ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004, p. 37.

²²¹ *Ibidem*, p.37.

²²² *Ibidem*, p.36.

²²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 36.

²²⁴ *Ibidem*, p. 36.

da Administração, reiterando que o interesse público serve como justificativa para validar a atuação do Estado em prol da população²²⁵.

No que se refere a utilidade do princípio da supremacia do interesse público, o doutrinador Marçal Justen Filho deslinda que o princípio

apresenta utilidade reduzida, uma vez que não há um interesse único a ser reputado como supremo. O critério da supremacia do interesse público não permite resolver de modo satisfatório os conflitos, nem fornece um fundamento consistente para as decisões administrativas. Como resultado prático, a afirmação da supremacia e indisponibilidade do interesse público resulta na atribuição ao governante de uma margem indeterminada e indeterminável de autonomia para impor suas escolhas individuais. Ou seja, o governante acaba por escolher a solução que bem lhe apraz, justificando-a por meio da expressão "supremacia do interesse público", o que é incompatível com a própria função reservada ao direito administrativo.²²⁶

Além disso, relevante mencionar que a “especificidade do princípio do interesse público, todavia, está em prescrever que, em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima sobre a vontade egoistamente articulada”²²⁷. Nesse contexto, atenta-se que “o interesse público e o interesse particular não são necessariamente formuláveis em oposição: podem ser apenas o campo de contrariedades ajustáveis”²²⁸. Assim, inválida a afirmação de que, “ao contratar, somente o interesse público deve ser alcançado em detrimento do particular”²²⁹. Nos contratos administrativos,

o interesse público e o particular só se realizam quando simultaneamente alcançadas as aspirações legítimas das volições particulares e universais no ajuste, de regra, *intuitu personae*. Nessa ótica, o fim último há de ser o interesse público e, concomitantemente, o interesse singular lícito, ambos harmonizáveis entre si. Vale dizer, o interesse público (essencial) deverá ser confluyente com o do particular, se este não se prender estritamente ao particularismo de propósitos, nem conspirar contra a "vontade geral"²³⁰.

Diante disso, não há que se falar em supremacia, mas deve prevalecer a adoção de uma postura razoável, realizando a ponderação dos interesses.

²²⁵ ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 11, setembro/outubro/novembro, 2007, p. 3.

²²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46.

²²⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª Edição, Atualizada e ampliada ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004, p. 34.

²²⁸ *Ibidem*, p. 296.

²²⁹ *Ibidem*, p. 296.

²³⁰ *Ibidem*, p. 297.

4.1 EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA E OS INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS

Apesar da amplitude de poderes da Administração Pública, o contratante particular não fica deserto de seus direitos, pois o “ordenamento jurídico resguarda-o contra o arbítrio do Poder Público e o protege economicamente contra as exigências da Administração Pública e dos prejuízos no caso de extinção do vínculo por mérito”²³¹. Consoante já citado, o art. 130 da Lei 14.133/2021 fundamenta essa proteção do contratante ao determinar que a Administração reestabeleça o equilíbrio econômico-financeiro inicial²³².

A proteção à equação econômico-financeira é definida como um resultado do princípio da eficácia administrativa, que

exige que a Administração Pública desembolse o menor valor possível nas suas contratações. A ausência de garantia aumentaria o risco dos particulares, especialmente em vista das competências anômalas peculiares ao contrato administrativo. A Administração obterá as melhores propostas apenas se reduzir os riscos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis. A intangibilidade da equação econômico-financeira é a garantia ofertada ao particular de que não correrá risco quanto a eventos futuros, incertos e excepcionais. Essa proteção produz a redução geral dos preços pagos pelo Estado no conjunto global de suas contratações. Com a redução da incerteza e a proteção do particular contra eventos extraordinários, viabiliza-se o pagamento do menor preço possível. A tutela à equação econômico-financeira original visa a obter o menor preço possível²³³.

Em vista disso, na ocorrência de eventos extraordinários que ampliem, por exemplo, “os benefícios e vantagens do contratado, a Administração deverá rever as condições e reduzir seus próprios encargos, para impor a manutenção da situação original. Não é admissível que toda a comunidade seja sacrificada para beneficiar um sujeito em específico”²³⁴.

Para ocorrer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, é imprescindível que ocorram “eventos extraordinários, de cunho imprevisível ou de efeitos incalculáveis, causadores da ampliação dos encargos ou a redução das vantagens originalmente previstas e geradores de frustração das expectativas sobre os resultados da avença”²³⁵. Assim, quanto às

²³¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. São Paulo: Saraiva Uni, 2011, p. 25.

²³² O art. 130 prescreve que: “Caso haja alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.” BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

²³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 301.

²³⁴ *Ibidem*, p. 302.

²³⁵ *Ibidem*, p. 302.

cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, embora sejam fundadas na supremacia do interesse público, ocorrendo alterações unilaterais do acordo, deverá a Administração Pública garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Fica o contratado obrigado a aceitar tais imposições, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, observando sempre os limites legais²³⁶. Todavia, explicam Álvaro do Canto Capagio e Reinaldo Couto, que diante:

de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados. Havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do particular, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.²³⁷

Ademais, tais cláusulas exorbitantes podem ser limitadas nos casos em que o desequilíbrio econômico-financeiro, acaba por impossibilitar a alteração unilateral do contrato pela Administração²³⁸. Importante referir que a

prerrogativa de modificar unilateralmente o contrato, como algo absoluto, vem sendo contestada modernamente. No ordenamento italiano, a Corte de Cassação afastou a tese do poder discricionário de modificação unilateral do contrato, como poder geral independente de previsão legal explícita, e afirmou que, salvo a rescisão por interesse público, a relação contratual é regida por cânones paritários. Como se viu, no ordenamento brasileiro a prerrogativa é prevista, circunscrita a limites e ao respeito a direitos dos contratados.²³⁹

Segundo orientação da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, em caso de revogação de ato administrativo, essa não poderá ferir os direitos subjetivos gerados pelo ato revogado²⁴⁰. Esse entendimento serve de fundamento para que não ocorra supressão do “direito do particular de obter os resultados financeiros provenientes da contratação”²⁴¹, quando ocorrida uma rescisão contratual por ato unilateral da Administração Pública.

²³⁶ CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos Lei n. 14.133/2021: comentários e quadros comparativos**. São Paulo: Saraiva Jur., 2021, p. 372.

²³⁷ *Ibidem*, p. 372.

²³⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. Ed. rev. atual. ampl. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 242.

²³⁹ *Ibidem*, p. 242.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 473**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

²⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 379.

Dessa maneira, é assegurado ao particular seu direito a ser indenizado por lucros cessantes, sendo que esse “direito não pode ser unilateralmente suprimido pela Administração, sob invocações de conveniência e oportunidade”²⁴². Por último, importante reiterar que a pretensão desse preceito é de “manter a execução do contrato, em que pese a Administração seja a inadimplente, mas também proteger o interesse público”²⁴³.

4.2 DA NECESSÁRIA PROPORCIONALIDADE ENTRE OS INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS

A proporcionalidade é um mecanismo utilizado para conter a imperatividade dos atos administrativos, “com o objetivo de conter ou limitar a reação da Administração Pública diante de determinadas situações em que ela se vê obrigada”²⁴⁴. O princípio da proporcionalidade significa, na opinião de Juarez Freitas, “que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente, na consecução dos seus objetivos.”²⁴⁵ Serão considerados como violações ao princípio da proporcionalidade eventuais exageros.

O excesso de poder praticado pelo Poder Público é o que fundamenta a existência do princípio da proporcionalidade. O objetivo do princípio é de “conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados”²⁴⁶. O Poder Público deve intervir nas atividades sob seu controle, devendo atuar com equilíbrio e proporcionalmente ao fim que se almeja.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que a “proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive”²⁴⁷. Com isso, embora a norma permita a discricionariedade, possibilitando que o agente público decida quanto os critérios de aplicabilidade, se a decisão for “manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade”²⁴⁸, restando necessário a correção dessa a ilegalidade.

²⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 379.

²⁴³ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 163.

²⁴⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 120.

²⁴⁵ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª Edição, Atualizada e ampliada ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004, p. 38.

²⁴⁶ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual De Direito Administrativo** (35. Ed.). Barueri: Atlas, 2021, p. 41.

²⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 80.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 80.

O princípio em análise não é uma simples adequação meio-fim, tampouco uma simples vedação de excessos. De acordo com o autor Juarez Freitas,

o erro de escolha dos meios, por afetar a otimização, bem que poderia ser visto como desdobramento, mas se trata de ofensa simultânea, na maior parte das vezes, à economicidade (custo-benefício), princípio que mereceu tratamento autônomo no sistema. Para ser preciso, a violação à proporcionalidade ocorre quando, tendo dois valores legítimos a sopesar, o administrador dá prioridade a um em detrimento ou sacrifício exagerado do outro. Comum que haja sacrifícios na aplicação do Direito. No entanto, o vício está em realizar o sacrifício iníquo de um direito.²⁴⁹

Cumprido notar o que diz José Dos Santos Carvalho Filho sobre o princípio da proporcionalidade:

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: (1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; (2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; (3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens. É necessário, contudo, advertir que, embora o aludido princípio possa servir como instrumento de controle da atividade administrativa, sua aplicação leva em conta, repita-se, o excesso de poder.²⁵⁰

No que se refere às cláusulas exorbitantes, o princípio da proporcionalidade encontra “aplicação especialmente no controle de atos discricionários que impliquem restrição ou condicionamento a direitos dos administrados ou imposição de sanções administrativas”²⁵¹. Assim, se o ato administrativo ofender ao princípio da proporcionalidade, será declarada sua nulidade.

Salienta-se que os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo consideram o postulado da proporcionalidade como uma importante ferramenta no controle de atos sancionatórios.²⁵² Em atenção ao princípio em questão, “a intensidade e a extensão do ato sancionatório devem corresponder, devem guardar relação de proporcionalidade com a lesividade e gravidade da conduta que se tenciona reprimir ou prevenir”²⁵³.

Ademais, quando a Administração Pública praticar um ato discricionário que supera os limites de discricionariedade conferidos por lei, será considerado um ato ilegal, que, segundo os

²⁴⁹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª Edição, Atualizada e ampliada ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004, p. 39.

²⁵⁰ CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual De Direito Administrativo** (35. Ed.). Barueri: Atlas, 2021, p. 41.

²⁵¹ ALEXANDRINO, Marcelo, e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Edição, Revista E Atualizada ed. 2011, p. 18.

²⁵² *Ibidem*, p. 18.

²⁵³ *Ibidem*, p. 18.

autores supracitados, devendo sofrer o controle da proporcionalidade, bem como da razoabilidade para se os limites legais foram extrapolados e se tal ato é passível de anulação, em detrimento do controle de legalidade²⁵⁴.

Por todo o exposto, compreende-se que o princípio da proporcionalidade atua como um mecanismo que limita e força a revisão da regulação estatal e de seu poder de polícia administrativa. Sublinha-se que é primordial que seja realizada “uma constante ponderação do administrador público e de quem controla os seus atos, contratos e procedimentos”²⁵⁵.

4.3 DO PRNCÍPIO DA LEGALIDADE NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

A Administração Pública possui diversas prerrogativas que têm o objetivo de garantir ao Estado condições mínimas de governabilidade. O interesse público surge como um “instrumento de legitimação indireta ou mediata dos poderes públicos, reclamando, necessariamente, a existência de outro instrumento de legitimação direta ou imediata desses mesmos poderes públicos, qual seja: a lei”²⁵⁶, que representa um direito fundamental do cidadão, com previsão no art. 5º, II, da Constituição Federal²⁵⁷.

De extrema importância a análise da relação do princípio constitucional da legalidade (art. 37, caput, da CF) e do interesse público para o Direito Administrativo. Nota-se que

as prerrogativas públicas são fundamentadas, em termos diretos ou imediatos, pela lei que as prevê, tão-somente em termos indiretos ou mediatos, pelo interesse público, o qual, embora deva servir sempre como finalidade a ser alcançada por meio da função administrativa, não tem o condão de legitimar diretamente as prerrogativas outorgadas aos administradores. Em outras palavras: no que tange à outorga de poderes à Administração Pública, o interesse público significará somente o que a ordem jurídica explicitamente dispuser²⁵⁸.

O princípio da legalidade é uma garantia fundamental, sendo inegável sua importância para a atuação da Administração Pública. A legalidade administrativa pode ser entendida no

²⁵⁴ ALEXANDRINO, Marcelo, e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Edição, Revista E Atualizada ed. 2011, p. 19.

²⁵⁵ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª Edição, Atualizada e ampliada ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004, p. 40.

²⁵⁶ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 39.

²⁵⁷ Determina o art. 5º que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2022.

²⁵⁸ MAFFINI, *op. cit.*, p. 39.

sentido de "reserva da lei", o que significa que “a Administração Pública não pode agir senão legitimada por preceitos legais. Em relação aos atos administrativos concretos, tal reserva legal afigura-se absoluta”²⁵⁹. A legalidade administrativa também pode ser traduzida no sentido de “‘primazia da lei e do Direito’. Tal sentido, obviamente ligado a reserva legal, consiste no vetor que conforma o plano da validade da ação administrativa.”²⁶⁰

Assim, para que a ação administrativa tenha validade é preciso que essa ação “seja formalmente compatível com a lei; é também necessário que esteja substancialmente em consonância com toda a principiologia do Direito Administrativo”²⁶¹. O princípio da legalidade deve funcionar “como firme anteparo contra os subjetivismos arbitrários de todos os matizes (toda arbitrariedade é autocontraditória e antijurídica”²⁶².

De acordo com o princípio da legalidade, os contratos administrativos, observando o art. 5º, II, da Constituição Federal que garante direitos fundamentais aos indivíduos, vinculam “as partes, mas apenas dentro dos limites do poder jurídico atribuído pelo direito”²⁶³. Elucida-se que

A normatividade do contrato é um reflexo da vinculação imposta pela norma legal, que faculta as partes produzir consensualmente normas que as vincularão posteriormente. Por isso, os contratos administrativos não retratam nunca exceção ao princípio da legalidade, que reserva à lei a condição de fonte única da obrigatoriedade para qualquer conduta. Se alguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, assim o é em virtude da existência de lei. Por isso, o contrato administrativo não pode sobrepor-se à norma legal.²⁶⁴

Outrossim, a legalidade “significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido”²⁶⁵. Ou seja, a atividade administrativa está subordinada à lei, de acordo com o princípio da legalidade, assim como está sujeita às exigências do bem comum²⁶⁶, o que é aplicado às cláusulas exorbitantes presentes nos contratos administrativos.

²⁵⁹ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 41.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 42.

²⁶² FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª Edição, Atualizada e ampliada ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004., p. 44.

²⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 285.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 285.

²⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 89.

²⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 75.

Assim, a “eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei e do Direito”²⁶⁷. O doutrinador Hely Lopes Meirelles, com precisão, assinala que na “Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”²⁶⁸

Partindo, assim, da premissa que a atividade administrativa presume a autorização da lei para exercer seus atos, constata-se que o princípio da legalidade “é específico do Estado de Direito, justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria”²⁶⁹, além de constituir uma garantia importante aos direitos individuais e fundamentais, tendo em vista que a lei define e estabelece “os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade”²⁷⁰. Destaca-se, desse modo, que

atividade administrativa realiza-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional, (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei, ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais. Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e fundante no contexto do Estado democrático de direito²⁷¹.

Resta elucidado que, o princípio da supremacia do interesse público, por si só, não legitima qualquer atuação da Administração Pública que não realize a ponderação com o princípio da legalidade. A “administração está obrigada, em sua atuação, à observância não apenas do disposto nas leis, mas também dos princípios jurídicos, do ordenamento jurídico como um todo”²⁷², sendo, dessa maneira, o agente administrativo obrigado, para a prática de uma ato administrativo, a “observar não só a lei e os princípios jurídicos, mas também os decretos, as portarias, as instruções normativas, os pareceres normativos, em suma, os atos

²⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 89.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 89.

²⁶⁹ Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 99.

²⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 65.

²⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Edição. Revista E Atualizada ed. 2008, p. 38.

²⁷² ALEXANDRINO, Marcelo, e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Edição, Revista E Atualizada ed. 2011, p. 12.

administrativos gerais que sejam pertinentes àquela situação concreta com que ele se depara”²⁷³.

4.4 PONDERAÇÃO ENTRE INTERESSES PÚBLICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A atividade administrativa subordina-se a supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais, em razão de que o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais²⁷⁴. Assim, não existe interesse público anterior ao direito ou “à atividade decisória da administração pública. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo o interesse público”²⁷⁵.

O princípio do interesse público “exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais”²⁷⁶. Esse princípio

precisa condensar todos os princípios no respeito à dignidade da pessoa humana que veda qualquer tratamento retificador, às vezes até contra a vontade imediata do cidadão. Tal princípio encontra-se, constantemente, a reivindicar o respeito às fronteiras da atuação do agente público, o qual não pode invocar em vão o interesse geral, sob pena de desservir à dignidade do próprio Estado, que existe para o desenvolvimento das pessoas, não o contrário.²⁷⁷

No que tange a primazia do interesse público, Gustavo Binimbojm entende que existem determinadas hipóteses em que se justifica, com base na ponderação do administrador, a prevalência do interesse público a fim de garantir a satisfação de direitos fundamentais²⁷⁸. Entretanto, não é cabível a conclusão “de que o interesse público colocaria a Administração Pública sempre, e sem qualquer limite, em condição de supremacia”²⁷⁹.

²⁷³ ALEXANDRINO, Marcelo, e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Edição, Revista E Atualizada ed. 2011, p. 12.

²⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 46.

²⁷⁶ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª Edição, Atualizada e ampliada ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004, p. 36.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 36.

²⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Edição. Revista E Atualizada ed. 2008, p. 192.

²⁷⁹ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 37.

Imperioso ressaltar que não há “em qualquer princípio ou postulado que afirme a primazia a priori de uma ordem de interesses sobre outra, qualquer que seja o seu sentido (coletivista ou individualista)”²⁸⁰.

Analisando o interesse público nos contratos administrativos, o doutrinador Marçal Justen Filho estabelece que o contrato administrativo

traduz o exercício da função administrativa, o que significa sua vinculação à satisfação dos direitos fundamentais. Os poderes atribuídos à Administração Pública pela lei ou derivados da própria avença se identificam como instrumento de satisfação de necessidades coletivas, como forma de promover os direitos fundamentais. Um contrato administrativo não retrata a autonomia de vontade típica do direito privado, mas é instrumento da realização dos direitos fundamentais. Por isso, a vontade externada pelo exercente da função pública não é manifestação egoística da realização do interesse individual.²⁸¹

Verifica-se, nesse sentido, que as cláusulas exorbitantes presentes nos contratos administrativos, prerrogativas da administração, preveem a prevalência do interesse público quando do confronto de interesses²⁸², mas essa prevalência se justifica por meio da ponderação dos direitos fundamentais envolvidos, e não da aplicação indiscriminada do princípio da supremacia do interesse público²⁸³. Utilizando a ponderação é possível evitar o desvio de poder e eventuais arbitrariedades dos agentes do Estado, promovendo uma maior segurança para os particulares contratados²⁸⁴.

O autor Gustavo Binbenojm leciona que quando da realização da ponderação entre direitos do Estado e do particular, “a identificação do interesse que deverá prevalecer há de ser feita mediante uma ponderação proporcional dos interesses em conflito, conforme as circunstâncias do caso concreto, a partir de parâmetros substantivos erigidos pela própria Constituição”²⁸⁵, assim possibilitando a proteção e promover de forma ponderada os interesses dos particulares e da coletividade. O autor ainda esclarece que será caracterizado como interesse público “o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais”²⁸⁶.

²⁸⁰ BINENBOJM Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Edição. Revista E Atualizada ed. 2008, p. 86.

²⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 287.

²⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 269

²⁸³ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Direito Administrativo**. 13ª Edição. Editora Freitas Bastos, 2022, p. 432.

²⁸⁴ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª Edição, Atualizada e ampliada ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004, p. 37.

²⁸⁵ BINENBOJM, , *op. cit.*, p. 86.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 86.

Observa-se que “não apenas o interesse público secundário curva-se ante o direito fundamental, mas o interesse público primário também deve ceder a direito fundamental, inclusive de natureza privada”²⁸⁷. Ressalta-se que o contrato administrativo

traduz o exercício da função administrativa, o que significa sua vinculação à satisfação dos direitos fundamentais. Os poderes atribuídos à Administração Pública pela lei ou derivados da própria avença se identificam como instrumento de satisfação de necessidades coletivas, como forma de promover os direitos fundamentais. Um contrato administrativo não retrata a autonomia de vontade típica do direito privado, mas é instrumento da realização dos direitos fundamentais. Por isso, a vontade externada pelo exercente da função pública não é manifestação egoística da realização do interesse individual.²⁸⁸

Ponderoso mencionar que, em que pese o contrato administrativo tenha como finalidade a “satisfação do interesse público, não há qualquer menosprezo ao interesse particular de lucrar com a avença. Ao contrário, o particular não deve ser compelido a prestar o seu serviço”²⁸⁹ sem que seja preservado sua finalidade contratual, que é a obtenção de lucro.

Nessa perspectiva, pode a Administração Pública usar, no exercício de suas funções, de certas prerrogativas de “potestade pública, tais como a imperatividade, a exigibilidade e a presunção de legitimidade dos seus atos”²⁹⁰, bem como autoexecutoriedade de determinadas medidas delineadas pela lei.

O que deve ser atendido nos contratos administrativos é a harmonia dos interesses, assim como deve ser realizado a ponderação dos interesses nos casos concretos, “para que não ocorra sacrifício a priori de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios”²⁹¹. Nesse mesmo sentido, Robert Alexy elucida que

O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses que abstratamente estão no mesmo nível tem maior peso no caso concreto. Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação

²⁸⁷ CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos Lei n. 14.133/2021: comentários e quadros comparativos**. São Paulo: Saraiva Jur., 2021, p. 40.

²⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 287.

²⁸⁹ CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos Lei n. 14.133/2021: comentários e quadros comparativos**. São Paulo: Saraiva Jur., 2021, p. 325.

²⁹⁰ Ibidem, p. 325.

²⁹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. Ed. rev. atual. ampl. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 142.

estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado.²⁹²

O autor Gustavo Binjenbojm faz uma análise interessante quanto ao interesse público quando menciona que, em razão da “fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público”²⁹³, surge uma forma de preservação dos direitos fundamentais, tendo em vista a imposição “à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização”²⁹⁴.

Outrossim, a utilização da “ponderação proporcional passa a ser entendida como medida otimizada de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis”²⁹⁵, até decisões judiciais e administrativas. Não se pode mais admitir que “os titulares do poder político legitimem suas decisões invocando meramente a ‘conveniência’ do interesse público e produzindo, concretamente, o sacrifício do valor fundamental (direitos fundamentais das minorias, por exemplo)”²⁹⁶. Enfatiza-se que o interesse público deve ser protegido, mas sem que ocorra desprezo pelos direitos fundamentais.

²⁹² ALEXY, Robert, e SILVA, Virgílio Afonso Da. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. 2ª Edição ed. 2011. Teoria & Direito Público, p. 95.

²⁹³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Edição. Revista E Atualizada ed. 2008, p. 31.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 31.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 33.

²⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou compreender sobre a aplicabilidade do interesse público nos contratos administrativos por meio do uso de cláusulas exorbitantes, e analisar sobre possíveis (in)aplicabilidade da supremacia dos interesses públicos quando contrapostos com direitos fundamentais do particular contratado.

Assim, analisou-se sobre a definição de contratos administrativos, que, como visto, tem como principal característica o fato de serem acordos de vontades realizados entre a Administração Pública e terceiros, particulares ou não, em que a Administração recebe do ordenamento jurídico um conjunto de prerrogativas, as quais os contratados devem, portanto, se submeter, denominadas cláusulas exorbitantes.

Após verificar sobre as prerrogativas públicas, foi estudado sobre o interesse público como princípio e finalidade da ação administrativa, sendo estabelecido algumas premissas sobre o que se entende por supremacia e interesse público.

Na parte final do estudo foram realizadas algumas provocações a respeito da aplicação da supremacia do interesse público quando da existência de conflitos com interesses do contratado. Ademais, foi constatado que as cláusulas exorbitantes devem buscar não apenas atender o interesse público, mas garantir as necessidades sociais e os direitos dos particulares contratados, que são dotados de direitos fundamentais, salientando que essas cláusulas devem ter previsão normativa.

Sobre o tema foi concluído que a existência de algumas prerrogativas públicas não pode induzir à conclusão de que a Administração Pública sempre teria uma posição vantajosa em prejuízo dos interesses privados, pois o interesse público não pode outorgar poderes ilimitados ao Poder Público, tampouco desconsiderar o extenso rol de direitos e garantias fundamentais que o particular contratado possui.

Em resumo, procurou-se tecer algumas considerações sobre os contratos administrativos e suas cláusulas exorbitantes, e entender ser plausível sua aplicação e a harmônica coexistência no ordenamento jurídico. Remanesceu que a cláusula exorbitante é um instituto imprescindível à execução do contrato administrativo, não se negando a necessidade de proteção ao erário e ao interesse público, ressaltando a inexistência de supremacia e o dever de respeito ao princípio da legalidade, sob pena de tornar nulas as cláusulas exorbitantes.

Contudo, conforme visto, o interesse público, desde que devidamente ponderado com os direitos contrapostos, pode outorgar posições de superioridade em favor da Administração. Observa-se que, embora não se possa deixar de reconhecer que o interesse público seja

realmente a finalidade da ação do Estado, deve-se concluir que interesses públicos e privados se equiparam, não sendo os interesses públicos superiores aos privados.

Assim, não se pode privilegiar o interesse público de forma abstrata e incondicional, deve-se fazer uma ponderação sobre quais são os bens jurídicos envolvidos e as normas aplicáveis ao caso, primeiramente; e não direcionar, desde logo, a interpretação em favor do interesse público. Portanto, um eventual favorecimento ao interesse público será possível após análise pormenorizada do princípio da proporcionalidade, sendo imposto a ponderação dos princípios da legalidade e do interesse público com os demais princípios.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª Edição, Revista E Atualizada ed. 2011.

ALEXY, Robert, e SILVA, Virgílio Afonso Da. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. 2ª Edição ed. 2011. Teoria & Direito Público.

ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª Edição. Revista E Atualizada ed. 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 de agosto de 2022.

BRASIL, **Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

BRASIL, **Lei 9.784/1999, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

BRASIL, **Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 473**. Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

CAPAGIO, Álvaro do Canto; COUTO, Reinaldo. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos Lei n. 14.133/2021: comentários e quadros comparativos**. São Paulo: Saraiva Jur., 2021

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual De Direito Administrativo** (35. Ed.). Barueri: Atlas, 2021.

CRETELLA JÚNIOR, José. **As cláusulas de “privilégio” no contrato administrativo**. **Revista de Direito Administrativo**. Jul-set. 1985. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44753/43450>. Acesso em 13 de agosto de 2022.

- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 17. Ed. rev. atual. ed. 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. – São Paulo: Atlas, 2014.
- FIGUEIREDO, Lúcia Vale de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. Ed. rev. atual. ampl. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. Saraiva, 1981.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª Edição, Atualizada e ampliada ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. São Paulo: Saraiva Uni, 2011.
- GOMES, Orlando; BRITO, Edvaldo; BRITO, Reginal da Paranhos de. **Contratos**. 28. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional Da Supremacia Do Interesse Público**. Prefácio de Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- HARTZ, Bruno. **Respondendo às críticas à desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: estudo empírico da trajetória política e social do Estado brasileiro e dos traços socioculturais nacionais e proposição do princípio da tutela dos interesses constitucionais**. 2013. 259 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Direito Administrativo**. 13ª Edição. Editora Freitas Bastos, 2022.
- MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito administrativo**. 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. Ed. rev. atual. ampl. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 1974.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OSÍRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?** (Revista trimestral de direito público, São Paulo, n 28. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47527/45222>. Acesso em 16 de agosto de 2022.

MOURA, Emerson Affonso Da Costa. **Um Fundamento Do Regime Administrativo: O Princípio Da Prossecução Do Interesse Público**. 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Curso de Direito Administrativo**. Grupo GEN, 2022.

PIRES, Antônio Cecílio, M. e Aniello Parziale. **Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Grupo Almedina (Portugal), 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.