

## Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos e a sua Mitigação

### ALUNOS

FERNANDO SPECK DE SOUZA  
*fss11588@tj.sc.gov.br*

VIVIANE ISABEL DANIEL SPECK DE SOUZA  
*vid11586@tj.sc.gov.br*

### RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o estudo das cláusulas exorbitantes, tão utilizadas nos contratos administrativos, bem como a possibilidade de mitigá-las, ou seja, deixar de aplicá-las ou limitar sua abrangência. O afastamento da cláusula exorbitante, cujo estudo é o tema deste trabalho, dar-se-á quando estivermos diante de algum direito que eventualmente se sobreponha àquela limitação imposta ao particular. O método de estudo utilizado foi o dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica. As cláusulas exorbitantes, sem dúvidas, servem para resguardar a Administração Pública no que tange a eventuais tentativas de nulidade contratual, o que, certamente, gera despesas ao erário. Mas, de acordo com a pesquisa realizada, vimos que há a possibilidade de, em casos excepcionais, deixar de aplicar a respectiva cláusula, quando um direito constitucional de primeira categoria eventualmente esteja sendo violado.

### PALAVRAS-CHAVES

Contrato administrativo, equilíbrio contratual, cláusulas exorbitantes, abusividade, mitigação.

## 1. INTRODUÇÃO

A teoria geral dos contratos, dentre seus princípios, resguarda o do equilíbrio contratual. Com base neste, não são admitidas cláusulas potestativas, conhecidas como aquelas que beneficiam uma parte, de forma desproporcional, em detrimento de outra. Entretanto, esta premissa é aplicada apenas aos contratos de natureza privada. Quando estamos diante de um contrato administrativo, não há que se admitir que ambos os contraentes sejam tratados de forma igual, uma vez que o Direito Administrativo permite a inclusão na avença de cláusulas exorbitantes, entendidas, inicialmente, como aquelas que beneficiam única e exclusivamente a Administração Pública.

Nesse contexto, é evidente que as cláusulas exorbitantes não poderiam ser admitidas em um contrato de Direito Privado, muito menos em um contrato de consumo, sob pena de ser tida por não escrita. De outro lado, no âmbito do Direito Administrativo, as cláusulas exorbitantes permitem a rescisão unilateral do contrato por parte da Administração, o afastamento da exceção do contrato não cumprido contra a Administração, além da aplicação de penalidades pela própria Administração, dentre outros aspectos. Todavia, há casos em que mesmo a cláusula exorbitante pode ser invalidade.

Partindo desses pressupostos é que na primeira parte deste trabalho, trataremos dos contratos administrativos, trazendo o seu conceito e características, além de arrolar as suas espécies.

Em um segundo momento, trataremos especificamente da cláusula exorbitante, conceituando-a e especificando algumas espécies.

Finalmente, no terceiro tópico, trataremos da possibilidade de mitigação das cláusulas ditas exorbitantes, arrolando, para tanto, três hipóteses. Nestes casos, ainda que à Administração Pública seja resguardado o direito de se sobrepor ao particular, é evidente que tal supremacia não pode invalidar certos direitos e garantias previstos na Constituição.

## 2. CLÁUSULAS EXORBITANTES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A SUA MITIGAÇÃO

### 2.1. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

No dizer de Hely Lopes Meirelles (2003, p. 205-6), contrato é o pacto de vontades envolvendo duas ou mais pessoas; tem por finalidade a consecução de objetivos de interesse comum. No âmbito da Administração Pública, este ajuste envolve, de um lado, o Poder Público, e de outro uma entidade pública ou um particular. Quanto ao interesse, neste caso, o objetivo é a consecução de obras ou serviços públicos, cujas condições, por sua vez, são estabelecidas pela própria Administração.

Relativamente às suas características, podemos destacar que o contrato administrativo é: a) consensual; b) formal; c) oneroso; d) comutativo; e) realizado *intuitu personae*; e, f) geralmente precedido de licitação. A propósito destas peculiaridades, escreveu Hely Lopes Meirelles (2003, p. 206):

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 ajuste.

Quanto à exigência de prévia licitação, referido autor deixou destacado que esta somente é dispensável “no casos expressamente previstos em lei” (ibidem).

Os contratos administrativos são regidos pela Lei n. 8.666/93, esta que foi modificada pelas Lei ns. 8.883/94, 9.648/98, 10.972/2004, 11.079/2004 e 11.107/2005.

### 2.2. CLÁUSULAS EXORBITANTES

### 2.2.1. Conceito de cláusula exorbitante

Os contratos administrativos contêm cláusulas que não seriam possíveis em uma relação contratual de Direito Privado e que colocam uma parte da avença – a Administração – em posição privilegiada em relação à outra, garantindo-lhe diversas prerrogativas. São as denominadas *cláusulas exorbitantes*, presentes nos contratos firmados pela Administração e, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 256), decorrentes da sua posição de supremacia.

Estas cláusulas poderiam, inclusive, ser consideradas ilícitas e, por conseqüência, nulas em um contrato entre particulares, uma vez que estabeleceriam flagrante desigualdade entre os contratantes, colocando uma das partes em posição de supremacia sobre a outra.

Mas, quando uma das partes da celebração é a Administração, tais cláusulas são permitidas, isto para garantir que o interesse público seja plenamente atendido, o qual se sobrepõe ao interesse do particular — Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Examinando o tema, Hely Lopes Meirelles (2007, p. 203) anotou:

*Cláusulas exorbitantes* são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. 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. É 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.”

Segundo Volnei Ivo Carlin (2007, p. 161):

Essas cláusulas podem conter as mais diversas prerrogativas, no interesse do serviço público, como o poder de desapropriar, que

normalmente não se encontra no Direito Privado. Elas permitem alterar e rescindir unilateralmente o contrato (vínculo) nos limites exigidos pelo interesse público.

Oportuno, ainda, invocar o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 256):

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

Esclarecido o conceito de cláusula exorbitante, inclusive com indicação da visão de renomados autores sobre o tema, cumpre conceituar cada uma delas, o que far-se-á adiante.

### 2.2.2. Espécies de cláusulas exorbitantes

As cláusulas exorbitantes, consoante explicitado alhures, excedem o Direito Comum, amealhando alguma vantagem à Administração, que não existiria numa típica relação de Direito Privado.

Uma das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos é a possibilidade de a Administração Pública exigir do contratado uma garantia que possa utilizar para ressarcir-se de eventual prejuízo causado pelo contratado (Di Pietro, 2005, p. 256). Trata-se da **Exigência de Garantia**, prevista no art. 56 da Lei n. 8.666/93, que pode ser oferecida nas seguintes modalidades: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária. Após a execução do contrato, a garantia será restituída a quem a prestou e, na hipótese de rescisão contratual por ato do contratado, ela será utilizada para ressarcir a Administração dos prejuízos sofridos ou para pagamento de multa, independente de intervenção do Poder Judiciário (art. 80, III, da Lei n. 8.666/93).

Ao tratar do tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 256) anota que:

A escolha da modalidade de garantia cabe ao contratado, não podendo ultrapassar o correspondente a 5% do valor do contrato, a não ser no caso de ajustes que importem entrega de bens pela Administração, dos quais o contrato ficará depositado; nesse caso, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor do bens (art. 56, § 5).

Por sua vez, escreve Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 484):

Goza a Administração Pública da prerrogativa de exigir do contratado a prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

Com efeito, consoante dispõe o art. 56 da Lei n. 8.666/93, a Administração poderá, desde que a tanto autorizada pelo instrumento convocatório da licitação, exigir prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. Mas caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: *caução em dinheiro* ou *títulos da dívida pública*; *seguro-garantia* e *fiança bancária*. A garantia, todavia, não poderá exceder a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele. Contudo, para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato. A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

Outra cláusula exorbitante é a possibilidade de **Alteração Unilateral por parte da Administração** O art. 58, I e o art. 65 da Lei n. 8.666/93 autorizam que o contrato administrativo celebrado seja alterado unilateralmente pela Administração para melhor adequação às finalidades de interesse público nas seguintes hipóteses: 1<sup>a</sup>) alteração qualitativa: modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos; 2<sup>a</sup>) alteração quantitativa: necessidade de mudança do valor contratual por força de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, observados os limites legais.

A alteração unilateral do contrato por parte da Administração somente poderá ocorrer quando atendidos os seguintes requisitos: 1<sup>o</sup>) presença de interesse público a justificar a medida; 2<sup>o</sup>) respeito à natureza do contrato, no que diz respeito ao seu objeto. Ex.: um contrato de fornecimento não pode ser transformado em um

contrato de obra; 3º) deve ser observado o equilíbrio econômico-financeiro entre os contratantes; 4º) quando se tratar de alteração quantitativa, deve ser respeitado o disposto no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.666/93.

As alterações atingem somente as cláusulas regulamentares ou de serviço, ou seja, apenas as que se referem ao objeto do contrato e a sua forma de execução e segundo Hely Lopes Meirelles (2007, p. 204):

Imobilizar as *cláusulas regulamentares* ou *de serviço*, nos contratos administrativos, importaria impedir a Administração de acompanhar as inovações tecnológicas, que também atingem as atividades do Poder Público e reclamam sua adequação às necessidades dos administrados.

A possibilidade de alteração unilateral independe de previsão contratual a respeito e não admite renúncia pela Administração Pública. Entretanto, como veremos mais à frente, a possibilidade de alteração unilateral do contrato esbarra no equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, que deve ser resguardado. Aliás, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 257-8):

Ao poder de alteração unilateral, conferido à Administração, corresponde o **direito** do contratado, de ver mantido o **equilíbrio econômico-financeiro** do contrato, assim considerada a relação que se estabelece, no momento da celebração do ajuste, entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária assegurada pela Administração [...].

A Administração também goza da prerrogativa de se utilizar **Rescisão Unilateral** A administração Pública está autorizada a rescindir unilateralmente o contrato firmado, se assim exigir o interesse público que deve nortear toda a sua atuação.

A prerrogativa encontra previsão legal no art. 58, II c/c art. 79, I e 78, I a XII e XVII da Lei n. 8.666/93 e está autorizada quando houver: a) 1. inadimplemento culposo por parte do contratado (art. 78, I a VIII da Lei n. 8.666/93): não cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas firmadas, lentidão, atraso injustificado, paralisação, subcontratação total ou parcial, cessão, transferência não

autorizada no edital ou no contrato, inobservância de orientação de autoridade designada para acompanhar a execução do contrato, reiteração de faltas; *b*) inadimplemento sem culpa (art. 78, IX a XI da Lei n. 8.666/93) que configure desaparecimento ou insolvência do sujeito, comprometimento da execução do contrato: falência, concordata, instauração de insolvência civil, dissolução da sociedade, falecimento do contratado, alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa; *c*) razões de interesse público (art. 78, XII da Lei n. 8.666/93): a execução do contrato se mostra inútil ou até mesmo prejudicial à sociedade; *d*) ocorrência de caso fortuito ou força maior (art. 78, XVII da Lei n. 8.666/93). Nas duas últimas hipóteses, em razão da necessidade de manter o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, a Administração deverá ressarcir o contratado dos prejuízos decorrentes da rescisão unilateral, além de restituir a garantia prestada e pagar as prestações devidas até a data da rescisão e o custo da desmobilização, consoante a regra do art. 79, § 2º da Lei n. 8.666/93.

Fazendo importante crítica ao disposto no art. 79, § 2º da Lei n. 8.666/93, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 259) anota:

Não tem sentido a norma do art. 79, § 2º, dar idêntico tratamento à rescisão por motivo de interesse público e à rescisão por motivo de caso fortuito ou força maior, no que se refere ao ressarcimento dos “prejuízos regularmente comprovados”; o caso fortuito ou de força maior corresponde a acontecimentos imprevisíveis, estranhos à vontade das partes e inevitáveis, que tornam impossível a execução do contrato. Não sendo devidos a nenhuma das partes, o contrato se rescinde de pleno direito, não se cogitando de indenização; não tem qualquer sentido a Administração indenizar o particular por um prejuízo a que não deu causa. A norma contida nesse dispositivo reverte toda a teoria do caso fortuito e de força maior que, embora consagrada no artigo 393 do Código Civil de 2002, pertence à teoria geral do direito, abrangendo todos os ramos do direito.

Pretendendo rescindir unilateralmente o contrato, a Administração deverá notificar o contratado acerca de seu intento, para que este possa exercer seu direito de defesa. A rescisão unilateral não é ato discricionário da Administração, vinculando-se às hipóteses legais ou contratuais.

Da lição de Hely Lopes Meirelles (2007, p. 206), colhe-se:



A *rescisão unilateral* ou *administrativa* pode ocorrer tanto por inadimplência do contratado como por interesse público na cessação da normal execução do contrato, mas em ambos os casos se exige justa causa para o rompimento do ajuste, pois não é ato discricionário, mas vinculado aos motivos que a norma legal ou as cláusulas contratuais consignam como ensejadores desse excepcional distrato.

O art. 58, III, da Lei n. 8.666/93 confere à Administração Pública a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato e o art. 67 do referido diploma legal estabelece que “A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.” Trata-se da cláusula exorbitante de **Fiscalização**, segundo a qual a Administração, com o escopo de zelar pela realização do interesse público, supervisiona, acompanha e fiscaliza toda a execução do contrato, podendo intervir para determinar o que for necessário para regularizar as faltas ou defeitos detectados. O não atendimento das determinações da Administração Pública poderá ensejar a rescisão unilateral do contrato (art. 78, VII, da Lei n. 8.666/93).

Esclarecendo o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 259) destaca que ao fiscal designado pela Administração Pública caberá “anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados ou, se as decisões ultrapassarem sua competência, solicitá-las a seus superiores.”

Ainda, consoante ensina Hely Lopes Meirelles (2007, p. 214):

Com efeito, desde que à Administração incumbem a realização de obras públicas e a prestação de serviços à coletividade, há de ter a correspondente prerrogativa de supervisionar e controlar seus contratos e de adequá-los à exigências do momento, em face da variação de interesse da comunidade administrada.

Em razão do Princípio da Continuidade do Serviço Público, acaso a execução do contrato sofra paralisação que cause prejuízo ao interesse público, a

Administração Pública poderá, para assegurar a continuidade da execução do contrato, após rescindir unilateralmente o contrato, retomar imediatamente o objeto do contrato para prosseguir com sua execução. Trata-se da cláusula exorbitante denominada **Retomada do Objeto**.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 262) registra que essas medidas “somente são possíveis nos casos de rescisão unilateral”.

Ainda a propósito da retomada do objeto, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 488) destaca que para “assegurar a continuidade da execução do contrato, sempre que a sua interrupção possa ocasionar prejuízo ao interesse público, a Lei 8.666/93, em seu art. 80, prevê a possibilidade de a Administração, ao rescindir unilateralmente o contrato, adotar” as medidas previstas no referido dispositivo, “sem prejuízo de outras sanções”.

Ou seja, esta prerrogativa, que se torna absolutamente importante nas hipóteses de paralisação de serviço essencial, está prevista no art. 80 da Lei n. 8.666/93 e permite que, para dar continuidade ao contrato, em prol do interesse público, a Administração poderá assumir imediatamente o objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar; ocupar e utilizar o local, as instalações, os equipamentos, o material e o pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, nos casos de serviços essenciais.

Outra cláusula exorbitante é a possibilidade de **Aplicação de Penalidades** por parte da Administração Pública. Segundo o art. 58, IV, da Lei n. 8.666/93, ocorrendo a inexecução total ou parcial do contrato, a Administração Pública poderá, ouvido o contratado inadimplente, aplicar-lhe as penalidades administrativas previstas no art. 87 da referida lei, a saber: 1. advertência; 2. multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; 3. suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; 4. declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o

prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. Da decisão que aplica as penalidades indicadas nos itens 1 a 3 caberá recurso, em cinco dias, para a autoridade superior (art. 109, I, “f”, da Lei n. 8.666/93). Da imposição da penalidade prevista no item 4 caberá pedido de reconsideração, em 10 dias (art. 109, III, da Lei n. 8.666/93).

Examinando o tema, Hely Lopes Meirelles (2007, p. 215) pondera:

Enquanto nos contratos privados nenhuma das partes pode impor diretamente penalidades à outra, nos contratos administrativos a própria Administração valora as infrações e aplica as sanções correspondentes. É prerrogativa correlata à do *controle do contrato*, pois inútil seria o acompanhamento da execução contratual se, verificada a infração do contratado, não pudesse a Administração puni-lo pela falta cometida. Tal poder é extensão da faculdade de *auto-executoriedade dos contratos administrativos* aos contratos públicos, como privilégio da Administração. Com base nesse princípio, a Administração, quando contrata, fica sempre com a reserva implícita de aplicar as penalidades contratuais, independentemente de prévia intervenção do Poder Judiciário, salvo para as cobranças resistidas pelo particular contratado.

Ao tratar do direito de defesa previsto no art. 87, *caput*, da Lei n. 8.666/93, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 260), esclarece: “Constitui exigência constitucional contida no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal”.

É cediço que Administração Pública está sujeita ao Princípio da Legalidade, razão pela qual deve exercer constantemente o controle sobre seus atos, podendo, inclusive, anular os que contrariarem a lei. Trata-se da chamada autotutela, que foi consagrada pelos pretórios por meio da Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. Assim, acaso a Administração Pública verifique que o contrato firmado está acometido de ilegalidade, poderá, observado o contraditório, declarar sua nulidade, com efeito retroativo, nos termos do art. 59 da Lei n. 8.666/93. É a denominada cláusula exorbitante da **Anulação**.

Decorrendo a ilegalidade apenas de ato da Administração Pública, o contratado deverá ser indenizado pelos prejuízos decorrentes da declaração de nulidade da avença.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 262) leciona que:

Há que se observar que a ilegalidade no procedimento da licitação vicia também o próprio contrato, já que aquele procedimento é condição de validade deste; de modo que, ainda que a ilegalidade da licitação seja apurada depois de celebrado o contato, este terá que ser anulado.

Na mesma direção, destaca Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 488):

A Administração Pública, no exercício da autotutela, deve e pode declarar a nulidade de seus contratos quando eivados de vícios de ilegalidade. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de constituir os já produzidos. Entretanto, a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

A derradeira cláusula exorbitante que será tratada é a denominada **Restrições a uso da exceção do contrato não cumprido**. Segundo a disciplina do Direito Privado, celebrado contrato entre duas pessoas, se uma delas não cumprir as obrigações que assumiu, a outra está desincumbida de adimplir sua parte no contrato. Trata-se da *exceptio non adimpleti contractus*, ou exceção do contrato não cumprido, prevista no art. 477 do Código Civil. Em se tratando de contrato administrativo, a situação não se repete, haja vista que o contratado não está autorizado a suspender a execução do contrato em razão do inadimplemento da Administração Pública. Ainda que se verifique a mora da Administração em cumprir seus encargos, ainda assim, o contratado deverá dar prosseguimento à execução do contrato em razão dos Princípios da Continuidade do Serviço Público e da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.

Acaso o inadimplemento persista, deverá o contratado requerer, administrativa ou judicialmente, a rescisão do contrato e o pagamento de indenização por perdas e danos, prosseguindo com o cumprimento de suas obrigações contratuais até que obtenha autorização para paralisá-las.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2007, p. 213):

Mas o rigor da inoponibilidade dessa exceção vem sendo atenuado pela doutrina, para aceitar-se a *exceptio non adimpleti contractus* nos casos em que a falta da Administração cria um encargo extraordinário e insuportável para a outra parte, como, por exemplo, quando o Poder Público atrasa seus pagamentos por longo tempo, obrigando o contratado a um verdadeiro financiamento das obras e serviços não previsto no ajuste.

Assim, acaso a inadimplência da Administração seja substancial e prolongada, impondo ônus insuportável ao contratado, o legislador abrandou o rigor da norma e, por meio do art. 78, XV, da Lei n. 8.666/93, permitiu que, ocorrendo o atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, poderá o contratado optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 263) esclarece que:

Permanece, no entanto, o fato de que a lei não prevê rescisão unilateral pelo particular; de modo que este, paralisando, por sua conta, a execução do contrato, corre o risco de arcar com as conseqüências do inadimplemento, se não aceita, em juízo, a exceção do contrato não cumprido.

Note-se que não há, em qualquer dispositivo legal, a possibilidade de rescisão unilateral, por parte do particular, de contrato administrativo.

### **2.3. POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES**

Como visto anteriormente, a Administração Pública tem a faculdade de se utilizar de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, independentemente de alegação de desequilíbrio contratual. Isto decorre do princípio da supremacia do interesse público.

Tanto é assim, que o Código de Defesa do Consumidor não pode ser invocado pelo particular com o objetivo de anular alguma cláusula exorbitante. A propósito do assunto, assentou o ministro Luiz Fux, no julgamento do Recurso Especial n. 527.137/PR, j. em 11 de maio de 2004.

1. Contrato de prestação de serviços firmado, após procedimento licitatório, entre a ECT e as recorrentes para a construção de duas agências dos Correios. Paralisação das obras. Alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Natureza da relação jurídica contratual entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e as Construtoras prestadoras de serviços.
2. Pleito recursal visando a aplicação das normas de Direito Privado relativas ao Direito do Consumidor com o objetivo de evitar prática contratual considerada abusiva.
3. A ECT é empresa pública que, embora não exerça atividade econômica, presta serviço público da competência da União Federal, sendo por esta mantida.
4. O delineamento básico da Administração Pública brasileira, seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, restou estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, que no seu inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública.
5. A Lei de Licitações e Contratos estabelece que o contraente poderá servir-se das cláusulas exorbitantes do direito privado para melhor resguardar o interesse público. É de sabença que as cláusulas exorbitantes são as que inexistem no Direito Privado e permitem ao Poder Público alterar as condições de execução do contrato, independentemente da anuência do contratado.
6. À luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão *sub judice* não envolve Direito Privado, tampouco de relação de consumo. Aliás, apenas os consumidores, usuários do serviço dos correios é que têm relação jurídica de consumo com a ECT.
7. Consoante o acórdão *a quo*, a empresa contratada não logrou demonstrar qualquer ilegalidade cometida pela ECT em face da legislação que rege os contratos públicos quando da licitação, ou o efetivo desequilíbrio econômico na execução da obra, matéria esta que não pode ser revista nesta instância extraordinária, ante o óbice da súmula 07. Sob essa ótica, resvala a tese sustentada pelas empresas recorrentes no sentido de que o acórdão recorrido malferiu

os artigos 6º, 29 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, mercê de burlar as regras de revisão contratual destinadas ao equilíbrio financeiro do ajuste firmado entre as partes.  
8. Recurso especial desprovido.

Na mesma direção, destacou a desembargadora Sônia Maria Schmitz, no julgamento da Apelação Cível n. 2001.024685-6, de Blumenau, j. em 19 de setembro de 2003: “Os contratos administrativos firmados através do competente processo licitatório, guardam características próprias do direito público, limitados pelos princípios basilares da Administração Pública (art. 37 da CRFB), sendo-lhes inaplicável a disciplina do Código de Defesa do Consumidor”.

Todavia, considerando que o agente privado também é detentor não só de obrigações, mas também de direitos, destacaremos três hipóteses em que a cláusula exorbitante pode ser mitigada, independentemente do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

### **2.3.1. Cláusulas exorbitantes e o princípio da legalidade**

Como visto anteriormente, o contrato administrativo pode ser anulado pela própria Administração Pública, isto em razão de eventual violação ao princípio da legalidade (CRFB, art. 37). Assim, por força deste princípio, a Administração Pública pode exercer o controle dos próprios atos (Súmula 473 do STF). Na mesma direção, é o teor do art. 59 da Lei n. 8.666/93.

No entanto, o princípio da legalidade pode ser aplicado, inclusive, contra a Administração Pública e, inclusive, em razão de alguma cláusula exorbitante que não encontre amparo na lei. Ora, ainda que a Administração Pública possa se valer das cláusulas ditas exorbitantes, estas não podem exorbitar o que dispõe a lei. Ou melhor, quando o objeto da cláusula exorbitante for ilegal, por exemplo, a cláusula há que ser declarada nula.

Sobre o assunto, decidiu o ex-ministro Franciulli Netto, no julgamento do REsp 275.820/DF, j. em 9 de setembro de 2003:

Os parâmetros utilizados pela Secretaria de Administração Geral do Ministério da Saúde para fixação dos valores a serem pagos pelo fornecimento de cada unidade do medicamento CAPD - Diálise Peritoneal Ambulatorial Contínua não obedeceram os critérios legais de conversão entre Cruzeiro Real, URV e Real, na forma estabelecida pela Lei n. 9.069/95, fruto da conversão da Medida Provisória n. 596/94.

A Portaria n. 103, de 22 de junho de 1994, com efeitos a partir de 1º de julho do mesmo ano, desatende ao parâmetro legal de conversão da moeda, a refletir no pagamento do medicamento fornecido pela impetrante, estipulado em R\$ 10,00 por unidade.

Nem se alegue a existência de cláusula exorbitante no contrato de fornecimento, qual seja, a possibilidade de alteração unilateral por parte da Administração. Sabem-no todos que o administrador deve pautar a sua atuação pelo princípio da estrita legalidade, consagrado pela Carta Política de 1988 (art. 37, caput). Dessa forma, não poderia o Secretário de Assistência à Saúde do Ministério optar pela adoção de coeficiente superior aos R\$ 2.750,00 para conversão em Reais, o que levou ao pagamento do produto por preço inferior ao estipulado por lei (R\$ 10,96 por unidade), em nítido prejuízo ao administrado contratado.

É direito do contratado auferir justa remuneração pelo serviço prestado, sob pena de rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A alteração da unidade monetária não poderia redundar em redução do valor pago pelo medicamento em consequência da adoção de critério de conversão da moeda superior ao legal, ainda que sob a alegação de redução do repasse de verbas ao Ministério da Saúde.

Assiste à impetrante, pois, o direito ao recebimento das faturas emitidas pelo fornecimento do remédio de acordo o valor fixado na Portaria n. 85, de 18.05.1994, que obedeceu ao critério legal de paridade estabelecido pela Lei de conversão n. 9.069/95.

Recurso especial conhecido, em parte, e, na parte conhecida, provido.

Nesses casos, portanto, o particular poderá invocar a ilegalidade da cláusula para mitigar ou anular o tópico respectivo do contrato administrativo, ainda que o contrato tenha sido firmado perante a Administração Pública.

### **2.3.2. Contrato semipúblico**

A segunda das hipóteses diz respeito à natureza do contrato. Ora, é cediço que a Administração Pública firma contratos administrativos com particulares.



Mas há casos em que o contrato firmado é de natureza privada. A propósito desta possibilidade, escreveu Hely Lopes Meirelles (2003, p. 206-7):

A Administração pode realizar contratos sob normas predominantes do Direito Privado — e freqüentemente os realiza — em posição de igualdade com o particular contratante, como pode fazê-lo com supremacia do Poder Público. Em ambas as hipóteses haverá *interesse e finalidade pública* como pressupostos do contrato, mas, no primeiro caso, o ajuste será de *natureza semipública (contrato administrativo atípico*, como já o conceituou o extinto TFR), e somente no segundo haverá *contrato administrativo típico*. Daí a necessária distinção entre *contrato semipúblico da Administração* e *contrato administrativo propriamente dito*, como já o fez a lei (art. 62, § 3º, I).

Assim, nessas hipóteses, acaso incluída no contrato semipúblico alguma cláusula exorbitante, esta poderá ser mitigada, uma vez que um contrato de natureza privada não comporta este tipo de cláusula, ainda que em um dos pólos esteja presente a Administração Pública.

Sobre o tema, assentou o ex-ministro Décio Miranda no Recurso Extraordinário n. 89.217/SC, j. em 6 de junho de 1979:

#### ADMINISTRATIVO.

1) Contratos da administração. distinção entre contratos privados da administração. Somente quanto aos últimos é possível reconhecer à administração, em princípio, o poder de rescisão unilateral, por motivo de inexecução das obrigações de concessionário e para satisfação de interesse coletivo, sujeito o ato a controle "a posteriori" para eventual satisfação de perdas e danos.

2) Contrato para exploração de hotel e de fontes de águas minerais de propriedade e lavra do estado de Santa Catarina, em Caldas da Imperatriz. Nele não há regras atinentes e custos e tarifas, que caracterizam a concessão de serviço público: trata-se de arrendamento complexo, em que as partes estão em pé de igualdade, nem há cláusulas inequivocamente exorbitantes da disciplina de relações jurídicas privadas, havendo-se, no contrário, incompatíveis com o poder implícito da rescisão unilateral, acrescendo, ainda, que não deve ser considerado serviço público aquele que outro particular pode prestar independentemente de concessão.

3) Rescisão que não poderia ter sido decretada unilateralmente por decretada unilateralmente por decreto do Poder Executivo. Conhecimento e provimento do recurso extraordinário, para

concessão de Segurança

Nesses casos, portanto, toda e qualquer cláusula exorbitante poderá ser anulada, uma vez que potestativa, a exemplo do que ocorre o art. 429 do Código Civil, segundo o qual “nulo é o contrato de compra e venda, quando deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço”. Isto se justifica, porque os princípios que norteiam os contratos de natureza privada, dentre eles o da igualdade entre os contraentes, são totalmente aplicáveis à espécie.

### **2.3.3. Cláusulas exorbitantes e a proteção econômica do contratado**

Anteriormente ressaltamos que o art. 58, I, e o art. 65, ambos da Lei n. 8.666/93, autorizam a alteração unilateral do contrato por parte da Administração Pública.

No entanto, em contrapartida ao direito da Administração de realizar alterações unilaterais, está o direito do contratado de ver subsistir o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, de modo que a relação entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária a que se obrigou a Administração mantenham uma coerência financeira. Assim, toda modificação que acarretar aumento das obrigações do contratado imporá à Administração o dever de compensar economicamente os novos encargos, em homenagem ao equilíbrio financeiro que não pode ser maculado.

Há casos, aliás, em que eventual desequilíbrio econômico impede a alteração unilateral, consoante ressaltou o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Franciulli Netto, nos autos do Recurso Especial n. 216.018/DF, j. em 5 de junho de 2001:

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE EMPREITADA. PLANO CRUZADO. CONGELAMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO.

A prerrogativa de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares é inerente à Administração. A despeito disso, há cláusulas imutáveis, que são aquelas referentes ao aspecto

econômico-financeiro do contrato. Às prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se à proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual.

É escusado dizer que ninguém se submeteria ao regime do contrato administrativo se lhe fosse tolhida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza.

Os termos iniciais da avença não de ser respeitados e, ao longo de toda a execução do contrato, a contraprestação pelos encargos suportados pelo contratado deve se ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros normais do empreendimento.

*In casu*, por expressa determinação legal, os contratos administrativos não poderiam sofrer qualquer reajustamento. O chamado "Plano Cruzado", porém, não produziu os efeitos desejados e os preços voltaram a subir em razão da inflação.

A nota de empenho, trazida aos autos pela ré, é documento unilateral e não representa a concordância por parte da empresa em relação ao cumprimento das obrigações contratuais pela TERRACAP. O que ficou incontroverso, na verdade, foi a entrega da obra e o pagamento do preço singelo, não a quitação.

Recurso especial conhecido e provido.

Decisão por unanimidade.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através dos tópicos anteriores, vimos que apesar de um contrato ter por finalidade a consecução de objetivos comuns, no âmbito da Administração Pública, dá-se prioridade aos interesses da Administração Pública, em razão do Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Este princípio pode ser encontrado nas várias espécies de contratos administrativos que são firmados entre a Administração Pública e o particular: a) Contrato de obras públicas; b) Contrato de fornecimento; c) Contrato de concessão; d) Contrato de gestão. Ora, em todos estes casos, a finalidade principal é a obra pública, o fornecimento de bens, o serviço público objeto da concessão etc.

Por tais razões é que se admite que a Administração se valha das cláusulas ditas exorbitantes, entendidas como aquelas que colocam a Administração Pública em flagrante vantagem em relação ao particular, garantindo àquela diversas prerrogativas, sem que isto implique na invalidade do contrato por eventual potestatividade.

Dentre as espécies de cláusulas exorbitantes, destacamos: a) exigência de garantia; b) alteração unilateral por parte da Administração; c) rescisão unilateral por parte da Administração; d) fiscalização; e) retomada do objeto; f) aplicação de penalidades; g) anulação; h) restrições ao uso da exceção do contrato não cumprido.

Ocorre que a despeito desta flagrante vantagem da Administração Pública em relação ao particular, que sequer pode invocar o Código de Defesa do Consumidor em seu favor, há casos em que a cláusula exorbitante acaba exorbitando os seus limites (a redundância é proposital). Isto porque tais cláusulas devem guardar o mínimo de consonância com os princípios resguardados pela Constituição da República.

Feitas as considerações precedentes, entendemos que é possível sim mitigar ou mesmo anular uma cláusula exorbitante, quando esta viole o princípio da legalidade previsto constitucionalmente, quando o contrato, embora firmado pela Administração Pública, tenha natureza privada (contrato semipúblico, no dizer de Hely Lopes Meirelles) ou, finalmente, quando a cláusula exorbitante que autorize a alteração unilateral causar desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do particular.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. 507 p.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 de setembro de 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 de setembro de 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 8.883**, de 8 de junho de 1998. Altera dispositivos da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 de setembro de 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 9.648**, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 8.666, de 21 de junho de 1993, no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no 9.074, de 7 de julho de 1995, no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 de setembro de 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 10.972**, de 2 de dezembro de 2004. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia - HEMOBRÁS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 de setembro de 2008.

BRASIL. Presidência da República, **Lei n. 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 de setembro de 2008.

BRASIL. Presidência da República, **Lei n. 11.107**, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 de setembro de 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei n. 2.300**, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 de setembro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 737.741/RJ**. Relator Ministro Castro Meira. Segunda Turma. 3 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 21 de setembro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 527.137/PR**. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. 11 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 22 de setembro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 275.820/DF**. Relator Ministro Franciulli Netto. Segunda Turma. 9 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 22 de setembro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 216.018/DF**. Relator Ministro Franciulli Netto. Segunda Turma. 5 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 22 de setembro de 2008.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 473**. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se

originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 22 de setembro de 2008.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 89.217/SC**. Relator Ministro Cordeiro Guerra. Relator para o acórdão Ministro Décio Miranda. Tribunal Pleno. 6 de junho de 1979. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 22 de setembro de 2008.

CARLIN, Volnei Ivo. **Manual de direito administrativo: doutrina e jurisprudência**. 4 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. 542 p.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. 588p.

DALLARI, Adilson de Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 238 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005. 756 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28 ed., São Paulo: Malheiros, 2003. 792 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14 ed., São Paulo: Malheiros, 2007. 482 p.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual prático das licitações**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 539 p.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2001.024685-6, de Blumenau**. Relatora Desembargadora Sônia Maria Schmitz. Terceira Câmara de Direito Público. 19 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 22 de setembro de 2008.