

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**RAFAEL POINHA ROMERO**

**CLÁUSULAS EXORBITANTES E O EQUILÍBRIO CONTRATUAL NOS**  
**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

SÃO PAULO

2023

**RAFAEL POINHA ROMERO**

**CLÁUSULAS EXORBITANTES E O EQUILÍBRIO CONTRATUAL NOS  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial para a obtenção de título de Graduação do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Orientador: Prof. Dr. Silvio Luis Ferreira da Rocha.

SÃO PAULO

2023



**RAFAEL POINHA ROMERO**

**CLÁUSULAS EXORBITANTES E O EQUILÍBRIO CONTRATUAL NOS  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial para a obtenção de título de Graduação do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Aprovado em:

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
Prof. Dr. / Ms.

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
Prof. Dr. / Ms.

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
Prof. Dr. / Ms.

## **AGRADECIMENTOS**

Meus primordiais e sinceros agradecimentos aos meus pais, Adriana e Paulo, e ao meu irmão Rodrigo, por terem me apoiado durante toda a graduação e por terem feito mais esse sonho possível de se tornar realidade.

Agradeço igualmente a Giovanna, pelo companheirismo, paciência e por todos os debates sobre o desenvolvimento do tema, bem como por todo o auxílio necessário para a elaboração do presente trabalho.

Aos meus grandes amigos que tive a sorte e o prazer de conhecer durante a graduação: Ayrton, Gabriel B., Gabriel V., Giovanna S., Kathleen, Luisa, Mariana, Nicole, Pedro, Rogério, Ricardo e Vanessa, aos quais levarei para toda a vida e que possuem um espaço especial em meu coração. Agradeço a cada um de vocês por fazerem as minhas manhãs nesses cinco anos de faculdade serem inesquecíveis e encherem o meu dia de alegrias.

Sem cada um de vocês, nada disso seria possível. Agradeço imensamente pela confiança, pelo amor e pelo carinho.

## RESUMO

A presente pesquisa possui o intuito de realizar uma análise crítica acerca da presença e utilização das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, que permitem com que a Administração Pública possa alterar unilateralmente as disposições do contrato independentemente da vontade manifestada pela outra parte contratante. Em razão de tal prerrogativa, inúmeras são as críticas com relação a utilização do mecanismo mencionado, uma vez que a prerrogativa das cláusulas exorbitantes vai de encontro ao princípio do equilíbrio contratual e da simetria entre as partes contratantes, uma vez que permite a imposição da vontade de apenas um dos polos integrantes do contrato. Nesse contexto, por intermédio da presente pesquisa, partindo da análise dos principais mecanismos de delegação de competência utilizados pela Administração Pública, como forma evidenciar a necessidade de celebração dos contratos administrativos para otimizar as funções atribuídas pela Constituição Federal à Administração, o presente estudo também analisou os princípios regentes da atuação da máquina pública e, em contraposição, os princípios regentes da relação contratual como forma de analisar os impactos das cláusulas exorbitantes nos instrumentos contratuais. Para tanto, a pesquisa valeu-se do método do pensamento-dedutivo, uma vez que construiu seu pensamento partindo das noções em torno da Administração Pública e dos contratos administrativos, para em seguida analisar os princípios que regem o tema e por fim delinear as críticas em torno das cláusulas exorbitantes. Com relação aos procedimentos metodológicos, lançou-se mão de pesquisa documental e bibliográfica, possuindo esta pesquisa, dessa forma, natureza qualitativa. Por fim, mediante pesquisa doutrinária, concluiu-se pela harmonia das cláusulas exorbitantes com os contratos administrativos, sendo o mecanismo de grande importância para o alcance do interesse público por meio da atuação da Administração Pública.

**Palavras-Chave:** Administração Pública, descentralização, delegação de competências, cláusulas exorbitantes, contrato administrativo, princípios, supremacia do interesse público, equilíbrio contratual, simetria entre as partes, lei de licitações.

## ABSTRACT

This research aims to perform a critical analysis of the presence and use of exorbitant clauses in government agreements, which allow the Public Administration to unilaterally modify the terms of the agreement regardless of the will expressed by the other contracting party. Due to such privilege, there are many criticisms regarding the use of the mentioned mechanism, since the privilege of exorbitant clauses goes against the principle of contract balance and symmetry between the contracting parties, since it allows the imposition of the will of only one of the parties. Through the present research, by analyzing the main mechanisms of delegation of competence used by the Public Administration, as a way to highlight the need to execute administrative contracts in order to optimize the functions attributed by the Constitution to the Administration, this study also analyzed the principles that govern the performance of the public machine and, as a counterpoint, the principles that govern the contractual relationship as a way to analyze the impacts of the exorbitant clauses in contractual instruments. To this purpose, the research used the method of deductive thinking, since it built its thought starting from the notions about the Public Administration and administrative agreements, to then analyze the principles that govern the theme and finally to outline the criticism around the exorbitant clauses. As to the methodological procedures, documentary and bibliographical research was used, and this research is, therefore, qualitative in nature. Finally, through doctrinal research, it was concluded by the harmony of the exorbitant clauses with government agreements, being a mechanism of great importance for the achievement of public interest through the performance of the Public Administration.

**Keywords:** Public Administration, decentralization, delegation of competencies, exorbitant clauses, administrative agreement, principles, supremacy of the public interest, contractual balance, symmetry between the parties, bidding law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1. Administração Pública e Governo.....</b>	<b>13</b>
<b>1.2. Da Delegação de Competências: Descentralização e Desconcentração .....</b>	<b>16</b>
<b>2. DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>24</b>
<b>2.1. Características dos Contratos Administrativos .....</b>	<b>25</b>
<b>2.2. Dos Princípios Regentes da Relação entre a Administração Pública e os Entes Privados .....</b>	<b>28</b>
<b>2.3. Do Princípio do Equilíbrio Contratual .....</b>	<b>30</b>
<b>2.4. Do Princípio da Simetria Entre as Partes Contratantes .....</b>	<b>31</b>
<b>3. DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS EXORBITANTES.....</b>	<b>33</b>
<b>3.1. Das Espécies e Aplicação das Cláusulas Exorbitantes.....</b>	<b>38</b>
<b>3.2. Cláusulas Exorbitantes nas Leis de Licitações.....</b>	<b>41</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>46</b>

## INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da civilização moderna, a Administração Pública recorre aos particulares para buscar auxílio na consecução de seus objetivos, seja por meio de acordos, como datam os primeiros registros de interações entre o público e o privado, ou por meio da utilização de contratos, que atualmente são amplamente utilizados pela Administração Pública com a finalidade de reger as vontades e direitos das partes que o celebram.

Desta forma, com a finalidade de fazer prevalecer a supremacia do interesse público frente ao interesse do particular que contrata com a Administração Pública, os contratos administrativos passam a contar, dentre outros mecanismos, com as chamadas “cláusulas exorbitantes”, as quais permitem com que o Poder Público interfira de forma unilateral nas condições acordadas no contrato, terminando por quebrar a regra de paridade entre as partes contratantes no contrato e, conseqüentemente, afetar o equilíbrio contratual.

Nesse sentido, o presente estudo objetiva analisar e realizar considerações críticas a respeito da utilização das cláusulas exorbitantes frente aos princípios regentes da Administração Pública, bem como em relação aos princípios que norteiam a relação contratual entre as partes que o celebram.

Para tanto, a pesquisa irá abordar a relevância do mecanismo citado na consecução dos objetivos do contrato e no cumprimento das finalidades almejadas pela Administração Pública, assim como, irá analisar se as cláusulas exorbitantes propiciam o regular cumprimento dos princípios que regem a Administração, com a finalidade de beneficiar o contrato celebrado.

Ainda nesse sentido, haja vista que as cláusulas exorbitantes terminam por ir de encontro aos princípios basilares da relação contratual, quais sejam: a paridade entre os contratantes; a *pacta sunt servanda* e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o tema da pesquisa se mostra extremamente relevante, uma vez que, caso a prerrogativa de se utilizar as cláusulas exorbitantes seja realizada de forma incorreta, esta poderá prejudicar o contrato celebrado com o particular, podendo onerar excessivamente a parte contrária e ruir com o cumprimento das obrigações contratuais arcadas.

Como forma de melhor tecer críticas a utilização das cláusulas exorbitantes, a pesquisa também irá analisar o embasamento legal de tal mecanismo na atual lei de licitações e na revogada Lei 8.666/93, para assim versar sobre a sua aplicação em contratos administrativos e na execução de obras públicas.

Portanto, à luz da visão doutrinária sobre o tema e mediante a análise da Lei 8.666/93 e da Lei 14.133/2021 (nova lei de licitações), o presente trabalho irá debruçar-se nos

desdobramentos decorrentes da utilização das cláusulas exorbitantes e a sua importância no cenário jurídico para viabilizar a consecução dos interesses coletivos.

Feitas as devidas considerações, é evidente a relevância do tema e as discussões aqui trazidas, haja vista que as consequências de um possível desequilíbrio contratual por meio da incorreta utilização das cláusulas exorbitantes poderão impactar profundamente os objetivos do contrato e o interesse coletivo.

Dividida em três capítulos de desenvolvimento, a presente pesquisa abordará, inicialmente, a estrutura da Administração Pública no Brasil e as relações/interações decorrentes entre o Poder Público e os entes privados, percorrendo como se dá a descentralização administrativa e a delegação de competências aos particulares, como forma destes auxiliarem no cumprimento dos objetivos almejados pelo Estado.

Em seguida, serão abordadas as principais características dos contratos administrativos, analisando seus princípios regentes e hipóteses que permitem a celebração entre contratos da Administração Pública com os particulares.

Posteriormente, serão abordados na presente pesquisa os princípios que regem a atuação da Administração Pública, ao passo que também será realizada a análise específica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; o princípio do equilíbrio contratual; e o princípio da paridade entre os contratantes,

Em sequência, a pesquisa analisará propriamente o mecanismo das cláusulas exorbitantes, percorrendo desde seus aspectos legais e doutrinários até a sua origem, hipóteses legais de aplicação e efeitos.

Em seguida, o estudo promoverá a análise dos efeitos e impactos que as cláusulas exorbitantes realizam nos contratos celebrados com a Administração Pública, bem como promoverá críticas acerca da utilização destas frente aos princípios que regem a relação contratual e o máquina pública.

Por fim, com o intuito de demonstrar a presença das cláusulas exorbitantes no atual panorama jurídico, o presente estudo irá percorrer as hipóteses legais contidas na antiga lei geral de licitações (Lei 8.666/93) e na atual lei de licitações (Lei 14.133/2021), comparando e explanando as principais alterações ocorridas no que tange o tema.

Isto posto, a metodologia utilizada para a elaboração da presente pesquisa dá-se primeiramente através do método de abordagem do pensamento dedutivo, por meio do qual é realizado estudo linear do tema, com a utilização de conceitos fundamentais relativos aos contratos administrativos, aos princípios regentes da Administração Pública e da relação contratual, bem como a análise das hipóteses legais que regem o tema.

Desta forma, o método utilizado será a revisão bibliográfica, de modo que os objetivos da pesquisa serão alcançados mediante o embate e análise de posicionamentos doutrinários que dissertam e divergem sobre o tema.

## 1. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Primeiramente, antes de adentrar propriamente ao tema central da presente pesquisa, faz-se necessário realizar uma explanação do que se entende por Administração Pública, e como esta se diferencia do conceito de Governo.

Conforme leciona Marçal Justen Filho<sup>1</sup>, a Administração Pública “*indica, de modo amplo, o conjunto de entes e organizações titulares da função administrativa*”. Nestes termos, a compreensão em torno do conceito de Administração Pública deve ser realizada frente a três principais sentidos do termo: objetivo, funcional e subjetivo.

Desta forma, ainda nas palavras do doutrinador, em sentido objetivo a Administração Pública representa o conjunto de bens e direitos necessários ao desempenho da função administrativa. Por outro lado, o sentido funcional representa a atividade de executar as políticas atribuídas aos órgãos da Administração, contrapondo-se às atividades de cunho jurisdicional, legislativa e de controle dos atos.

Por fim, em sentido subjetivo, para Marçal Justen Filho, a Administração Pública indica os sujeitos e entidades que recebem poderes, deveres e direitos com vista a desempenhar a função administrativa do Estado. No sentido em comento, a Administração Pública “*é integrada não apenas por indivíduos e pessoas jurídicas, mas também por órgãos e estruturas estatais não dotadas de personalidade jurídica autônoma*”<sup>2</sup>.

Ainda em atenção ao conceito de Administração Pública, nas palavras do ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles<sup>3</sup>, em sentido formal, a Administração Pública se caracteriza por ser o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos definidos pelo Governo; ao passo que em sentido material, a Administração é o conjunto de atividades necessárias para a consecução e efetivação dos serviços públicos em geral, uma vez que por meio de seus instrumentos é possível emanar direcionamentos a serem cumpridos pelos demais órgãos estatais e até mesmo particulares.

Ademais, também leciona o ilustre doutrinador que no aspecto operacional, a Administração Pública desempenha, de forma perene, sistemática, legal e técnica, os serviços do próprio Estado em si, constituindo de maneira geral, todo o aparelhamento estatal.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>4</sup> preconiza que a Administração Pública é compreendida em dois sentidos: subjetivo/formal e objetivo/material. Desta forma, nos ideais

---

<sup>1</sup> FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Editora Forense, 2023. p.103.

<sup>2</sup> FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Editora Forense, 2023. p.103.

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 64.

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 95.

da doutrinadora, o primeiro sentido mencionado coloca a Administração Pública como designadora dos entes que exercem a atividade administrativa, ou seja, é responsável por direcionar as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercerem a função administrativa da separação tripartite dos poderes.

Em relação ao sentido objetivo/material, a Administração é tida como a responsável por designar a natureza das atividades exercidas pelos entes mencionados acima, assumindo assim, a própria função administrativa que incumbe ao Poder Executivo, qual seja, a de operacionalizar os órgãos que a integram com o objetivo de concluir seus objetivos.

Há ainda, autores que realizam maiores distinções entre as noções que permeiam o papel da Administração Pública, de modo a compreender a faceta de planejar e executar. Desta forma, nas palavras da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

- a) em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a Administração Pública compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa;
- b) em sentido estrito, a Administração Pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, apenas a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política.<sup>5</sup>

Desta forma, em sentido estrito, subjetivamente a Administração Pública compreende tanto os órgãos governamentais quanto os órgãos administrativos, ao passo que objetivamente esta é responsável por desempenhar as funções políticas e administrativas do Estado. Por outro lado, em sentido estrito, a Administração Pública compreende de forma subjetiva apenas os órgãos administrativos, já no aspecto objetivo, desempenha apenas as funções administrativas.

Nesta toada, para melhor assimilar os aspectos da Administração em meio aos diversos entendimentos doutrinários acima expostos, bem como suas diferenças com relação as função de governança que comumente são associadas às tarefas da Administração Pública, faz-se necessário distinguir o que se compreende por Administração Pública e por Governo.

### **1.1. Administração Pública e Governo**

---

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 95.

Em consonância com as lições de Hely Lopes Meirelles<sup>6</sup>, o Governo é o representante máximo da atividade política e discricionária, realizando suas condutas de forma independente e com responsabilidade constitucional/política. Já a Administração Pública consubstancia-se como sendo uma atividade neutra, vinculada à estrita legalidade e normas técnicas, conduzindo suas atividades de forma hierarquizada e com responsabilidades técnicas/legais.

Desta forma, pode-se inferir que a Administração Pública consiste no aparato ou conjunto de órgãos que o Estado dispõe, com a finalidade de utilizá-los para a realização de seus fins e execução das opções políticas do Governo.

Além de tal caráter instrumental, a Administração Pública possui como principal característica a sua atuação neutra frente aos objetivos que deve realizar, uma vez que não pode executar suas ações visando privilegiar uns em detrimento de outros. A atividade por ela desempenhada é subalterna a um fim externo e impessoal do agente que a executa, tal traço de neutralidade distingue, inclusive, a Administração Pública do Governo, que pauta suas ações de forma política, com vieses e partidarismos.

Ademais, a Administração caracteriza-se por sua hierarquia, ou seja, as ordens por ela emanadas, tanto aos seus órgãos quanto aos particulares, devem ser obedecidas em virtude de lei, uma vez que suas demandas estão pautadas em ditames legais, ou seja, as diretivas emanadas constituem-se em verdadeiras imposições legais.

Portanto, as ordens da Administração Pública são verticalmente impostas aos órgãos que se encontram abaixo dela, ao passo que os ordenados possuem o dever de obediência as diretivas, já que estas são pautadas em lei. Desta forma, é possível traçar outra diferença marcante com relação ao Governo, já que neste os órgãos atuam com independência.

Ainda, é possível ressaltar que a Administração Pública possui responsabilidade legal e técnica frente as suas ações e ordens emanadas, uma vez que qualquer discricionariedade cometida por seus agentes e que extrapole a estrita legalidade, resultará em violação legal, ensejando crime de responsabilidade.

Para tornar ainda mais evidente a diferenciação entre a Administração Pública e Governo, de acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, a função política, ou também chamada de função de governo, não se insere em nenhuma das clássicas três funções do Estado (executiva, legislativa e jurisdicional), seja do ponto vista de formal quanto material. Nesse sentido, nas palavras do doutrinador:

---

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 66.

Assim, a iniciativa das leis pelo Chefe do Poder Executivo, a sanção, o veto, a dissolução dos parlamentos nos regimes parlamentaristas e convocação de eleições gerais, ou a destituição de altas autoridades por crime de responsabilidade (*impeachment*) no presidencialismo, a declaração de estado de sítio (e no Brasil também o estado de defesa), a decretação de calamidade pública, a declaração de guerra são atos jurídicos que manifestamente não se encaixam na função jurisdicional. Também não se enquadram na função legislativa, como é visível, até por serem atos concretos.<sup>7</sup>

Deste modo, sob a ótica apresentada, a função de governo se diferencia da função administrativa/executiva pois, do ponto de vista material, esta última se volta para a gestão direta, imediata e concreta dos assuntos da Sociedade, ao contrário das funções de governo que pressupõe decisões eminentemente políticas, voltadas para a gestão da vida estatal e o seu funcionamento.

Já do ponto de vista formal, a função de governo se diferencia pois se pauta em comportamentos infralegais ou infraconstitucionais, expedidos em meio a uma relação hierárquica, passíveis de serem revistas quanto a sua legitimidade, o que não ocorre com os atos estritamente administrativos.

Por fim, outra diferenciação relevante sobre os conceitos aqui contrapostos é a apresentada por Marçal Justen Filho, que se relaciona com as competências governativas atribuídas ao Chefe do Poder Executivo. Nesse sentido, nas palavras do autor, “a expressão função de governo indica um conjunto de competências não relacionadas propriamente à satisfação de necessidades essenciais. São aquelas atinentes à existência do Estado e à formulação de escolhas políticas primárias”<sup>8</sup>.

Para o autor, tanto a função administrativa quanto a de governo são responsáveis pela promoção de direitos fundamentais, entretanto as realizam em diferentes níveis. A função administrativa é encarregada de concretizar direta e imediatamente os direitos fundamentais, ao passo que a função de governo, por mais que envolva a realização de direitos fundamentais em certa medida, não é realizada única e exclusivamente com esta finalidade, em virtude da existência de elementos políticos majoritários em sua realização.

Para melhor evidenciar a diferença prática entre tais regimes, Marçal Justen Filho cita a seguinte situação:

A assinatura de um tratado internacional não se confunde com a pactuação de um contrato administrativo, mesmo quando ambos os atos possam ser praticados por uma mesma autoridade (Presidente da República). Num caso,

---

<sup>7</sup> DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 36.

<sup>8</sup> FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Editora Forense, 2023. p.18.

há manifestação da existência do Brasil no cenário internacional; noutro, existe atendimento a necessidades essenciais.<sup>9</sup>

Nesse sentido, superada as diferenciações entre as funções de administrativa e de governo, resta claro que esta primeira é composta pelo conjunto de competências estatais, de modo a ser submissa ao direito administrativo e principalmente pelos ditames da lei, não devendo o administrador que as realiza estar imbuído de aspirações pessoais ou políticas.

Estando clara a compreensão da função administrativa e a sua diferença com relação a função de governo, o presente estudo prosseguirá com a análise da estrutura da Administração Pública nacional, com enfoque nos mecanismos de contratação pública e modelos que permitem a cooperação entre entes públicos e particulares para a realização dos objetivos da Sociedade.

## **1.2. Da Delegação de Competências: Descentralização e Desconcentração**

Estabelecidas as definições sobre os aspectos da Administração Pública e suas principais nuances, bem como superada as diferenças entre esta e o Governo, é necessário compreender como se realiza a organização administrativa do Estado brasileiro, com enfoque especial nos mecanismos e estruturas que possibilitam a interação entre a Administração Pública e os particulares.

Nesse sentido, impende destacar que o Estado brasileiro possui a capacidade de desenvolver, por si só, todas as atividades administrativas atribuídas pela Constituição como de sua responsabilidade. Entretanto, como forma de otimizar a realização de tais atividades, o Estado pode optar por prestá-las por meio de outros sujeitos, sejam eles integrantes ou não da Administração Pública, mediante dois principais mecanismos: a descentralização e a desconcentração.

Acerca da prerrogativa acima, nas palavras de Celso Antônio<sup>10</sup>, a Administração Pública *“ou transfere aos particulares o exercício de determinadas atividades, que lhe são próprias ou, então, cria outras pessoas, como entidades adrede concebidas para desempenhar cometimentos de sua alçada”*. Ao assim proceder, a Administração Pública poderá criar entidades com personalidades de Direito Público e outras com personalidades de Direito Privado, terminando por realizar o fenômeno da “descentralização”, transferindo para outros entes as atividades de sua incumbência.

---

<sup>9</sup> FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Editora Forense, 2023. p.18.

<sup>10</sup> DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 143.

Nesse sentido, em referência ao mecanismo da descentralização, Hely Lopes Meirelles tece os seguintes comentários e elucidações:

**Descentralizar, em sentido comum, é afastar do centro; descentralizar, em sentido jurídico-administrativo, é atribuir a outrem poderes da Administração.** O detentor dos poderes da Administração é o Estado, pessoa única, embora constituída dos vários órgãos que integram sua estrutura. Despersonalizados, esses órgãos não agem em nome próprio, mas no do Estado, de que são instrumentos indispensáveis ao exercício de suas funções e atividades típicas. **A descentralização pressupõe, portanto, a existência de uma pessoa, distinta da do Estado, a qual investida dos necessários poderes de administração, exercita atividade pública ou de utilidade pública.**<sup>11</sup> (Destacamos)

Em outras palavras, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>12</sup> define o mecanismo como sendo “*a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica*”. Entretanto, dada a complexidade das competências atribuídas pelo texto constitucional à Administração Pública, a exímia Doutrinadora ainda analisa o fenômeno da descentralização sobre os prismas políticos e administrativos, de modo que:

A descentralização política ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados-membros da federação e, no Brasil, também dos Municípios. Cada um desses entes locais detém competência legislativa própria que não decorre da União nem a ela se subordina, mas encontra seu fundamento na própria Constituição Federal. As atividades jurídicas que exercem não constituem delegação ou concessão do governo central, pois delas são titulares de maneira originária.

A descentralização administrativa ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem só têm o valor jurídico que lhes empresta o ente central; suas atribuições não decorrem, com força própria, da Constituição, mas do poder central. É o tipo de descentralização própria dos Estados unitários, em que há um centro único de poder, do qual se destacam, com relação de subordinação, os poderes das pessoas jurídicas locais.<sup>13</sup>

À luz dos ensinamentos trazidos acima, o mecanismo da descentralização é de suma importância para a ordenação e regência das atividades da Administração Pública, já que conferem aos entes certo grau de autonomia para executarem as funções que lhes foram atribuídas, seja no âmbito político quanto no seio administrativo.

---

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 743.

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 568.

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 568.

Para tanto, o mecanismo da descentralização encontra, até mesmo, previsão expressa em lei, uma vez que o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, estabelece em seu art. 6º, III<sup>14</sup> que as atividades da Administração Federal deverão obedecer, dentre outros princípios fundamentais, o da descentralização.

Nesse mesmo sentido, o Decreto-Lei mencionado também dedica, em seu Capítulo III – “Da Descentralização”, a forma de como se dará a execução das atividades descentralizadas e quais etapas a Administração Pública obrigatoriamente deverá observar com vistas a realizar a correta descentralização de suas funções aos respectivos entes.

Desta forma, em obediência ao art. 10, §1º do Decreto-lei nº 200/97, responsável pela reforma administrativa federal, a descentralização das atividades do Estado deverá ser realizada em três planos, sendo estes: (i) dentro dos quadros da Administração Federal; (ii) da Administração Federal para a das unidades federadas; e (iii) da Administração Federal para a órbita privada, por meio de contratos ou concessões.

Para melhor satisfazer os objetivos do presente estudo, analisaremos os desdobramentos da descentralização das atividades do Estado com foco especial na relação entre a Administração Federal e a órbita privada, por meio da utilização de contratos ou concessões. Nesta toada, a descentralização poderá ser dividida em relação aos serviços e em relação as colaborações que o Estado promove.

Para tanto, a descentralização por meio de serviços será realizada obedecendo critérios funcionais e técnicos, e poderá ser verificada, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>15</sup> “quando o Poder Público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público”.

Nesse sentido, a prestação dos serviços públicos descentralizados da figura do Estado poderá ocorrer por meio de Autarquias, Fundações Governamentais, Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e demais subsidiárias. Sobre a criação de tais pessoas jurídicas, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que a concepção de tais entidades apenas pode ocorrer por meio de lei própria e específica, com a finalidade de resguardar e assegurar a estrita legalidade de sua atuação, bem como para delimitar a atuação do ente concebido, que deverá necessariamente estar associada a função para que foi criada.

---

<sup>14</sup> Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:  
(...)

III - Descentralização.

<sup>15</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 569.

Desta forma, para a descentralização das funções do Estado, a Administração Pública transfere a tais pessoas jurídicas, tanto a titularidade dos serviços públicos como também a execução destes, uma vez que a entidade irá desempenhar o serviço com autonomia e independência em relação ao ente que a concebeu, qual seja, a Administração Pública.

Entretanto, a autonomia dos entes criados não é irrestrita, uma vez que estão sujeitos ao controle/tutela de seus atos pela Administração Pública, que ao submetê-los aos ditames da lei, garantirá que as suas ações estão sendo executadas para atingir e servir a finalidade a que foi criada. Nesse sentido, destaca Di Pietro:

No caso da descentralização por serviço, o ente descentralizado passa a deter a titularidade e a execução do serviço; em consequência, ele desempenha o serviço com independência em relação à pessoa que lhe deu vida, podendo opor-se a interferências indevidas; estas somente são admissíveis nos limites expressamente estabelecidos em lei e têm por objetivo garantir que a entidade não se desvie dos fins para os quais foi instituída. Essa a razão do controle ou tutela a que tais entidades se submetem nos limites da lei.<sup>16</sup>

Portanto, em suma, o processo de descentralização compreende a criação de uma pessoa jurídica descentralizada, ou seja, fora do aparelhamento estatal direto, conferindo a ela patrimônio próprio e capacidade de autoadministração para a execução de uma função social específica. Porém, destaca-se que a pessoa jurídica criada estará sempre submissa ao controle e tutela do Estado, bem como aos ditames e regramentos legais, uma vez que o ente deve necessariamente observar os princípios regentes da Administração Pública.

Nesse sentido, conforme leciona Cretella Júnior<sup>17</sup>, a descentralização administrativa realiza, em suma, a irradiação de serviços públicos “do centro” para a “periferia”, de modo que o “centro” seria a Administração Direta e a “periferia” a Administração Indireta, composta pelas novas entidades criadas.

Superada a chamada “descentralização por serviços”, passemos agora para a “descentralização por colaboração”, compreendida como aquela que se realiza por meio da celebração de um contrato, ou ato administrativo unilateral, com entes privados.

Na modalidade de descentralização por colaboração, a execução do serviço público é realizada por meio de uma pessoa jurídica de direito privado já existente, não necessitando, para tanto, a criação de uma nova entidade para que os serviços sejam realizados. Ademais, por meio

---

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 570.

<sup>17</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 187.

desta modalidade, apenas a execução do serviço público é executada através da entidade privada, ao passo que a titularidade do serviço ainda se mantém com o Estado.

Nesse sentido, contrário ao que a modalidade de descentralização por serviço propõe, a descentralização por colaboração é realizada por meio da celebração de um contrato ou ato unilateral, atribuindo ao ente privado apenas a tarefa de executar a atividade que lhe foi delegada. A partir dos instrumentos utilizados para promover a descentralização por colaboração, a Administração Pública poderá dispor do serviço pactuado livremente, de acordo com os anseios do interesse público, podendo até mesmo alterar unilateralmente as condições de execução deste.

Acerca de tais prerrogativas da Administração, Di Pietro tece os seguintes comentários:

(...) Isto lhe permite dispor do serviço de acordo com o interesse público, envolvendo a possibilidade de **alterar unilateralmente as condições de sua execução e de retomá-la antes do prazo estabelecido**; o controle é muito mais amplo do que aquele que se exerce na descentralização por serviço, porque o Poder Público é que detém a titularidade do serviço, o que não ocorre nesta última.<sup>18</sup> (Destacamos)

Como bem pontuado pela doutrinadora, além da modalidade de descentralização por colaboração conferir maior liberdade ao Estado para ajustar e guiar o ente privado na realização de suas atividades, conseqüentemente tal prerrogativa também implica em um aumento no controle exercido sob o ente privado encarregado de cumprir o serviço delimitado, já que a Administração Pública terá uma maior margem de atuação para interferir no modo de organização e execução das atividades realizadas.

Historicamente, a descentralização por colaboração era comumente realizada por meio de concessões, autorizações e permissões, nas quais o Poder Público delegava a execução dos serviços de interesse público a entidades jurídicas privadas. Ocorre que, com a transição do Estado liberal para o Estado Social, a descentralização por colaboração passou a adotar o procedimento de delegar os serviços públicos para empresas controladas pelo Poder Público, ou seja, Empresas Públicas - cujo capital social é exclusivamente público - e Sociedades de Economia Mista - no qual o capital social é majoritariamente detido pelo Estado.

Entretanto, a medida com que o Estado social foi abarcando maiores responsabilidades e encargos no campo social, retorna-se a necessidade de a Administração Pública descentralizar suas atividades com o auxílio de entidades exclusivamente privadas, sem qualquer participação do Poder Público em seu capital social. A partir disto, a delegação de serviços por meio de

---

<sup>18</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 571.

contratos de concessão volta a tomar grande protagonismo nas relações entre Estado e particular, uma vez que além de desonerar a Administração Pública para a realização dos serviços públicos de sua incumbência, também termina por impulsionar a execução destes, uma vez que o processo de contratação via concessão é direcionado para selecionar o ente particular com maior aptidão, experiência e “*know how*” em como executar a atividade delegada.

Superada as principais nuances envolvendo o instituto da descentralização administrativa, o Estado, ainda, pode-se valer da utilização do mecanismo da desconcentração para reger e ordenar a execução das atividades de sua incumbência. Para tanto, nas palavras de Marçal Justen Filho<sup>19</sup>, a desconcentração é utilizada para indicar a ampliação do número interno de órgãos públicos, repartindo com eles as competências da Administração Pública.

Nesse sentido, como a repartição ocorre dentro do âmbito do próprio Estado, a desconcentração produz duas ordens de efeito com relação às competências administrativas de tais órgãos, sendo estas: (i) a ampliação do número de entidades titulares de competências administrativas; e (ii) a maior especialização das competências relativas a cada órgão existente.

Desta forma, a utilização do mecanismo da desconcentração pelo Estado termina por criar diversos órgãos especializados para a realização da função para a qual foram criados. Ao agir de tal forma, a Administração Pública, além de especializar suas funções por meio da criação de órgãos próprios também vem a desconcentrar o seu poder, uma vez que as decisões referentes a prestação e execução dos serviços delegados será de incumbência do órgão responsável, mesmo que, em última análise, estejam submissas ao controle e hierarquia da Administração Pública, que assume posição superior em relação aos órgãos que criou.

Nesse sentido, Marçal realiza o seguinte apontamento:

O processo de desconcentração é relevante para tornar mais racional o exercício do poder estatal. Mais ainda, essa ampliação orgânica reduz o poder político-administrativo e amplia a dimensão democrática da organização estatal.<sup>20</sup>

Desta forma, como também pontua Di Pietro, o instituto da desconcentração guarda intrínseca relação com a noção de hierarquia dentro da Administração Pública, uma vez que os órgãos criados serão mantidos dentro da estrutura da máquina pública, da mesma pessoa jurídica. Nesse sentido, nas palavras da autora:

Difere da desconcentração pelo fato de ser esta uma **distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da**

---

<sup>19</sup> FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Editora Forense, 2023. p. 107.

<sup>20</sup> FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Editora Forense, 2023. p. 107.

**mesma pessoa jurídica**; sabe-se que a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, **criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros**. Isso é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho. **A desconcentração liga-se à hierarquia.**<sup>21</sup> (Destacamos)

Percorridas as definições e principais nuances em torno dos mecanismos da descentralização e da desconcentração das atividades da Administração Pública, cumpre realizar a distinção entre estes conceitos, de modo que o ponto focal reside no modo de criação da nova entidade responsável pela execução do serviço público atribuído, uma vez que no caso da descentralização haverá a transferência dos poderes e atribuições para um ente distinto e autônomo, independente da pessoa jurídica do Estado.

Por outro lado, na desconcentração, os poderes e atribuições se mantêm em uma mesma entidade de modo que a utilização do mecanismo apenas acarreta efeitos internos, uma vez que a partilha dos poderes e competências com os órgãos ocorre dentro da Administração Pública.

Para melhor ilustrar os cenários descritos acima e suas diferenças, a criação de Ministérios pelo Presidente da República representa um claro exemplo da utilização da desconcentração pela Administração Pública, uma vez que os Ministérios não são sujeitos de direito autônomo, já que se encontram vinculados a União.

Já com relação a descentralização, um claro exemplo é a criação de autarquias pela União, uma vez que a lei permite a transferência de parte das atribuições da União para uma nova entidade jurídica criada para este fim. Nesse sentido, a criação de autarquias se amolda perfeitamente no conceito de descentralização, uma vez que são dotadas de personalidade jurídica própria, não estando vinculadas a União e, portanto, sendo distintas do ente que a concebeu.

Isto posto, em decorrência da exposição e definição do que se compreende por Administração Pública e suas principais nuances, bem como mediante a apresentação dos dois principais mecanismos utilizados pela Administração para a realização de suas atividades, torna-se clarividente a necessidade da participação e cooperação de entes privados na consecução dos objetivos estatais para o atingimento dos objetivos sociais e de interesse público.

---

<sup>21</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 568.

Nesse sentido, para reger as relações entre o âmbito público e o privado é fundamental a celebração de contratos administrativos, que como será visto a seguir, é o instrumento jurídico necessário para estabelecer as obrigações, responsabilidades e, principalmente, as vontades das partes que o celebram, ainda mais, tendo em vista que os entes públicos representam a vontade da coletividade, em contraposição aos entes privados.

## 2. DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Percorridas as principais nuances, características e distinções entre os dois mecanismos mais utilizados pela Administração Pública na realização de suas atividades, identifica-se, especificamente no caso da descentralização administrativa, a indispensável necessidade da celebração de contratos com entes particulares, com vistas a possibilitar a execução de tais serviços.

Nesse sentido, o presente capítulo irá se concentrar em abordar os principais aspectos, definições e características dos contratos administrativos celebrados com particulares, bem como também irá debruçar-se sobre os principais princípios regentes da relação entre a Administração Pública e os Entes Privados no âmbito da relação contratual desenvolvida entre eles, como forma de contrapor, a diante, se as cláusulas exorbitantes respeitam, ou não, os preceitos norteadores da relação jurídica entre o público e o privado.

Para tanto, o Contrato Administrativo define-se como sendo o instrumento responsável por concretizar o acordo de vontades entre as partes contratantes, no intuito de modificar, extinguir ou criar direitos e obrigações para ambas de modo que, no contrato administrativo, uma das partes necessariamente exercerá funções administrativas por meio da Administração Pública.

Nas palavras de Marçal Justen Filho<sup>22</sup>, o contrato se assemelha a um acordo ou pacto, no qual a Administração Pública contrata com o particular ou entidade administrativa, com o intuito de promover uma atividade de cunho estatal intrinsecamente ligada a satisfação do interesse público ou para a finalidade de delegar a um particular determinada competência administrativa.

Em consonância com o exposto por Marçal, Hely Lopes Meirelles ainda tece as seguintes lições acerca do que se compreende por contrato, de modo que para o doutrinador o instrumento também se caracteriza por ser um negócio bilateral e comutativo, celebrado entre pessoas que se obrigam a cumprir prestações mútuas, sempre respeitando o equilíbrio econômico-financeiro do acordado. Nas palavras de Meirelles:

Contrato é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos. Em princípio, todo contrato é negócio jurídico bilateral e comutativo, isto é, realizado entre pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens. Como pacto consensual, pressupõe liberdade e capacidade jurídica das partes para se

---

<sup>22</sup> FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Editora Forense, 2023. p. 297.

obrigarem validamente; como negócio jurídico, requer objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei.<sup>23</sup>

Em meio a tais conceitos, Celso Antônio Bandeira de Mello traz à luz as seguintes nuances relativas à composição pacífica de interesses e a força vinculante do contrato, de modo que este nada mais é do que um pacto representativo das vontades de ambas as partes, e deve ser respeitado como se lei fosse. Ademais, especificamente em relação ao contratos administrativos, Bandeira de Mello também ressalta as imposições de interesse público aos quais os contratantes estão submetidos e vinculados.

Nesse sentido, nas palavras do doutrinador:

Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes se obrigam reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. **Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.**<sup>24</sup>

(...)

Um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.<sup>25</sup> (Destacamos)

Em meio aos conceitos trazidos, é imperioso concluir que os contratos fixam e delimitam as vontades das partes contratantes dentro de uma relação jurídica, de modo as vincularem tanto quanto uma imposição legal, visto que as regras pactuadas não podem serem quebradas e, via de regra, não admitem exceções. Desta forma, em meio a tais conceitos, o presente trabalho irá abordar as características dos contratos administrativos, bem como os princípios regentes que regulam o negócio jurídico celebrado entre o Estado e os particulares.

## 2.1. Características dos Contratos Administrativos

Estabelecidos os objetivos e finalidades dos contratos administrativos, faz-se imprescindível, para fins de total compreensão destes abordar suas principais características e

---

<sup>23</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.205.

<sup>24</sup> DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 593.

<sup>25</sup> DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 621.

princípios que regem a relação jurídica entre a Administração Pública e o particular com ela contratado.

Sob tal ótica, os contratos administrativos necessariamente devem contar, principalmente, com as seguintes características: (i) presença da Administração Pública como uma das partes contratantes; (ii) possuir como objetivo uma finalidade pública a ser realizada; (iii) obedecer às formas previstas em lei; (iv) observar os procedimentos legais; (v) possuir cláusulas que não sejam passíveis de discussão entre as partes; (vi) ter natureza *intuitu personae*; (vii) possuir a presença de cláusulas exorbitantes; e (viii) a possibilidade de mutabilidade contratual.

Atendo-se a cada uma das características expostas, a presença da Administração Pública como uma das partes integrantes do contrato é essencial para a criação deste uma vez que, como exposto no capítulo anterior, os contratos administrativos nada mais são do que o meio utilizado pela Administração Pública para pactuar suas vontades com os particulares. Nesse sentido, a presença da Administração também funciona como uma forma de garantir a sua posição de superioridade frente aos particulares contratantes, especialmente por meio das cláusulas exorbitantes, que permitem a imposição unilateral das vontades da Administração frente as demais partes integrantes do contrato.

Acerca da finalidade pública exigida pelo contrato, tal característica é essencial a todos os contratos celebrados pela Administração Pública, incluindo até mesmo, aqueles celebrados no âmbito do direito privado. A presença da finalidade pública é primordial nas contratações públicas uma vez que, como ensina Maria Sylvia Zanella<sup>26</sup>, “é sempre o interesse público que a Administração tem que ter em vista, sob pena de desvio de poder”.

Em relação a obediência à forma prescrita em lei, os contratos celebrados pela Administração Pública encontram-se necessariamente vinculados a diversos normativos referentes a forma, tal fato ocorre, pois, ao vinculá-los desta maneira a realização do controle de legalidade sobre os atos/contratos por ela celebrados torna-se mais eficaz, permitindo avaliar com maior cautela se a contratação promovida está de acordo com a estrita legalidade.

Ademais, vincular os contratos administrativos aos normativos vigentes também faz com que diversos princípios e regras previstas no ordenamento jurídico sejam incorporadas ao contrato, de modo a evitar a criação distorções entre os contratos firmados pela Administração Pública como um todo, uma vez que estes, de forma global, obedecerão aos mesmos regulamentos e regimentos. A título de exemplo, o prazo de contratação estabelecido nos

---

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 296.

contratos administrativos firmados pelo Poder Público não poderá superar ou contrariar os períodos estabelecidos no art. 150 da Lei nº 14.133 – Nova Lei de Licitações, ou aqueles fixados na Lei nº 8.666/93.

Atendo-se a característica relativa ao procedimento legal, os contratos administrativos devem necessariamente obedecer aos procedimentos previstos em lei, como forma de conferir a legalidade necessária aos atos emanados e decorrentes do contrato celebrado, bem como para assegurar que os procedimentos legais obrigatórios para a celebração do contrato sejam observados. Ademais, estabelecer que os contratos administrativos devem necessariamente seguir os ditames e procedimentos legais, confere ao administrador público responsável pela contratação a sua vinculação ao princípio da estrita legalidade, limitando a sua atuação ao previsto em lei.

Por sua vez, quanto a presença de cláusulas que não sejam passíveis de discussão entre as partes, os contratos administrativos devem possuir uma natureza jurídica semelhante a de um contrato de adesão, uma vez que as cláusulas presentes serão fixadas unilateralmente pela Administração Pública, já que, como bem pontuado por Di Pietro<sup>27</sup>, o instrumento convocatório da licitação, por exemplo, fixará as condições pela qual a Administração realizará suas contratações, ao passo que a apresentação da proposta pelo particular licitante já equivalerá a aceitação da oferta e das condições estabelecidas pela Administração no Edital ou instrumento convocatório da licitação.

Acerca da natureza *intuitu personae*, os contratos administrativos celebrados entre a Administração Pública e os particulares licitantes deverão respeitar as condições pessoais do contratado, apuradas por meio do procedimento da licitação. Isto significa dizer, que o contrato administrativo firmado assume uma característica personalíssima, já que foi realizado levando em consideração as características exclusivas da parte contratada. Tal traço, inclusive, manifesta-se até mesmo em dispositivos legais da Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 14.133, ao vedarem em seus artigos a subcontratação total ou parcial do objeto associado a contratação realizada pela Administração Pública.

Em referência a presença das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, estas, conforme serão abordadas com maiores detalhes futuramente no presente trabalho, garantem com a Administração Pública prevaleça sobre os interesses dos particulares com quem contrata, uma vez que conferem prerrogativas a somente uma das partes da relação contratual. Por meio delas, a Administração Pública poderá alterar, dentro das conformidades da lei, determinadas

---

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 304.

cláusulas e premissas do contrato, permitindo a adequação do objeto do contrato administrativo às finalidades de interesse público que se pretende atingir.

Por fim, quanto a característica da mutabilidade, os contratos administrativos devem ser mutáveis e passíveis de serem ajustados conforme o tempo de sua duração, uma vez que para realizar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, atender ao interesse público, bem como para comportar todas as características expostas anteriormente, o contrato administrativo firmado deverá ser passível de ser alterado. Nesse sentido, nas palavras da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>28</sup>:

Um dos traços característicos do contrato administrativo é a sua mutabilidade, que, segundo muitos doutrinadores, decorre de determinadas cláusulas exorbitantes, ou seja, das que conferem à Administração o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público.

(...) a mutabilidade pode decorrer também de outras circunstâncias, que dão margem à aplicação das teorias do fato do príncipe e da imprevisão.

O assunto tem que ser analisado sob dois aspectos: o das circunstâncias que fazem mutável o contrato administrativo e o da consequência dessa mutabilidade, que é o direito do contratado à manutenção de equilíbrio econômico-financeiro.

Ante o exposto no presente tópico, restam claras quais são as principais características dos contratos administrativos firmados com os particulares. Desta forma, explicitados tais pontos, o presente trabalho irá abordar quais são os principais princípios regentes da relação jurídica firmada entre os particulares e a Administração Pública, como forma de evidenciar como os contratos administrativos e suas características se inserem nas interações entre as partes contratantes.

## **2.2. Dos Princípios Regentes da Relação entre a Administração Pública e os Entes Privados**

Superadas as principais características dos contratos administrativos, passemos a análise dos princípios que regem a relação entre a Administração Pública e os entes privados com quem ela contrata.

Nesse sentido, um dos princípios basilares e determinantes das disposições do contrato administrativo é o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, que preconiza

---

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 318.

que o interesse da coletividade deverá prevalecer em detrimento do interesse do particular ou de um pequeno grupo de indivíduos. Em decorrência deste princípio, a Administração assumirá posição privilegiada em face dos administrados, como forma de fazer prevalecer a justiça social, o bem comum e o bem-estar coletivo.

Desta forma, a Administração Pública ao identificar que determinado interesse é qualificado como sendo próprio da coletividade, e que deve ser tutelado em prol do bem-estar desta, tem o dever de curá-los e protegê-los. Tal noção, inclusive, também deve ser refletida nos contratos administrativos, de modo a representar que a consecução do objeto do instrumento pactuado, acima de tudo, deve satisfazer sumariamente os anseios da coletividade.

Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2019) que os interesse da coletividade são inerentes a esta, e que até mesmo o próprio administrador público está proibido de dispor sobre eles de maneira diferente do que a lei prevê. Assim, *“sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis.”*

Ademais, assevera o autor<sup>29</sup> que:

as pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa.

Assim, mediante o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, os contratos celebrados com a Administração Pública devem ter como premissa básica para os reger a noção de que seu objeto central é indisponível e não pode ser desenvolvido como forma de beneficiar exclusivamente uma das partes contratantes, mas sim, deve ser executado de modo a favorecer a coletividade como um todo, de modo que a relação contratual firmada entre o particular e a Administração Pública deve ser sempre regida por meio da supremacia do interesse público sobre os demais, seja o da parte privada ou do administrador público responsável por firmar a contratação.

Estabelecida a importância e a supremacia do interesse da coletividade sobre qualquer outro existente nos contratos administrativos, outro princípio basilar que deve reger as interações entre a Administração Pública e os particulares é o da indisponibilidade do interesse

---

<sup>29</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 76.

público, que desdobrando-se do princípio da supremacia do interesse público, consiste na premissa de que os bens e interesses da coletividade não pertencem à Administração Pública ou aos seus agentes, mas sim a toda sociedade, de modo que cabe aos agentes integrantes da Administração apenas a sua gestão. Nesse sentido, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

(...) os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.<sup>30</sup>

Portanto, incumbe aos agentes integrantes da Administração Pública apenas a responsabilidade de gestão do patrimônio e dos interesses públicos, devendo zelar por eles em favor da coletividade como se deles fosse titular. Assim, leciona Gasparini (2012) que *“não se acham, segundo esse princípio, os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública”*.

Desta forma, os bens da coletividade não se encontram à livre disposição dos agentes ou órgãos integrantes da Administração Pública, de modo que os contratos administrativos celebrados entre os particulares e a Administração devem ser regidos com a noção de que o objeto pactuado e a execução deste ocorrem em prol da sociedade, sob pena de incorrerem em violações aos princípios supracitados e até mesmo em crimes de responsabilidade, caso seja cometido pelo administrador representante da Administração Pública no contrato, ou em crime de desvio de finalidade, caso cometido pelo particular contratado.

Superado os princípios basilares e regentes tanto da Administração Pública quanto dos contratos por ela celebrados, é necessário perpassar pelos princípios intrínsecos a relação contratual, como forma de confrontá-los, posteriormente, com a presença das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.

### **2.3. Do Princípio do Equilíbrio Contratual**

Atendo-se aos princípios basilares que regem a relação contratual, de imediato nos deparamos com a necessidade de garantir o equilíbrio entre as partes contratantes, como forma de fazer com que o objeto do contrato seja benéfico para ambas.

---

<sup>30</sup> CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 31.

Desta forma, o princípio do equilíbrio contratual visa garantir a justiça contratual e material às partes durante a efetivação do objeto pactuado, a fim de evitar o desequilíbrio excessivo do contrato. Tal desequilíbrio usualmente é manifestado sob o ângulo econômico, o que força a uma das partes da relação a assumir ônus excessivos, obrigando-a, muitas das vezes, a desembolsar valores maiores dos que os pactuados a fim de manter o contrato em execução.

Nesse sentido, Clovis V. do Couto e Silva<sup>31</sup> leciona que o princípio tem como principal finalidade promover o reequilíbrio contratual essencialmente sob o ângulo econômico, referente aos sacrifícios (ônus) e benefícios a cargo das partes, sob a ótica da que o contrato é dinâmico, complexo e solidário, pelo qual se exige das partes uma série de condutas legítimas a fim de alcançar o seu adimplemento.

Portanto, resta claro que o princípio do equilíbrio contratual evidencia a boa-fé objetiva das partes contratantes, pois busca evitar o abuso do poder econômico e promover o equilíbrio das contraprestações pactuadas. Assim, de acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>32</sup>, o equilíbrio contratual decorre da existência dos demais princípios sociais que regem as relações contratuais, quais sejam: a função social do contrato e a boa-fé objetiva dos contratantes.

Em decorrência de tais princípios, o equilíbrio contratual implicitamente também promove o dever de renegociação entre as partes na ocorrência de eventos que alterem a relação contratual. Assim, ao incentivar a prática da renegociação, o princípio do equilíbrio contratual reforça a necessidade de lealdade entre as partes e a sua cooperação, sendo essencial para a manutenção e vigência do contrato ao longo do tempo.

#### **2.4. Do Princípio da Simetria Entre as Partes Contratantes**

Além das nuances referentes aos equilíbrio contratual e a sua importância no desenvolvimento e manutenção do contrato ao longo do tempo, há também de se ressaltar a primazia do princípio da simetria entre as partes contratantes, que terá a função de promover um equilíbrio e igualdade entre as relações contratuais decorrentes das disposições e cláusulas do contrato celebrado. O princípio em questão traz à luz o pressuposto de que as partes envolvidas em um contrato devem estar em uma posição de paridade, e ter poder de negociação equivalente de modo a evitar a exploração de uma parte pela outra.

---

<sup>31</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Editora FGV, 2018. p. 21.

<sup>32</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos - teoria geral**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

Assim, a simetria contratual busca garantir que as partes contratantes tenham igualdade de condições ao estabelecerem os termos e as cláusulas do contrato. Isso implica que ambas as partes devem ter acesso às mesmas informações relevantes e ter a capacidade de influenciar as condições contratuais de maneira equivalente.

Assim, a simetria contratual busca promover a justiça e a igualdade contratual, assegurando que as partes contratantes tenham poder de barganha similar, e que as cláusulas contratuais sejam estabelecidas de forma equilibrada e transparente. Tal conduta, termina por promover a segurança jurídica nas relações contratuais e corrigir eventuais disparidades presentes na relação contratual.

De acordo com Pontes de Miranda, o princípio da simetria contratual está intimamente ligado às noções de boa-fé objetiva, pois implica que as partes deverão se tratar de forma igualitária e justa durante a formação, execução e eventual extinção do contrato, o que impede com que práticas abusivas ou desleais se tornem presentes nas cláusulas integrantes do instrumento.

Desta forma, o princípio da simetria entre as partes contratantes implica que as eventuais disparidades econômicas devem ser superadas antes da elaboração do contrato, como forma de não importar tais desigualdades nas cláusulas e termos que irão reger o instrumento.

Portanto, expostos os principais princípios regentes da atuação da Administração Pública, bem como os princípios fundamentais que norteiam a elaboração de contratos, passaremos a seguir a analisar as cláusulas exorbitantes presentes nos contratos administrativos, como forma de contrapor os princípios expostos no presente capítulo, com o intuito de evidenciar como as disparidades entre os particulares e a Administração Pública ocorrem e são abordadas.

### 3. DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS EXORBITANTES

Analisadas as principais características dos contratos administrativo, sua utilização e os princípios essenciais que regem a relação jurídica entre a Administração Pública e o particular contratado, foi mencionada a necessidade da presença das chamadas cláusulas exorbitantes como um dos requisitos intrínsecos a este.

Nesse sentido, as cláusulas exorbitantes podem ser definidas como as disposições que conferem a Administração Pública prerrogativas especiais em relação a outra parte integrante do contrato. Segundo leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>33</sup>, “*tais cláusulas podem ser definidas como aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra*”.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles<sup>34</sup>, as cláusulas exorbitantes conferem à Administração Pública determinadas vantagens, ou impõe restrições ao particular contratante, como forma de fazer prevalecer a as prerrogativas da Administração frente ao particular. Nas palavras do doutrinador:

(...) as cláusulas exorbitantes 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*: a marca do direito público.

Assim, por mais que impactem diretamente no equilíbrio contratual, as cláusulas exorbitantes estão previstas em lei e decorrem da força do ordenamento jurídico para possibilitar com que a Administração Pública imponha sua vontade de forma unilateral em determinadas circunstâncias, e altere a disposição pactuada para adequá-las ao ocorrido, mesmo que isso implique em onerar o particular integrante do contrato.

À luz de tais conceitos, a doutrina sobre o assunto comumente leciona que as cláusulas exorbitantes fogem à regra do Direito Civil no que tange os contratos privados, uma vez que promovem vantagens de uma parte sobre a outra, terminando por desequilibrar a relação jurídica firmada no contrato.

---

<sup>33</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 265.

<sup>34</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.242.

Todavia, o que o presente trabalho almeja analisar é justamente se as cláusulas exorbitantes são, de fato, incomuns ou ilícitas aos contratos regidos pelo Direito Civil, uma vez que o privilégio conferido a Administração Pública por meio delas nada mais retratam os deveres impostos à Administração, haja vista a função de zelo ao interesse público que lhe é inerente.

Desta forma, para melhor compreender como o tema é abordado doutrinariamente, faz-se necessário, em primeiro momento, analisar como os contratos administrativos são tratados quando em consideração as cláusulas exorbitantes. Para tanto, destacam-se quatro principais correntes sobre os contratos administrativos: a) a que nega a existência de contratos administrativos; b) a que aceita a existência dos contratos administrativos, como espécie do gênero contrato; c) a que sustenta que todo contrato celebrado pela Administração Pública é contrato administrativo; d) a que sustenta não haver distinção substancial entre contrato administrativo e contrato de direito privado.

Acerca da primeira corrente doutrinária, encabeçada por Celso Antônio Bandeira de Mello e Oswaldo Aranha, ambos sustentam que o termo “contrato administrativo” é utilizado de forma inapropriada, pois nas palavras de Celso Antônio<sup>35</sup>, o contrato não é o instrumento jurídico idôneo para propiciar ao administrado a disponibilidade de determinado serviço/bem público. Isto decorre, do pensamento de que as competências administrativas sobre os bens e serviços públicos são inderrogáveis pela vontade das partes, ou seja, não são suscetíveis de transação, pois caso fossem, terminaria por afrontar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Desta forma, o autor entende que os poderes conferidos à Administração Pública no âmbito dos contratos administrativos decorrem da prática de atos unilaterais inerentes ao objeto pactuado. Portanto, as cláusulas exorbitantes – que permitem a mutabilidade do contrato – não poderiam integrar o instrumento, em razão de sua natureza contrária ao pactuado entre as partes.

Ainda sob a ótica desta corrente, os contratos administrativos não observam o princípio da simetria entre as partes contratantes e o da autonomia das vontades, isto porque da posição de supremacia da administração pública em relação ao particular é insuperável, o que inviabiliza estabelecer as partes em um mesmo patamar de igualdade. Além do mais, tendo em vista que a Administração Pública deverá necessariamente cumprir a função específica de realizar o interesse público, somente cabe ao particular se submeter-se as cláusulas fixadas unilateralmente por ela, o que retira deste último a sua autonomia de vontade.

---

<sup>35</sup> DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 626.

Acerca da segunda corrente sobre o tema, que aceita a existência dos contratos administrativos como uma espécie do gênero contrato, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que os contratos da Administração Pública são todos aqueles nos quais a administração figura em um de seus polos, de modo que o contrato administrativo será aquele submetido ao regime jurídico de direito público, mediante a aplicação supletiva das normas de direito privado, o que permite separá-los em dois grupos: (i) contratos administrativos propriamente ditos e (ii) contratos privados da Administração Pública.

Nesse sentido, atendo-se ao primeiro grupo - contrato administrativo propriamente dito - e tendo em vista que o regime jurídico administrativo caracteriza-se por prerrogativas e sujeições, tais elementos serão impressos no contrato justamente por meio das cláusulas exorbitantes, que irão revestir a Administração Pública com disposições que exorbitam as normas de Direito Privado, conferindo uma característica única aos contratos administrativos que os diferenciam dos demais.

Em referência a terceira corrente doutrinária, que sustenta que todo contrato celebrado pela Administração Pública é um contrato administrativo, para esta parcela da doutrina todo o contrato celebrado pela administração pública é um contrato administrativo, pois os adotantes de tal corrente partem do pressuposto de que inexistem contratos privados celebrados pela Administração Pública, de modo que apenas admite-se a existência de contratos sob maior ou menor influência de regras do Direito Privado.

Assim, de acordo com tal doutrina e sob a ótica de Lúcia Valle Figueiredo<sup>36</sup>, os contratos administrativos poderão estar ora mais sujeitos a incidência das normas de Direito Público ou ora mais sujeitos a incidência das normas de Direito Privado. Ainda nas palavras da doutrinadora<sup>37</sup>:

A Administração Pública, consoante entendemos, está, sempre, jungida ao regime de Direito Público em muitos aspectos, ainda que o contrato seja dos que se submetem mais às normas de Direito Privado. [...] De conseguinte, afirmamos: de um lado estão os contratos mais rigidamente alocados dentro do Direito Público, os chamados *contratos administrativos*; e, de outro, os *contratos da Administração Pública*, regidos em grande parte pelo Direito Privado, mas ainda sob forte interferência do Direito Público. Consoante pensamos, *inexistem contratos privados da Administração*.

Nesse sentido, com base nos entendimentos da autora, nos contratos administrativos sempre haverá um desnivelamento das partes, o que não necessariamente implica dizer na

---

<sup>36</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 497.

<sup>37</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 496-497.

concessão de privilégios à Administração, isto porque uma das características dos contratos administrativos é a presença dos deveres da Administração, tais quais a prerrogativa de aplicar sanções, o que por si só já é suficientemente capaz de impedir o nivelamento entre os contratantes.

Por fim, atendo-se a última corrente doutrinária acerca do tema, que sustenta não haver distinção substancial entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado, Maria João Estorninho sustenta que as cláusulas dos contratos em que a Administração Pública é parte não são ilegais, quando em comparação as cláusulas existentes nos contratos de Direito Civil. Em sua análise, a autora traça a existência de uma fronteira entre os contratos administrativos e os contratos privados, que de acordo com a doutrinadora torna-se cada vez mais diluída. Nesse sentido, leciona Estorninho:

Na minha opinião, é precisamente porque vai havendo a percepção de que, afinal, esse regime do contrato administrativo não é tão ‘exorbitante’ como isso, que a doutrina vai evoluindo para critérios nos quais cada vez é mais diluída a fronteira entre o contrato administrativo e os contratos privados. A doutrina começou por reconhecer a dificuldade – ou mesmo a impossibilidade – de identificar em concreto as ‘exorbitâncias’ do contrato administrativo, já não erigindo em elemento de qualificação do contrato um regime jurídico concreto, mas sim um mera intuição acerca de um ‘clima’ ou ‘ambiente’ exorbitante.<sup>38</sup>

Desta forma, para a corrente em análise, cada vez mais se torna difícil identificar em concreto e na prática quais situações exorbitam e efetivamente decorrem do contrato administrativo, e não somente se confundem com o ambiente em que o contrato está inserido.

Superadas as principais correntes acerca do contrato administrativo e as suas características de exorbitância, atualmente identifica-se a prevalência na doutrina brasileira do entendimento de que os contratos administrativos são caracterizados pela presença de cláusulas exorbitantes, que são justificadas pela necessidade de a Administração Pública perseguir e tutelar o interesse público.

Em análise mais minuciosa as cláusulas exorbitantes, estas atribuem à Administração Pública competências anômalas, conferindo uma espécie de “privilégio” ao ente estatal. Nesse sentido, Marçal Justen Filho ressalta que não há de se falar propriamente na concessão de um privilégio, mas sim a presunção de que as finalidades buscadas pela Administração Pública somente poderiam ser alcançadas de forma satisfatória mediante a aplicação de tais prerrogativas. Nesse sentido:

---

<sup>38</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990. p. 115-116.

Não existe, num Estado Democrático de Direito, *prerrogativas* nem *privilégios*, na acepção medieval dos termos. Trata-se de competências subordinadas ao Direito e cuja atribuição deriva da concepção instrumental da Administração Pública. Presume-se que as finalidades buscadas pela atividade administrativa do Estado não poderiam ser satisfatoriamente atingidas se houvesse a aplicação do regime jurídico de direito privado. Portanto, o Direito atribui competências anômalas à Administração Pública. Por meio delas, o Estado pode cumprir os deveres a si impostos.<sup>39</sup>

Desta forma, tem-se pacífico na doutrina que o rol de prerrogativas que permitem que a Administração Pública altere de forma unilateral as disposições do contrato não exclui ou minimiza as garantias do particular contratante em aventar seu lucro, ainda mais levando em consideração que a concessão de tais prerrogativas implica na obrigação do Poder Público em ressarcir integralmente os impactos econômicos oriundos da utilização dos privilégios decorrentes da aplicação das cláusulas exorbitantes e que, eventualmente, venha a interferir no contrato. Para tanto, leciona Carvalho Filho que:

Os contratos privados em geral traduzem um conjunto de direitos e obrigações em relação aos quais as partes se situam no mesmo plano jurídico. Não há supremacia de uma sobre a outra, e esse nivelamento está presente durante todo o curso do ajuste. O mesmo não se passa com os contratos administrativos, e isso, é explicável pelo fato de que eles visam a alcançar um fim útil para a coletividade, e, além disso, deles participa a própria Administração. É lógico, então, que no conflito entre os interesses do particular contratado e do Estado contratante tenham que prevalecer os pertencentes a este último. Não se pode deixar de reconhecer, em consequência, uma certa desigualdade entre as partes contratantes, fato que confere à Administração *posição de supremacia* em relação ao contratado. O mesmo se pode dizer dos tradicionais princípios romanos da imutabilidade unilateral dos contratos (*lex inter partes* e *pacta sunt servanda*), que sofrem notória mitigação quando se trata de contratos administrativos, como será visto oportunamente. Essa situação de preponderância em favor da Administração está dispersa em vários dispositivos do Estatuto, a começar pelo art. 54, verdadeiro princípio norteador de várias outras regras da mesma natureza.<sup>40</sup>

Desta forma, ressalta-se que a doutrina sobre o assunto estabelece que as alterações realizadas no contrato por meio das cláusulas exorbitantes deverão, acima de tudo, respeitar os limites legais e serem efetuadas de forma justificada, para evitar a discricionariedade excessiva da Administração Pública e abusos decorrentes do uso dessa prerrogativa.

---

<sup>39</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética: 2010, p. 735.

<sup>40</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 174.

Portanto, em consonância com o já exposto pelo presente trabalho, a existência das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos evidencia uma característica própria desta modalidade de contratação. Nesse mesmo sentido, acerca dos efeitos advindos das disposições exorbitantes, a doutrina sobre o assunto estabelece que o desequilíbrio promovido por tais cláusulas funciona com o intuito de assegurar a posição privilegiada da Administração Pública no instrumento, como forma de fazer ser predominante o interesse público que ela representa.

Para melhor ilustrar a aplicação das cláusulas exorbitantes e quais são as hipóteses que permitem a sua utilização, o seguinte capítulo passará a analisar tais desdobramentos e como é feito o tratamento legal acerca do tema.

### **3.1. Das Espécies e Aplicação das Cláusulas Exorbitantes**

Como forma de evidenciar e diferenciar as principais alterações promovidas pelas cláusulas exorbitantes, a doutrina sobre o tema divide as espécies de cláusulas exorbitantes em: quantitativa e qualitativa. A alteração qualitativa é aquela realizada nas quantidades do objeto contratado, ou seja, é a cláusula que modifica o projeto e/ou suas especificações técnicas, com o intuito de adequá-lo aos objetivos perseguidos pelo interesse público.

Acerca desta modalidade, Marçal Justen Filho leciona que:

**Modificações Qualitativas: Alteração do Projeto ou de suas Especificações**

A melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era mais a adequada. Os contratos de longo prazo ou de grande especialização são mais suscetíveis a essa modalidade de alteração. Não há muito cabimento para essa hipótese em contratos de execução instantânea ou cujo objeto seja simples e sumário.

A hipótese de al. “a” compreende as situações em que se constata supervenientemente a inadequação da concepção original, a partir da qual se promovera a contratação. Tal pode verificar-se em vista de eventos supervenientes. Assim, por exemplo, considere-se a hipótese de descoberta científica, que evidencia a necessidade de inovações para ampliar ou assegurar a utilidade inicialmente cogitada pela Administração.

Também se admite a incidência do dispositivo para respaldar modificações derivadas de situações preexistentes, mas desconhecidas por parte dos interessados. O grande exemplo é o das “sujeições imprevistas”, expressão clássica do direito francês e que indica eventos da natureza ou fora do controle dos seres humanos, existentes por ocasião da contratação mas cuja revelação se verifica apenas por ocasião da execução da prestação. O grande exemplo é

o da falha geológica de terreno, que impede a implantação da obra tal como inicialmente prevista.<sup>41</sup>

A partir da definição realizada pelo autor, as alterações qualitativas promovidas pelas cláusulas exorbitantes conferem a Administração Pública a prerrogativa de modificar o projeto e suas especificações com o intuito de aprimorar as adequações técnicas aos seus objetivos.

Por outro lado, quando for necessário implementar alterações que culminem na modificação do valor contratual, em decorrência do aumento ou da redução da quantidade descrita em seu objeto, a doutrina sobre o tema a define como sendo uma modificação quantitativa.

Entretanto, assim como ocorre com as modificações qualitativas, a alteração das quantidades estipuladas no objeto do contrato não são livres de críticas, isso porque os normativos que versam sobre tais modificações possuem como parâmetro o valor estipulado do contrato. Assim, os dispositivos legais sobre o tema permitem com que a Administração Pública realize alterações que acarretem até 25% do valor inicial do contrato, seja para mais ou para menos. Ao prever as alterações desta forma, a lei dificulta apurar qual será o valor de tais modificações e deixa de considerar, propriamente, qual será impacto de tal montante no contrato, transferindo tal responsabilidade para a via negocial entre as contratantes.

Nesse sentido, de acordo com os ensinamentos de Marçal:

#### 8) Modificações quantitativas.

Com redação esdrúxula, al. “b”, refere-se a alterações quantitativas do objeto contratado. A dificuldade reside em a lei utilizar como parâmetro não a prestação propriamente dita, mas o valor do contrato. Admite que a Administração introduza alterações (acréscimos e supressões) que acarretem modificação de até 25% no valor inicial do contrato, quando se tratar de obras, serviços ou compras; quando se tratar de reforma de edifício ou equipamento, o limite será de 50%. Como apurar o valor da alteração? Não haverá dificuldade quando o contrato versar sobre unidades específicas e divisíveis, cujo valor individual possa ser discriminado. Quando, porém, existir preço global, torna-se inviável estimar a dimensão econômica do acréscimo ou da supressão. Suponha-se, por exemplo, o contrato para a construção de uma edificação. Poder-se-ia afirmar que a redução de 25% da metragem da quadrada da obra corresponderia a uma redução de 25% do preço? É evidente que não. Diante dessa dificuldade, a lei determina que a ausência de preços unitários no contrato será solucionada através de comum acordo entre as partes. Logo, o problema é remetido para o âmbito negocial, escapando da prerrogativa unilateral da Administração.

Mesmo quando existirem preços unitários, continuam a existir problemas. A lei olvida os princípios básicos de uma economia de escala. Quanto maior a quantidade, tanto menor o custo unitário. Logo, não se pode cogitar de simples redução ou acréscimo em quantidades. Reduzir 25% nas quantidades não

---

<sup>41</sup> FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2004. p. 525-526.

significa reduzir 25% do preço; acrescentar 25% nas quantidades não importa obrigatoriamente acrescentar 25% do preço; Em uma economia de escala, a redução ou o acréscimo nas quantidades podem não ser acompanhados de variações proporcionais e equivalentes no preço. Portanto, o particular tem direito de exigir elevação no preço unitário quando forem reduzidas as quantidades desde que demonstre que a alteração do seu preço de custo. Por igual, a Administração pode impor a redução do preço unitário quando o acréscimo reduzir o custo.<sup>42</sup>

A partir das críticas promovidas pelo doutrinador, o Tribunal de Contas da União em julgamento do Acórdão nº 215/1999, exemplificou a diferença entre tais conceitos por meio dos ensinamentos do então ministro Eros Roberto Grau. Em resumo, o ministro lecionou que na hipótese de uma suposta contratação do serviço de pavimentação de 100 quilômetros de uma rodovia, caso a Administração Pública, por força do interesse público, resolva pavimentar mais 10 quilômetros dessa rodovia, o caso será de uma alteração quantitativa, uma vez que a dimensão do objeto contratado foi acrescido.

Por outro lado, a alteração quantitativa pode ser compreendida como aquela que ocorre durante a fase de planejamento do projeto, no qual a Administração Pública constata a necessidade de que para a realização dos 100 quilômetros de rodovia, previa que era necessário realizar 1.000m<sup>3</sup> de terraplanagem. Entretanto, ao analisar o terreno, identifica que na verdade serão necessários realizar 1.200m<sup>3</sup> de terraplanagem, representando uma alteração qualitativa já que a modificação ocorre no instrumento para que o objeto contratado possa ser atingido.

Desta forma, à luz do entendimento do Tribunal de Contas no acórdão supracitado:

**Contudo, nas modificações quantitativas, a dimensão do objeto pode ser modificada dentro dos limites previstos no § 1.º do art. 65 da Lei 8.666/93, isto é, pode ser adquirida uma quantidade de bicicletas maior do que o originalmente previsto, desde que o acréscimo, em valor, não ultrapasse 25% do valor inicial atualizado do contrato.**

**As alterações qualitativas, por sua vez, decorrem de modificações necessárias ou convenientes nas quantidades de obras ou serviços sem, entretanto, implicarem mudanças no objeto contratual, seja em natureza ou dimensão.**

(...)

Além de consensuais, sustentamos que tais alterações devem ser necessariamente qualitativas. Estas, diferentemente das Quantitativas - que não configuram embaraços à execução do objeto como inicialmente avençado -, ou são imprescindíveis ou viabilizam a realização do objeto.

Sem a implementação das modificações qualitativas não há objeto e, por conseguinte, não há a satisfação do interesse público primário que determinou a celebração do contrato. Relembrando o exemplo de alterações qualitativas que aduzimos, verifica-se que, sem o acréscimo dos serviços de terraplanagem, não seria possível a realização dos 100km de pavimentação.

---

<sup>42</sup> FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2004. p. 525-526.

Distinta é a situação, quando a modificação contratual visa a aumentar a extensão da via de 100 para 150km - alteração quantitativa. Nesse caso, a não-alteração do contrato não impede a realização do interesse público que determinou a sua celebração, pelo menos parcialmente, uma vez que não configura óbice à execução dos 100km da via, inicialmente contratados.<sup>43</sup>

Identificadas as principais diferenças entre as modalidades de alteração promovidas pelas cláusulas exorbitantes, o tópico a seguir passará, propriamente, pelas hipóteses legais que permitem com que a Administração Pública possa alterar o contrato, traçando um comparativo entre a Lei de Licitação nº 8.666/93 e a Nova Lei de Licitação nº 14.133/21.

### **3.2. Cláusulas Exorbitantes nas Leis de Licitações**

Conforme exposto no capítulo acima, as cláusulas exorbitantes decorrem da necessidade de a Administração Pública ajustar o objeto contratado por meio de contratos administrativos com as demandas advindas do interesse público.

Como visto, tal prerrogativa da Administração é permitida por lei, desta forma em análise a Lei nº 8.666/93, que estabelece as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no âmbito dos entes federativos, e a Lei nº 14.133/2021 – lei de licitações e contratos administrativos – analisaremos como ambos os normativos tratam sobre o assunto, como forma de contrapor as noções do legislador sobre o assunto.

A prerrogativa da Administração Pública em alterar unilateralmente o contrato administrativo é apresentada de forma genérica no art. 58, I da Lei nº 8.666/93, ao estabelecer que o regime dos contratos administrativos confere à Administração a prerrogativa de modificá-los unilateralmente, para melhor adequá-los as finalidades de interesse público.

Posteriormente, o art. 65, I da referida norma estabelece que os contratos regidos pela Lei 8.666/93 poderão ser alterados unilateralmente pela Administração, mediante a devida motivação, em duas hipóteses, sendo estas: (i) quando houver modificações no projeto ou nas suas especificações, com o intuito de melhor adequá-las aos seus objetivos; e (ii) quando for necessário modificar o valor do contrato, em decorrência do acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, observado os limites legais. Tais hipóteses, conforme apresentado no tópico anterior, nada mais refletem as alterações quantitativas e qualitativas expostas acima.

Acerca da Lei nº 14.133/2021, o art. 104, I do normativo estabelece que o regime jurídico dos contratos instituídos pela Lei em questão confere à Administração a prerrogativa

---

<sup>43</sup> Tribunal de Contas da União (TCU). Processo nº 930.039/1998-0. **Acórdão nº 215/1999-Plenário**. Ministro Relator Adhemar Paladini Ghisi. Data de Julgamento: 12/05/1999.

de modificá-los unilateralmente para melhor adequar às finalidades do interesse público, bem como o inciso II do mesmo artigo confere a possibilidade de extingui-los unilateralmente em determinadas hipóteses.

A luz dos normativos mencionados, os contratos poderão ser alterados unilateralmente mediante o cumprimento de determinados requisitos, quais sejam: (i) devida motivação sobre qual interesse público motivou a medida; (ii) que a natureza do contrato seja respeitada; (iii) que seja respeitado o direito do contratado a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e (iv) que os acréscimos e supressões sejam de até 25% do valor inicial atualizado do contrato.

Cumprir destacar que com relação ao idem (ii) acima, o art. 126 da Lei nº 14.133 estabelece o dever se observar tal requisito, de modo que caso a Administração Pública tenha celebrado um contrato de venda, este não poderá ser alterado para um contrato de permuta, por exemplo. Ademais, acerca do requisito (iv), o §1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 e o art. 125 da Lei 14.133 estabelecem que no caso de obras, serviços ou compras, o valor de supressões ou acréscimos será de até 25%, entretanto no caso de reforma de edifício ou equipamentos, tal porcentagem poderá ser de até 50% para seus acréscimos.

Nesse sentido, leciona Maria Sylvia Di Pietro acerca de tais limites que:

Temos entendido que somente as alterações quantitativas estão sujeitas aos limites de 25% ou 50%, referidos no artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666, até porque o inciso I, “b” (que trata especificamente dessa hipótese de alteração), faz expressa referência à modificação do valor contratual “em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei”, não se encontrando a mesma referência no inciso I, “a”, que trata das alterações qualitativas. A Lei nº 14.133 tornou expresso, no artigo 125, que esses limites se aplicam na hipótese do inciso I do caput do artigo 124, abrangendo, portanto, as alterações quantitativas e qualitativas.<sup>44</sup>

Em compensação a tais alterações unilaterais, ambas as leis conferem à Administração o direito do contratado em realizar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, considerado que uma vez realizadas as modificações no instrumento poderá ocorrer a imposição de ônus e encargos não esperados ao particular contratado, o que atentar contra os princípios do equilíbrio contratual e da simetria entre as partes, bem como ao princípio da eficiência já que o contrato poderá ser colocado em risco, caso não seja realizada a manutenção deste.

Portanto, como forma de tornar harmônica a prerrogativa das cláusulas exorbitantes com os contratos administrativos, uma vez utilizada tal prerrogativa pela Administração Pública o

---

<sup>44</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. p. 305.

contrato administrativo deverá ser recomposto com vistas a manter o equilíbrio econômico-financeiro deste, para assim permitir, a consecução e realização do seu objeto. Essa necessidade, é refletida e impressa nas leis supracitadas, como forma de imprimir a necessidade de manter a Administração Pública adstrita aos seus princípios regentes, tais quais a legalidade e a eficiência nas contratações públicas.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo realizar a análise crítica acerca do papel das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos em contraposição a função desempenhada pela Administração Pública, especialmente sob a ótica dos princípios da simetria contratual e do equilíbrio do contrato.

Nesse sentido, no primeiro capítulo da presente monografia, como forma de melhor compreender as relações entre a Administração e os particulares, foram expostos os principais mecanismos de delegação de competências a disposição da Administração para permitir com que essa cumpra as funções constitucionais a ela atribuídas. Assim, através da explanação sobre a descentralização e a desconcentração, o segundo capítulo percorreu a definição e principais características dos contratos administrativos, instrumento este responsável por fixar as obrigações e vontades da Administração Pública e do particular que com ela contrata.

Ademais, por meio do segundo capítulo, foram expostos os principais princípios regentes da Administração Pública, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, bem como os princípios regentes da relação contratual, quais sejam: o equilíbrio contratual e a simetria entre as partes contratantes.

Desse modo, a partir de tais elementos, no último capítulo do presente estudo, foram analisadas as cláusulas exorbitantes, suas características, espécies e contraposição aos princípios analisados, como forma de evidenciar a sua importância na relação entre o particular e o ente estatal no âmbito dos contratos administrativos.

Nesse sentido, conclui-se que as cláusulas exorbitantes são essenciais para a atuação da Administração Pública e a consecução de seus objetivos, isto pois permitem com que a máquina pública faça valer os interesses públicos que representam, uma vez que tal prerrogativa permite com que alterações unilaterais sejam realizadas nos contratos com o intuito de viabilizar a execução do objeto pactuado em sua versão máxima de correspondência com o interesse da coletividade.

A partir disso, evidencia-se que a prerrogativa de alterar unilateralmente o contrato, por mais que impacte diretamente os princípios da simetria entre os contratantes e o equilíbrio do contrato, não termina por diretamente ferir tais princípios. Isso porque, ao contratar com a Administração Pública esta por si só e de maneira intrínseca, assume posição hierárquica superior frente aos particulares, para permitir com que os interesses da coletividade sejam alcançados.

Ademais, os princípios citados ao longo deste estudo ainda permanecem na relação contratual entre a Administração e os particulares, isto porque a utilização das cláusulas exorbitantes deve, acima de tudo, respeitar a intrínseca legalidade, somente sendo passíveis de serem utilizadas quando precedidas de devida motivação e fundamentação para tanto.

Além de que, conforme exposto no último capítulo, ambas as leis federais que versam sobre os contratos administrativos e licitações em geral, preveem que caso as cláusulas exorbitantes sejam utilizadas, estas estão limitadas a determinados percentuais legais aos quais a Administração não poderá exceder, bem como, após seu uso o contrato administrativo objeto de seus impactos deverá passar ser revisto sob a ótica de seu equilíbrio econômico-financeiro, como forma de não fazer com que o particular contratante seja sujeito a ônus excessivos que possam fazer com que o contrato venha a se tornar inexecutável, pois neste cenário o princípio da eficiência terminaria por ser violado.

## REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Luis Carlos. **Licitação e contrato administrativo: comentários à Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 2000.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 31. ed. São Paulo: Método, 2022.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Lei nº 14.133, de 21 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 61-F. ed. Brasília, DF, 21 abr. 2021. Seção 1, p. 1-75. Disponível em: < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abrilde-2021-311876884> >. Acesso em: 14 abr. de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 14 abr. de 2023.

BRASIL. **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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm) >. Acesso em: 14 abr. de 2023.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

COUTO E SILVA. Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Editora FGV, 2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Editora Forense, 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos - teoria geral**. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOULART, João Fábio Stecca Penna. **Estudo Comparativo entre as Leis de Licitações (14.133/2021 e 8.666/1993)**. Uberlândia/MG. Disponível em < <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/33415/1/EstudoComparativoLeis.pdf> > Acesso em: 14 abr. de 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MIRANDA, Iúlian. **O mito das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. 1.ed. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2014.

SILVA, Ellen Cristiane. **A Cláusula Exorbitante no Contrato Administrativo**. Itajaí/SC. Disponível < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Ellen%20Cristiane%20Silva.pdf> > Acesso em: 14 abr. de 2023.

TEIXEIRA, Alex Felício. **Das Cláusulas Exorbitantes do Contratos Administrativo**. Brasília/DF. Disponível em < <https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/3273/1/MONOGRAFIA%20-%20ALEX%20FEL%C3%8DCIO%20TEIXEIRA.pdf> > Acesso em: 14 abr. de 2023.