

# CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

## Aula 5 – Prerrogativas da Administração Pública



**PROFESSOR DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA**

---

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)  
São Paulo (SP), 1º semestre de 2023

# Sumário de aula

1. As prerrogativas contratuais da Administração Pública como critério demarcador dos contratos administrativos
    - 1.1. As cláusulas exorbitantes na doutrina tradicional
    - 1.2. A crítica às cláusulas exorbitantes
  2. As cláusulas exorbitantes no direito brasileiro
    - 2.1. A presença das cláusulas exorbitantes no direito positivo brasileiro
    - 2.2. A previsão das cláusulas exorbitantes nas lei nº 8.666/1993
    - 2.3. A previsão das cláusulas exorbitantes na Lei nº 14.133/2021
    - 2.4. Comparação entre o regime jurídico das cláusulas exorbitantes da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 14.133/2021
    - 2.5. As cláusulas exorbitantes em espécie
-

# **1. As prerrogativas contratuais da Administração Pública como critério demarcador dos contratos administrativos**

---

### **A tradicional caracterização do contrato administrativo**

A importância das prerrogativas contratuais (cláusulas exorbitantes) da Administração Pública para dogmática tradicional do contrato administrativo é tamanha que costumam/costumavam ser utilizadas como critério para distinguir os contratos administrativos dos contratos privados:

*Da sua característica essencial, consubstanciada na participação da Administração com supremacia de poder, resultam para o contrato administrativo certas peculiaridades que os contratos comuns, sujeitos às normas do direito privado, não ostentam. Tais peculiaridades constituem genericamente as chamadas cláusulas exorbitantes, explícitas ou implícitas em todo contrato administrativo. (MEIRELLES, 1991: 191)*

*Quando se iniciou a formulação da teoria do contrato administrativo, foi utilizada, como referencial, a teoria do contrato privado, que, na época, já resultava de longa elaboração.*

*Tendo em vista a presença da Administração, percebeu-se que nem todos os preceitos da teoria do contrato privado aplicavam-se ao contrato administrativo. Os aspectos que fugiam daquela teoria foram então denominados cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum. Nessa expressão, direito comum significava sobretudo o direito civil; o termo "derrogatórias" expressava que tais cláusulas aboliam ou deixavam de lado preceitos vigentes para o contrato privado; o vocábulo "exorbitantes" significava que excediam ou se desviavam do direito privado. Com o tempo a expressão foi reduzida para "cláusulas exorbitantes" e se consagrou como tal, designando as notas características do contrato administrativo, os aspectos essenciais do seu regime jurídico. (MEDAUAR, 2018: 219).*

---

## **1.1 As cláusulas exorbitantes na doutrina tradicional**

### **O conceito de cláusulas exorbitantes**

*Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do direito comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente de lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. (MEIRELLES, 1991: 191)*

*[A]s prerrogativas da Administração no chamado contrato administrativo são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, sua "exorbitância" ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns.*

*É de notar que as prerrogativas em pauta colocam o "contrato" à mercê de uma das partes, tanto no que atina à continuidade quanto, dentro de certos limites, no que respeita às condições relativas à prestação devida pelo particular. Daí que subvertem profundamente a noção de contrato encontrada na teoria geral do Direito, autorizando a questionar se ainda seria o caso de usar com propriedade esta titulação. A qualificação "administrativo" aposta à palavra "contrato" parece, no, caso, ter o condão de modificar o próprio sentido substantivo. (BANDEIRA DE MELLO, 2015: 634).*

---

## **1.2 A crítica às cláusulas exorbitantes**

### **A doutrina contrária a noção das cláusulas exorbitantes**

Apesar de francamente majoritária, a doutrina a respeito das existência de cláusulas exorbitantes e/ou de sua utilidade vem crescendo.

Dentro dessa linha crítica, Diogo de Figueiredo Moreira Neto lista as principais desvantagens da existência de cláusulas exorbitantes:

*1º. A imprecisão e insegurança de direitos resultantes no manejo público das prerrogativas da Administração nas transações, pela ambivalência de sua origem e justificativa, ou seja, o fato de decorrerem ou da natureza dos contratos (relativas) ou da natureza da própria administração pública (absolutas);*

*2º. O agravamento dos custos de transação pelo aumento do risco, enquanto a redução e a abolição dessas cláusulas minimiza o chamado risco soberano;*

*3º. O déficit de transparência da transação, pois as prerrogativas são genericamente estabelecidas nas leis, sem evidente relação com as situações fáticas específicas e as peculiaridades de cada contrato;*

*4º. O sacrifício da confiança legítima do administrado na transação, pois as prerrogativas tanto podem servir a propósitos legítimos como disfarçar intenções ilegítimas, como a difundida e gravosa corrupção pelo temor.*(MOREIRA NETO, 2017: 554).

---

## **1.2 A crítica às cláusulas exorbitantes**

### **A doutrina contrária a noção das cláusulas exorbitantes**

Desde uma perspectiva dogmática, Jacintho Arruda Câmara e Ana Paula Peresi de Sousa sustentam que:

*[A]s prerrogativas da administração são cercadas de diversas limitações, muitas delas impostas pelo texto legal e outras provenientes de entendimento jurisprudencial reiterado. (...) Não são, portanto, tão intensas e impositivas quanto costumam ser enunciadas.*

*(...)*

*Esse regime não é exorbitante em comparação ao direito privado. Nas contratações entre particulares não são incomuns, tampouco ilícitas, prescrições contratuais que confirmam, por acordo de vontades, prerrogativas extraordinárias a uma parte não gozadas pela outra, estabelecendo, por exemplo, o poder de rescisão unilateral, nas hipóteses em que não haja norma legal nesse sentido, cláusulas penais e o poder de fiscalização do serviço exclusivamente a uma parte. Tomados esses aspectos em consideração, constata-se que as prerrogativas conferidas à administração pública não são excepcionais, existindo poderes a elas equivalentes nos contratos privados, estando ambas, portanto, em uma mesma órbita. (CÂMARA; SOUSA, 2020: 204).*

---

### **A doutrina contrária a noção das cláusulas exorbitantes**

Vivian Lima López Valle defende que:

*O ambiente exorbitante "não está inserida num espaço de discricionariedade administrativa puro, justamente porque o Poder Público somente poderá utilizar-se das prerrogativas com a devida e suficiente motivação (na forma do preconizado pela Constituição de 1988 e pela Lei nº 9.784/99)*

*(...)*

*E com isso pode-se elencar requisitos para a aplicação subsidiária das prerrogativas contratuais:*

- a) urgência (perigo ao interesse público);*
  - b) excepcionalidade (aplicação episódica);*
  - c) ultima ratio (caráter residual às soluções consensuais);*
  - d) justificação (benefício às finalidades contratuais)."* (VALLE, 2018: 242).
-

## **2. As cláusulas exorbitantes no direito brasileiro**

---

### **As previsões legais das cláusulas exorbitantes**

Ainda que estejam sob forte críticas, o fato é que as cláusulas exorbitantes encontram-se presentes na legislação brasileira e são amplamente reconhecidas como válidas.

Assim, constam dos diplomas que disciplinam as relações contratuais da Administração Pública:

- Lei nº 8.666/1993 (art. 58)
  - Lei nº 14.133/2021 (art. 104)
-

### **As cláusulas exorbitantes na Lei nº 8.666/1993 (art. 58)**

*Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:*

*I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;*

*II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;*

*III - fiscalizar-lhes a execução;*

*IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;*

*V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.*

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

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

---

### As cláusulas exorbitantes na Lei nº 14.133/2021 (art. 104)

*Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:*

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

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

*§ 2º Na hipótese prevista no inciso I do **caput** deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.*

---

## **2.4. Comparação entre o regime jurídico das cláusulas exorbitantes da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 14.133/2021**

### **A ausência de alteração substancial no regime das prerrogativas da Administração**

As cláusulas exorbitantes não foram objeto de alterações significativas na Lei nº 14.133/2021. Os seus contornos são praticamente idênticos àqueles que possui na Lei nº 8.666/1993.

---

### **Alteração unilateral (art. 104, I)**

As alterações unilaterais “*são as promovidas pela Administração independentemente da aquiescência dos contratado.*” (NIEBUHR, 2015: 958).

Segundo o art. 124, I e II, da Lei nº 14.133, a alteração pode ocorrer: (i) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos; e, (ii) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

Essa alteração, no entanto, encontra barreiras e condicionantes: (i) a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro (art. 104, §§ 1º e 2º) ; (ii) preservação da natureza do objeto (art. 124); e, (iii) não obrigação de aceitar prestações excessivamente distintas (art. 125).

---

### **Rescisão unilateral (art. 104, II)**

*A possibilidade de a Administração, de modo unilateral, extinguir o contrato administrativo é, indiscutivelmente, poder exorbitante que deverá ser utilizado dentro das hipóteses autorizadas em lei. (FURTADO, 2015: 513).*

A Administração está autorizada, pelo ordenamento jurídico (em razões de interesse público ou inexecução das obrigações), a rescindir unilateralmente o contrato. A hipóteses de extinção unilateral constam dos incisos do art. 137 da Lei nº 14.133/2021

I - não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos;

II - desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior;

III - alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato;

IV - decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado;

V - caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato;

VI - atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto;

VII - atraso na liberação das áreas sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas;

VIII - razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante;

IX - não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.

---

### Rescisão unilateral (art. 104, II)

- A extinção do contrato determinada unilateralmente deve ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente e reduzida a termo no respectivo processo (art. 137, § 2º)
- Além das sanções, a extinção unilateral poderá acarretar as seguintes consequências (art. 139, I a IV):

*I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;*

*II - ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade;*

*III - execução da garantia contratual para:*

*a) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução;*

*b) pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível;*

*c) pagamento das multas devidas à Administração Pública;*

*d) exigência da assunção da execução e da conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível;*

*IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas.*

*§ 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II do **caput** deste artigo ficará a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.*

*§ 2º Na hipótese do inciso II do **caput** deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do ministro de Estado, do secretário estadual ou do secretário municipal competente, conforme o caso*

## **2.5. As cláusulas exorbitantes em espécie**

### **Fiscalização unilateral (art. 104, III)**

*A Administração Pública tem o poder-dever de fiscalizar o contrato, a fim de verificar se o particular está executando corretamente o ajuste. (GARCIA, 2016: 386).*

Para tanto, será designado um ou mais fiscais, no termos do art. 117 da Lei nº 14.133/2021:

*Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.*

*§ 1º O fiscal do contrato anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, determinando o que for necessário para a regularização das faltas ou dos defeitos observados.*

*§ 2º O fiscal do contrato informará a seus superiores, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, a situação que demandar decisão ou providência que ultrapasse sua competência.*

*§ 3º O fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.*

*§ 4º Na hipótese da contratação de terceiros prevista no **caput** deste artigo, deverão ser observadas as seguintes regras:*

*I - a empresa ou o profissional contratado assumirá responsabilidade civil objetiva pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, firmará termo de compromisso de confidencialidade e não poderá exercer atribuição própria e exclusiva de fiscal de contrato;*

*II - a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal do contrato, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado.*

---

## **2.5. As cláusulas exorbitantes em espécie**

### **Aplicação de sanções (art. 104, IV)**

*Compete à Administração contratante, através de ato administrativo – sem necessidade, portanto, de recursos às vias judiciais – ‘aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste’ (SUNDFELD, 1994: 231).*

As infrações e sanções aplicáveis aos contratados estão previstas, respectivamente, nos arts. 155 e 156 da Lei nº 14.133/2021.

---

### **Ocupação provisória (art. 104, V)**

*[A] Administração pode apossar-se dos bens particulares e valer-se dos direitos alheios quando tal se imponha como necessário para dar seguimento aos serviços públicos. (JUSTEN FILHO, 2019: 1.232).*

*Pode reputar-se que o dispositivo examinado relacionava-se com a perspectiva, originalmente consagrada, de aplicação da Lei 8.666/1993 também para disciplina específica de concessões e permissões de serviço público. Com a superveniente edição de legislação própria sobre o tema, o disposto no inc. V do art. 58 teve sua aplicação muito reduzida. (JUSTEN FILHO, 2019: 1.232).*

---

# Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
  - CÂMARA, Jacintho Arruda. Capítulo 1: universo dos contratos públicos. In: NOHARA, Irene Patrícia; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. **Licitação e contratos administrativos, v.6**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). Tratado de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
  - CÂMARA, Jacintho Arruda; SOUSA, Ana Paula Peresi de. **Existem cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 185-208, maio/ago. 2020.
  - FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
  - JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
  - NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
  - MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
  - MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
  - SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.
  - VALLE, Vivian Lima López Valle. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
-