

FACULDADE DE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

JULIA DOMINGUES DE BRITO

**A MUTABILIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DIANTE DA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Três Pontas

2016

JULIA DOMINGUES DE BRITO

**A MUTABILIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DIANTE DA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob
orientação do Prof. Me. Roney Sandro Freire Corrêa.

Três Pontas

2016

JULIA DOMINGUES DE BRITO

**A MUTABILIDADE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DIANTE DA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela
Banca examinadora composta pelos membros

Aprovado em / /

Prof. Me. Roney Sandro Freire Corrêa

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

OBS.:

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que me guiou e me iluminou durante toda esta jornada; a meus pais Rosiane e Tarlei por sempre acreditarem em mim e nunca mediram esforços para que eu chegasse a esta etapa da vida; a meu irmão por sempre me ouvir nos momentos difíceis; as pessoas especiais, amigos e familiares que me apoiaram e a todos os professores do curso de Direito da FATEPS, em especial ao meu orientador, Roney S. Freire Corrêa que me auxiliou em todos os momentos importantes da confecção deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo da minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer.

Agradeço a minha mãe, Rosiane, quem me deu apoio e incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço.

Ao meu pai, Tarlei, que apesar de todas as dificuldades sempre acreditou em mim e me ofereceu apoio;

Aos professores do curso de Direito da FATEPS pela excelente formação intelectual.

À oportunidade de estágio na Prefeitura Municipal de Três Pontas, local onde pude conviver e aprender com pessoas incríveis, as quais se tornaram meu paradigma para a vida profissional.

“A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado.”

Theodore Roosevelt

RESUMO

Este trabalho visa demonstrar as diferenças existentes entre o contrato firmado entre particulares e o contrato administrativo, firmado entre a Administração Pública e um particular, com a finalidade deste último prestar serviço à primeira, visando sempre atender ao interesse público. Para que seja firmado um contrato administrativo, este trabalho traz à baila os princípios que devem ser respeitados, ensejadores do Direito Administrativo, tais como a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado e, ainda, os princípios constitucionais da legalidade, publicidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, razoabilidade, proporcionalidade, autotutela e, por fim, o princípio da continuidade do serviço público. Além disso, este trabalho aborda a visão de que o contrato administrativo é passível de mutações, através de Cláusulas Exorbitantes – prerrogativas inerentes ao poder público – quais sejam, a alteração contratual unilateral, rescisão unilateral por parte da Administração Pública, fiscalização da execução contratual, a ocupação temporária dos bens dos particulares prestadores de serviço público pelo ente público contratante, a aplicação de penalidades em caso de não cumprimento de cláusulas contratuais e, por fim, a exigência de garantia – caução – em caso de firmamento de contrato de grande valor econômico.

Palavras-chave: Contrato. Princípios. Cláusulas Exorbitantes. Mutabilidade.

ABSTRACT

This work aims to convey the existing differences between the contract settled by privates and the administrative contract, as well as the one between the Public Administration and a private, with the goal of the latter's providing services to the former, always seeking to meet the public interest. In order to settle an administrative contract, this work brings up the principles that must be respected, seekers of Administrative Law, such as the unavailability of the public interest and the supremacy of public interest over private, and also the constitutional principles of legality, publicity, morality, effectiveness, impartiality, reasonableness, proportionality, self-guardianship and, last but not least, principle of the continuity of public service. Moreover, this work addresses the point that the administrative contract is susceptible to mutations, through Exorbitant Clauses — prerogatives linked to public authority — whatsoever, unilateral contractual changes, unilateral termination by the Public Administration, supervision of contract execution, the temporary occupation of the private providers of public services' properties by the contracting public entity, the application of penalties on non-compliance with contractual clauses and, finally, a demand of assurance — bond — in case of some great-economic-value contract.

Keywords: Contract. Principles. Exorbitant Clauses. Mutability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 Definição e Natureza Jurídica do Contrato Administrativo.....	11
3 Poderes Administrativos.....	17
3.1 Dos poderes inerentes ao Contrato Administrativo.....	17
3.1.1 Poder Vinculado e Discricionário.....	18
3.1.2 Poder Hierárquico	21
3.1.3 Poder Disciplinar	23
3.1.4 Poder Regulamentar	24
3.1.5 Poder de Polícia	26
4 Princípios que regem o Direito Administrativo.....	29
4.1 Indisponibilidade do Interesse Público e da Continuidade do Serviço Público.....	30
4.2 Legalidade.....	32
4.3 Publicidade.....	34
4.4 Moralidade.....	35
4.5 Eficiência.....	35
4.6 Impessoalidade.....	36
4.7 Razoabilidade e Proporcionalidade.....	38
4.8 Autotutela.....	39
5 Da Mutabilidade e das Cláusulas Exorbitantes.....	42
5.1 Alteração Unilateral do Contrato.....	43
5.2 Rescisão Unilateral do Contrato.....	45
5.3 Fiscalização da Execução Contratual.....	47
5.4 Ocupação Temporária de Bens.....	48
5.5 Poder de Aplicação das Penalidades.....	50
5.6 Exigência de Garantia	52
6 CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar, a partir dos princípios e normas basilares do Direito Administrativo Brasileiro, a essência do Contrato Administrativo, dando ênfase à indisponibilidade do serviço público e, ao mesmo tempo, asseverar sobre a necessidade de preservação efetiva da aplicabilidade dos princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam, da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o privado; dos princípios constitucionais da legalidade, publicidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, razoabilidade e proporcionalidade, autotutela e, ainda, da continuidade do serviço público.

Ressalta-se, neste interim, que a administração pública, ao contratar com o particular, seacom o intuito de execução de uma obra, fornecimento de um bem, ou mesmo um serviço, busca sempre atender ao interesse público primário da coletividade, respeitando a impessoalidade na firmação contratual.

Em outro giro, tem-se o fato de que o particular, diferentemente do que ocorre com o ente público, busca alcançar interesses relativos somente a suas necessidades, visando, por conseguinte a obtenção de lucro. Assim, este visa predileções próprias e inerentes à atividade empresarial, em que pese à necessidade de observação da própria função social da empresa.

Considerando as características esmiuçadas sobre os contratos particulares, pode-se concluir que a forma de sua elaboração, bem como seu intuito precípua não configuram condutas imorais ou ilegais, ressalvando-se aquelas contratações superfaturadas que beneficiariam ilicitamente o particular, haja vista ser a obtenção de vantagem particular o alicerce de tal modalidade contratual.

Em que pese a explanação acima realizada, mais precisamente sobre os contratos administrativos, foco desta dissertação, é possível afirmar, conforme se demonstrará no decorrer do presente trabalho, que em razão dos princípios basilares deste institutos, haverá atos unilaterais capazes de levar o acordo travado a modificações, até então inesperadas quando da sua assinatura, como por exemplo a alteração unilateral ou mesmo à sua extinção durante sua execução.

Referidos atos encontram-se devidamente acobertados pela manto da legislação vigente, razão pela qual o estudo sobre este far-se-á indispensável no transcorrer deste trabalho, a fim de que assim demonstre-se a relevância dos mesmos para a manutenção da estabilidade dos atos praticados pela Administração Pública.

Neste ínterim, assinala-se que os atos unilaterais não são, via de regra, responsáveis pelos vícios, equívocos e erros dos administradores, haja vista que deve-se levar em conta também os preceitos exclusivos de contratos da administração, também conhecidos por Cláusulas Exorbitantes, tendo em vista que estes são inerentes somente ao poder público – os quais serão discutidos no presente trabalho.

Para tanto, a fim de conferir o devido respaldo para o que se sustenta, tem-se que foi elaborada em 21 (vinte e um) de julho de 1993 (mil novecentos e noventa e três) a Lei de Licitações Federal nº 8.666, que regulamentou os contratos administrativos, especificando quem deve fazer e como devem ser feitos, bem como suas alterações, implicações e limitações, conforme se demonstrará em tópico próprio.

Ademais, no que tange a esta possibilidade de mutação contratual, tanto a Administração Pública quanto o particular podem alterar cláusulas sempre em conformidade com a Lei, e não apenas quando assim entender conveniente.

Neste rumo, pondera-se que o presente trabalho tem como intuito discorrer sobre o contrato administrativo em si, os princípios que devem ser respeitados ao contratar com um particular a fim de prestar serviços ao Poder Público, bem como as prerrogativas inerentes ao ente público que dão ensejo à mutabilidade contratual em decorrência do interesse público envolvido, a fim de demonstrar a importância do sistema legislativo vigente.

Desse modo, antes de adentrar a análise das prerrogativas do Estado e os princípios a serem respeitados, deve-se analisar a natureza do contrato administrativo, o que se faz a seguir.

2 DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Antes de qualquer ponderação sobre o tema em pauta é de fundamental importância estabelecer preliminarmente as diferenças existentes entre as expressões “Contratos da Administração Pública” e “Contratos Administrativos”.

Assim, com relação à primeira expressão, Contratos da Administração Pública, o doutrinador Matheus Carvalho assevera que:

[...] a lei autoriza que o Estado celebre contratos regidos pelo direito privado no exercício de sua atividade ou contratos regidos pelo direito público. Todos eles ostentam a qualidade de ‘contratos da administração’. Nos contratos de direito privado, o Estado não goza de prerrogativas de poder público, não obstante precise respeitar os requisitos e as limitações estipuladas na Lei 8.666/93. (CARVALHO, 2016, p.168)

Dessa forma, resta claro estabelecer que tais contratos são todos aqueles firmados pela Administração Pública - sejam eles regidos pelo direito privado ou pelo direito público. Já com relação aos Contratos Administrativos, necessária se faz a análise dos diferentes conceitos doutrinários apresentados, Helly Lopes Meirelles preleciona que:

[...] é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particulares ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração. (MEIRELLES, 2003, p.205/206)

Noutro giro, José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 169) aduz, “[...] ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.”

Portanto, diante de tais ensinamentos, não restam dúvidas de que o Contrato Administrativo é aquele celebrado pelo ente público com um particular, sob o regime público, com todas as prerrogativas - direitos e deveres - inerentes à condição de Estado.

Cumprido ressaltar que todos os contratos firmados pela Administração Pública, sejam eles contratos administrativos ou contratos da administração, devem observar as regras da Licitação, entabuladas pela Lei Federal 8.666/93, haja vista que tal diploma legal a qual regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Assim, tem-se que se pode entender por contrato administrativo como sendo aquele vínculo derivado de natureza contratual que sejam submetidos aos princípios e normas do Direito Administrativo.

No que tange aos contratos administrativos, estes possuem algumas características próprias, sobre o tema assevera o doutrinador Alexandre Mazza:

[...] a submissão ao Direito Administrativo; a presença da Administração em pelo menos um dos polos; a desigualdade entre as partes; a mutabilidade; a existência de cláusulas exorbitantes; formalismo; bilateralidade; comutatividade e a confiança recíproca. (MAZZA, 2016, p.419/420)

Conforme mencionado alhures, que todo e qualquer contrato firmado por entes públicos, sejam eles da administração pública direta ou indireta, devem ser submetidos às regras da Lei Federal de Licitação nº 8.666/93. Esta submissão esbarra e traduz-sena necessidade da presença da Administração em pelo menos um dos polos da relação contratual, tendo em vista que para que o contrato seja considerado como administrativo, a Administração Pública deve figurar como parte contratante.

Em razão da presença indispensável da Administração Pública em um dos polos da relação contratual travada, tem-se que referido contrato, possui como característica marcante a verticalidade, ou seja, a superioridade da Administração perante o contratado, impondo a vontade do interesse público sobre o privado na relação firmada.

Razão pela qual os contratos firmados pela Administração Pública não admitem a rediscussão de cláusulas contratuais, uma vez que o ente público pauta sempre o interesse coletivo, devendo o particular se adaptar às imposições feitas.

Em que pese o engessamento da relação travada, imperioso se faz registrar, o direito administrativo, através de autorização legislativa confere a estes o instituto da mutabilidade, objeto de principal do presente trabalho.

A mutabilidade consiste no fato de se possibilitar que a Administração Pública modifique o contrato firmado com o particular de forma unilateral, diferentemente do que acontece no direito privado - no qual vigora o entendimento de que os contratos devem ser cumpridos conforme foram pactuados, por meio das cláusulas exorbitantes.

Referidas cláusulas dentro do contrato administrativo são consideradas como “poderes especiais” concedidos a Administração, tendo em vista que projetam uma posição de superioridade da mesma em relação ao prestador ou concessionário de serviço público - seja ele pessoa física ou jurídica.

Razão pela qual, tem-se que o formalismo, dentro dos contratos administrativos, deve ser observado com bastante afincamento, uma vez que este não possui forma livre, haja vista que em regra, devem ter forma escrita - sendo nulo e de nenhum efeito aquele contrato verbal firmado com a Administração.

Todavia, há exceção para tal característica que deve ser levada em consideração, qual seja o fato do contrato verbal poder ser firmado com o poder público em caso de pequenas compras de pronto pagamento, conforme determina o artigo 60, parágrafo único da Lei Federal nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. **É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.** (BRASIL, 1993, grifo nosso)

Em que pese as informações outrora aduzidas, imperioso se faz mencionar neste momento que através da característica denominada bilateralidade é possível mencionar que o contrato administrativo prevê direitos e obrigações para ambas as partes, quais sejam, o ente público contratante e o particular adjudicatário do contrato.

Já a comutatividade estabelece uma relação equivalente entre as partes, contratante e contratada, e suas obrigações. Neste contexto, outra característica eminente do contrato administrativo segundo o ensinamento de Alexandre Mazza (2016, p. 716), é o da confiança recíproca, onde se estabelece que o contrato é personalíssimo tendo em vista o preenchimento de exigências objetivas e subjetivas determinadas em sede de procedimento licitatório.

Ainda no que tange aos contratos administrativos, é sabido que estes devem ser precedidos de processo licitatório, devidamente entabulado pela Lei de Licitações. Desse modo, são aplicáveis aos mesmos, em sede da Constituição Federal Brasileira, dois dispositivos legais:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - **normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, **obedecido o disposto no art. 37, XXI**, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, **as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[...] (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Já no plano infraconstitucional, complementando as assertivas sobre o sistema legislativo aplicável aos contrato em comento, tem-se o entendimento doutrinário do professor Alexandre Mazza que determina ser aplicável os seguintes dispositivos:

Lei n. 8.666/93: define as **normas gerais** sobre licitações e contratos válidos para todas as esferas federativas. Importante frisar que o art. 54 dessa lei submete os contratos administrativos à **aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e às disposições de direito privado**. As disposições da Lei n. 8.666/93 são válidas para os **Três Poderes estatais**;

Lei n. 8.883/94: promoveu alterações importantes no conteúdo da Lei n. 8.666/93;

Lei n. 8.987/95: disciplina as **concessões e permissões** de serviço público;

Lei n. 9.637/98: prevê a celebração de **contratos de gestão** entre o governo federal e as organizações sociais;

Lei n. 9.790/99: institui e disciplina o Termo de Parceria entre a União Federal e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – as **Oscips**;

Lei n. 11.079/2004: institui normas gerais para licitação e contratação de **parceria público –privada(PPP)** no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Lei n. 11.107/2005: regula a celebração de **consórcios públicos** entre as entidades federativas;

Lei n. 12.232/2010: dispõe sobre normas gerais para licitação e contratação de serviços de publicidade do governo. (MAZZA, 2016, p.712/713, grifei)

Desse modo, resta claro que todas as disposições legais elencadas acima tratam sobre a necessidade da celebração de contratos, precedidos de licitação, para todo e qualquer ato que a administração pública venha a praticar.

Cumpre aduzir que existem diferenças bem significativas entre o contrato privado, firmado entre particulares, e o contrato administrativo, oriundo do Direito Francês, firmado entre o poder público e o particular permissionário ou concessionário de serviço público.

Nesse viés, tem-se que o entendimento doutrinário destaca especialmente os seguintes elementos: *i) Aplicação dos princípios e normas do Direito Público; ii) Desigualdade entre as partes; iii) Mutabilidade; iv) Defesa do interesse público.*

Com relação ao primeiro, qual seja, a aplicação dos princípios e normas do Direito Público, este será tratado no próximo capítulo, o qual irá demonstrar todos os elementos explícitos e alguns implícitos relevantes ao Contrato Administrativo.

Já no que tange aos demais elementos, desigualdade entre as partes, mutabilidade e defesa do interesse público, serão tratados de forma conjunta, tendo em vista que atribuem à Administração Pública o poder de instituir Cláusulas Exorbitantes.

Ultrapassada tal constatação, registra-se que nos contratos privados, regidos pelas normas do Direito Civil brasileiro, prioriza-se pela igualdade entre as partes, ou seja-se, configura-se a horizontalidade, existindo cláusulas imutáveis, decorrente do princípio do *pacta sunt servanda*, dando maior enfoque aos interesses privados dos particulares.

Já nos contratos administrativos tem-se a aplicação do direito público, através das normas gerais previstas na Lei Federal nº 8.666/93, dando enfoque à relação vertical da Administração Pública em relação ao particular contratante, tendo como característica a mutabilidade unilateral das cláusulas pela vontade do ente público, sendo sempre em prol da defesa do interesse público e coletivo.

Além das diferenças apontadas acima, Hely Lopes Meirelles determina algumas peculiaridades no que tange à interpretação dos contratos administrativos, senão veja-se:

- **interpretação favorável ao interesse público primário:** cabendo mais de uma interpretação sobre determinado dispositivo contratual, deve ser adotada a solução mais favorável aos interesses da coletividade (interesse público primário), o que, necessariamente, não significa dever de optar pela melhor interpretação conforme o interesse patrimonial da Administração contratante (interesse público secundário);
- **vinculação da Administração ao interesse público:** o contrato administrativo é firmado visando algum objetivo de interesse da coletividade. Qualquer cláusula que contrarie o interesse público deve ser considerada como não escrita;
- **presunção de legitimidade:** as cláusulas do contrato administrativo são dotadas de **presunção relativa** de legitimidade, considerando-se, até prova em contrário, praticadas em conformidade com o Direito;
- **alterabilidade:** as disposições do contrato administrativo podem ser modificadas unilateralmente pela Administração Pública, devido a motivo superveniente de **interesse público**;
- **excepcionalidade dos contratos de atribuição:** no Direito Administrativo, **predominam contratos de colaboração**, que são aqueles firmados no interesse da Administração. Os contratos de atribuição constituem exceções, pois neles prepondera o interesse particular;
- **interpretação restritiva das vantagens conferidas ao particular:** os dispositivos contratuais que consagram benefícios, vantagens e direitos ao contratado devem ser objeto de interpretação literal e restritiva. (MEIRELLES, 2016, p. 212/213, grifei)

Diante disso, quanto aos contratos particulares e administrativos existem diferenças significativas e caracterizadoras, no que tange as suas cláusulas bem como a sua interpretação num todo.

Quanto às espécies contratuais voltados para a Administração Pública, a legislação brasileira contempla várias, das quais merecem destaque; o *Contrato de Obra Pública*, utilizado para firmar acordo de todo ajuste administrativo que tem por objeto a construção, reforma ou ampliação de imóvel destinado ao público ou ao serviço público.

O *Contrato de Fornecimento* -ajuste administrativo pelo qual a Administração Pública adquire coisas móveis necessárias à realização de suas obras ou manutenção de seus serviços, podendo se dar de três formas – integral, parcelado ou contínuo.

O *Contrato de Prestação de Serviço* que tem por objeto uma atividade prestada à Administração, para atendimento de suas próprias necessidades ou de seus administrados; *Contrato de Concessão* através do qual a Administração Pública delega ao particular a execução remunerada de serviços ou obras públicas; ou lhe cede o uso de bem público para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e condições estipuladas em sede contratual.

E, por fim, o *Contrato de Permissão de Serviço Público* que é a delegação temporária da prestação do serviço considerado como público. Assim, pode-se estabelecer que todas estas espécies contratuais devem respeitar as normas, princípios, características e prerrogativas acima elencadas; possuem os elementos determinantes de contrato administrativo e decorrem do poder do Estado de contratar com um particular com a finalidade de dar prosseguimento ao fornecimento do serviço público.

Desse modo, passe-se à análise dos poderes inerentes à Administração Pública que dão ensejo aos contratos administrativos.

3 PODERES ADMINISTRATIVOS

A priori, cumpre mencionar que referidos poderes são inerentes à Administração Pública, possuindo caráter instrumental, haja vista que são utilizados como mecanismos de trabalho indispensáveis para que a Administração seja capaz de executar suas funções legalmente estabelecidas atendendo efetivamente o interesse público.

Nesse diapasão são conhecidos como poderes-deveres, inerentes à Administração Pública, seja ela direta ou indireta, razão pela qual, não apenas podem como devem ser exercidos e executados com a finalidade do cumprimento da legislação que os instituiu.

Corroborando com o que se aduz, tem-se a definição de Alexandre Mazza (2016, p.460):

Para o adequado cumprimento de duas competências constitucionais, a legislação confere à Administração Pública competências especiais. Sendo prerrogativas ligadas a obrigações, as competências administrativas constituem verdadeiros poderes-deveres **instrumentais para a defesa do interesse público**. Por facilidade metodológica, vamos estudar os importantes poderes administrativos, ao lado de algumas figuras de intervenção estatal na propriedade privada. (MAZZA, 2016, p.460, grifei)

Tais poderes do Estado são divididos pela doutrina majoritária em 06 (seis) vertentes, quais seja, poder vinculado; poder discricionário; poder hierárquico; poder disciplinar; poder regulamentar e poder de polícia, que serão devidamente analisados de forma separada nos tópicos a seguir alinhavados.

3.1 DOS PODERES INERENTES AO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Conforme mencionado no tópico anterior, a Administração é dotada de poderes instrumentais que garantem o efetivo desempenho de suas atribuições que são devidamente impostas pelo sistema normativo vigente.

Neste rumo, tem-se que referidos poderes são prerrogativas utilizadas pela Administração Pública, indispensáveis para que esta possa alcançar, e efetivamente manter e proteger o interesse público.

Encerram prerrogativas de autoridade, as quais, devem ser observadas e exercidas pelos representantes da Administração em qualquer esfera de suas atuações, principalmente quando da elaboração dos contratos que regeram suas relações, haja vista serem os poderes em comento irrenunciáveis pelo Estado.

3.1.1 Do Poder vinculado e discricionário

Neste rumo, no que tange aos poderes-deveres da Administração Pública, deve-se levar em conta que ao analisar os contratos administrativos nota-se a presença do poder discricionário e do poder vinculado.

No que tange ao poder vinculado, tem-se que este é oriundo das determinações legais expedidas na qual confere à Administração Pública a legitimidade/possibilidade para a prática de determinado ato dentro de sua competência. Referido diploma legislativo irá determinar os elementos e requisitos necessários à sua formalização que devem ser rigorosamente observados pela Administração Pública quando da prática do referido ato.

Conclui-se, pois, que quando houver a manifestação do poder vinculado esta fica restrita aos ditames existentes nos dispositivos legais, não havendo, por conseguinte, opções ao administrador quanto a forma de agir devendo seguir estritamente o que fora estipulado no diploma legal obedecido.

Desse modo, o poder será considerado como vinculado quando a lei estabelecer uma única solução possível diante do caso concreto, fixando todos os requisitos, sem deixar margem para qualquer apreciação subjetiva por parte do administrador.

Nesse sentido, conceitua Alexandre Mazza

Fala-se em poder vinculado ou **poder regrado** quando a lei atribui determinada competência definindo todos os aspectos da conduta a ser adotada, **sem atribuir margem de liberdade** para o agente público escolher a melhor forma de agir. Onde houver vinculação, o agente público é um simples executor da vontade legal. O ato resultante do exercício dessa competência é denominado de ato vinculado. (MAZZA, 2016, p.460, grifo nosso)

Da mesma forma, Fernanda Marinela estabelece que:

[...] Poder Vinculado é aquele em que o administrador não tem liberdade de escolha; não há espaço para a realização de um juízo de valor, e, por conseguinte, não há análise de conveniência e oportunidade. Preenchidos os requisitos legais, o administrador é obrigado a praticar o ato. (MARINELA, 2012, p.189)

Diferentemente do poder vinculado, analisado anteriormente, o poder discricionário atribui certa margem de liberdade ao administrador público para que, diante de uma situação concreta, possa definir dentre as opções definidas em lei qual é a mais apropriada ao caso.

No poder discricionário o legislador não define no plano da norma apenas um padrão de comportamento – a norma delega ao agente público a incumbência de avaliar a melhor solução para agir diante de uma situação concreta.

Nesse sentido, cumpre estabelecer que a discricionariedade é considerada como a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites legais. Ademais, o ato discricionário, uma vez autorizado pelo direito, é legal e válido, devendo ser praticado sempre pela autoridade competente.

A doutrina discute quais seriam as justificativas da discricionariedade e, neste sentido, o ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello elenca as explicações:

- **Intenção deliberada do legislador:** é uma técnica intencional do legislador para transferir ao administrador público a escolha da solução mais apropriada para atender a finalidade da norma;

- **Impossibilidade material de reger todas as situações:** é impossível ao legislador disciplinar adequadamente a grande variedade de circunstâncias concretas relacionada ao exercício da função administrativa, sendo mais razoável conferir competências flexíveis;

- **Inviabilidade jurídica da supressão da discricionariedade:** no regime da Tripartição das Funções o legislador está impedido de esgotar no plano da norma a disciplina de todas as situações concretas pertinentes aos assuntos administrativos, à medida que isso implicaria o esvaziamento das atribuições do Poder Executivo e a ruptura de sua independência funcional;

- **Impossibilidade lógica de supressão da discricionariedade:** este é o mais importante fundamento, na medida em que os conceitos empregados na lei muitas vezes são imprecisos e indeterminados, sendo inevitável a existência de competência discricionária. (MELLO, 2009, p.955/956, grifo nosso)

Outro ponto importante consiste em saber em quais aspectos da competência do agente público pode haver discricionariedade. De início, deve-se atentar ao fato de que haverá discricionariedade sempre que ao menos um dos aspectos da competência inclua a referida margem de liberdade.

Cumpre estabelecer que para Hely Lopes Meirelles (2003, p.19), a discricionariedade é sempre relativa e parcial, tendo em vista que quanto à competência, à forma e à finalidade do ato administrativo, o agente público está subordinado ao disposto pela lei, assim como ocorre no poder vinculador; restando à discricionariedade somente no que tange ao motivo e ao objeto do ato administrativo.

Já para Bandeira de Mello (2000, p.956), através de sua teoria moderna, a discricionariedade não tem vinculação apenas com o mérito do ato, podendo a margem de liberdade ser encontrada em outros aspectos da competência administrativa.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2000) admite ainda que esta margem de liberdade atribuída ao administrador através do texto legal reside em outros aspectos: *i) hipótese da*

norma – através da qual a norma reside na imprecisão quanto à descrição da situação fática ensejadora da atuação administrativa, ou seja, o motivo do ato; *ii) finalidade da norma* – a discricionariedade encontra-se nos valores jurídicos apontados pela lei como finalidade do ato administrativo; *iii) comando da norma* – a margem de discricionariedade encontra-se na decisão de praticar ou não o ato, o momento para sua expedição, a forma de exteriorização e o conteúdo da decisão a ser proferida.

Verifica-se, portanto, a existência de certa margem de divergência na doutrina brasileira quanto aos elementos do ato administrativo que são considerados discricionários, mesmo que dentro dos limites estabelecidos pela legislação.

Ultrapassada tais ponderações, tem-se que quanto ao grau de independência/liberdade destes poderes, é reconhecido pela doutrina majoritária brasileira que no Estado de Direito inexistente um poder que seja somente vinculado ou somente discricionário; o que se verifica, na verdade, é a existência de atos administrativos investidos de competência vinculada ou discricionária.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo assevera:

[...] em rigor, no Estado de Direito inexistente um *poder*, propriamente dito, que seja discricionário fruível pela Administração Pública, **Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada.** Poder discricionário abrangendo toda uma classe ou ramo de atuação administrativa é coisa que não existe. (MELO, 2009, p.829/830, grifei)

Em que pese as informações acima alinhavadas, menciona-se que a doutrina minoritária reconhece que os poderes-deveres, e não os atos, são divididos em vinculados e discricionários. Corroborando tem-se que Helly Lopes Meireles (2003, p. 147) determina que o poder vinculado é conceituado como aquele que estabelece um único comportamento possível a ser tomado pelo administrador diante de casos concretos, sem qualquer liberdade, diferentemente do poder discricionário que estabelece um juízo de conveniência e oportunidade ao administrador.

Ao analisar um contrato administrativo é perceptível a presença de cláusulas, decorrentes dos poderes administrativos que somente esse tipo contratual possui, haja vista a verticalidade administrativa ou mesmo a possibilidade de alteração ou rescisão contratual unilateral.

É possível afirmar, portanto, que dos poderes a seguir comentados decorrem todas as cláusulas existentes em um contrato administrativo, sejam elas comuns ou exorbitantes.

3.1.2 Do Poder Hierárquico

O Poder Hierárquico, conforme entendimento de Helly Lopes Meirelles é aquele através do qual o Executivo distribui e escalona as funções de seus próprios órgãos, ordenando e revendo a atuação de seus agentes, estabelecendo uma relação de subordinação entre eles.

Cumpra estabelecer que se trata de um poder interno e permanente, exercido pelos chefes de repartições sobre seus agentes e, também, pela administração como um todo em relação aos órgãos públicos que compõem uma estrutura administrativa, ocasionando a ocorrência de níveis de subordinação entre os órgãos existentes.

Pode-se ser observado em razão dos atos de comando praticados pelos agentes da administração pública de escalonamento superior frente a seus subordinados, haja vistas que estes poderão ordenar, fiscalizar, rever e delegar tarefa, por exemplo.

Conclui-se então que o poder hierárquico irá gerar relações de coordenação e de subordinação entre os agentes públicos, razão pela qual o descumprimento de qualquer ordem inerente de tal poder, irá ocasionar em prática de ato ilícito, passível de punição administrativa e penal.

Registra-se, neste rumo, que não existe relação de hierarquia entre a Administração, composta pelos entes públicos, autarquias, fundações públicas e empresas governamentais, os quais possuem autonomia capaz de repelir qualquer subordinação de tais entidades perante a Administração Pública.

Tem-se que em virtude do poder hierárquico a Lei Federal nº 9784 de 29 de janeiro de 1999, prevê, através de seu artigo 11, dois institutos de efeitos opostos derivados de sua efetiva prática, quais sejam, a delegação e avocação, senão veja-se:

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de **delegação e avocação legalmente admitidos**. (BRASIL, 1999, grifei)

São institutos de efeitos opostos tendo em vista que a delegação distribui temporariamente a competência, sendo capaz de beneficiar agentes e órgãos públicos subordinados ou não à autoridade delegante; enquanto que a avocação somente pode ser realizada de forma vertical.

É certo estabelecer que a lei determina as atribuições dos agentes e dos órgãos públicos que compõem a Administração Pública. Todavia, a própria legislação brasileira prevê a possibilidade de delegação de competências a fim de atender a conveniências técnicas, econômicas, sociais, territoriais e jurídicas.

Neste sentido, o artigo 12 da lei acima mencionada determina:

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. (BRASIL, 1999)

Pode-se dizer que a delegação é a transferência provisória de competência administrativa de seu titular a outro agente ou órgão público subordinado – delegação vertical – ou ainda, pode ocorrer fora da linha hierárquica – delegação horizontal, que pode ser revogada a qualquer tempo pela autoridade delegante.

O ato de delegação deve especificar, de forma obrigatória, as matérias e poderes transferidos, duração, objetos da delegação, os limites da atuação do agente ou órgão delegado e, ainda, o recurso cabível. Além disso, conforme dispõe o artigo 14, parágrafo 3º da Lei Federal nº 9784/99, as decisões aplicadas por delegação são sempre consideradas como praticadas pelo delegado:

Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.
[...]
§ 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado. (BRASIL, 1999)

Por fim, faz-se necessário destacar que a delegabilidade de competência é a regra; todavia, o próprio diploma legal mencionado estabelece três competências administrativas que são indelegáveis; quais sejam:

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:
I - a edição de atos de caráter normativo;
II - a decisão de recursos administrativos;
III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Com relação ao inciso I resta clara a impossibilidade de delegação tendo em vista que os atos de caráter normativo são inerentes às funções de comando dos órgãos públicos, através do qual são estabelecidas regras gerais válidas para todo o quadro de agentes públicos.

O inciso II estabelece a decisão de recursos administrativos como indelegável. Tal fato se justifica pela preservação da garantia do duplo grau, impedindo que uma mesma autoridade julgadora receba delegação para julgar em instância administrativa superior.

Já no que tange ao inciso III pode-se dizer que as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade são casos em que a própria matéria recomenda o exercício da competência com exclusividade pelo órgão estabelecido pela legislação.

Ainda sobre o Poder Hierárquico, faz-se necessário expor sobre a Avocação de competência. Tal instituto, entabulado no artigo 15 da Lei Federal nº 9784/99, permite que autoridade considerada hierarquicamente superior reclame para si a competência de um órgão ou agente subordinado:

Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.(BRASIL, 1999)

Portanto, a avocação é considerada uma medida excepcional e temporária que pode ser realizada somente de forma verticalizada, sendo denominada de avocação vertical.

No que tange a relação do poder em comento com os contratos administrativos, foco do presente trabalho, tem-se que este é devidamente observado quando da existência de necessidade de sua pactuação e a responsabilidade/possibilidade dos órgãos públicos em executá-los.

Tal constatação é possível vez que quando o administração pública se deparar com situações passíveis de elaboração contratual, está deverá agir de forma efetiva, podendo-se recorrer do poder hierárquico para fazer valer as vontades da lei/necessidade coletiva, vez que poderá emitir atos que determinarão a efetiva elaboração destes ou poderá delegar/avocar tal função para vê-la efetivamente cumprida.

3.1.3 Do Poder Disciplinar

O poder disciplinar, conferido à Administração Pública, decorre do sistema hierárquico administrativo. Através deste, o poder público tem o poder de punir e apenar a prática de infrações funcionais dos servidores públicos e de todos aqueles que estiverem sujeitos à disciplina de órgãos e serviços da administração.

Nesse ínterim, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo estabelecem que:

O poder disciplinar (trata-se, a rigor, de um poder-dever) possibilita à administração pública: punir internamente as infrações funcionais de seus servidores; e punir infrações administrativas cometidas por particulares a ela ligados mediante algum vínculo jurídico específico. (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p.232)

Note-se, portanto, que quando a administração pune seus agentes, na qualidade de sanção disciplinar, essa atuação decorre diretamente do poder disciplinar e mediamente do poder hierárquico.

Ademais, é possível depreender que ao aplicar uma sanção administrativa a um particular que descumpriu obrigações contratuais decorrentes de um contrato administrativo firmado com o poder público, este não decorre do poder ora em comento; mas sim do poder de polícia.

Com relação ao poder disciplinar, a doutrina brasileira costuma afirmar que este possui características predominantemente discricionárias. Trata-se, todavia, de uma regra geral, da qual se depreende exceções.

Embora exista uma certa discricionariedade do ente público quanto à gradação da penalidade a ser aplicada ao agente público, não há que se falar nesta característica no que tange à obrigação de sancionar a conduta praticada pelo agente.

O artigo 127 da Lei Federal nº 8.112/90, a qual “Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, prevê seis penalidades distintas para as faltas funcionais cometidas pelos agentes públicos federais, quais sejam:

Art. 127. São penalidades disciplinares:
I - advertência;
II - suspensão;
III - demissão;
IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
V - destituição de cargo em comissão;
VI - destituição de função comissionada. (BRASIL, 1990)

Por fim, deve-se levar em conta que o ato de aplicação da sanção punitiva deve ser sempre motivado. Ou seja, toda e qualquer sanção administrativa deve ser precedida de motivação, desde que previamente exista a aplicação do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade.

3.1.4 Do Poder Regulamentar

O poder regulamentar, assim como o poder disciplinar, decorre do poder hierárquico, uma vez que consiste na possibilidade do chefe do poder executivo editar ato administrativo geral e abstrato ou geral e concreto, expedidos para a fiel execução da Lei.

Tais atos não têm destinatários específicos e incidem sobre todos os fatos que se enquadrem nas situações genericamente previstas.

Nesse sentido, Maria Sylvia Di Pietro (2014, p. 92) alega que o poder regulamentar é aquele que indica a função normativa do Poder Executivo, sendo definido como aquele que concede o poder de editar normas complementares à lei ao chefe do poder executivo.

Outrossim, a formalização do Poder Regulamentar se dá por meio de dois tipos de regulamentos, sendo o primeiro denominado de regulamento executivo, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, é aquele que complementa a Lei, conforme estabelece o artigo 84, IV da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

[...] (BRASIL, 1988)

Desse modo, pode-se afirmar que este regulamento não tem capacidade para inovar na ordem jurídica, devendo-se limitar a estabelecer normas sobre o modo de cumprimento da Lei pela Administração Pública.

O segundo, denominado regulamento autônomo ou independente, diferentemente do executivo, tem o poder de inovar na ordem jurídica ao estabelecer sobre matérias que a legislação pátria não disciplina.

Seguindo com as elucidações sobre o poder regulamentar, tem-se que, embora frequentemente equivocado, o conceito de decreto defere-se substancialmente de regulamento, nesse sentido, Mazza define:

Embora frequentemente confundidos, o conceito de decreto não é exatamente igual ao de regulamento: decreto constitui uma forma de ato administrativo; regulamento representa o conteúdo do ato. Decreto é o veículo introdutor do regulamento. O certo é que decretos e regulamentos são atos administrativos e, como tal, encontram-se em posição de inferioridade diante da lei, sendo-lhes vedado criar obrigações de fazer ou deixar de fazer aos particulares, sem fundamento direto na lei (art. 5º, II, da CF). (MAZZA, 2016, p.473)

Conclui-se, portanto, que o decreto é o meio pelo qual vincula o regulamento. Ainda sobre o Poder Regulamentar, pode-se aferir que é um grave equívoco aduzir que as leis regulamentam as normas complementares.

Conforme o entendimento doutrinário pátrio somente o Chefe do Poder Executivo é quem tem o poder de regulamentar leis, sendo que o exercício deste poder não é caracterizado como condição para que a lei produza seus efeitos em sua plena eficácia normativa.

O regulamento apenas estabelece como a lei deve ser interpretada no âmbito da Administração Pública, apresentando os detalhamentos para a sua efetiva aplicação pelos agentes públicos.

3.1.5 Do Poder de Polícia

Também conhecido por limitação administrativa, o poder de polícia constitui uma das três funções precípua da Administração Pública juntamente com as atividades de fomento e os serviços públicos prestados aos administrados.

Este poder está devidamente regulamentado pelo artigo 78 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (BRASIL, 1966)

E completa o parágrafo único do dispositivo supracitado:

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (BRASIL, 1966)

Sobre o poder de polícia, Hely Lopes Meirelles (2003) aduz que “[...] é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

Tomando por base o conceito legal somado ao conceito doutrinário apresentado acima é possível afirmar que tal poder é caracterizado por ser aquela atividade administrativa que

limita ou disciplina direitos, interesses, ou mesmo a liberdade do particular em detrimento do interesse coletivo.

Convém destacar ainda, conforme entendimento de Alexandre Mazza (2016, p. 483) que os pontos mais relevantes da conceituação legal apresentada são: atividade da administração pública; baseada na lei; limitações à liberdade e propriedade dos particulares; regula a prática de ato ou a abstenção de fato; atos normativos ou concretos e; em benefício do interesse público.

No que tange ao exercício do poder de polícia pela Administração Pública, pode-se afirmar que este acarreta limitações decorrentes desta atividade que não se confundem com aquelas impostas pela legislação. Ademais, deve-se levar em conta ainda que tal atividade deve sempre respeitar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e legalidade.

Com relação aos limites estabelecidos pela lei, o Poder de Polícia se manifesta por meio da expedição de atos administrativos que regulamentam a atuação de particulares, permitindo o desempenho de atividades.

A limitação à liberdade e à propriedade dos particulares ocorre porque o poder em comento é capaz de impor-lhes certos condicionamentos a fim de priorizar as necessidades do interesse público.

O poder de polícia pode ainda regular a prática de atos ou a abstenção de fato manifestando-se por meio do estabelecimento de deveres negativos, obrigação de não fazer ou de fazer impostas aos particulares.

Outrossim, tal poder se manifesta através de atos normativos e concretos; desde que sempre em benefício do interesse público, ou seja, com a finalidade precípua de conciliar direitos individuais e a defesa do interesse público.

Assim como os outros poderes, o Poder de Polícia possui características que o sintetiza: este poder é capaz de impor limitações aos particulares enquanto seres individuais, principalmente no que tange à liberdade e à propriedade.

Desse modo, conclui-se que é através do poder de polícia que o ente público é capaz de limitar, condicionar, restringir o direito de liberdade e propriedade dos particulares em detrimento do interesse coletivo.

Diante do exposto neste capítulo é possível depreender que os contratos administrativos devem ser regidos pelos poderes ensejadores do Direito Administrativo para que sejam considerados como eficazes pela legislação brasileira. Ainda, pode-se aduzir que

para que o contrato administrativo alcance sua finalidade precípua, este deve ainda respeitar os princípios constitucionais ou infraconstitucionais, analisados a seguir.

4 PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO ADMINISTRATIVO

Antes mesmo de adentrar ao conceito de princípios administrativos é necessário que seja feita a distinção entre os princípios e as regras que regem o direito administrativo. Desse modo, é certo estabelecer que o ordenamento jurídico reconhece que os princípios são normas gerais que obrigam o poder público a agir de determinada forma.

Reconhece, também, que o sistema não pode ser baseado somente em princípios, uma vez que a aplicação da lei a um determinado caso concreto depende da interpretação do agente aplicador, devendo este se basear igualmente nas regras ou preceitos ensejadores do direito.

Para Fernanda Marinela os princípios:

[...] são mandamentos de otimização, normas que ordenam a melhor aplicação possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, portanto, a sua incidência depende de ponderações a serem realizadas no momento de sua aplicação, existindo para o caso concreto mais de um princípio aplicável, esses não se excluem. Importante grifar que cada princípio é dotado de determinado valor, dimensão e peso, não tendo amplitude fixada de antemão, logo, a tensão entre eles admite a adoção do critério da ponderação dos valores ou ponderação dos interesses aplicáveis ao caso concreto, devendo a cada caso o intérprete verificar o grau de preponderância. Assim, um determinado princípio pode prevalecer em uma situação específica a ser preterido em outra, o que significa nulidade do princípio afastado, esse continua intacto. (MARINELA, 2012, p.25)

Desse modo, cumpre estabelecer que os princípios são as ideias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, possibilitando, para tanto, uma adequada compreensão de seu modo de se organizar.

Cumpre aduzir, conforme doutrina Celso Antônio Bandeira de Mello (2000), que existem dois princípios superiores dos quais derivam todos os outros, quais seja, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

Segundo Mazza (2016, p. 121), a existência destes dois princípios marca a subsistência de uma dualidade na função administrativa, ou seja, a oposição entre os poderes da Administração Pública e os direitos conferidos aos administrados.

Todavia, faz-se necessário estabelecer que tais princípios não são absolutos, mas sim, relativos, uma vez que inexistente uma supremacia absoluta do interesse público sobre o privado, ou mesmo indisponibilidade absoluta dos interesses públicos haja vista o fato do direito brasileiro relativiza as relações, estabelecendo situações em que o direito do particular se torna tão notável quanto o direito do poder público.

Superada tais ponderações, no que tange aos princípios constitucionais, a Carta Magna, através de seu artigo 37, caput, elenca:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: [...] (BRASIL, 1988, grifei)

Também conhecidos como princípios expressos, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência revelam as diretrizes fundamentais da Administração Pública, de modo que a conduta administrativa só será válida se referidos princípios for compatíveis.

Em que pese tal constatação, tem-se que os princípios em comento devem ser efetivamente observados dentro dos contratos administrativos, vez que este reflete no modo como a Administração Pública manifestará seus interesses, razão pela qual, passa-se a breve análise das principais características que circundam referidos princípios.

4.1 Da Indisponibilidade do Interesse Público e da Continuidade do Serviço Público

Não há que se falar em Indisponibilidade do Interesse Público sem antes estabelecer considerações a respeito da Supremacia do Interesse Público. Dessa forma, resta claro que através do princípio da Supremacia do Interesse Público entende-se que os interesses da coletividade são mais importantes do que aqueles considerados como individuais, ou seja, dos particulares e, por esta razão, a Administração tem “poderes especiais” emanados do texto legal para defender os interesses públicos, ou seja, os entes públicos gozam da supremacia decorrente deste princípio, razão pela qual vige a presunção de legalidade dos atos praticados pela Administração, a possibilidade de desapropriação de bens privados, dentre outras prerrogativas.

A noção de supremacia dos interesses coletivos sobre os privados gera certos desdobramentos no que tange à imperatividade, à exigibilidade e à executoriedade dos atos administrativos, assim como o poder de autotutela conferido à Administração Pública para que a mesma possa rever seus próprios atos, anulando-os ou revogando-os quando necessário, sem necessidade de autorização judicial para tal feito.

Com relação ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público é certo estabelecer que os agentes públicos, no exercício da função administrativa, estão obrigados a atuar de acordo com o que determina a legislação pátria.

Este princípio estabelece que o administrador não pode deixar de atuar quando o interesse público assim o exigir, haja vista, o fato do agente não ser titular do interesse público, razão pela qual não tem poder de disposição sobre ele.

Desse modo, resta claro que estes dois princípios embasam o sistema administrativo, estabelecendo que a Administração Pública só é capaz de atuar dentro dos limites do interesse público, mesmo gozando de vantagens superiores às dos particulares amparadas na própria legislação brasileira.

Um exemplo desta junção de princípios pode ser demonstrado através da existência de cláusulas exorbitantes no contrato administrativo - o que caracteriza a prerrogativa administrativa, devendo o contrato ser firmado após processo de licitação e se submetendo a prazo determinado de validade/duração - consubstanciando a limitação imposta.

Nesse sentido, entende Fernanda Marinela:

Embora o princípio da supremacia do interesse público favoreça a Administração com um patamar de superioridade em face dos administrados, também lhe exigem maiores cuidados e obediência a inúmeras formalidades, tendo em vista que essa atuação deve ocorrer nos limites da lei, não podendo esse interesse ser livremente disposto pelo administrador. Assim, o princípio da indisponibilidade serve para limitar a atuação do agente público, revelando-se um contrapeso à superioridade descrita no princípio da supremacia, podendo se afirmar que, em nome da supremacia do interesse público, o Administrador pode muito, pode quase tudo, mas não pode abrir mão do interesse público. (MARINELA, 2012, p.27)

Com relação ao Princípio da Continuidade do Serviço Público, este traduz a ideia da prestação ininterrupta da atividade administrativa. Neste sentido, pode-se determinar que a atividade do Estado é contínua, não existindo a possibilidade de paralisação.

Tal princípio está disposto expressamente no artigo 6º, parágrafo 1º da Lei Federal nº 8987/1995, e de forma implícita no texto constitucional, veja-se:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, **continuidade**, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. (BRASIL, 1995, grifei)

Desse modo, resta claro que o seu fundamento reside no fato de que a prestação de serviços públicos é um dever constitucional devidamente estabelecido no artigo 175 da Constituição Federal, ante sua superioridade, não existindo escolha entre realizar ou não a prestação de tais serviços, senão veja-se:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (BRASIL, 1988)

Alexandre Mazza (2016, p. 190) estabelece que a continuidade, por ser característica inerente ao regime jurídico dos serviços públicos, estende-se às formas indiretas de prestação por meio de concessionários e permissionários, tendo em vista que a continuidade constitui garantia do usuário, que não se altera diante da forma de prestação do serviço.

Por fim, conclui-se que a o princípio da continuidade do serviço público constitui uma imposição ao Estado de prover e desempenhar todas as tarefas próprias da Administração Pública, razão pela qual deve, juntamente com o princípio da indisponibilidade do interesse público, ser devidamente observado quando da elaboração dos contratos administrativos.

3.2 Da Legalidade

No que tange ao Princípio da Legalidade, o qual determina a subordinação da atuação administrativa à Lei, tem-se que este decorre da indisponibilidade do interesse público. O administrador não pode atuar de forma a dispor do interesse público visto que sua atuação depende de autorização do titular do interesse público, ou seja, o responsável pela elaboração das leis.

É necessário estabelecer que existe uma certa distinção entre o Princípio da Legalidade na esfera pública e na privada. Nesse sentido, Marinela assevera que:

Para definir a legalidade, aplicando-se o ordenamento jurídico vigente, devem ser analisados **dois enfoques** diferentes. De um lado, tem-se a legalidade para o direito privado, onde as relações são travadas por particulares que visam aos seus próprios interesses, podendo fazer tudo aquilo que a lei não proibir. Por prestigiara autonomia da vontade, estabelece-se uma **relação de não contradição à lei**.

De outro lado, encontra-se a legalidade para o direito público, em que a situação é diferente, tendo em vista o interesse da coletividade que se representa. Observando esse princípio, a Administração só pode fazer aquilo que a lei autorizou determina, instituindo-se um **critério de subordinação à lei**. Nesse caso, a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos da autorização contida no sistema legal. (MARINELA, 2012, p.61)

Desse modo, resta claro que a eficácia e a validade da atividade administrativa ficam devidamente condicionadas à observância da legislação. Assim, pode-se dizer que o agente público está sujeito aos mandamentos legais e às exigências do interesse comum.

Todavia, é necessário aduzir, ainda, que a exata compreensão do princípio da legalidade não exclui o exercício discricionário do administrador, devendo-se levar em consideração a conveniência e a oportunidade do interesse público, tendo em vista que é impossível prever todos os casos, além do caráter de generalidade e de abstração característicos de Lei.

Mazza (2016, p. 132) argumenta, ainda, que este Princípio representa a subordinação da Administração Pública à vontade da população, sendo que o exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade dos agentes públicos, mas sim, deve-se respeitar de forma obrigatória oriunda da vontade da lei.

Dessa forma, com relação aos contratos administrativos, estes não são diferentes. Assim como todo e qualquer ato administrativo, os contratos são firmados tomando por base a legislação pátria, a qual estabelece em seu texto cláusulas específicas e necessárias, sem as quais o contrato torna-se sem efeito.

Não obstante, é justamente com base no princípio da legalidade que os contratos administrativos devem ser expressos e escritos, sendo considerado nulo aquele feito de forma verbal entre a Administração e o particular. Para tanto, o artigo 60 da Lei Federal de Licitações nº 8.666/1993 estabelece que:

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento. (BRASIL, 1993)

Desse modo, resta claro pelo artigo supracitado que ainda que a contratação escrita seja a regra, tem-se como exceção, qual seja, aquele contrato de pequenas compras e pronto pagamento, não superior a 5% (cinco por cento) do limite de compras e serviços *i)* na modalidade licitatória convite até oitenta mil reais; *ii)* modalidade tomada de preços até seiscentos e cinquenta mil reais e; *iii)* na modalidade concorrência acima de seiscentos e cinquenta mil reais; no que tange à contratação mediante licitação.

Conclui-se, portanto, que o princípio da legalidade está intimamente ligado aos contratos administrativos, tendo em vista a necessidade de sua submissão à vontade da lei.

4.3 Da Publicidade

Entende-se por publicidade administrativa a proibição de edição de atos secretos, consubstanciando a ideia de que a Administração deve atuar de forma transparente, dando à sociedade conhecimento dos atos por ela praticados.

Todavia, este princípio não é absoluto. A própria Constituição Federal ressalta que devem ser resguardados a segurança nacional e o relevante interesse coletivo. Da mesma forma, admite-se a edição de atos sigilosos quando a publicidade puder causar prejuízos à intimidade, honra e vida privada de seus administrados ou administradores.

Mazza conceitua o princípio da publicidade nos seguintes termos:

[...] pode ser definido como o dever de divulgação oficial dos atos administrativos (art. 2º, parágrafo único, V, da Lei n. 9.784/99). Tal princípio encarta-se num contexto geral de livre acesso dos indivíduos a informações de seu interesse e de transparência na atuação administrativa, como se pode deduzir do conteúdo de diversas normas constitucionais. (MAZZA, 2016, p.153)

Se os interesses públicos são indisponíveis, sendo interesses de toda a coletividade, os atos emitidos a título de implementá-los serão exibidos ao público afim de dar efeito concreto ao ato como condição de sua própria eficácia. Tal princípio é necessário ao conhecimento público do ato administrativo, haja vista que referido ato é de interesse do povo.

No que tange aos Contratos Administrativos, deve-se levar em consideração o fato da necessidade de licitação para ser adjudicado; e, com relação aos princípios norteadores dos instrumentos licitatórios, o artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993 define que as licitações pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações deve ser processada e julgada em conformidade com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Desse modo, em concordância com o artigo 61 da Lei de Licitações– o qual estabelece que ninguém está obrigado a cumprir ato administrativo do qual desconhece – é certo concluir que o contrato firmado entre o Poder Público e o particular deve ser regido pela publicidade atribuída a todo e qualquer ato administrativo.

4.4 Da Moralidade

Todo ente público e seus agentes devem agir pautados em princípios éticos, aceitáveis socialmente. Relaciona-se com lealdade, honestidade e boa-fé, de forma a assegurar a disciplina interna de seus órgãos ou repartições, bem como a boa administração como um todo.

Devidamente entabulado no artigo 37, *caput* da Constituição Federal, este princípio fundamental deve ser respeitado como requisito de validade do ato administrativo. Há que se falar ainda que a moralidade administrativa difere-se da moral comum.

Sobre esse assunto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 44) afirma que “Enquanto a moral comum é orientada para uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, distintamente, a moral administrativa é orientada para uma distinção prática entre a boa e a má administração”.

Ainda, é nesse mesmo sentido que o artigo 2º, parágrafo único, IV, da Lei nº 9.784/99, a qual “*Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*”, define a moralidade nos processos administrativos como sendo:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
[...]
IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
[...] (BRASIL, 1999)

Na mesma esteira, foram editados o Decreto nº 1.171/94, o qual “*Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal*” e o Decreto nº 6.029/2007 que “*Institui Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal*”.

Possível concluir, portanto, que através do princípio da moralidade, são atingidos os dois polos da relação jurídico-administrativa: a vinculação da própria Administração Pública e o dever imposto aos administrados de agir com lealdade, urbanidade e boa-fé; princípio este embasador de qualquer ato administrativo e por consequência dos contratos firmados por esta.

4.5 Da Eficiência

Inserido ao artigo 37, *caput* da Constituição Federal pela Emenda nº 19/98, o Princípio da Eficiência tem a finalidade de acrescentar valores como qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional e economicidade à atuação do Poder Público.

No que tange à análise do princípio da eficiência, Mazza estabelece que:

[...] o mesmo não pode ser analisado separadamente, mas sim, juntamente com os outros princípios instituidores da Administração Pública”. Segundo ele, tal fato se justifica pela afirmativa de que “o conteúdo jurídico do Princípio da Eficiência consiste em obrigar a Administração Pública a buscar os melhores resultados pela aplicação das disposições legais. (MAZZA, 2016, p.160)

Deve-se fazer ainda a distinção entre eficiência, eficácia e efetividade. Segundo o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 83), estes são conceitos que não se mesclam. Para ele, eficiência seria a maneira através da qual é exercida a função administrativa; a eficácia diz respeito aos meios utilizados pelo agente público; e com relação à efetividade, determina que esta é direcionada ao resultado de seu desempenho.

Portanto, é possível deduzir que o princípio da eficiência determina que a prestação do serviço público pela administração deve se dar de forma eficaz e apropriada, firmando a sistemática de conveniência e oportunidade, assegurando a continuidade desta prestação e atendendo à economicidade inerente à atividade pública, fatos estes indispensáveis para o regular desenvolvimento do contrato administrativo.

3.6 Da Impessoalidade

Segundo disciplina Alexandre Mazza, o Princípio da Impessoalidade se conceitua da seguinte forma:

O princípio da impessoalidade estabelece um dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações (perseguições) e privilégios (favoritismo) indevidamente dispensados a particulares no exercício da função administrativa. (MAZZA, 2016, p.140)

Ademais, a Lei do Processo Administrativo nº 9.784/99 estabelece ainda:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

[...]

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

III - objetividade no atendimento do interesse público, **vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades**; [...] (BRASIL, 1999, grifei)

Da análise do conceito doutrinário e legal acima citados, é possível depreender que existem duas correntes sobre a definição de impessoalidade, quais sejam, a primeira ligada aos administrados e a segunda ligada aos agentes públicos.

Para a primeira corrente, a impessoalidade ligada aos administrados, é possível afirmar que a Administração Pública deve atuar de maneira objetiva, evitando discriminações ou favoritismos.

Já para a segunda corrente, ligada à impessoalidade dos agentes públicos, ocorre de modo que os atos praticados pelos agentes não devem ser atribuídos à sua pessoa, mas sim, ao ente estatal enquanto pessoa jurídica a qual estiver relacionado.

Neste mesmo sentido, o artigo 37, parágrafo 1º da Carta Magna determina que a publicidade dos atos praticados pelos agentes do poder público deve se dar de forma educativa, orientadora ou informativa, não podendo constar qualquer insinuação de promoção pessoal, *in verbis*:

[...]

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. (BRASIL, 1988)

Sobre a existência de impessoalidade nos contratos administrativos, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão **contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988, grifei)

Desta forma, é possível concluir que o princípio da impessoalidade se caracteriza nos contratos administrativos principalmente pela necessidade de procedimento licitatório para firmar vínculo com o poder público a fim de assegurar a igualdade a todos os possíveis adjudicatários.

4.7 Da Razoabilidade e Proporcionalidade

Razoabilidade, no entendimento do professor José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 31), é [...] “a qualidade do que é *razoável*, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa.”

O princípio da razoabilidade, implícito no texto constitucional e explícito no artigo 2º da Lei Federal nº 9.784/99, citado anteriormente, tem limiar no direito processual norte americano e impõe a obrigação aos agentes públicos de que suas ações devem se dar de forma coerente, equilibrada e de acordo com o bom senso; além da própria finalidade pública predefinida no texto legal.

Trata-se do princípio da proibição de excessos, ou seja, proíbe que o administrador atue de forma despropositada quando age de forma arbitrária com a desculpa de cumprir o texto legal.

É nesse sentido que Fernanda Marinela assevera:

[...] ele representa um limite para a discricionariedade do administrador, exigindo uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e finalidade legal de outro. Agir discricionariamente não significa agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. A lei não protege, não encampa condutas insensatas, portanto terão o administrador que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal. (MARINELA, 2012, p.79)

Ademais disso, a lei pátria não salvaguarda qualquer conduta imprudente, devendo o administrador obedecer a critérios aceitáveis, tanto do ponto de vista do senso comum quanto do ponto de vista racional.

Ainda, caso as decisões administrativas violem este princípio, estas serão conhecidas como ilegais, ofendendo a finalidade legal daquele determinado ato, admitindo correções tanto do Poder Executivo, na esfera administrativa investido da auto executoriedade (análise da legalidade e do mérito do ato); quanto do Poder Judiciário – o qual tem o poder de apreciar somente o controle de legalidade do ato administrativo. Sobre este princípio, o desembargador relator Fernando Quadros da Silva, em um julgamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, determina:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. VESTIBULAR. ENSINO SUPERIOR. PRAZO. MATRÍCULA EXTEMPORÂNEA. **PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE**. FATO ALHEIO À VONTADE DO ESTUDANTE. OFENSA

AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. **Pelo princípio da razoabilidade**, fundamentado nos mesmos preceitos dos princípios da legalidade e finalidade (artigos 5º, II, LXIX, 37 e 84 da CF/88), **as exigências administrativas devem ser aptas a cumprir os fins a que se destinam**. 2. A negativa de matrícula - por extemporânea - e o conseqüente cancelamento da vaga junto ao curso pretendido, no contexto fático em questão, não se mostra razoável nem condizente com o direito à educação constitucionalmente garantido. No caso, não havendo prejuízos consideráveis à instituição de ensino, impõe-se seja oportunizada a matrícula ainda que fora do prazo regulamentar. 3. Remessa oficial improvida. (BRASIL, 2015, grifo nosso)

Já com relação ao Princípio da Proporcionalidade, a doutrina majoritária representada por Maria Sylvia di Pietro entende que este se encontra contido no Princípio da Razoabilidade:

Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. (PIETRO, 2014, p.118)

E acrescenta ainda que a proporcionalidade deve ser medida segundo os padrões comuns na sociedade e de acordo com o caso concreto; não devendo ser analisada pelos critérios pessoais do administrador e nem diante dos termos legais isoladamente.

O artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei 9.784/99 define a proporcionalidade sendo a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

Este princípio exige uma relação de equilíbrio entre o sacrifício imposto ao interesse de alguns e a vantagem geral obtida, de modo a não tornar a prestação excessivamente onerosa para uma parte.

Desse modo, é possível concluir que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser apreciados de forma conjunta, tendo em vista que todo e qualquer ato praticado pelo poder público deve ser razoável, na medida que não são admitidos excessos, e proporcional, exigindo que a Administração se atenha aos limites apresentados pelo poder discricionário.

4.8 Da Autotutela

Inicialmente, faz-se necessário trazer à baila o que dispõe o texto legal sobre o Princípio da Autotutela, para tanto, tem-se o artigo 53 da Lei nº 9.784/99 que estabelece:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. (BRASIL, 1999)

Do texto supracitado depreende-se que o poder público é investido do poder de anular ou revogar seus próprios atos, desde que ilegais ou por motivo de interesse público, respectivamente.

Nesse sentido, Alexandre Mazza argumenta:

O princípio da autotutela consagra o controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos. Como consequência da sua independência funcional (art. 2º da CF), a Administração não precisa recorrer ao Judiciário para anular seus atos ilegais e revogar os atos inconvenientes que pratica. Consiste no poder-dever de retirada de atos administrativos por meio da anulação e da revogação. A anulação envolve problema de legalidade, a revogação trata de mérito do ato. (MAZZA, 2016, p.162)

Diferentemente deste princípio, em regra, tanto pessoas jurídicas como físicas devem recorrer ao Poder Judiciário para tutelar/proteger seus próprios direitos. Todavia, assim como na tutela judiciária, na autotutela do poder público devem ser respeitados os preceitos legais, sob pena de abuso de poder e ilegalidade.

A anulação dos atos praticados pelo poder público é considerado um poder-dever da administração pública, tendo em vista que os atos eivados de ilegalidade – aqueles que não estão de acordo com os preceitos legais – devem ser anulados pois maculam o interesse público.

Fernanda Marinela (2012, p. 87) sustenta que a anulação é um dever. Todavia poderá ser uma faculdade quando a retirada do ato causar mais danos ao interesse público do que a própria manutenção deste, não podendo perder de vista a proporcionalidade entre o prejuízo causado pela sua manutenção e o benefício atribuído pelo mesmo.

Segundo o artigo 54 da Lei nº 9.784/99, o prazo para que a Administração Pública reveja seus atos é de 5 (cinco) anos, quando ilegais, a contar da data em que foram praticados, vale lembrar que a ilegalidade do ato pode ser apreciada pelo Poder Judiciário.

No que se refere à revogação, não há previsão legal do prazo ou mesmo enumeração de hipóteses.

A revogação de ato administrativo só é possível desde que o administrador entenda ser necessária, tomando por base a conveniência e a oportunidade, ou seja, a discricionariedade para que tal ação seja tomada.

Assim, constata-se que a autotutela administrativa é reconhecida como o poder-dever atribuído à Administração Pública que possibilita a anulação ou revogação de seus próprios atos, desde que considerados ilegais ou que estejam em desacordo com o interesse público.

5 DA MUTABILIDADE E DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Antes de iniciar a análise das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos deve-se levar em conta o conceito de mutabilidade que se faz presente nas ações do Poder Público.

Sobre esse assunto, Fernanda Marinela define a mutabilidade:

[...] é da própria natureza do contrato administrativo, é imanente a ele. Contudo tal prerrogativa não decorre de uma condição de superioridade própria da Administração em relação ao contratado, senão de sua condição de curadora dos interesses públicos primários, também denominados interesses coletivos primários. (MARINELA, 2012, p.449)

Pode-se dizer, portanto, que a mutabilidade contratual decorre da necessidade da Administração Pública defender os interesses coletivos primários, ou seja, aqueles que são do interesse da coletividade como um todo.

Ainda sobre esse tema o doutrinador Rafael Carvalho Rezende Oliveiradefine:

A mutabilidade natural do interesse público, em razão da alteração da realidade social, política e econômica, acarreta a maleabilidade (instabilidade) nos contratos administrativos. Enquanto nos contratos privados sempre vigorou a ideia, hoje muito mitigada pelas teorias revisionistas, do *pacta sunt servanda*, nos contratos administrativos a instabilidade é uma nota essencial. (OLIVEIRA, 2014, p.171, grifei)

Bem como Alexandre Mazza estabelece:

[...] diferentemente do que ocorre no direito privado, em que vigora o princípio segundo o qual os contratos devem ser cumpridos tal como escritos (*pacta sunt servanda*), no Direito Administrativo a legislação autoriza que a Administração Pública promova a modificação unilateral das cláusulas do contrato, instabilizando a relação contratual diante de causas supervenientes de interesse público. (MAZZA, 2016, p. 714)

Nesse sentido, é possível afirmar, ao analisar as citações apresentadas acima, que a mutabilidade é uma característica inerente dos contratos administrativos como forma de estabilizar a relação contratual firmada com particulares, uma vez que tal quadro se torna necessário diante das variações econômicas e sociais.

Diante disso, resta claro que a mutabilidade se dá a partir de prerrogativas firmadas pela própria legislação pátria, através da possibilidade da inserção de cláusulas exorbitantes

nos contratos firmados entre a administração e os prestadores de serviços ou mesmo seus próprios agentes.

Imperioso se faz mencionar que no que tange as cláusulas exorbitantes, possibilitadoras da mutabilidade visualizada, o professor Matheus Carvalho entende que (2016, p. 170) “as cláusulas exorbitantes são assim designadas pelo fato de exorbitarem o direito privado e somente são aceitas em virtude da supremacia do interesse público”.

Ainda nesse sentido, Alexandre Mazza conceitua as cláusulas exorbitantes do contrato administrativo como sendo:

[...] regras que conferem poderes contratuais especiais, projetando a Administração Pública para uma posição de superioridade diante do particular contratado. São prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado e, por isso, são aplicáveis ainda que não escritas no instrumento contratual. (MAZZA, 2016, P.756)

Assim, tem-se que a mutabilidade do contrato administrativo é um poder inerente da Administração Pública haja vista a preponderância do interesse público sobre as relações entabuladas em referidos contratos, e possível em razão da existência das cláusulas em comento.

Desse modo, é possível afirmar que ambos os doutrinadores defendem a presença de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos devido à supremacia do interesse público sobre o privado, que possibilitam a mutabilidade dos mesmos.

Importante esclarecer que essas cláusulas não são consideradas abusivas. Pelo contrário; são consideradas exorbitantes por se caracterizarem como um recurso anormal para a coerência utilizada nos contratos privados. Ademais, deve-se levar em conta que as cláusulas exorbitantes possuem previsão legal na Lei de Licitações nº 8.666/1993, em artigos que serão apresentados nos sub-tópicos seguintes.

Em que pese os fatos mencionados, passa-se agora a análise pormenorizadas das seguintes cláusulas exorbitantes, quais sejam: *Alteração unilateral do contrato; Rescisão unilateral do contrato; Fiscalização da execução do contrato; Ocupação provisória de bens; Poder de aplicação de penalidades; Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; Inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido; Exigência de garantia.*

5.1 Alteração Unilateral do Contrato

Sabe-se que a legislação brasileira autoriza que a Administração Pública realize alterações de forma unilateral do objeto contratual com a finalidade de adequá-lo ao interesse público, nesse sentido, Alexandre Mazza expõe:

A lei autoriza que a Administração realize modificação unilateral no objeto do contrato para melhor adequação às finalidades de interesse público. A alteração pode consistir na modificação do projeto ou em acréscimo e diminuição na quantidade do objeto. Desse modo, as alterações unilaterais podem ser modificações qualitativas ou quantitativas. (MAZZA, 2016, p.758)

Conforme se depreende do parágrafo supracitado, as alterações unilaterais do contrato se dividem em duas: qualitativas e quantitativas. As alterações unilaterais qualitativas estão previstas no artigo 58, inciso I, combinado com o artigo 65, inciso I, “a”, ambos da Lei 8.666/93, *in verbis*:

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;

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
I - unilateralmente pela Administração:
a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, **para melhor adequação técnica aos seus objetivos**; [...] (BRASIL, 1993, grifo nosso)

Depreende-se da leitura dos artigos supracitados que desde que seja para uma melhor adequação às finalidades do interesse público, o ente público tem a prerrogativa de modificar, independentemente do consentimento da outra parte contratante, as disposições contratuais no que tange ao projeto ou de suas peculiaridades. Todavia, cabe estabelecer ainda que o poder público não tem direito de modificar o **objeto** contratual, uma vez que caracterizaria fraude ao processo licitatório.

Já a alteração quantitativa possui previsão legal no artigo 65, inciso I, “b”, da Lei de Licitações:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
I - unilateralmente pela Administração:
[...]
b) quando necessária a **modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto**, nos limites permitidos por esta Lei; (BRASIL, 1993, grifei)

Essa modificação prevê que o particular deve aceitar as alterações unilaterais realizadas pela Administração Pública até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor original estipulado no contrato para acréscimos ou diminuições.

Todavia, caso o contrato seja de reforma de edifícios ou equipamentos, a modificação para o aumento dos valores pode se dar até 50% (cinquenta por cento) do valor original do contrato; enquanto as supressões devem continuar respeitando a alteração de até 25% (vinte e cinco por cento), é o que determina o parágrafo primeiro do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 65 – *omissis*.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (BRASIL, 1993)

Ainda, caso haja acordo entre o poder público contratante e o particular adjudicatário, ou seja, desde que seja realizado um acordo bilateral, o objeto do contrato pode sofrer alterações supressivas superiores ao limite legalmente estipulado; sendo extremamente proibidos os acréscimos acima do limite; conforme estabelecido no parágrafo segundo do artigo 65 da Lei nº 8.666/93:

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:
I - (VETADO)
II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (BRASIL, 1993)

Por fim, independentemente do motivo ensejador da alteração contratual, o particular tem a garantia de que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro – a margem de lucro estipulada em sede contratual deve ser respeitada.

5.2 Rescisão Unilateral do Contrato

Prevista nos artigos 58, inciso II; 78 e 79, inciso I; todos da Lei nº 8.666/93, a rescisão unilateral é prerrogativa do ente público que põe fim à relação contratual sem que haja consentimento do adjudicatário ou decisão judicial.

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

[...]

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

[...]

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

[...]

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato;

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

[...] (BRASIL, 1993)

Em suma, pode-se dizer que as hipóteses que ensejam a rescisão contratual de forma unilateral são várias e podem ser divididas em dois grandes grupos, segundo José dos Santos Carvalho Filho:

Vários são os motivos relacionados pela lei, ensejadores da rescisão do contrato (art. 78, Estatuto). Excluídos os motivos de menor importância, podemos considerar dois principais motivos: **o primeiro relativo ao cumprimento do contrato pelo particular e o segundo consistente no interesse da própria Administração.** (FILHO, 2016, p.279, grifo nosso)

Dessa forma, como enumerado pelo doutrinador supracitado, o primeiro grupo diz respeito ao cumprimento contratual por parte do particular; e o segundo é relativo ao interesse público defendido pela Administração Pública.

No que tange ao inadimplemento do particular, também denominado de caducidade, caso aconteça, deverá o particular indenizar a Administração pelos danos causados, desde que seja consentido o direito de ampla defesa e contraditório ao mesmo através de um processo administrativo.

Já com relação à rescisão por motivo de interesse público, denominado encampação, deve a administração indenizar o particular em caso de dano, bem como os investimentos feitos por este não extintos, em razão da quebra contratual antecipada.

Além disso, caso o poder público seja inadimplente o particular contratado não pode rescindir o contrato de forma unilateral tendo em vista que se trata de cláusula exorbitante, ou seja, prerrogativa inerente à Administração Pública. Caso o ente estatal reste inadimplente por mais de 90 (noventa) dias, o particular tem o direito de suspender a execução do contrato, conforme o artigo 78 da Lei nº 8.666/93 supracitado e, ainda, é capaz de provocar a rescisão do contrato desde que haja decisão judicial.

Ademais, é motivo determinante para a rescisão contratual o caso fortuito ou força maior, ou seja, situações externas ao contrato, de natureza econômica e estranhas à vontade das partes, imprevisíveis e inevitáveis que causem desequilíbrio contratual.

Para caracterizar tal circunstância, faz-se necessário o preenchimento de algumas condições, de modo que o fato seja imprevisível quanto à sua ocorrência e ao alcance de suas consequências; estranho à vontade das partes; inevitável; e causador de um significativo desequilíbrio ao contrato.

5.3 Fiscalização da Execução Contratual

Primeiramente, a fiscalização da execução do contrato está prevista legalmente no artigo 58, inciso III e art. 67 da Lei de Licitações. :

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

[...]

III - fiscalizar-lhes a execução;

[...]

Art. 67. A execução do contrato deverá ser **acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração** especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. § 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes. (BRASIL, 1993, grifei)

A partir dos artigos 58 e 67 é possível depreender que além das prerrogativas de alteração e rescisão unilaterais, a Administração Pública tem o poder-dever de fiscalizar a execução do objeto contratual por um agente público que anotarás as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, sendo possível a terceirização da fiscalização da execução contratual a um particular.

Além disso, José dos Santos Carvalho Filho (2016, p.72) determina que a fiscalização “apresenta duplo aspecto: um preventivo, através do qual os agentes da Administração procuram impedir um dano social, e um repressivo, que, em face da transgressão da norma de polícia, redundará na aplicação de uma sanção”.

Desse modo, é possível concluir que a fiscalização se trata de uma prerrogativa concedida a Administração Pública com o intuito de prevenir eventuais danos e, ainda, de punir através de aplicação de penas – que será apresentado em tópico posterior - por esses mesmos danos.

Por fim, uma vez comprovada a ausência de fiscalização por parte do poder público, este responderá pelos eventuais danos causados pelo contratado devido a sua omissão, inclusive no que tange aos encargos trabalhistas. Nesse sentido, o parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 exclui a responsabilidade estatal subsidiária dos débitos trabalhistas da empresa contratada. Todavia, caso o não pagamento dos valores trabalhistas devidos aos empregados não for fiscalizado pela Administração Pública, surge a sua responsabilidade pela irregularidade cometida.

5.4 Ocupação Temporária de Bens

O artigo 58, inciso V da Lei Federal nº 8.666/93 estabelece:

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

[...]

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. (BRASIL, 1993, grifei)

Segundo o artigo mencionado, é facultado à Administração, nos casos de serviços essenciais, ocupar de maneira provisória bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto que deu ensejo ao contrato, seja para garantir a apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado ou na hipótese de rescisão contratual.

Ademais, a ocupação de bens é prevista no artigo 80 da Lei nº 8.666/93 como consequência da rescisão contratual, estudada anteriormente:

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

[...]

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

[...] (BRASIL, 1993)

Nesse sentido, Alexandre Mazza conceitua a ocupação provisória de bens da seguinte forma:

Ocupação provisória ou temporária é a **modalidade de intervenção do Estado na propriedade de bens particulares em apoio à realização de obras públicas ou à prestação de serviços públicos**, mediante utilização discricionária, autoexecutável, remunerada ou gratuita e transitória. Pode ter como objeto bem móvel ou imóvel. Não tem natureza real. (MAZZA, 2016, p.1068, grifei)

Assim, entende-se que em determinadas situações, com o intuito de manter a prestação dos serviços contratados, a Administração Pública se ocupa de forma temporária dos bens do particular contratado a fim de dar continuidade ao serviço público.

Segundo entendimento doutrinário, essa prerrogativa é passível de transferência à concessionários/empreiteiros, desde que sejam devidamente autorizados pela Administração Pública a ocupar propriedades ignoradas ou mesmo terrenos baldios nas proximidades de serviços ou obras públicas.

Essa prerrogativa não admite qualquer tipo de alteração que prejudique a propriedade particular, sendo possível apenas o uso momentâneo e compatível com a destinação do bem ocupado.

A instauração da ocupação temporária pode se dar através de ato formal, em caso de apoio à desapropriação ou, em caso de situações desvinculadas de desapropriação, pela simples ocupação material, sendo dispensada qualquer formalidade.

No que tange à indenização, a regra é a sua ausência, exceto se o proprietário do bem ocupado demonstrar algum prejuízo decorrente de seu uso pelo poder público. E, ainda, caso a

ocupação seja vinculada à desapropriação de um bem, o artigo 36 do Decreto-Lei nº 3.365/41, estabelece que a indenização será obrigatória, *in verbis*: “Art. 36. É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificados, vizinhos às obras e necessários à sua realização.” (BRASIL, 1941)

Diante de todo o exposto a respeito desta prerrogativa é possível concluir que se trata de um tipo de intervenção do poder público na propriedade do particular, desde que reste comprovada a necessidade de desapropriação do bem à finalidade de garantir o interesse público.

5.5 Poder de Aplicação das Penalidades

O artigo 87 da Lei Federal nº 8.666/93 prevê o rol taxativo de penalidades administrativas a serem aplicadas ao contratado no caso de ocorrência de inexecução total ou parcial do contrato, devendo sempre ser garantida a prévia defesa. Desse modo, se tem como penalidades:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - **advertência**;

II - **multa**, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - **suspensão temporária** de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - **declaração de inidoneidade** para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. (BRASIL, 1993, grifei)

Importante estabelecer que quando da aplicabilidade das penalidades enumeradas não possuem qualquer relação de hierarquia, podendo a Administração aplicar uma sanção mais grave antes de uma mais branda.

Na aplicação de qualquer das penalidades previstas pelo artigo 87 da Lei nº 8.666/93, a autora Pollyane Pinto Motta Roque, em seu artigo estabelece que:

[...] além dos princípios que regem a Administração Pública, insculpidos no caput do art. 37 da Constituição da República de 1988, e de outros previstos na lei 8.666/93, alguns princípios fundamentais do Direito Penal devem ser observados, notadamente:

(i) Princípios da **legalidade e da anterioridade**, segundo o qual nenhuma penalidade poderá ser imposta ao contratado sem que haja lei prévia que estabeleça a infração e a sanção correspondente;

(ii) Princípios da **proporcionalidade e da razoabilidade**, que impõem a adequação da penalidade à infração praticada, considerando-se a gravidade desta, as suas consequências e os prejuízos eventualmente advindos; e
 (iii) Princípio da **culpabilidade**, que demanda a comprovação, no caso concreto, da existência de elemento subjetivo (dolo ou culpa) na conduta que ensejou o descumprimento contratual, o qual deverá ser levado em consideração na aplicação da penalidade. (ROQUE, 2016, p.02, grifei)

E completa ainda que a instauração do processo administrativo, necessário à aplicação das penalidades, deve garantir o exercício da ampla defesa e do contraditório, em observância ao que dispõe o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 [...]
 LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
 [...] (BRASIL, 1988)

Deve ser levado em conta que o ato administrativo sancionador deverá ser composto pelos fundamentos de direito e de fato que ensejaram a motivação da aplicação da pena, sob pena de nulidade, com a finalidade de assegurar o controle da legalidade do ato.

Ainda com relação às penalidades passíveis de serem aplicadas em caso de descumprimento contratual, é certo que há uma certa gradação entre elas, partindo-se da mais leve, ou seja, da pena de advertência, até a mais grave: declaração de inidoneidade.

Desse modo, o princípio da proporcionalidade é tido como o meio de garantir que a pena administrativa a ser aplicada esteja adequada à relevância da transgressão contratual praticada pelo adjudicatário.

Quanto à penalidade de advertência, esta não terá qualquer efeito momentâneo ao contratado. Todavia, em caso de reincidência, o Poder Público tem a prerrogativa de aplicar-lhe punições mais severas.

Ao tratar sobre a penalidade multa é possível estabelecer que esta se trata de um valor compensatório, podendo ser aplicada somente em caso de previsão expressa no edital licitatório, bem como no contrato firmada. Ainda, a multa pode ser aplicada de forma cumulativa com as demais sanções previstas no artigo 87 citado anteriormente.

Ao discorrer sobre as penalidades de suspensão do direito de licitar e a declaração de inidoneidade, a autora Pollyana Pinto Motta Roque (2016, p. 2) afirma que mesmo que ambas

são capazes de restringir o direito do particular de participar de licitações e de contratar com a Administração Pública, apresentam características distintas:

Nesse contexto, tem-se que interpretação literal dos incisos III e IV do artigo 87 da lei de Licitações conduz ao entendimento de que a suspensão do direito de licitar produziria efeitos somente perante a “Administração”, assim entendida como sendo o ente administrativo que a aplicou, enquanto que a declaração de inidoneidade se estenderia a toda “Administração Pública”.

Ora, considerando-se a existência de uma gradação entre as penalidades de suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade, sendo esta última a mais grave, e que a própria lei de Licitações as definiu de maneira diversa, não haveria de cogitar-se que ambas surtam efeitos perante toda a Administração Pública, que compreende a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (ROQUE, 2016, p.02, grifo nosso)

Posto isto, é possível afirmar que no caso da penalidade de suspensão do direito de licitar, esta se dá somente perante aquela esfera pública que a aplicou. Por exemplo, se o Município aplicou a penalidade de suspensão a um contratado, este estará suspenso de licitar naquele município pelo prazo estabelecido em sede do processo administrativo devidamente julgado pela autoridade competente.

Enquanto isso, no caso de aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade, esta forçará que o particular fique impossibilitado de contratar com todas as esferas Administrativas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios - sejam elas diretas ou indiretas, pelo prazo estipulado pela autoridade competente para sua aplicação – Ministro de Estado ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso.

Por fim, é possível afirmar que em caso de eventual aplicação de qualquer penalidade que restrinja o direito do particular de contratar com a Administração Pública, resultará na rescisão do contrato até então vigente.

5.6 Exigência de Garantia

A princípio, pode-se alegar que é prerrogativa da Administração Pública a exigência de garantia do contratado, desde que exista cláusula previamente estabelecida em sede contratual. Nesse sentido, Mazza (2016, p. 757) declara que “A autoridade administrativa pode exigir do contratado, desde que previsto no instrumento convocatório, o oferecimento de garantia”.

Pode-se estabelecer que a garantia é considerada caução, podendo ser exigida pelo Poder Público com o intuito de garantir o ressarcimento de danos no caso de descumprimento de qualquer cláusula contratual pelo particular contratado.

Em regra, o valor da caução deve ser definido no contrato, sendo determinado pela Administração Pública, desde que no limite de 5% (cinco por cento) do valor estipulado em sede contratual.

Todavia, nos contratos de grande vulto, ou seja, aqueles que a lei define de forma expressa serem aqueles que ultrapassem 25 (vinte e cinco) vezes o valor de um milhão e meio de reais, a garantia pode chegar a 10% (dez por cento) do valor inicialmente estipulado, desde que envolva riscos financeiros consideráveis ou uma complicada técnica de alta relevância.

Ademais, a legislação pátria estabelece as possíveis formas de garantia, cabendo ao particular escolher a forma de prestação da mesma. Nestes termos, Mazza determina:

Constitui direito do contratado optar entre as seguintes modalidades de garantia:

a) caução em **dinheiro** ou em **títulos da dívida pública** (TDPs). Sobre os TDPs, para serem utilizados como garantia contratual, devem ter sido “emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda” (art. 56, § 1º, I, da Lei n. 8.666/93);

b) **seguro-garantia**;

c) **fiança bancária**. (MAZZA, 2016, p.757, grifo nosso)

Assim, pode-se concluir que a garantia pode ser prestada em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro garantia ou fiança bancária.

Por fim, em caso de cumprimento ou adimplemento contratual, a garantia prestada pelo particular será devolvida em sua totalidade. No caso de ser prestada em dinheiro, no momento da devolução deverá ser feita a correção do valor. E, em caso de descumprimento contratual por parte do adjudicatário, a caução apresentada por ele pode ser utilizada pelo Poder Público como um valor mínimo compensatório pelos danos causados, cabendo ao ente público cobrar o valor indenizatório excedente.

CONCLUSÃO

Em virtude do que foi mencionado percebe-se que o contrato administrativo possui aspectos indispensáveis como a necessidade de procedimento licitatório prévio, a submissão ao Direito Administrativo, a presença do poder público no polo contratante, a mutabilidade através da presença de cláusulas exorbitantes, a relação de verticalidade entre a Administração Pública e o particular contratado, as quais o diferenciam do contrato firmado entre particulares.

Além disso, para que o contrato administrativo seja celebrado, este deve respeitar os poderes-deveres inerentes à Administração Pública que são exercidos sempre com a finalidade de cumprimento da legislação brasileira. Sobre esse assunto, a doutrina majoritária divide esses poderes em Vinculado - determinando que o administrador deve se ater às disposições legais, sem deixar qualquer margem para apreciação subjetiva do agente; Discricionário – a norma delega ao agente, mediante uma margem legal, a incumbência de avaliar a melhor solução ao caso concreto; Hierárquico – o poder executivo é capaz de distribuir e escalonar as funções de seus órgãos e agentes, estabelecendo uma relação de subordinação entre eles.

Ainda, tem-se o Poder Disciplinar, através do qual a Administração tem a prerrogativa de punir e apenar a prática de atos funcionais considerados contrários à legislação, e todos aqueles que estão sujeitos à disciplina de órgãos e serviços da administração; Poder Regulamentar que consiste na possibilidade de o chefe do poder executivo editar ato administrativo geral e abstrato ou concreto a fim de se contemplar a fiel execução da legislação brasileira e, por fim, o Poder de Polícia, entabulado no artigo 78 do Código Tributário Nacional, é aquele que limita ou disciplina direitos, interesses, ou mesmo a liberdade do particular em detrimento do interesse público, ou seja, com a finalidade precípua de conciliar direitos individuais e a defesa do interesse público.

No que se refere aos princípios que regem os contratos administrativos, estes são considerados ideais que estabelecem diretrizes para uma melhor adequação das relações firmadas entre o poder público e os particulares prestadores de serviços públicos.

Sobre este assunto, afirma-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público são os basilares que ensejaram todos os outros princípios administrativos, sejam eles constitucionais – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade,

autotutela – ou inconstitucionais, como no caso do princípio da continuidade do serviço público.

Quanto à possibilidade de mutação das cláusulas dos contratos administrativos é possível depreender que esta decorre da necessidade da Administração Pública em defender os interesses coletivos como um todo. É uma característica inerente dos contratos administrativos que permite estabilizar a relação contratual, uma vez que tal quadro se torna necessário diante de alterações econômicas e sociais.

Esta mutabilidade contratual ocorre devido a existência de cláusulas exorbitantes e não abusivas nos contratos administrativos firmados entre o Poder Público e o particular prestador de serviço público.

Para tanto, são consideradas cláusulas exorbitantes a Alteração Unilateral do Contrato – modificação das cláusulas contratuais de forma unilateral pela Administração Pública, sem que haja o consentimento do particular; Rescisão Unilateral do Contrato – em que o Poder Público tem o poder-dever de rescindir o contrato firmado com o particular, sem que haja o consentimento do mesmo ou decisão judicial que decida nesse sentido em caso de descumprimento contratual por parte do contratado; Fiscalização da Execução Contratual – a Administração não só pode como deve fiscalizar a execução do objeto contratual com a finalidade de prevenir possíveis danos; Ocupação Temporária de Bens – através da qual o poder público é capaz de ocupar, de maneira provisória, bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto que deu ensejo ao contrato; Poder de Aplicação de Penalidade – a Administração Pública é capaz de aplicar sanções ao contratado no caso de inexecução contratual, seja ela total ou parcial, devendo ser garantido ao particular o contraditório e a ampla defesa, através de um Processo Administrativo; e, por último a Exigência de Garantia – desde que exista cláusula previamente estabelecida, o poder público é capaz de exigir um valor caução nos limites estabelecidos no contrato administrativo.

Desse modo, os contratos administrativos devem sempre respeitar os princípios ensejadores do Direito Administrativo Brasileiro, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais; se apresentando de acordo com os poderes concedidos pela legislação ao Poder Público a fim de firmar uma relação verticalizada com o particular prestador de serviço público em decorrência das Cláusulas Exorbitantes que o contrato administrativo possui.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente, **Direito Administrativo Descomplicado**, 23^a Ed. Método, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. **Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública**. Rio de Janeiro, 21 de junho de 1941.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Brasília, 11 de dezembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências**. Brasília, 13 de fevereiro de 1995.

BRASIL. Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública**. Brasília, 29 de janeiro de 1999.

BRASIL. Lei nº 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**. Brasília, 21 de junho de 1993.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Brasília, 25 de outubro de 1966.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4^a Região. Processo nº 50118307820144047002. Relator: Fernando Quadros da Silva, **Paraná**. Curitiba, 24 de junho de 2015.

CARVALHO, Matheus, **Direito Administrativo**. 7^a Ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia, **Direito Administrativo**, 27ª Ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6ª Ed., Niterói: Impetus, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**, 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativa Brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, **Curso de Direito Administrativo**, 16ª Ed., São Paulo: Editora Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**. 3ª ed, Editora Método, 2014.

ROQUE, Pollyana Pinto Mota. Disponível em:
<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI241312,41046-As+penalidades+administrativas+de+acordo+com+a+lei+de+licitacoes>. Acesso em: 15/10/2016.