

A (Im)possibilidade da exceção do contrato não cumprido nos contratos administrativos.

Clarissa Verena Lima Freitas
4º B Matutino-

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Contratos –Gênero – traços nucleares – 3. Tipos de contratos da Administração: 3.1 contratos da administração, 3.2 contratos administrativos, 3.2.1 Prerrogativas e sujeições -4. A exceção do contrato não cumprido- 4.1 A (Im)possibilidade da exceção do contrato não cumprido nos contratos administrativos – 5. Considerações finais - Referências.

RESUMO: O presente artigo vem com escopo de trazer à baila a aplicação teórica e prática do instituto do “*exceptio non adimpleti contractus*” no âmbito administrativo levando em consideração suas prerrogativas, o interesse público contrapostos pelos interesses do particular contratado. Para isso, faz-se mister uma digressão evolutiva dos contratos na seara cível.

ABSTRACT:

This article comes with scope to bring up the theoretical and practical application of the institute of the "exceptio non adimpleti contractus" under administrative taking into consideration the administrative's prerogatives, the public interest opposing the interests of the private contracted. To do this, it is necessary an evolutionary tour in the civil contracts field.

Palavras chaves: Administração – Contratos – Interesse público- *Exceptio non adimpleti contractus*.

Key words- Administrative – Contracts – The public interest -*Exceptio non adimpleti contractus*.

1.INTRODUÇÃO.

Espécie do gênero contratos, o contrato administrativo, por ser movido finalisticamente pelo interesse público, possui peculiaridades que o diferem dos contratos travados na seara do Direito privado.

É comum a exceção do contrato não cumprido no âmbito privado, contudo, há uma grande discussão em transferir este tipo de defesa, isto é, a possibilidade de arguir-la em face da Administração.

O entrave se desenvolverá baseado em princípios como: (i) Princípio da continuidade do serviço; (ii) Princípio da supremacia do interesse público ao particular, de modo que o particular, pelo menos *a priori*, não poderia interromper a execução do contrato.

O objetivo do trabalho é mostrar a evolução dos posicionamentos doutrinários, bem como jurisprudencial em face de um tema de suma importância nas relações públicas, visto que os contratos administrativos têm o propósito de satisfazer necessidades de interesses públicos. Logo, em meio à enxurrada de contratos administrativos com características diferenciadas dos contratos em gênero, vem este artigo traçar os posicionamentos atuais quanto a este tema, bem como os melindres que cercam a execução destes contratos travados pela administração em geral cheios de prerrogativas, as quais lhes são inerentes.

2.CONTRATOS- GÊNERO – TRAÇOS NUCLEARES.

Inicialmente, é válido trazer características da Teoria Geral dos Contratos para que então, possamos chegar ao contrato administrativo em sentido estrito e a problemática do presente artigo.

As bases para uma Teoria Geral dos Contratos nasceram do fato, isto é, foram construídas e não simplesmente dadas. Foi em plena transição do absolutismo para o liberalismo que os ideários destes: igualdade, liberdade e fraternidade, foram incorporados ao discurso jurídico, tornando-se assim, pilares para uma teoria clássica dos contratos, tais como: (i) A liberdade de contratar e (ii) igualdade formal entre as partes.

Vale ressaltar que não há como especificar o tempo certo do surgimento dos contratos, porém, é possível traçar marcos teóricos e com isso trazer a tona, pelo menos, a sistematização jurídica daqueles.

Com isso, o marco estabelecido é o do movimento iluminista francês que efervesceu por volta do século XVIII. Este, ao trazer “o Homem ao centro do universo – o antropocentrismo” e com ele o racionalismo- trouxe indubitavelmente, uma ênfase a força normativa dos contratos, visto que tinha como nascedouro a vontade, o consentimento.

“Mas, sem dúvida, contribuição inegável seria dada pelo movimento iluminista francês, o qual, segundo uma escancarada vocação antropocêntrica, firmara a vontade racional do homem como o centro do universo,

determinando, assim, uma supervalorização da força normativa do contrato – levada às suas últimas conseqüências pela consagração fervorosa do pacta sunt servanda.”(GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 4ª Ed, 208, pag.4)

A classe burguesa necessitava expandir suas atividades econômicas, contudo, paralelo a estes anseios, fez-se imprescindível a procura de nova forma de regramento das relações privadas.

Segundo o Orlando Gomes a concepção de contrato consiste em:

“Em um acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem.” – (Contratos, 14 ed., rio de Janeiro: Forense,p 6).

Portanto, contrato é uma espécie de negócio jurídico pelo qual as partes por prévio consentimento estabelecem, com certa autonomia, os efeitos patrimoniais que pretendem atingir atentando-se sempre aos princípios que norteiam o contrato e os limites impostos pela ordem pública.

Todo contrato, pelo menos para sua formação, será bilateral. Sempre haverá manifestação de vontade, interesses contrapostos capazes de resultar em um dever jurídico, seja uma obrigação de dar, fazer ou não fazer para as partes contratantes.

Faz-se mister trazer à baila alguns dos princípios que dão diretrizes aos contratos na seara cível, e tecer considerações breves sobre cada um deles: (i) Princípio da Autonomia da vontade; (ii) Princípio da força obrigatória dos contratos; (iii) Função social dos contratos; (iv) Princípio da boa-fé objetiva.

Segundo os ensinamentos de ARNOLDO WALD, citado pelos professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

“a autonomia da vontade se apresenta sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e de liberdade contratual. Liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere a realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação de modalidades de sua realização.” (Obrigações e contratos, 12., Ed, São Paulo: RT, 1995, p162).

No entanto, no mundo hodierno, essa autonomia não vigora com caráter absoluto, na verdade acontecerá com todos os princípios supracitados, visto que sempre encontrarão limites na ordem pública.

Os princípios são normas que estabelecem fundamentos para a aplicação e interpretação do Direito. São pensamentos diretivos que balizam o ordenamento jurídico e é qualificado devido ao elevado grau de abstração do seu conteúdo axiológico

Ademais, a própria natureza dos princípios, cada um deles possuem um peso dentro do ordenamento. Dado um caso concreto, cabe o julgador analisar o princípio com relativo peso maior para se sobrepor sobre o outro, sem anulá-lo é bem verdade, o que nos mostra o estudo de R. DWORKIN em seu livro *Taking Rights Seriously* (Levando o Direito a sério- 6ª Tir.,p.26) citado por HUMBERTO ÁVILA onde para Dworkin as regras seriam aplicadas na base do tudo ou nada (“all or nothing”), já os princípios deveriam ser ponderados...

No tocante ao princípio da obrigatoriedade dos contratos, mas conhecido como o *pacta sunt servanda*, consubstancia a idéia de que o contrato é lei entre as partes. Este pacto foi temperado por mecanismos jurídicos de regulação do equilíbrio contratual, por exemplo, é possível a invocação da cláusula *rebus sic stantibus* toda vez que um acontecimento superveniente e imprevisível tornar impossível ou excessivamente oneroso o cumprimento do contrato pactuado para uma das partes.

No tocante a função social dos contratos e a boa – fé objetiva, estas, emergiram com uma interpretação decorrente de um maior intervencionismo, ou melhor, dirigismo estatal nas relações privadas afim de manter o equilíbrio e a igualdade, ao menos formal das partes.

Como preceitua o Art. 421 do CC/02 – “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Com isso o legislador quis apontar critérios teleológicos e limitativos visto que a atividade negocial deverá ter uma razão de ser e esta deverá estar consubstanciada na função social.

Já a Boa-fé objetiva acoplada às suas funções : interpretativa; criadora de deveres anexos ou de proteção; e função delimitadora do exercício de direitos subjetivos irão mostrar que na assunção de uma obrigação principal deve-se levar em conta a existência de deveres anexos tais como de informação, lealdade, sigilo, entre outros que permeiam o contrato durante sua formação, na sua execução e posterior ao seu adimplemento. É a preocupação *a priori* e *a posteriori* do nosso ordenamento.

Com essas breves considerações, passemos à análise dos contratos da administração e dos contratos administrativos em sentido estrito, para só então adentrarmos no nosso objeto de estudo: a *exceptio non adimpleti* nos contratos administrativos.

3. TIPOS DE CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO:

3.1 Contratos da Administração

“Toda vez que o Estado – Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebra um contrato. São esses contratos que se convencionou denominar de contratos da administração, caracterizados pelo fato de que a Administração Pública figura num dos pólos da relação contratual.”- (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo.23ª.edição Rio de Janeiro:lúmen júris,2010, p. 189.)

Como já mencionado anteriormente, o substrato básico dos contratos é o acordo de vontades pelo qual as partes se comprometem a honrar suas obrigações. Logo, os contratos nos quais a administração integra a um dos pólos, não poderiam ser diferente. Mister, é o consentimento do particular para formação do vínculo obrigacional.

A doutrina emprega a expressão “contratos da administração” em um sentido amplo, abrangendo todas as avenças em que a administração pública seja parte. Portanto, toda vez que o Estado- administração firmar compromissos com terceiros partindo de uma consensualidade, celebrará um contrato da administração. Entretanto, este poderá ser contrato administrativo propriamente dito ou uma espécie de contrato privado da Administração.

Entende-se como contrato privado da Administração aqueles em que a Administração Pública participa no mesmo plano jurídico da outra parte, isto é, em posição de igualdade com o particular contratado, sob o regime de Direito Civil ou Empresarial. Aqui, a Administração está desprovida da qualidade de poder público e conseqüentemente suas prerrogativas, e em princípio, as partes poderão estipular cláusulas regidas pela autonomia da vontade, visto que estar-se –ia em território do Direito privado. Entretanto, é válido fazer uma ressalva, pois ao observar o disposto na lei 8.666/1993 (Lei da Licitações, também conhecida como Estatuto dos Contratos e Licitações Públicas), em seu artigo 62, §3º., I, nota-se que o legislador estendeu aos contratos privados da Administração, **no que couber**, algumas das prerrogativas de direito público aplicáveis aos contratos administrativos propriamente ditos, tais como a possibilidade de modificação unilateral do contrato, o poder de rescindi-los unilateralmente, a fiscalização de sua execução, entre outros.

Com isso, o legislador minimizou a diferença travada quanto ao regime jurídico e as características inerentes a cada tipo de contrato da administração.

São exemplos de contratos privados da Administração: contratos de seguro, de financiamento, de locação, entre outros cujo conteúdo seja regido por normas, predominantemente de direito privado.

3.2 Contratos Administrativos propriamente ditos

Os contratos administrativos em que pese também ser uma espécie do gênero “Contratos da administração” se diferenciam dos contratos privados da administração não pelo elemento subjetivo, visto que em ambos existem a presença do Estado- Administração, muito menos pelo objetivo vinculado aos contratos, já que ambos possuem objetivos que traduzem o interesse público, o elemento diferencial está no regime jurídico.

Não obstante, é bem verdade que esta diferença já foi um tanto mitigada em relação ao dispositivo da Lei 8.666/93 que estende características inerentes aos contratos administrativos aos contratos privados da administração.

Nas lições do professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em seu livro Curso de Direito Administrativo, define-se contratos administrativos como:

“Às vistas das considerações precedentemente feitas, pode –se conceituar contrato administrativo da seguinte forma: é

um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.”(21. Ed, pág 593)

Os contratos Administrativos são contratos típicos da Administração, portanto sofre influências de normas especiais de direito público, só lhes aplicando supletivamente as normas de direito privado, como preceitua o artigo 54, caput da Lei 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 54- Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pela suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

São exemplos de contratos administrativos: Contratos de obras, Contratos de Fornecimento (ou Compras), Contratos de Concessão e Permissão. Todos estes estão expressos no Art.1º da Lei de Licitações taxativamente, como apontam alguns doutrinadores.

A relação jurídica do contrato administrativo possui algumas peculiaridades próprias e se reveste de algumas características, tais como: (i) Formalismo: não basta o consenso das partes, faz-se mister levar em conta os requisitos externos e internos, estabelecidos no Art. 60 a 64 da Lei. Na verdade, a própria licitação, via de regra, configuraria um formalismo exigível nos contratos administrativos;(ii) Comutatividade e a bilateralidade – uma vez que existe equivalência entre as obrigações, isto é, de ante-mão, as partes estão cientes dos custos e dos benefícios daquele determinado vínculo contraído. Está muito relacionado à manutenção da equação econômica – financeira que rege o contrato administrativo; (iii) Pessoalidade- a partir do momento em que a Administração contratou o particular, esta o fez sob a análise do concorrente que melhor comprovou ter desempenho, condições, técnicas que atendessem ao interesse público em jogo. Ademais, como o exposto no Art. 72 da lei já citada, o contratado na execução do contrato só poderá subcontratar parcial ou totalmente, se e somente se, estiver no limite admitido sob uma análise casuística. Destarte, os contratos administrativos são, em princípio, *intuitu personae*, ou seja, a execução deve ser levada a termo pela mesma pessoa (física ou jurídica) que se obrigou perante a administração.

Visto o conceito, as características para a formação dos contratos administrativos, adentremos agora, para suas prerrogativas e assim atingiremos o objeto fulcral do presente trabalho.

3.2.1 Prerrogativas e sujeições

Como já visto, um dos fatores que diferencia os contratos travados pela administração seja, privado ou mesmo os contratos administrativos em sentido estrito é o tipo de regime jurídico. Os contratos administrativos por serem regidos pelo regime de direito público conferem à

Administração uma posição de supremacia e autoridade perante o particular, e isso se deve pelo traço de verticalidade que caracteriza tal regime.

Por isso temos que os contratos administrativos são aqueles ajustados pela Administração pública com o particular para a realização de objetivos de interesse público regidos pelo regime de direito público que concede à Administração vantagens especiais, prerrogativas para fixar unilateralmente as condições originárias ou até mesmo supervenientes do contrato.

Todas as cláusulas são estabelecidas de antemão, assim, classifica-se os contratos administrativos como contratos de adesão. Este é definido como o contrato onde a outra parte apenas adere, aceita às cláusulas pré estabelecidas por um dos contratantes (a Administração), não podendo propor alterações, supressões ou acréscimos a estas cláusulas. A bilateralidade do contrato se restringe à sua formação: Aceitar ou não o que foi pré estabelecido.

O art. 55 da Lei 8.666/93 estabelece e enumera algumas cláusulas que obrigatoriamente deverão constar nos contratos administrativos. Ademais estas cláusulas deverão ser fixadas no próprio edital da licitação, pois por força do art. 40, §2º, inc. III da mesma lei, a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor também devem vim, em anexo, ao edital.

Visto isso, voltemos a enfatizar as prerrogativas inerentes à Administração nestes contratos.

Na correta lição de CAIO TÁCITO, citado no livro de JOSÉ CARVALHO FILHO,

“o princípio da igualdade entre as partes, que importa a regra da imutabilidade dos contratos, cede passo ao de desigualdade, ao predomínio da vontade da Administração sobre a do outro contratante.”

As ditas cláusulas de privilégio, também conhecidas como cláusulas exorbitantes, visto que exorbitam, extrapolam as cláusulas aceitáveis, admissíveis no direito comum, conferem a Administração poderes para determinar modificações em função das necessidades públicas.

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

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

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

III- fiscalizar-lhes a execução;

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

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

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

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

Destarte, ao fazer uma breve análise de alguns incisos do artigo em epígrafe, são prerrogativas da Administração: (i) Alteração unilateral- para uma melhor adequação às finalidades de interesse público, podendo a alteração recair sobre o projeto ou especificações ou alteração quanto ao valor contratual em decorrência de uma superveniente acréscimo ou diminuição do objeto do contrato; (ii) Rescisão unilateral- este estará vinculado aos motivos de descumprimento parcial ou total do vencedor ou do interesse da própria administração, claro que este interesse estará consubstanciado, mesmo que indiretamente, nas necessidades públicas; (iii) Fiscalização da execução dos contratos- mais um poder inerente à administração é o poder-dever de acompanhar e fiscalizar, por meio de um representante da própria Administração especialmente designado, podendo a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição- Art. 67; (iv) Aplicação de sanções- Vale ressaltar que esta sanção **independe** de prévia manifestação do poder judiciário. As sanções vão desde advertências, passando por multas, até a possibilidade de suspensão temporária ou até mesmo impedimento de contratar com a Administração por prazo de até 02 (dois) anos.

Indubitavelmente, estes poderes conferidos à Administração pelo regime de direito pública acaba com a posição de igualdade desta em relação ao particular-vencedor. Todavia, não pelo fato de Administração se por em supremacia que se deve falar que o interesse do particular é marginalizado ou que com isso o mesmo assume uma posição totalmente desfavorável, é mister transcender essa visão obtusa, de apenas uma face da real problemática, é o que traduz as palavras do professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“O chamado contrato administrativo de modo algum configura relação em que assistem vantagens e poderes apenas para uma das partes, como ao diante melhor se dirá. Se assim fora, como é crucial, jamais o Poder Público encontraria quem com ele travasse tais avenças.” (Curso de Direito Administrativo, 21ªed, 2006, Editora Malheiros editores, p. 594.)

E assim continua o pensamento do professor trazendo em seu livro o comentário de FRANCIS-PAUL BÉNOÎT-

“O regime de Direito Público pode, bem ao contrário, revelar-se muito mais favorável aos particulares contratantes com Administração do que o é o regime do contrato de Direito Privado, na medida em que surge como necessário defender o interesse geral através do interesse do particular: a jurisprudência sobre imprevisão ilustra este fato de maneira marcante.”

Ademais, existe o direito do contratante na relação obrigacional de manter o equilíbrio econômico- financeiro estabelecido inicialmente. Veja bem, não que a equação, isto é, a

relação entre objeto, preço, custo e benefícios permaneçam ao longo do contrato de modo imutável. A questão é que mesmo havendo a mudança a balança econômico-financeira permaneça equilibrada à luz da adequação da atividade contratada com o encargo financeiro correspondente.

Com isso, passemos à problemática do nosso artigo.

4. A EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO.

As prestações nascem a partir do vínculo obrigacional contraído pelas partes contratantes. Elas buscam sempre um adimplemento final, isto é, nascem para serem cumpridas.

Entretanto, a execução, por uma das partes, poderá não ocorrer. Logo, a outra parte contratante poderá argüir que não irá seguir na execução que lhe cabia, fundamentando sua defesa no descumprimento da outra parte no tocante à satisfação da prestação que lhe era correspondente.

É a chamada cláusula da exceção do contrato não cumprido. Esta se define como um mecanismo de defesa pelo qual a parte demandada pela execução se recusa a cumprir sua parte, pelo fato do outro contratante não haver executado a contraprestação devida. É uma exceção substancial, a qual não se pleiteia a resolução do contrato, nem se nega a existência da obrigação, apenas se contesta sua exigibilidade, assim são as palavras de CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

“A exceção em apreço, que é de direito material, constitui uma defesa indireta contra a pretensão ajuizada. Não é uma defesa voltada para resolver o vínculo obrigacional e isentar o réu excipiente do dever de cumprir a prestação convencionada. Obtém este apenas o reconhecimento de que lhe assiste o direito de recusar a prestação que lhe cabe enquanto o autor não cumprir a contraprestação a seu

cargo.” (Direito Civil Brasileiro, 5ª edição, vol.III, Ed. Saraiva, 2008, pág.165).

A recusa do cumprimento pode se fundar desde um total descumprimento, ou ser este apenas parcial, podendo também ser devido algum caso fortuito ou força maior. Independente dos motivos elencados, todos poderão ensejar numa imposição de implemento obrigacional ocasionado pelo prévio descumprimento de uma das partes.

É o que preceitua os Art. 476 e Art. 477 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 476- *Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.*

Art. 477. *"Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la".*

Vale dizer que, inicialmente, para que haja a possibilidade desta defesa é imprescindível que o contrato seja bilateral, assim o contrato deverá apresentar uma dependência recíproca das obrigações; Um segundo requisito seria que para que uma das partes possa trazer esta defesa, (não poderá o juiz trazê-la *ex officio*) deve haver um descumprimento ao menos parcial da prestação da parte demandante; e por último, é imprescindível trazer este mecanismo de defesa para situações patrimoniais.

Cumpra ressaltar que esta defesa não ocorre apenas em sede judicial. Na verdade, esta pode ser oposta com a simples configuração de um inadimplemento de uma das partes contratantes.

Entretanto, em decorrência do princípio da autonomia da vontade, admite-se a validade de cláusula que restrinja o direito das partes de se utilizarem do aludido art. 476 CC/02. É o que diz o emérito professor CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

“Trata-se da cláusula solve et repete, pela qual obriga-se o contratante a cumprir a sua obrigação, mesmo diante do descumprimento da do outro, resignando-se, posteriormente, voltar-se contra este, para pedir o cumprimento ou as perdas e danos. Importa em renúncia ao direito de opor a exceção do contrato não cumprido” (Direito Civil Brasileiro, 5ª edição, vol.III, Ed. Saraiva, 2008, pág. 166).

4.1 A (im)possibilidade da exceção do contrato não cumprido nos contratos administrativos.

Conforme se constatou no tópico anteriormente desenvolvido, nos contratos bilaterais e onerosos, é permitido a qualquer dos contratantes suspender a execução de sua parte enquanto o outro não adimplir a sua própria, salvo vedação expressa de inoponibilidade da *Exceptio non adimpleti contractus* por força da cláusula chamada *Solve et repete*.

No que tange aos contratos administrativos e à defesa supra mencionada, a doutrina clássica por muito tempo veio negando a viabilidade deste tipo de exceção no âmbito administrativo.

Um dos princípios que dão diretrizes às regras presentes no Direito Administrativo é o da continuidade dos serviços públicos. Como os serviços públicos são prestados no interesse da coletividade, sua prestação deve ser adequada, não sofrendo interrupções. Afinal, a interrupção de um serviço público pode acarretar danos irreversíveis a toda coletividade.

O princípio da continuidade do serviço é um princípio implícito, porém reconhecido na nossa lei maior (art. 175. Par. Único, inc. III) e está intimamente ligado ao princípio da eficiência, que é um princípio expresso que tem como núcleo a busca da presteza, perfeição e rendimento funcional da execução dos serviços públicos.

Com isso, a doutrina clássica com seu sustento teórico no princípio da continuidade do serviço se mostrava de forma irreduzível quando o assunto era a oponibilidade pela parte do particular nos contratos administrativos da *exceptio non adimpleti contractus*. Sua posição tendia a negativa da concessão da alegada defesa. HELLY LOPES MEIRELLES, por exemplo, chega a afirmar que não se admitiria a paralisação sumária do contrato, pena de considerar-se culposa a conduta do contratado, sujeitando-o, à indenização. (Curso de direito administrativo, cit., p.200)

Bom, dado o inadimplemento do particular em face da Administração, esta sempre poderá opor imediatamente a exceção do contrato não cumprido, e automaticamente, deixar de cumprir suas obrigações para com o contratado inadimplente, como por exemplo, suspendendo pagamentos devidos e até, cumulativamente, impondo sanções previstas na Lei e /ou no contrato avençado. Todo este privilégio decorre, como já foi visto, das prerrogativas da administração, fruto do regime de direito público. Dentre estes privilégios, a Lei confere, só e somente, à Administração a possibilidade de rescisão unilateral por força do art. 58, inc. II.

Deste modo, a falta de consenso não é quanto a oponibilidade de tal defesa pela administração, mas sim pelo particular. As questões são: (i) Todos os contratos administrativos são de prestação de serviços públicos? Isto é, é possível que haja contratos que não vigore necessariamente o princípio da continuidade dos serviços públicos? (ii) Existe a possibilidade legal do particular se utilizar desta exceção? Quais são seus limites?

Os principais contratos administrativos são: Contrato de obra pública, contrato de serviços, contrato de fornecimento, contrato de concessão e permissão.

No primeiro exemplo dado, temos o contrato de obra pública, este é um contrato que se define como todo ajuste entre a administração pública e o particular que tenha por objeto uma obra. O conceito obra vem expresso no artigo 6º, inc. I da Lei 8.666/93, como toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação realizada por execução direta ou indireta.

Vale dizer que, nos contratos de obras públicas há uma predominância do material sobre a atividade operativa, e as obras geralmente são limitadas no tempo, ao passo que no contrato de prestação de serviço tem caráter predominante de continuidade, pelo fato de se exercer uma atividade. Isso não quer dizer que os contratos de obras públicas não ocorram também uma prestação de serviços como existe, eminentemente, nos contratos próprios prestação de serviço.

O que se quer mostrar é que nos contratos de obra pública, por exemplo, como não há uma execução de serviço público (pelo menos não seria o objeto principal), não teria porque invocar o princípio da continuidade do serviço, se utilizando deste como uma barreira intransponível para o particular não interromper a execução do contrato. Corretamente, é o que demonstra MARIA S. ZANELLA DI PIETRO:

“(...) Além disso, torna-se injustificável quando o contrato não tenha por objeto a execução de serviço público, porque não se aplica, então, o princípio da continuidade. Permanece, no entanto, o fato de que a lei não prevê rescisão unilateral pelo particular; de modo que este, paralisando, por sua conta, a execução do contrato, corre risco de arcar com as conseqüências do inadimplemento, se não aceita, em juízo, a exceção do contrato não cumprido.”
(Direito Administrativo, 13ª edição, Ed. Jurídico atlas, 2001, pág. 254.)

Com isto, vê-se que este sustento teórico fundado unicamente no princípio da continuidade do serviço vem sofrendo justos questionamentos por proporcionar injustiças ao particular contratado. Este princípio não pode ser trazido como o único requisito a ser valorado no caso concreto. O princípio do equilíbrio econômico financeiro, as condições de modo e circunstanciais na qual o contrato foi e/ou está sendo celebrado, também são fatores relevantes que deveriam ser levados em conta.

Uma segunda face da problemática é no tange a(s) possibilidade(s) legais de opor tal exceção. Diante das prerrogativas inquestionáveis da Administração perante o particular, a Lei 8.666/93 acabou que mitigando, timidamente, o seu privilégio.

Com o advento do Art. 78 da lei supracitada, configurou-se expressamente a possibilidade de rescisão do particular. É bem verdade, que esta rescisão sofre limites visto que tem que atender os pressupostos estabelecidos no citado artigo e não recair nas situações excepcionais que o mesmo aborda. Faz-se oportuno transcrevê-lo:

ART. 78.

(...)

XV- O atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração de correntes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

Conforme se constata, deve haver um atraso superior a 90 dias para que o instituto da exceção do contrato não cumprido possa ser invocado, ressalvada a hipótese de ocorrência de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra que este não poderia ser chamado. O mero atraso por parte da administração geraria ao particular, apenas, a faculdade de escolher: (a) suspender a execução ou (b) obter rescisão judicial ou amigável (isto é, com o consentimento da administração) do contrato.

Por força do Artigo precedente, o particular terá direito à devolução da garantia – desde que presente no instrumento convocatório, variando de 5% a 10% a depender do objeto contratual – terá direito também aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão, mais o pagamento do custo da desmobilização e isso tudo junto ao ressarcimento dos prejuízos regulamente comprovados que o particular houver sofrido, isto é, aos danos emergentes (Art. 79, § 2º). Não há previsão expressa para o lucro cessante, como apontam muitos doutrinadores. Aquele se caracteriza por ser uma indenização que tem como consequência futura um fato ilícito já ocorrido, seja restringindo ganhos ou impedindo lucros. Como a lei não veda expressamente, há posicionamentos que seria válido e outro, majoritário, que não caberia se falar em lucros cessantes contra a administração. Este não é um tema muito debatido doutrinariamente.

Esta concessão de rescisão e/ ou suspensão do contrato por parte do particular ainda é muito tímida, visto que o particular ao ver que sua situação se enquadra no artigo em epígrafe deverá requerer perante a própria administração ou por meio judicial a autorização da autoridade competente (administrativa ou judicial) para só assim então paralisar o serviço. Caso contrário, estaria o particular assumindo todos os riscos das consequências de um inadimplemento, e conseqüentemente sujeito as sanções administrativas.

O posicionamento da jurisprudência não é unânime quanto a isso, todavia já existem julgados, dentre eles, do Supremo Tribunal de Justiça –STJ que solidificou entendimento no sentido do

particular não necessitar instigar o Poder Judiciário para só após a prolação de decisão suspender a execução do serviço. Visto que estar-se-ia diante de um direito assegurado expressamente pela Lei. Assim, colaciona o Superior Tribunal de Justiça (STJ) a ementa do RESP nº 910.802/RJ, cuja relatoria ficou a cargo da Ministra Eliana Calmon:

ADMINISTRATIVO – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO A PACIENTES, ACOMPANHANTES E SERVIDORES DE HOSPITAIS PÚBLICOS – ATRASO NO PAGAMENTO POR MAIS DE 90 DIAS – EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO – ART. 78, XV, DA LEI 8.666/93 – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO – DESNECESSIDADE DE PROVIMENTO JUDICIAL – ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL: DESCABIMENTO – INFRINGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – SÚMULA 284/STF – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 126, 131, 165 E 458, II, DO CPC: INEXISTÊNCIA.
[...]

4. Com o advento da Lei 8.666/93, não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração, ante o teor do art. 78, XV, do referido diploma legal. Por isso, despicienda a análise da questão sob o prisma do princípio da continuidade do serviço público. Se a Administração Pública deixou de efetuar os pagamentos devidos por mais de 90 (noventa) dias, pode o contratado, licitamente, suspender a execução do contrato, sendo desnecessária, nessa hipótese, a tutela jurisdicional porque o art. 78, XV, da Lei 8.666/93 lhe garante tal direito. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (REsp 910.802/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 06/08/2008).

Cita-se também o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual se amolda perfeitamente à corrente aqui adotada:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO PARA FORNECIMENTO DE COBERTORES. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. - Se o descumprimento integral da segunda parte do contrato pelo particular decorreu exclusivamente do atraso no recebimento do preço acordado com a União, acarretando prejuízo insuportável ao contratado, está justificada a invocação da "exceção do contrato não cumprido". - Inobstante os contratos administrativos estarem submetidos a regime jurídico

próprio em que tem lugar a supremacia do Poder Público, esta não pode ultrapassar os condicionamentos do Estado democrático de direito. - A União, ao deixar de cumprir a cláusula atinente às condições de pagamento, parcelando o preço, procedeu a verdadeira alteração do contrato, violando o princípio do equilíbrio econômico-financeiro; por isso, não encontram respaldo legal a rescisão do contrato pela União assim como a cominação das penas de multa e advertência. - Mantida a sentença que rescindiu o contrato com fundamento no art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93, condenando a ré ao pagamento devido nos termos do art. 79, §2º. - Honorários advocatícios elevados para 10% sobre o valor da condenação, na esteira dos precedentes da Turma. – Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. - Apelação da autora provida. Apelação da União e remessa oficial improvidas. (TRF4, AC 1999.04.01.034581-0, Quarta Turma, Relator Silvia Maria Gonçalves Goraieb, DJ 14/11/2001).

Com a ementa supra, fica evidente o desvirtuamento da utilização do fundamento pela União do princípio da continuidade. Deve-se atentar casuisticamente a finalidade de se invocar este princípio, pois muitas vezes podem mascarar interesses individuais (enriquecimento ilícito) através do velho discurso de que é para o bem comum.

Logo, deve ser conferido devida parcimônia, quanto a algumas prerrogativas da União. Estas não podem ser utilizadas como mecanismos para acarretar ou que possa acarretar prejuízos insuportáveis ao particular- contratado. Pensar de modo diverso é, como bem mencionado pela ementa, frustrar as expectativas legítimas do contratado e desconfigurar todo o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, em que pese haver muitos posicionamentos jurisprudenciais neste sentido, encorajando as empresas a contratarem com a administração, visto que estas podem se utilizar deste instrumento eficaz e prático, dado o inadimplemento por parte da administração, alguns doutrinadores não se mostram completamente satisfeito quanto ao tema. JOSÉ CARVALHO FILHO, por exemplo, questiona o porquê da defesa não poder ser invocada antes dos 90 dias?

*“Entendemos, entretanto, que, em situações especiais, se o prejudicado, mesmo antes deste prazo, ficar impedido de dar continuidade ao contrato por força da falta de pagamento, tem ele o direito à rescisão do contrato com culpa da Administração. Fora daí, é admitir-se ruína do contratado por falta contratual imputada à outra parte, o que parece ser inteiramente iníquo e injurídico.”
(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 21ª. edição Rio de Janeiro: lúmen júris.)*

Para o jurista, caso isso ocorra, o particular poderá sim pleitear em vias judiciais por meio de ação cautelar, a fim de conseguir uma tutela preventiva imediata a seu favor, assim, com o deferimento da liminar o particular ficará autorizado a suspender o cumprimento do contrato, evitando, deste modo, que futuramente a administração impute-lhe conduta culposa recíproca e conseqüentemente sanções administrativas.

Ademais, vale dizer que antes de se firmar um contrato com a iniciativa privada é sabido que se deve ocorrer aprovação orçamentária, portanto injustificado qualquer atraso de pagamento, pois é de se supor que deva haver a reserva do capital, caso contrário incorre em ilegalidade, e assim sendo, seria aceitável a suspensão do contrato, pelo particular, antes mesmo dos 90 dias referente ao art. 78, inc. XV da Lei 8.666/93.

Entendimento ao contrário é admitir que a administração se locuplete de sua própria torpeza o que é rechaçado, altamente condenável num Estado Democrático de Direito!

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Com tudo o que foi exposto, temos que não se pode falar numa inoponibilidade absoluta da exceção do contrato não cumprido pelo particular em face da administração visto que seria um total retrocesso. Ademais, com o advento da Lei 8.666/73 esta exceção se tornou expressamente possível, porém limitada, é bem verdade.

Em contrapartida, não se deve dizer que para todo e qualquer caso esta defesa poderá ser invocada. Esta é uma análise casuística, e que dever ser conferida a devida parcimônia, sob pena de conduzir a verdadeiras injustiças, tanto para a administração, bem como para o contratado como é na maioria das vezes já que neste contrato especificamente, qual seja, o contrato administrativo, não há uma paridade de condições entre contratante e contratado.

Acrescenta-se que a arguição de princípios como continuidade do serviço público e do interesse coletivo, não podem mais servir como máscaras, mantos que protegem, ou melhor, que usurpam e camuflam o interesse originariamente público para os mais escusos da própria Administração, seja para um locupletamento ilícito ou qualquer outro meio ilegal para obtenção de vantagem, seja econômica ou política.

Garantir a confiança do particular nos contratos administrativos também é de interesse público, uma vez que o objeto do contrato se converte em benefícios a serem desfrutados direta ou indiretamente pela população.

Com isso, não pretendendo esgotar o tema, fica claro as características inerentes aos contratos travados pela administração, com foco maior aos contratos administrativos e a aplicação de uma defesa originariamente do Âmbito do Direito privado para a esfera do Direito público, qual seja, a defesa da exceção do contrato não cumprido, com o fito de encorajar as empresas de contratarem com a Administração, tendo agora, uma possibilidade, um “*plus*” para suspender o contrato sem necessidade de recorrer ao judiciário. Tarefa esta que poderá ser atingida pela morosidade que assola o poder judiciário brasileiro.

REFERNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª Ed., Malheiros editora.2009

CARVALHO, José dos Santos Filho. **Direito Administrativo**. 23ª edição, Lumen júris editora, 2010.

_____ **Coletânea de Legislação Administrativa**. 10ª Ed. Revista dos Tribunais editora, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil. Vol. IV- Tomo I**. 4ªed. Editora Saraiva. 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ªed. Editora Forense.2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. III. 5ªed. Editora Saraiva,2008.

JUNIOR, Dirley da cunha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ªed. Edições Podivm, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contrato Administrativo**. 6ª edição, editora Dialética. São Paulo-SP, 1999.

_____ **Licitação e Contrato Administrativo**. 12ª edição. Malheiros Editores, São Paulo-SP, 1999..

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.