

CONTRATO ADMINISTRATIVO E A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito de Contrato Administrativo – 3. Regime jurídico administrativo: prerrogativas e sujeições – 3.1. Sujeições – 3.2. Prerrogativas – 4. Inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido – Considerações Finais – Referências.

Resumo: Este trabalho objetiva explicar aspectos gerais dos contratos realizados pela Administração Pública, abordando a utilização da cláusula de exceção do contrato não cumprido pelo particular em face do Poder Público, demonstrando que, mesmo não sendo absoluta, tal hipótese encontra respaldo no ordenamento vigente, expostos os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Espécie do gênero contrato, o contrato administrativo possui especificidades referentes à sua inserção no Direito Administrativo, havendo profunda discussão doutrinária acerca de seus institutos e características.

A disciplina de tal instrumento sofreu forte guinada com a publicação e vigência da Lei nº 8.666/1993, a qual institui normas para licitações e contratos administrativos. A vinculação entre o contrato administrativo e a licitação não é

inútil, pelo contrário, na maior parte das vezes os institutos estão ligados na prática, motivo pelo qual a apreciação de aspectos dos institutos deve ser feita em conjunto.

2. CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Contrato administrativo é todo ajuste celebrado pela Administração, mediante regras previamente estabelecidas por ela, visando a preservação do interesse público. A teoria geral do contrato é a mesma tanto para os contratos privados (civis e empresariais) como para os contratos públicos, do qual é espécie o contrato administrativo. Todavia, os contratos públicos são regidos por normas e princípios próprios do Direito Público, atuando o Direito Privado apenas supletivamente, jamais substituindo ou derogando as regras privativas da Administração.

Segundo Hely Lopes Meirelles, na sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, “contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”. Esta conceituação refere-se aos denominados contratos administrativos propriamente ditos, quando a Administração atua nessa qualidade e, portanto, dotada das prerrogativas características de direito público (supremacia).

O Poder Público traça as diretrizes do contrato, unilateralmente, haja vista o império do interesse público, compondo o instrumento, inicialmente, como anexo do edital de licitação, quando o particular apenas manifestará adesão a partir da sua participação no certame, regidos pelo Direito Administrativo, ramo do Direito Público, com normas exorbitantes e derogatórias do direito comum.

Diógenes Gasparini, para configuração de um contrato puramente administrativo, devido ao seu caráter especialíssimo, exige (1) lei que estabeleça essa denominação, (2) que tenha por objeto o uso de um bem público e/ou a prestação de um serviço público, além (3) de conter cláusulas exorbitantes.

Entretanto, a Administração pode celebrar contratos sob normas predominantes do direito privado, caso em que a Administração estará em posição de igualdade com o particular contratante, denominando-se tal espécie de 'contrato administrativo atípico', sendo exemplo clássico os contratos de locação em que a Administração figura como locatária.

Esta segunda espécie é orientada pela regras do Direito Privado, apesar de que, para haver legalidade nos ajustes, têm que se submeter a certas verificações prévias, como a licitação, e posteriores, como a publicação, as quais são reguladas pelo Direito Público.

No entanto a distinção *supra* não é pacífica, e o primeiro a discordar do conceito posto majoritariamente na doutrina é Diógenes Gasparine. Diz o referido autor que a Administração só pode contratar com pessoas jurídicas de direito privado, pois se tivéssemos um contrato administrativo entre a União e um Município, dado ao caráter vertical que se figura nessa relação, um ente iria se sobrepor ao outro, tornando instável o vínculo e, conseqüentemente, haveria quebra da Federação.

Outro autor que repele a conceituação dada pelos demais é Berçaitz, citado por Cretella Jr.. Em suas críticas se limita a acreditar que há contratos administrativos onde não se presencia a prestação de utilidade pública, e nem por isso perdem sua natureza. Segundo o autor, encaixam-se nesses casos os contratos onde um particular contrata com a Administração, mediante pagamento, para adquirir direito de instalar e construir barracas para venda de mercadorias em vias e calçadas públicas.

Apesar dessa explanação, o art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93, estendeu aos contratos aparentemente regidos pelo Direito Privado as principais prerrogativas da Administração aplicáveis aos contratos administrativos propriamente ditos, como a possibilidade de modificação unilateral do contrato, o poder de rescindi-lo unilateralmente, a fiscalização de sua execução, aplicação de sanções, ocupação provisória (para garantia da manutenção da continuidade de serviços essenciais).

Observa-se, portanto, que perdeu importância a distinção entre contratos administrativos típicos e atípicos, pelo menos no que respeita à existência ou não de prerrogativas de direito público a eles aplicáveis, incidentes em qualquer contrato administrativo.

3. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO: PRERROGATIVAS E SUJEIÇÕES

O regime jurídico administrativo caracteriza-se pela concessão de certas prerrogativas à Administração, ao mesmo tempo em que são impostas sujeições: o primeiro instituto confere poderes à Administração, que o coloca em posição de supremacia sobre o particular; já as sujeições são impostas como limites à atuação administrativa, necessários para garantir o respeito às finalidades públicas e aos direitos dos cidadãos.

Os referidos fenômenos administrativistas serão sinteticamente apresentados abaixo, fazendo comparação entre os contratos particulares e os subscritos pela Administração Pública:

3.1. SUJEIÇÕES

Quando se cuida do tema contratual, verifica-se, no que se refere às sujeições impostas à Administração, que os contratos de direito privado e os administrativos não diferem; todos eles obedecem à exigência da forma, do procedimento, da competência e da finalidade.

Sob o aspecto formal, exige-se, para todos os contratos da Administração, pelo menos a forma escrita, ressalvados apenas alguns contratos de pequeno valor, em que se admite forma verbal (Lei 8.666, art. 60, § único).

Com relação ao procedimento também não há distinção, todos eles estão sujeitos, em maior ou menor grau, à observância de requisitos previstos em lei para a sua validade, como, por exemplo, autorização legislativa para venda de bens imóveis, além do prévio procedimento licitatório.

Também, no que concerne à competência, as regras são as mesmas, pois, em Direito Administrativo toda a competência resulta de lei.

A finalidade, direta ou indiretamente, há de ser sempre pública, sob pena de desvio de poder.

3.2. PRERROGATIVAS

Em relação às prerrogativas, as diferenças entre os contratos administrativos propriamente ditos e aqueles regidos pelas normas de Direito Privado são maiores. Essas prerrogativas se corporificam através das chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio.

Tais cláusulas podem ser definidas como aquelas que não são comuns, ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por conceder prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra.

Quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem, ainda que não expressamente previstas. Elas são indispensáveis para assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.

Quando a Administração celebra contratos de direito privado, normalmente ela não necessita dessa supremacia e a sua posição pode nivelar-se à do particular. No entanto, excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem

constar, mas elas têm que ser expressamente previstas, com base em lei que derroge o direito comum.

Algumas não são comuns nos Contratos de Direito Privado, mas podem existir por meio do princípio da autonomia da vontade e desde que não haja ofensa a lei, tais como a cláusula que assegura a uma das partes alterar unilateralmente o ajuste, cláusula que permite a fiscalização da execução do contrato e a que autoriza exigir caução.

Outras cláusulas seriam ilícitas nos contratos entre particulares, ainda que por eles desejadas, por que dão a uma das partes autoridade de que é detentora apenas a Administração, como seria a inclusão de item prevendo a aplicação de penalidades administrativas, a responsabilidade do contrato sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário, entre outras.

O regime jurídico público dinâmico do contrato administrativo permite que a Administração o modifique unilateralmente, portanto, sem depender do consentimento do particular contratado, com o fim de melhor adequá-lo às finalidades de interesse público (art. 58, I, da Lei 8.666/93), através da alteração unilateral. Cumpre registrar, todavia, que a possibilidade de modificação unilateral do contrato não se reveste de caráter absoluto, pois o mesmo inciso I do art. 58 mencionado, ao final, ordena o respeito aos direitos dos contratos.

À Administração também é conferido o direito, que é principalmente um dever, de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato (art. 58, III). Para esse intento designa um representante, que poderá determinar o que for necessário à regularização de faltas e defeitos observados (art. 67). Por seu lado, o contratado deve manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato (art.68).

Dentre as prerrogativas da Administração está a imposição de sanções ao contrato, por atraso ou inexecução total ou parcial do contrato (art. 58, IV), sem necessidade de pronunciamento de qualquer outro poder ou órgão. A Lei 8.666/93

disciplina a matéria nos artigos 86 a 88, inclusive listando os tipos de sanções e assegurando defesa prévia ao interessado.

Independentemente de disposição expressado contrato, a Administração poderá encerrar a vigência do contrato, antes de seu termo final, por descumprimento de cláusula ou por razões de interesse público, sempre com motivação e assegurado contraditório e ampla defesa, através da rescisão unilateral do acordo.

Ato contínuo, nos casos de serviços essenciais, a Administração poderá ocupar provisoriamente bens móveis, pessoal, e serviços vinculados ao objeto do contrato, a título de cautela para apuração administrativa de faltas contratuais e na hipótese de rescisão do contrato (art.58, V).

4. INOPONIBILIDADE DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO

A formulação latina *exceptio non adimpleti contractus* significa a possibilidade, conferida a uma parte, de invocar o descumprimento de cláusulas contratuais, pela outra parte, para deixar de cumprir obrigações contratuais que lhe cabem. Assim, nos contratos onerosos regidos pelo direito privado, é permitido a qualquer dos contratantes, suspender a execução de sua parte no contrato enquanto o outro contratante não adimplir a sua.

A esta suspensão da execução do contrato pela parte prejudicada com a inadimplência do outro contratante dá-se o nome de oposição da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*).

Na teoria clássica do contrato administrativo firmou-se diretriz inversa, ou seja, o contratado não poderia invocar o descumprimento, pela Administração, de cláusulas contratuais, para eximir-se do cumprimento de seus encargos. Ou seja, a doutrina sempre defendeu a inoponibilidade, contra a Administração, desta exceção do contrato não cumprido, não sendo lícito ao particular interromper a

execução da obra ou do serviço objeto do contrato, mesmo que a Administração permanecesse sem pagar pela obra ou pelo serviço.

Invoca-se, para justificar tal prerrogativa, o princípio da continuidade do serviço público, que veda a paralisação da execução do contrato mesmo diante da omissão ou atraso da Administração no cumprimento das prestações a seu cargo. Nos contratos administrativos a execução seria sempre substituída pela subsequente indenização dos prejuízos suportados pelo particular ou, ainda, pela rescisão por culpa da Administração, de forma cumulada ou não.

Esta posição extremamente rigorosa e prejudicial ao particular, pólo sempre mais frágil da relação jurídica administrativa, acabou sendo substancialmente atenuada pela Lei nº 8.666/93, em desacordo com a doutrina francesa, onde a inoponibilidade é absoluta. Atualmente, somente pode-se falar em uma relativa ou temporária inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido. Isso porque a oposição, pelo particular, desta cláusula implícita, passou a ser expressamente autorizada quando o atraso do pagamento pela Administração seja superior a 90 (noventa) dias, possibilitando este atraso, ainda, a critério do contratado, a rescisão por culpa da Administração com indenização do particular. Tal ilação se infere do inciso XV do art. 78 do Estatuto dos Contratos e Licitações, abaixo transcrito:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

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

Cumprido salientar que parte da doutrina inclui ainda a causa exposta no artigo 78, XIV, Lei nº 8.666/93, quando há ordem escrita da Administração para suspensão de execução do contrato por mais de 120 (cento e vinte) dias.

A paralisação deve, em regra, ocorrer após o particular requerer, administrativa ou judicialmente, podendo cumular com a rescisão do contrato e pagamento de perdas e danos, dando continuidade à sua execução, até que obtenha ordem da autoridade competente (administrativa ou judicial) para paralisá-lo. Isso porque a Lei nº 8.666 só prevê a possibilidade de rescisão unilateral por parte da Administração, nos termos do seu art. 79, inciso I, não dando tal faculdade ao contratado. Como se não bastasse, Maria Sylvia Zanella di Pietro, na sua obra *Direito Administrativo*, assevera que o rigor da inoponibilidade ainda resta abrandado “pela doutrina e jurisprudência, quando a ‘inadimplência do poder público impeça de fato e diretamente a execução do serviço ou da obra’ (cf. Barro Júnior, 1986:74); 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 o risco de arcar com as conseqüências do inadimplemento, se não aceita, em juízo, a exceção do contrato não cumprido”.

No entanto, a jurisprudência majoritária, encabeçada pelo Superior Tribunal de Justiça solidificou-se no sentido do particular não necessitar instigar o Poder Judiciário para só após a prolação de decisão suspender a execução do serviço. Isso porque a Colenda Corte Julgadora entende que tal prerrogativa está exposta de pleno direito. Neste sentido colaciona-se 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. 5. 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. 6. 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)

O entendimento esposado, porém, não foi totalmente recebido com aplauso. Sobre a questão, vale destacar o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, para quem “o dispositivo, como se vê, parece considerar que, antes de 90 dias, não possa o particular reclamar do atraso nos pagamentos. Entendemos, entretanto, que em situações especiais, se o prejudicado, mesmo antes desse prazo, ficar impedido de dar continuidade ao contrato por força de falta de pagamento, tem ele direito à rescisão do contrato com culpa da Administração. Fora daí, é admitir-se a ruína do contratado por falta contratual imputada a outra parte, o que apreço ser inteiramente iníquo e injurídico”.

Para o mencionado autor, o particular deve recorrer ao judiciário e, por meio de uma ação cautelar, formular pretensão no sentido de lhe ser conferida tutela preventiva imediata, para que a Administração não possa lhe imputar conduta culposa. Evitando assim que a Administração, que está descumprindo obrigação contratual, se locuplete de sua própria torpeza, o que parece justo e razoável.

Por último, devemos notar que, no caso de inadimplemento do particular, a Administração sempre pode argüir a exceção do contrato não cumprido em seu favor e, automaticamente, deixar de cumprir suas obrigações para com o particular inadimplente.

Considerações finais

Diante de todo o exposto, ficaram claras as conceituações atinentes aos contratos firmados pela Administração Pública, bem como os melindres que cercam sua execução.

Para longe de consistir em tema pacífico, a utilização da exceção do contrato não cumprido pelo particular em face da Administração Pública encontra resistência, sendo certo, contudo, que não há mais inoponibilidade, mas, com o advento da Lei nº 8.666/93, o seu uso restou limitado a poucas hipóteses.

Ainda que o Colendo Superior Tribunal de Justiça se incline pela auto aplicabilidade da exceção nos casos expostos na Lei nº 8.666/93, sem ordem emanada do Poder Judiciário ou da própria Administração Pública, cumpre sustentar que tal entendimento não é suficiente para evitar os abusos e arbitrariedades, pois pode ocorrer que antes de 90 dias torne impossível ou extremamente oneroso para o contratado a prestação do serviço, em virtude de ato ou omissão da Administração Pública. Neste caso não seria justo fazê-lo esperar os 90 dias para só então suspender a execução do contrato.

O privilégio da inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido em face da Administração Pública, embora necessário, deve ser analisado com cautela, e não deferida de forma absoluta e irrestrita sob pena de conduzir a verdadeiras injustiças. Ademais, quando se tratar de serviços essenciais ou que envolvam interesses maiores, mesmo diante da mora do Poder Público, deve-se orientar o modo pelo qual a execução deve ser suspensa, como ocorreria na suspensão do fornecimento de oxigênio a um hospital público, por existir mora superior a 90 (noventa) dias.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 15ª Edição, Editora Impetus, Rio de Janeiro-RJ, 2008.

CARVALHO, José dos Santos Filho. Direito Administrativo. 21ª edição, LUMEN JURIS. 2009.

CRETELLA JR, José. Direito Administrativo Brasileiro. 1ª edição, editora Forense. Rio de Janeiro-RJ, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20ª edição. Editora Atlas. São Paulo-SP, 2007

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

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição. Malheiros Editores. São Paulo-SP, 2006

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

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Raul Armando. Comentário ao estatuto das licitações e contrato administrativo. 2ª edição, editora Saraiva. São Paulo-SP, 1999.