

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO (COGEAE)

ANDRÉ SANTANA NAVARRO

RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO PELO PODER PÚBLICO

SÃO PAULO

2013

ANDRÉ SANTANA NAVARRO

RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO PELO PODER PÚBLICO

Monografia de conclusão do curso de Direito Contratual, apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista, sob orientação da Profa. Dra. Sandra Ligian Nerling Konrad.

SÃO PAULO

2013

SUMÁRIO

1 Introdução.....	5
2 Contratos.....	7
2.1 Conceito e classificação.....	7
2.2 Princípios.....	9
2.3 Formação.....	11
2.4 Extinção.....	12
3 Contratos administrativos.....	15
3.1 Definição.....	15
3.2 Princípios.....	16
3.3 Particularidades.....	26
4 Rescisão do contrato administrativo pelo Poder Público.....	37
4.1 Introdução	37
4.2. Análise da legislação.....	40
5 Conclusão.....	51
Referências.....	52

RESUMO

Os contratos dependem de requisitos objetivos e subjetivos para sua constituição, além disso, a satisfação dos interesses das partes depende, sem prejuízo de outras considerações, do elemento da vontade exteriorizado pelos contratantes. Algumas das classificações contratuais mais utilizadas foram salientadas. Por conseguinte, destacam-se no presente trabalho os princípios da autonomia privada, autonomia da vontade, *res inter alios*, do consensualismo, do e da boa fé objetiva. A formação do contrato, em regra, ocorre a partir de etapas preliminares, enquanto que a extinção contratual se coaduna com institutos diversos, os quais implicam em consequências e responsabilidades às partes distintas.

Há conceituações abrangentes e outras restritas para designação dos contratos administrativos. Dois princípios são fundamentais deste ramo do direito: o da liberdade do indivíduo e o da supremacia do interesse público.

Particularidades dos contratos administrativos se denotam pelas prerrogativas da administração em relação ao particular, oriunda da verticalidade natural entre os contratantes.

Nessa esteira, em diversos aspectos, a rescisão no contrato administrativo se revela distinta da rescisão evidenciada entre particulares.

As hipóteses legais que permitam a rescisão do contrato administrativo pelo poder público são deveras subjetivas (artigo 78 da Lei nº 8.666/93), em clara em afronta à segurança jurídica, a qual deveria ser contemplada, considerando primordialmente relativa ausência de isonomia na relação. O rol contido no referido artigo não pode ser classificado como taxativo, o que não torna despropositada o estudo do tema, se revelando fundamental, outrossim, a efetiva observância dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e do devido processo legal para a quebra do vínculo do contrato administrativo por iniciativa do poder público.

Palavras chave: contratos, contratos administrativos, rescisão do contrato administrativo, hipótese de rescisão do contratos administrativos, análise do artigo 78 da Lei nº 8.666/93.

RESUMO EM LINGUA ESTRANGEIRA - INGLÊS

Contracts depend on objective and subjective requirements for its formation, in addition to satisfying the interests of the parties depends, notwithstanding other considerations, the element will externalized by contractors. Some of the most commonly used classifications contract were highlighted. Therefore, we highlight in this paper the principles of private autonomy, freedom of choice, the *res inter alios*, consensualism, and the aims of good faith. The formation of the contract, as a rule, occurs from preliminaries, while the contractual termination is consistent with many institutes which imply consequences and responsibilities to different parts. There are other conceptualizations comprehensive and restricted to designated administrative contracts. Two principles are central to this branch of law: the freedom of the individual and the supremacy of the public interest. Particularities of administrative contracts if denote the prerogatives of management in relation to the particular originating from natural uprights between contractors. On this track, in many respects, the administrative contract termination reveals distinct termination seen between individuals. The legal events that allow termination of the administrative contract by the government are indeed subjective (Article 78 of Law No. 8.666/93), in clear affront to the legal security, which should be addressed considering the relative lack of equality in the relationship. The list contained in that article can not be classified as categorical, which makes it not unreasonable to study the topic if revealing crucial, moreover, the effective observance of the constitutional principles of legal defense, contradictory and due process to break the bond administrative contract in question on the initiative of the government.

Keywords: contracts, government contracts, contract termination administrative event of termination of government contracts, analysis of article 78 of law nº 8.666/93.

1 Introdução

O presente trabalho versa sobre a rescisão do contrato administrativo pelo Poder Público, a partir de um estudo abrangente dos contratos de modo geral e, ao final, pela análise pormenorizada dos artigos exibidos na Lei nº 8.666/93, os quais regem o tema.

Por meio da presente dissertação, é da intenção do Autor salientar as diversas hipóteses que contemplam o Poder Público, a fim de que a rescisão de uma avença celebrada com o particular possa ser rescindida se houver estrita fundamentação das disposições legais atinentes e/ou haja consonância com entendimento jurisprudencial firmado sobre a matéria. A objetivada segurança jurídica dos entes públicos e privados, destarte, só pode ser atingida se houver um claro entendimento acerca da subsunção do ordenamento jurídico aos casos específicos.

Como cediço, primordialmente a Lei nº 8.666/93 é alvo constante de diversas críticas pelos operadores do direito, seja pela inegável omissão consubstanciadas nas lacunas legais verificadas ou ainda pelo excesso de subjetivismos. Levando-se em conta a notória premissa de que o Poder Público só pode agir caso haja permissão para tanto e que o particular, por seu turno, deve nortear seus atos a partir do que o ordenamento não proíbe e, sem prejuízo de outros reflexos danosos, as incongruências desse diploma legal levam à questionamentos e discussões das mais diversas ordens.

Não obstante, considerando primordialmente a verticalidade na relação entre os entes privados e públicos, na qual a Administração se vale de prerrogativas e privilégios em relação ao particular, nossa legislação não poderia deixar de delinear de forma clara se determinada hipótese pode, ou não, ensejar a ruptura da avença. Lamentavelmente, contudo, consoante será demonstrado, é verificado excessivo subjetivismo nas fontes que se aplicam às espécies.

A metodologia do presente trabalho consiste no levantamento de informações consideradas importantes da acepção do contrato de forma genérica até a relação dos entes públicos e privados celebrado por meio de contratos administrativos que contém particularidades, ora levantadas. Constam no presente trabalho, outrossim, para o estudo da rescisão do contrato administrativo por iniciativa do poder público, sobretudo referência à Lei nº 8.666/93 e, em menor escalada, inserção de jurisprudências atinentes às hipóteses usuais e legislações esparsas.

Aquele que possui o conhecimento da matéria, certamente estará a um passo adiante dos demais. A formação, constituição, execução e rescisão do contrato administrativo só poderão ser ministradas se o ordenamento jurídico que permeia a matéria seja evidenciado e analisado.

2 Contratos

2.1 Conceito e classificação

Dentre as diversas conceituações de contrato na doutrina, sem adentrar nos pormenores da questão, pode-se salientar as definições de Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 21), segundo a qual: “*contrato é a manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial*” ou nas palavras de Orlando Gomes (1994, p. 10) contrato é o “*negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regulam.*”¹ (grifos nossos).

Em termos práticos no cotidiano - que muitas vezes contempla o uso informal da palavra -, o termo contrato pode apresentar duas acepções: tanto um simples acordo de vontades, como o instrumento pelo qual o contrato se materializa, devendo sempre nos atentarmos que a forma escrita não é o meio exclusivo de exteriorização deste negócio jurídico.

Sendo contrato um negócio jurídico, para a sua validade requer-se atenção aos elementos contidos no artigo 104 do Código Civil, quais sejam: agente capaz, objeto lícito possível e forma prescrita não defesa em lei².

O respeito à vontade das partes, por conseguinte, é requisito fundamental de qualquer contrato, não podendo deixar de ser verificado:

*“Além desses requisitos gerais, comuns a todos os atos jurídicos, outro deve ser ainda acrescentado em matéria contratual, o acordo de vontades, o consentimento recíproco. Aí está o elemento essencial, mais característico dos contratos. Pode ser expresso ou tácito.”*³ (grifos nossos)

Há requisitos subjetivos, outrossim, para sua validade como: existência de duas ou mais pessoas, capacidade genérica das partes, aptidão específica para contratação além do consentimento dos contratantes, consoante destacado acima.⁴

Consigne-se, ademais, requisitos objetivos contratuais relativos ao objeto do contrato para sua validação como: licitude do mesmo, sua possibilidade física ou jurídica do, determinação e economicidade.⁵

¹ SIMÃO José Fernando. *Direito Civil Contratos*. São Paulo: editora atlas, volume 5, 2005, p.3, Apud VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p.21 e apud GOMES Orlando. *Contratos*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.10.

² HELENA DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 25ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 15.

³ BARROS MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1965, p. 9.

⁴ HELENA DINIZ, 2009, p.15.

No antigo Direito Romano, apesar de não haver o estudo de uma teoria geral, há a classificação da aceção contrato em quatro segmentos: contratos reais, verbais, literais e consensuais.⁶ Não obstante, no direito atual seguem critérios utilizados para elucidação das características primordiais que um contrato pode contemplar:

- a) unilateral, quando há prestação para apenas uma das partes ou a bilateral quando há concomitantemente prestação e contra prestação;⁷
- b) gratuito, verificado a partir de clara vantagem ou benefício à uma das partes e desvantagem para a outra ou oneroso, relativamente à vantagens e desvantagens ou benefícios e malefícios desde que observados de forma conjunta;⁸
- c) comutativo referentes à equivalência das prestações e aleatório, o qual depende de em evento casual;⁹
- d) consensual, caso não haja necessidade de qualquer formalidade para se aperfeiçoar, reais que contemplam necessariamente a entrega de um bem para se aperfeiçoar e, por fim, solenes ou formais, os quais dependem da observância de forma legal para sua validade;¹⁰
- e) nominado, se há previsão e ou/regulação por um diploma legal ou inominado, verificado se não consta previsão expressa em lei, sendo oriundos da liberdade das partes e da livre iniciativa em se contratar¹¹;
- f) principal, caso sua existência independe de outra avença ou acessório se há dependência à outro contrato;¹²
- g) execução imediata se há o esgotamento do contrato mediante uma única prestação ou execução continuada se a prestação de um ou de ambos contratantes se dá a termo;¹³
- h) Adesão se há uma disposição rígida, quanto às cláusulas constantes no acordo, muitas vezes essa modalidade contratual é utilizada em casos de relação de consumo, presente a hipossuficiência do aderente; paritário

⁵ HELENA DINIZ 2009, p.15/18

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Contratos em espécie*. 11ª edição. São Paulo: Editora atlas, 2011, volume 3, p. 3.

⁷ SIMÃO, 2005, p. 4

⁸ SIMÃO, 2005 p. 5

⁹ SIMÃO, 2005, p. 5

¹⁰ HELENA DINIZ, 2009, p. 90/91

¹¹ Art. 425 CC “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

¹² SIMÃO, 2005 p.6

¹³ HELENA DINIZ, 2009, p. 95/96

quando há equilíbrio e ambas as partes participam e/ou questionam da elaboração das cláusulas contratuais constantes na avença a ser celebrada.¹⁴

2.2 Princípios

Assim como na conceituação do termo, em relação aos princípios são utilizadas diversas referências que permeiam os contratos, especialmente quanto à sua formação e efeitos.

O princípio da autonomia privada se reveste da aceção implícita da essencialidade de que o contrato reflita a vontade legítima das partes e de que qualquer afronta à livre manifestação dos contratantes possa ensejar a sua anulação. Importa consignar, ademais, que nos termos de outro princípio conhecido como *pacta sunt servanda*, os efeitos que essa manifestação de vontades implicar fará lei entre as partes, devendo cada qual arcar com as consequências diretas e indiretas de tal conclusão.¹⁵

Saliente-se que o princípio da autonomia da vontade, por seu turno, se coaduna com a assertiva de que a celebração possui a liberdade de firmar contratos com que bem entender. No entanto, como é cediço, os contratos dependem da existência de objetos lícitos e, além do mais, os contraentes devem chegar a um consenso em relação à vontade da outra parte contratante, por se tratar acima de tudo de um acordo, na simples e usual interpretação do termo. Destarte, o princípio da autonomia da vontade se relaciona com o fato de que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, uma vez que a vontade das partes está subordinada ao interesse coletivo à ordem pública e aos bons costumes.¹⁶

Nesse diapasão:

“A autonomia da vontade é um conceito técnico do direito civil e constitui um princípio geral de acordo com o qual se tem a faculdade de realizar ou não determinado ato jurídico e realizá-lo na forma e extensão que as partes considerarem convenientes.”¹⁷
(grifos nossos).

O princípio do consensualismo, por sua vez, abrange a ideia de que basta a livre manifestação das partes para a formação dos contratos, afastando exigências de outros tempos, especialmente quanto à solenidades e formalismos muitas vezes

¹⁴ SIMÃO, 2005, p.6

¹⁵ SIMÃO, 2005, p.8

¹⁶ HELENA DINIZ, 2009, p. 22

¹⁷ DANAY COSME, Katiuska Hernandez,. Autonomia de La voluntad. Espanha: Editora acadêmica Espanhola, 2012, p. 3, tradução nossa.

exacerbados. Obviamente esse princípio comporta exceções, todavia, o norte que se pretende salientar é que a facilitação da concretização da vontade das partes é salutar.

Vigora, outrossim, o princípio da *res inter alios*, que, em suma, significa que os contratos trarão efeitos negativos e prejudiciais somente às partes contratantes e, em relação à terceiros, as avenças só podem majorar benefícios.¹⁸

Ademais, nos termos do artigo 421 do Código Civil, “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*” Classificando a função social do contrato como um princípio, pode-se afirmar que, de acordo com essa diretriz, a vontade das partes não pode ser ilimitada, devendo ser atentando o equilíbrio contratual e o que a natureza da relação deve consignar. (grifo nosso)

É obrigatória a observância da função social contratual, sendo tal requisito inafastável e de ordem pública. Consta no artigo 2.035 do Código Civil que: “*Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*” (grifos nossos)

De acordo com José Fernando Simão¹⁹, o princípio da boa-fé objetiva, outra diretriz fundamental, pode ser desmembrado em sua função ativa ou sua função reativa. A primeira deve ser compreendida pela “*existência de deveres que não surgem do acordo de vontade das partes, pois dele independem. São deveres que decorrem diretamente da boa-fé e, portanto, não necessitam de previsão contratual expressa.*” Já a função reativa será a alegação de defesa para se rechaçar pretensão injusta.

A função ativa pode ser dividida nos deveres de segurança, de lealdade, de informação e de cooperação, os quais são autoexplicativos especialmente quanto ao seu significado primordial. Já a função reativa pode ser analisada a partir do *expectio doli* (repelir a pretensão de outro por prejuízo e pela existência de dolo da outra parte.) e *venire contra factum proprium*, que significa, em resumo, que as partes não podem se contradizer com os atos legais anteriormente praticados em qualquer relação.²⁰

¹⁸ SIMÃO, 2005, p.9

¹⁹ SIMÃO, 2005, p.19

²⁰ SIMÃO, 2005, p.16

Segundo o princípio da boa-fé objetiva, portanto, na interpretação das cláusulas é preciso prevalecer a intenção das partes em detrimento do sentido literal da linguagem empregado na avença.²¹

2.3 Formação

Antes da celebração do contrato comumente as partes utilizam-se de tratativas, negociações preliminares, conversações e entendimentos sobre a oferta até encontrarem uma solução satisfatória a seus interesses. O contrato preliminar ou pré-contrato, disciplinado nos artigos 462 a 466 do Código Civil, pode ser empregado a fim de que as partes especifiquem os contornos do que se pretende efetivar na avença.²²

No ordenamento jurídico espanhol, por exemplo, as tratativas do contrato denominadas como promessa são encaradas como um contrato propriamente dito, consoante segue:

“Es lógico comenzar el estudio de los contratos en particular con la promesa de celebrar un contrato. La promesa de celebrar un contrato es, ella misma, un contrato: el contrato de promesa. Diversas circunstancias suelen hacer imposible o inconveniente a las partes celebrar, desde luego, un contrato proyectado, de modo que sea necesario postergar su celebración para un futuro próximo o lejano.”²³ (grifos nossos).

No momento anterior ao da celebração do contrato, destarte, na chamada fase pré-contratual, as partes ajustam suas vontades, a fim de se obter um consenso. Enquanto que o termo proposta pode ser definido como um “convite” para contratar, a oferta se equivale à proposta se permitindo ao destinatário conhecer as regras e as condições do futuro contrato a ser firmado em caso de aceitação, de acordo com o que reza o artigo 429 do Código Civil.²⁴

Para a formação do contrato é necessária manifestação de vontade, que deve ocorrer mediante aceitação, a qual poderá ser expressa quando ocorrer por meio de palavra escrita ou oral, ou tácita quando houver práticas de atos concernentes com esse teor. Veja-se o exemplo de uma empresa que durante longo período recebe na época determinado produto e efetua o respectivo pagamento: se um certo ano não mais convém ao negociante continuar essa relação deve avisar à outra parte seu entendimento sob pena de estar vinculado ao pagamento.²⁵ É refutado, todavia, que aquele que recebe apenas um

²¹ HELENA DINIZ, 2009, p. 31/33

²² HELENA DINIZ, 2009, p. 43.

²³ MEZA BARROS, Ramon. Manual de Derecho Civil. *De las fuentes de las obligaciones*. Espanha: Tomo I, Sección I, Los contratos.

²⁴ SIMÃO, 2005, p. 36.

²⁵ BARROS MONTEIRO, 1965, p. 19.

jornal que não encomendou seja considerado assinante porque seu silêncio não pode ser interpretado como manifestação de vontade.²⁶

Se a proposta for feita à pessoa presente, a formação do contrato é verificada no momento em que a proposta for aceita de modo integral, já em caso de pessoas ausentes, de acordo com a teoria da cognição, o contrato se forma com o conhecimento da aceitação.

Todavia, mesmo com a aceitação, em determinadas hipóteses o contrato ainda pode não se formar quando, por exemplo, o oblato envia retratação (CC, artigos 434, I e 433), se há o comprometimento de espera da resposta (CC, artigo 434, II) ou, ainda, se a aceitação chegar fora do prazo convencionado. (CC, artigo 434, III).

Para fins de verificação do local de celebração, reza o artigo 435 do Código Civil que prevalece o local que foi proposto. Se a proposta for encaminhado do Brasil à um outro país, considera-se o próprio Brasil como local de formação. A lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro exhibe determinação diversa por meio do artigo 9º, § 2º, o qual dispõe que a constituição do contrato se dá no local em que residir o proponente.²⁷

2.4 Extinção dos Contratos

Quando do nascimento do contrato, as partes, em regra, desejam o seu regular cumprimento de modo que a avença atinja seu fim precípua e os contraentes concretizem sua vontade.

Como cediço, há, todavia, diversas razões que impossibilitam esse curso natural do contrato, ensejando sua extinção. Quando da celebração do termo alguma parte, por exemplo, pode ter sido coagida para formalizar o acordo ou ainda não figurar como capaz para realizar tal ato, o que configura a invalidação (anulação ou anulabilidade dependendo da hipótese) do termo. Por outro lado, há casos que o contrato não apresenta nenhum vício, mas o cumprimento pode não ser efetivado pela resolução, resilição ou rescisão, consoante se passa a demonstrar.

Resilição do contrato nada mais é do que a extinção contratual pela vontade de um (resilição unilateral) ou de todos os contratantes (resilição bilateral ou distrato). Quanto à forma, importa consignar que em relação à resilição bilateral, para a dissolução, as partes devem seguir a mesma forma utilizada para formação nos termos do

²⁶ BARROS MONTEIRO, 1965, p. 19.

²⁷ SIMÃO, 2005, p. 42.

artigo 472 do Código Civil. Na prática, todavia, essa aceção nem sempre é atendida. Muitas vezes o *mutum dissensus* não se formaliza do mesmo modo que o contrato. Por exemplo o fim de uma locação pode ser efetivada mediante a simples devolução do bem, o que vale como distrato.²⁸

Já em relação à rescisão unilateral, o artigo 473 do Código Civil exige a denúncia por meio de notificação à outra parte. No âmbito de contratos por prazo indeterminado ou nos prorrogados por prazo indeterminado pode, a qualquer tempo, uma das partes extinguir o vínculo. Em regra não há necessidade de justificativa, mas podem haver sanções e penalidades especialmente em casos como o de denúncia vazia em contratos locatícios ou rescisão sem justa causa em contratos trabalhistas.²⁹

Apesar de ser uma espécie de direito da parte a possibilidade de rescisão do contrato, de acordo com o artigo 473, parágrafo único, do Código Civil se uma das partes fizer investimentos consideráveis para a execução, a rescisão só produzirá efeitos depois de transcorrido o prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

No que toca à resolução, esta ocorrerá motivada por inexecução das obrigações do contrato por parte de um dos contratantes com ou sem culpa.

Nas hipóteses de caso fortuito ou força maior (artigo 393 do Código Civil), o contrato pode se dissolver independentemente de culpa ou da vontade das partes. Quando há culpa, todavia, a lei faculta, por meio do artigo 475 do Código Civil, que a parte não inadimplente pode pedir a resolução do contrato ou o cumprimento juntamente com o pedido de indenização.³⁰

No âmbito de contratos bilaterais é comumente utilizada a cláusula de resolução tácita, pela qual fica estabelecido que se um das partes não cumprir o contrato a outra pode pleitear a resolução contratual com arrimo no artigo 474 do Código Civil in verbis: “A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”. Havendo cláusula retroativa expressa, portanto, a qual dispõe que o contrato considera-se resolvido se verificado o inadimplemento, não será necessário reconhecimento judicial de acordo com o mesmo diploma. (grifos nossos).

Consta, outrossim, a teoria da onerosidade excessiva, pela qual o contratante que estiver amplamente prejudicado por um evento extraordinário e

²⁸ BARROS MONTEIRO, 1967, p.48.

²⁹ SIMÃO, 2005, p. 74.

³⁰ SIMÃO, 2005, p. 77.

imprevisível tem a possibilidade de pleitear a resolução do contrato nos termos do artigo 478 do Código Civil.

Requisito para aplicabilidade de tal teoria é a apuração das seguintes condições: vigência de um contrato comutativo de execução continuada que não poderá ser aleatório; alteração radical das condições econômicas; imprevisibilidade e extraordinariedade da modificação.³¹

Assim, no pedido de resolução do contrato por onerosidade excessiva deverá ser demonstrado que havia equilíbrio quando da sua formação e comprovar que a execução contratual implicará em desmedida vantagem patrimonial, caso haja cumprimento nos termos da avença.

O Código de Defesa do Consumidor também prevê a figura da onerosidade excessiva, sendo certo que, de acordo com esse diploma, basta o desequilíbrio excessivo entre as prestações, não importando se era previsível ou não (artigo 6º, V), para sua nulidade (artigo 51, IV).

Registre-se que a repressão às cláusulas abusivas, o atendimento equilíbrio contratual e de proteção a parte mais fraca originaram-se da Alemanha na década de 70, sendo posteriormente incluída nos demais países europeus.³²

Cabem aos contratantes, para fins de conservação dos negócios jurídicos, sempre conduzir a revisão e modificação do contrato em caso de desequilíbrio em face de uma resolução antecipada. Contudo, há de se compreender cada situação fática, uma vez que de acordo com a legislação consumerista a cláusula que seja excessivamente onerosa e desproporcional é nula de pleno e, nos termos do artigo 478 do Código Civil, tem a parte contratante possibilidade de pleitear a resolução do contrato por essa razão.

Há, por conseguinte, o instituto da exceção do contrato não cumprido o qual se refere à uma espécie de defesa contratual para que a pretensão de um contratante não inadimplente seja interrompida até que efetivamente a sua parte, no que cabe no contrato, seja cumprida. Deve haver reciprocidade de obrigações das partes e muitas vezes a ação daquele que não cumpriu a sua parte e que pretende ser beneficiado pelo adimplemento fere o princípio da boa-fé objetiva.³³ Como já visto este instituto só possui aplicabilidade em casos excepcionalíssimos nos contratos administrativos.

³¹ HELENA DINIZ, 2009, p. 164.

³² LUIZ PEGADO, Jorge. Revista *Portuguesa de Direito do Consumo*. Portugal: numero, 60, 2009.

³³ SIMÃO, 2009, p. 81/82.

O inadimplemento pode ser completo (*exceptio non adimpleti contractus*) ou parcial (*exceptio non rite adimpleti contractus*). Ademais nos termos do artigo 477 do Código Civil se depois de concluído o contrato sobrevier a uma das partes diminuição de seu patrimônio a ponto de comprometer a prestação contratual, pode a outra parte exigir a apresentação de garantias de que seu adimplemento será efetivado.³⁴

A morte de um dos contratantes também poderá ser causa da dissolução do contrato, contudo, há de verificar se as qualidades pessoais foram o motivo determinante para a formação da relação contratual como no caso de contratação de pianista famoso.³⁵

3 Contratos administrativos

3.1 Definição

A conceituação dos contratos administrativos apresenta divergência no enfoque dado à essa modalidade contratual e na sua distinção com os contratos de natureza privada evidenciados acima.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:

“contrato administrativo é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros, na qual por força de lei, de cláusula pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.”³⁶ (grifos nossos).

Para Maria Sylvia Pietro nos contratos firmados pela Administração há distinções entre contrato da administração e contrato administrativo. Enquanto que o primeiro se refere a todos os contratos celebrados pela Administração, sob regime do direito público ou privado, o segundo é aquele celebrado para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.³⁷

Ainda de acordo com tal doutrinadora, haveria três correntes a respeito dos chamados contratos administrativos: (i) a que se negam a existência de contrato administrativo; (ii) a segunda composta por aqueles que acham que todos os contratos

³⁴ SIMÃO, 2009, p. 82.

³⁵ HELENA DINIZ, 2009, p 169.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 614/615.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 edição. São Paulo: Editora atlas, 2007, p. 233.

celebrados pela Administração são contratos administrativos e (iii) e ao, final, a que aceita a existência dos contratos administrativos como espécie do gênero contrato.³⁸

De outra parte, registre-se que os contratos públicos também se revestem de uma alternativa para o enfrentamento de crises. Nos Estados Unidos da América sob a gestão do Presidente Barack Obama, as obras públicas se demonstraram uma via interessante para se atenuar os efeitos dos problemas econômicas vivenciadas no país, sobretudo com relação a mão de obra utilizada em obras infra estruturais.³⁹

Sem maiores especificidades sobre o assunto e afastada pretensão de se defender qualquer das correntes, o presente trabalho possui o escopo de dispor sobre a rescisão de contratos administrativos, tendo em conta a concepção mais abrangente possível de modo a englobar toda e qualquer avença que a Administração figure como parte.

3.2 Princípios do Direito Administrativo

Dois princípios são fundamentais na seara do direito administrativo, pois decorrem diretamente da bipolaridade essencial desse ramo do direito: o da liberdade do indivíduo e o da supremacia do interesse público.⁴⁰

Tais princípios, contudo, não são exclusivos do direito administrativo e dão origem para diversas concepções do estudo das relações humanas no âmbito do direito. Difícil conceber que a liberdade e a adequação ao bem coletivo, sejam afastadas, em qualquer seara normativa. A nossa condição primitiva, na minha opinião, nos leva a lutarmos para nossos interesses e, sem prejuízo, buscarmos o que é benéfico para a coletividade.

A Constituição Federal, por meio do artigo 37 *caput*, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 de 04/06/1998, faz menção aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e eficiência, a que se submete a administração pública direta e indireta. Já a Constituição Estadual de São Paulo, a partir do artigo 111 acrescentou ao referido rol os princípios da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 edição. São Paulo: Editora atlas, 2007, p. 233.

³⁹ ALONSO, Alma Patricia Domíngue. *Documentos de Trabajo, Seminario Permanente de Ciencias Sociales*. Espanha: Núm. 5, Janeiro 2010, p. 4

⁴⁰ DI PIETRO, 2007, p. 58.

Por seu turno, a Lei nº 9.784/1999, relativa aos processos administrativos federais, em complementação aos princípios elucidados acima, faz referência aos institutos da proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório e segurança jurídica.

Não obstante, as Leis nº 8.666/93 e 8.987/95 dispõem de forma indireta sobre tais diretrizes em relação específica à matéria que são incumbidas de regular. (licitações e contratos públicos e concessão e permissão da prestação de serviços públicos, respectivamente).

Seguem especificados a seguir cada princípio do direito administrativo para que seja possível ter-se a noção exata da base da formação dessa modalidade contratual e da matéria posteriormente analisada no presente trabalho:

3. 2. 1 Legalidade

O princípio da legalidade se concretizou a partir do surgimento do estado de direito e constitui uma das principais garantias aos direitos individuais, da soberania do poder público e da ordem social e econômica. A lei deve estabelecer os limites de atuação do poder público e as restrições em relação ao particular em todas as esferas para convívio em coletividade.⁴¹

Nesse diapasão, a Constituição Federal, por meio do artigo 5º, inciso II, preleciona que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”*. Desta feita, dependerá de determinação legal de forma expressa para a criação de obrigações, concessão de direitos ou imposições de diversas naturezas. (grifo nosso)

De acordo com o Celso Antonio Bandeira de Mello:

*“o princípio da legalidade é o da completa submissão da administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las cumpri-las pô-las em prática. Daí que a atividade desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é o Presidente da República até o mais modesto dos servidores só pode ser a de dóceis, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a decisão que lhe compete no direito administrativo.”*⁴² (grifos nossos).

Em face de qualquer ilegalidade, a Constituição Federal elenca diversos remédios constitucionais a serem apresentados por qualquer que tenha seu direito violado, como a ação popular, habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, ou o mandado de

⁴¹ DI PIETRO, 2007, p. 58.

⁴² BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 101.

injunção, além de controles efetuados pelo poder legislativo (incluindo-se atuação dos tribunais de contas) e o controle depreendido pela própria administração.⁴³

Nossa Constituição, ademais, faculta ao presidente da república a adoção de providências incomuns em face de emergências ou eventos excepcionais. É o caso das medidas provisórias, utilizadas lamentavelmente de forma corriqueira hoje em dia, decretação do estado de defesa e do estado de sítio. (confira-se artigos 62, 136 a 139 da Constituição Federal).

“Como corolário da separação de poderes, o princípio da legalidade recebeu o estatuto de princípio fundamental do direito administrativo: a administração pública passou a ter de fundar as suas actuações, qualquer que seja a respectiva natureza, na lei. Os cidadãos -agora já não súbditos- passaram a ser titulares de direitos face a administração pública e a dispor de instrumentos, nomeadamente judiciais, para os fazerem valer.”⁴⁴ (grifos nossos).

A obediência à legalidade significa que a administração só pode fazer o que a lei determina ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo que a lei não proíba.

3.2.2 Supremacia do interesse público

Referido princípio deve ser contemplado tanto no momento de elaboração da lei pelo legislador, assim como na formação e na execução dos contratos administrativos pelo poder executivo e pelo poder judiciário, respeitadas suas incumbências.

Habitualmente uma das distinções que se faz entre o direito privado e o direito público, reside na ideia de que o primeiro se pauta nos interesses individuais e o último no interesse público, de forma imperativa. Contudo, essa linha de raciocínio não merece prosperar em qualquer hipótese, considerando que:

“existem normas de direito privado que objetivam defender o interesse público (como as concernentes ao Direito de Família) e existem normas de direito público que defendem também interesses dos particulares (como as normas de segurança, saúde pública, censura, disposições em geral atinentes ao poder de polícia do Estado e normas no capítulo da Constituição consagrado aos direitos fundamentais do homem)”.⁴⁵ (grifos nossos).

Todavia, mesmo não sendo uma regra absoluta, vale consignar que embora as normas de direito público protejam reflexamente o interesse individual, constata-se que nesse ramo do direito, o objetivo primordial de atendimento ao interesse público, do bem estar coletivo. É inegável, ademais, que o interesse público está enraizado em todas as

⁴³ DI PIETRO, 2007, p.59.

⁴⁴ Caupers JOÃO. *Ao Direito Administrativo Portugues*. Portugal: 2005, p. 658.

⁴⁵ DI PIETRO, 2007, p. 64.

esferas da administração em contraponto da defesa do individualismo verificada em épocas passadas e dos controles e modulações necessárias para o convívio coletivo.⁴⁶

O princípio ora analisado pode inclusive ser representado pelo axioma: “o interesse público prevalece sobre o interesse privado”, sendo natural que desta assertiva descendam direta ou indiretamente os demais princípios que informam o direito administrativo.⁴⁷

É do poder do estado desapropriar, requisitar, intervir, policiar e até punir para atender o interesse geral. Comete abusos, contudo, aquele que sob uma ótica individual prejudica um inimigo, beneficia um conhecido, consegue vantagens pessoais, ensejando punição por desvio de poder ou de finalidade sendo referido ato ilegal e passível de reforma.⁴⁸

Indissociável à tal ato, está o princípio da indisponibilidade do interesse público que nas palavras de Celso Bandeira de Mello:

*“significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que também é um dever na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis”.*⁴⁹ (grifos nossos)

Na medida em que os poderes concedidos à administração encontram fundamento eloquente na defesa do interesse público coletivo, é pertinente salientar que estes têm caráter de poder-dever, não podendo a Administração deixar de exercê-los. O poder público, nessa toada, não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas, não pode deixar de punir quando houver embasamento para tanto, tampouco cometer arbitrariedades com os recursos que lhe são disponibilizados.⁵⁰

Nesse diapasão, inclusive, está consignado o artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 9.784/99, o qual exige: *“atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”.* (grifo nosso)

O princípio da supremacia ao interesse público também é correlato ao da autonomia da vontade típica do direito privado, a qual é estabelecida a partir de interesses próprios dos indivíduos desde que não estejam em desacordo com a lei.⁵¹

⁴⁶ DI PIETRO, 2007, p. 60.

⁴⁷ NETTO DE ARAUJO, Edmir. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 50

⁴⁸ DI PIETRO, 2007, p. 60/61

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 74.

⁵⁰ DI PIETRO, 2007, p. 60/61.

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 98.

3.2.3 Impessoalidade

Este princípio pode ser interpretado sob duas óticas: de acordo com o primeiro sentido, majorado pela doutrina, significaria que a administração deve tratar os particulares de forma equânime sem prejudicar ou beneficiar pessoas dentre uma mesma situação, se valendo sempre pelo interesse público como norte para qualquer ato.⁵²

De acordo com o segundo sentido, os atos administrativos seriam imputáveis sempre às instituições, o quais qual estaria representado no artigo 37, parágrafo único da Constituição Federal que, por seu turno, estabelece que é proibido que conste nome, símbolo ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidades de atos, programas, atos e etc.⁵³

Insta mencionar, outrossim, que as normas relativas à suspeição e impedimento também se coadunam com o princípio da impessoalidade, levando-se em conta que interesses individuais devem ser afastados ao máximo quando a questão debatida em âmbitos judiciais e administrativo, inclusive, serem do interesse público. Nessa esteira os artigos 18 a 21 da Lei nº 9.784/99 dispõem sobre a suspeição no âmbito de contratos administrativos e os artigos 135 a 138 concernentes aos feitos judiciais.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, este princípio se reveste de caráter mais subjetivo de modo que o bem público só pode ser administrado quando a finalidade for impessoal, isto é desvinculada da vontade ou personalidade do administrador.⁵⁴

3.2.4 Presunção da legitimidade ou da veracidade

Tal princípio se reveste de dois aspectos: de um lado a presunção da verdade relativa a certeza dos fatos e, de outro, pela presunção da legalidade contemplada pelo fato de que a Administração, incluindo-se nesse rol todos os membros das entidades, atua em conformidade com a lei desde que não se prove o contrário.⁵⁵

A presunção de legitimidade também pode ser encarada como fatores gerais de eficácia dos atos administrativos sendo considerados derivações do interesse público tornando os comandos administrativos obrigatórios a todos que em uma determinada hipótese se enquadram.⁵⁶

⁵² DI PIETRO, 2009, p. 62.

⁵³ DI PIETRO, 2009, p. 62.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 75.

⁵⁵ DI PIETRO, 2007, p. 63.

⁵⁶ NETTO DE ARAUJO, 2009, p. 61.

Independentemente da anuência do particular, as decisões administrativas podem criar obrigações e deveres aos particulares e, em relação ao poder público, tais decisões podem fundamentar atos a serem executados pela administração, desde que haja embasamento na legislação aplicável à espécie para tanto.⁵⁷

2.2.5. Especialidade

O estado pode e deve descentralizar seu poder, criando pessoas jurídicas públicas administrativas, com vistas à especialização das funções e desde que haja lei específica com as incumbências relativas à essa outorga, não podendo essas entidades se desvirtuar dos objetivos que constem em lei.⁵⁸

Mesmo se levando em conta que a administração não pode exercer controle direto de fiscalização sob as autarquias ou em relação às sociedades de economia mista, importa notar que todas as entidades oriundas de descentralização administrativa, possuem autonomia para consecução dos seus objetivos que devem estar atrelados ao interesse público.⁵⁹

3.2.6. Controle ou tutela

Ainda que certas entidades possuam independência relativa, é imperioso ressaltar que há necessidade de controle pela Administração de modo direto ou indireto nos limites estabelecidos pela lei.

Nenhuma entidade pode exercer sua função obstante à fiscalização oriunda da própria administração ou do seu próprio corpo, como no caso das autarquias que gozam de parcela de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio.⁶⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello, releva a exclusividade do controle judicial dos atos administrativos, segundo o qual não há órgãos estranhos ao poder judiciário para decidir com força específica sobre as contendas entre Administração e Administrados.⁶¹

3.2.7. Autotutela

⁵⁷ DI PIETRO, 2007, p. 63.

⁵⁸ DI PIETRO, 2007, p. 63.

⁵⁹ DI PIETRO, 2007, p. 63.

⁶⁰ DI PIETRO, 2007, p. 64.

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p.121.

De acordo com o princípio da autotutela é possível que a Administração exerça controle de seus próprios atos, anulando os atos ilegais ou revogando os inconvenientes ou inoportunos.

Nessa esteira é o teor de duas súmulas editadas pelo supremo tribunal federal, a saber:

*“a administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”⁶²
“a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”⁶³ (grifos nossos).*

3.2.8. Hierarquia

Para cumprimento das atribuições do poder público prevalece o princípio da hierarquia entre os órgãos da administração, de tal sorte que havendo uma relação de coordenação e subordinação, cada entidade atua com as suas atribuições previstas em lei.⁶⁴

Há o dever de obediência, o de delegar, avocar atribuições ou punir no âmbito das funções administrativas, em sede judicial. Ademais, com o advento da súmula vinculante pelo artigo 103-A da Constituição Federal, acrescida pela emenda constitucional nº 45/04, qualquer instância judicial não poderá aplicar indevidamente ou contrariar ao que foi decidido e registrado. Nas decisões diretas de inconstitucionalidades e nas ações declaratórias de constitucionalidades de leis ou ato normativo federal ou estadual também prevalece este preceito nos termos do artigo 102 § 2º da Constituição Federal.

3.2.9. Continuidade do serviço público

A continuidade do serviço público pode ser observada mediante diversas diretrizes, considerando a concepção predominante no sentido da essencialidade da atuação estatal ou das suas concessões e autorizações. Ou seja, as providências dos órgãos públicos não podem ser interrompidas sem que haja motivo relevante para tanto.⁶⁵

A proibição de greve, ainda que seja admitida de forma excepcional, abrange o conceito de continuidade do serviço público, assim como a impossibilidade de

⁶² **STF Súmula nº 346** - 13/12/1963 - Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 151.

⁶³ **STF Súmula nº 473** - 03/12/1969 - DJ de 10/12/1969, p. 5929; DJ de 11/12/1969, p. 5945; DJ de 12/12/1969, p. 5993. Republicação: DJ de 11/6/1970, p. 2381; DJ de 12/6/1970, p. 2405; DJ de 15/6/1970, p. 2437.

⁶⁴ DI PIETRO, 2007, p.65.

⁶⁵ DI PIETRO, 2007, p.65.

avocação do instituto da exceção do contrato não cumprido pelo particular, ao menos em regra.⁶⁶

Também é possível acrescentar que no caso de não continuação de prestação do serviço público, a faculdade de a administração se utilizar dos equipamentos e instalações da empresa que ela contrata ou a possibilidade de encampação público para a coletividade não deixar de ser contemplada com o serviço.⁶⁷

A continuidade do serviço público, no meu entendimento, pode ser relacionado com o princípio da boa administração referenciado por Celso Antonio Bandeira de Mello como a busca pela atividade administrativa congruente, oportuna e adequada aos fins alcançados.⁶⁸

Para que o abandono de vagas não interrompa a prestação do serviço pode a Administração exercer atos fundamentais como a suplência, delegação e a substituição para preenchimento do cargo.⁶⁹

Consigne-se por derradeiro, o fato das autarquias mesmo tendo relativa autonomia não poderem deixar de cumprir a finalidade para a qual foram criadas, alterá-las a não ser por lei, tampouco se extinguir dissolver ou incorporar-se.⁷⁰

3.2.10 Publicidade

Por meio do artigo 37 *caput* da Constituição Federal, é referenciado o princípio da publicidade, de acordo com o qual há necessidade de a administração divulgar amplamente seus atos, ressalvadas as hipóteses de sigilo legal. Nos termos do inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal, contudo, o interesse social ou a defesa da intimidade justificam o sigilo dos atos processuais cometidos pela Administração.

O direito à informação, relativo à pessoa, é garantido pelo habeas data previsto no inciso LXXII do artigo 5º da Constituição Federal, o qual se presta a assegurar o conhecimento de informações constantes em registros ou bancos governamentais de entidades públicas ou para a retificação de dados. Sem prejuízo, ressalte-se que o habeas data possui finalidade restritiva, considerando que o direito à informação deve ser prestado

⁶⁶ DI PIETRO, 2007, p.65.

⁶⁷ DI PIETRO, 2007, p.65.

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p.122.

⁶⁹ DI PIETRO, 2007, p. 65.

⁷⁰ NETTO DE ARAUJO, 2009, p. 65.

preferencialmente pelas vias ordinárias ou por impetração de mandado de segurança consoante o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.⁷¹

É dever administrativo a plena transparência dos comportamentos assumidos pelo Estado, sobretudo para não se permitir o ocultamento de assuntos relevantes, ou não e que possam afetar quem quer que seja.⁷²

Nessa esteira, ainda, a Constituição Federal assegura a todos o direito de petição aos poderes públicos em caso de defesa de direitos ou contra ilegalidades, bem como a obtenção de certidões em repartições públicas para defesa ou esclarecimentos (artigo 5º, inciso XXXIV).

Relativamente à Constituição Estadual do Estado de São Paulo, o artigo 112 exige a publicação das leis e atos administrativos externos para que estes produzam seus regulares efeitos, sendo que, pelo artigo 114, se denota que a Administração possui o prazo de 10 dias para fornecer a qualquer interessado certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres, sobe pena de responsabilização da autoridade ou servidor em caso de descumprimento.

3.2.11 Moralidade administrativa

O princípio da moralidade se relaciona diretamente com os conceitos da legalidade, da lealdade, da justiça, probidade, boa-fé e outras regras que permeiam a ética necessária para o convívio coletivo. A partir do momento que se espera dos indivíduos uma conduta íntegra também se exige correição da Administração e de seus representantes nas mais diversas esferas.

Há previsão no artigo 37, *caput* da Carta Magna deste princípio, assim como na Lei nº 1.079/50 por meio artigo 9º, no qual consta relação de crimes contra a probidade administrativa e, sem prejuízo, na Lei nº 9.784/99, no artigo 2º, *caput*, que consta a seguinte exigência a ser verificada na atuação do poder público: “*atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.*” (grifo nosso)

Fato inconteste é que a moralidade do ato administrativo até por sua expressa determinação legal juntamente com a sua legalidade e finalidade constituem pressupostos de validade indispensáveis para legitimidade da atividade pública.⁷³

⁷¹ DI PIETRO, 2007, p. 67.

⁷² BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 114.

⁷³ LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1995, p. 84.

A grande discussão travada sobre a existência deste princípio reside no questionamento quanto ao fato de qualquer ilegalidade eventualmente já contemplar implicitamente o preceito de imoralidade.⁷⁴

O princípio da moralidade se coaduna com valores éticos, por força da boa fé e da lealdade, e pode ser verificado, por exemplo, na aplicação de sanções, quando a administração deve noticiar a modificar de seu entendimento sobre qualquer questão que afete qualquer indivíduo.⁷⁵

3.2.12 Razoabilidade e proporcionalidade

Este princípio, também constante enfaticamente em outros segmentos do direito, se configura a partir de certa subjetividade e se propõe a proteger o particular de arbitrariedades mesmo em casos que haja alegação de descumprimento da lei. Ou seja, um desvio de conduta não enseja uma sanção desmedida e por período superior ao que a gravidade da conduta corresponder.

Com o afã de se impor limitações à discricionariedade administrativa, o princípio da razoabilidade deverá ser arrimado principalmente em casos de qualquer ofensa à legislação quando da punição não haja proporção entre os meios empregados e o fim que se almeja alcançar.

Muito se conclui sobre a possibilidade de o princípio da proporcionalidade estar já contemplado no conceito de razoabilidade, bem como no fato do interesse público permear referidas definições.⁷⁶

Razoabilidade se refere à vedação de condutas inconvenientes, desarrazoadas, incoerentes ou aquelas que desconsiderem as situações e circunstâncias de um determinado caso concreto.⁷⁷

A Lei nº 9.784/99, por seu turno, estabelece que a administração pública deverá adequar seus fins e meios, sendo vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (artigo 2º, parágrafo único, inciso VI), o que se relaciona diretamente com o princípio de razoabilidade e proporcionalidade. Há, outrossim, previsão no nosso

⁷⁴ DI PIETRO, 2007, p. 68.

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 120.

⁷⁶ DI PIETRO, 2007, p. 72.

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 108.

ordenamento jurídico acerca da razoabilidade de duração dos processos judiciais e administrativos, em consonância com o princípio constitucional da celeridade processual.

3.3 particularidades dos contratos administrativos

3.3.1 Presença da administração pública como poder público

Nos contratos administrativos, a administração se vale de uma série de prerrogativas relativas à sua posição de supremacia sobre o particular. Nessa modalidade contratual, por meio de cláusulas exorbitantes, de privilégios ou de prerrogativas, a administração se posiciona em outro patamar de direitos e obrigações em relação ao particular, afastando-se a ideia de igualdade entre as partes, ao contrário do que ocorre nos contratos celebrados por particulares.⁷⁸

A administração sempre possui a disponibilidade sobre os serviços públicos e sua utilização, já o particular, por sua vez, jamais pode tê-la. O interesse da coletividade sempre deve advir do Estado sendo que os poderes transferidos ao particular jamais podem ser absolutos.⁷⁹

Sem prejuízo, a administração está vinculada outrossim a critérios e limitações, razões pelas quais, chega-se até a afirmar que os poderes reconhecidos à Administração para a celebração de contrato são poderes relativos à prática de atos unilaterais, inerentes às competências públicas incidentes sobre aqueles objetos.⁸⁰

A administração fica autorizada a determinar modificações, acompanhar e fiscalizar continuamente a execução da avença impor as sanções, desde que haja previsão para tanto e ainda pode rescindir o contrato, por meio de cláusulas exorbitantes, quando couber.⁸¹

3.3.2 Finalidade pública

Sempre nos contratos administrativos, direta ou indiretamente, a administração deve se pautar no interesse público para consecução de um ato ou mesmo quando da celebração do contrato e sua execução. É defeso que algum órgão público firme

⁷⁸ DI PIETRO, 2007, p. 243.

⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 613.

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 613.

⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 616.

alguma relação contratual para atingir qualquer objetivo que não seja do interesse do bem comum mesmo que dentro da forma legal.⁸²

Os preceitos de direito público que cabem aos contratos administrativos, seguem o norte da finalidade pública a qual cada avença deve se submeter. Assim, quando é conferida à Administração prerrogativas de supremacia, surge o propósito inafastável e primordial de acautelar o interesse público da forma mais abrangente possível.⁸³

3.3.3 Obediência à forma prescrita em lei

Para fins de controle de legalidade e da objetividade na adequação à finalidade pública, o respeito a forma legal dos contratos administrativos se faz necessária e indispensável.

A Lei nº 8.666/93 estabelece uma série de requisitos formais, no tocante à forma dos contratos administrativos dentre os quais merecem destaque⁸⁴:

- Os contratos administrativos devem obrigatoriamente ser lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico e registro sistemático de tal documentação. Os contratos relativos a direitos reais sobre bens imóveis, tão somente, podem ser formalizados no cartório de notas, se revelando uma exceção à tal princípio. Ademais, é permitida a formalização de contratos verbais para compras de pronto pagamento, que não ultrapassem a 5% do limite estabelecido no artigo 23, inciso II alínea “a” da Lei nº 8.666/93, desde que efetuadas em regime de adiantamento.⁸⁵

- No prazo máximo de 20 dias a contar da data da assinatura da avença, deverá o extrato do contrato administrativo ser publicado no Diário Oficial nos termos do artigo 61 da Lei nº 8.666/93. Antes de tal período o contrato não adquire eficácia e se ultrapassado o prazo de 20 dias, o ajuste carecerá de validade e poderá, inclusive ser anulado.⁸⁶

- Consoante reza o artigo 62 da Lei nº 8.666/93, em regra o instrumento de contrato só poderá ser formalizado mediante um “termo de contrato”, “carta contrato”, “nota de empenho de despesa.” ou “ordem de execução de serviço”. Ou seja, a

⁸² DI PIETRO, 2009, p. 243.

⁸³ BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 615.

⁸⁴ DI PIETRO, 2009, p. 244.

⁸⁵ DI PIETRO, 2009, p. 244.

⁸⁶ DI PIETRO, 2009, p. 244.

Administração encontra limites para formalização de seus contratos devendo se valer dos instrumentos mediante os termos acima salientados.⁸⁷

- No caso específico de licitações, a redação do contrato ou do termo equivalente deve estar atrelada às condições constantes do instrumento convocatório da licitação, sob pena de quebra da isonomia e da legalidade do certame⁸⁸. Se, porventura, o contrato tiver sido celebrado sem licitação - de acordo com as condições legais que autorizam tal excepcionalidade -, deverão ser contempladas as justificativas de tal autorização consoante artigo 26 da Lei nº 8.666/93.

- Os prazos dos contratos administrativos também merecem destaque, pois apresentam uma série de particularidades e limitações na lei. Primeiramente, importa ressaltar que é vedada existência de contratos desta ordem com prazo de vigência indeterminado, de acordo com o artigo 57, § 3º da Lei nº 8.666/93. Além disso, há a limitação decorrente do artigo 57, *caput* de que os contratos ficarão restritos à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto nos casos de projetos planejados por metas contidas no plano plurianual, prestação de serviços contínuos, limitado a sessenta meses.⁸⁹

Nessa esteira, consigne-se ademais, as cláusulas necessárias indicadas pelo artigo 55 incisos I a XII e seus incisos, bem como o teor do artigo 61, o qual indica outros requisitos formais, necessariamente deverão constar no instrumento. Destaque-se o teor dos dois diplomas legais acima aludidos⁹⁰:

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
I - o objeto e seus elementos característicos;
II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
VIII - os casos de rescisão;
IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

⁸⁷ DI PIETRO, 2009, p. 244.

⁸⁸ DI PIETRO, 2009, p. 244.

⁸⁹ DI PIETRO, 2009, p. 246.

⁹⁰ NETTO DE ARAUJO, 2009, p. 674.

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.”

“Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.”
(grifos nossos).

3.3.3 Procedimento legal

Há de se estabelecer, conforme aduzido adiante, procedimentos obrigatórios para a celebração de contratos, compreendendo medidas como autorização legislativa, avaliação, motivação, autorização pela autoridade competente, indicação de recursos orçamentários e licitação.⁹¹

A exigência de licitação decorre de disposição constitucional.⁹² Os recursos orçamentários se coadunam com o artigo 176, II da Constituição Estadual de São Paulo e da Constituição Federal, por meio do artigo 167, II, os quais se valem da premissa de que nenhuma despesa poderá ser assumida ou ordenada sem que haja disposição orçamentária para tal fim.⁹³

A lei de responsabilidade fiscal (lei complementar n° 101, de 04/05/2000), por seu turno, também contribui para essa vertente, desautorizando despesas que não sejam compatíveis com os recursos disponíveis pela Administração ou com prévia estimativa na utilização do dinheiro público com razoabilidade e necessário planejamento.⁹⁴

3.3.4 Contratos de adesão

Todas as cláusulas dos contratos administrativos devem ser fixadas unilateralmente pela administração, as quais, logicamente, serão vinculadas às leis, regulamentos e ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Ainda que hajam

⁹¹ DI PIETRO, 2009, p. 248.

⁹² “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.”
(grifos nossos).

⁹³ DI PIETRO, 2007, p. 248.

⁹⁴ DI PIETRO, 2007, p. 248.

situações que não seja exigida a licitação para uma determinada hipótese a administração deve estabelecer previamente as cláusulas contratuais da avença a ser celebrada com o particular.⁹⁵ Destarte, há o entendimento de que as cláusulas contidas em contratos administrativo possuem referida natureza.

3.3.6. Natureza *intuitu personae*

Com vistas à consecução do interesse público, as condições particulares do contratado, apuradas no procedimento licitatório, e que determinaram a empresa como vencedora do certame, devem ser as razões exclusivas para celebração do instrumento. Nessa esteira, é vedada a subcontratação total ou parcial do objeto da avença, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência total ou parcial de acordo com o artigo 78, inciso VI, da Lei n° 8.666/93.⁹⁶

O descumprimento de tais premissas por parte do contratado constitui motivo para rescisão unilateral (conforme será adiante pormenorizado), ensejando, inclusive, a aplicação de sanções administrativas contidas no artigo 87 e 80 da Lei n° 8.666/93.

3.3.7 Presença de cláusulas exorbitantes

Superada divergência relativa à nomenclatura de tais cláusulas definidas como exorbitantes ou derogatória, porque segundo Edmir Netto Araújo este tipo de definição pode englobar atitude referencial e negativa de se conceituar residualmente o instituto, passa-se a adentrar ao estudo objetivo do que se pretende consignar quando da utilização de tais expressões.⁹⁷

As cláusulas denominadas por grande parte da doutrina como exorbitantes são aquelas derivadas do princípio da supremacia do poder público sobre o particular, as quais poderiam ser consideradas ilícitas no âmbito de contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas de diversas naturezas à Administração. Seguem as cláusulas exorbitantes mais frequentes nos contratos administrativos as quais se embasam nos preceitos da Lei n° 8.666/93⁹⁸:

⁹⁵ DI PIETRO, 2007, p. 249.

⁹⁶ DI PIETRO, 2007, p. 249.

⁹⁷ NETTO DE ARAUJO, 2009, p. 651.

⁹⁸ DI PIETRO, 2007, p. 249.

3.3.7.1 Exigência de garantia

De acordo com o artigo 56, § 1º da Lei nº 8.666/93, é possível que sejam exigidas, inclusive no processo licitatório, as seguintes modalidades de garantia: caução em dinheiro ou título da dívida pública, seguro garantia e fiança bancária.

A faculdade de escolha de tais modalidades de garantia cabe ao contratado, não podendo ultrapassar o correspondente a 5% do valor da avença, a não ser no caso de ajustes que consista na entrega de bens pela administração, dos quais o contratado ficará depositário. Nesse caso a garantia pode alcançar o valor total dos bens, com supedâneo no artigo 56, § 5º da Lei nº 8.666/93. Segundo Edmir Netto Araújo⁹⁹:

“A lei não deixa claro (art. 56, § 1º e seus incisos) que a escolha das modalidades de garantia previstas na lei (caução em dinheiro, título da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária) é faculdade do particular não cabendo à Administração impor a este uma das espécies legais, nem mesmo no Edital.”
(grifos nossos)

Especificamente no caso de rescisão contratual por ato atribuído ao contratado, a administração poderá reter, nesse caso, a garantia para ressarcir-se dos prejuízos e demais pendências financeiras a ela devidos, de acordo com o artigo 80, III do mesmo diploma legal. Como regra, no entanto, a garantia sempre deverá ser devolvida após a execução contratual ao contratado.¹⁰⁰

A natureza de cláusula exorbitante para a exigência de garantia, insta salientar, não se enquadra em contratos de parceria público privada, na medida em que o parceiro público também poderá ser obrigado a oferecer garantias para celebração do contrato.¹⁰¹

3.3.7.2 Alteração unilateral

Nenhum particular ao contratar com a administração adquire direito ou garantia de que o contrato ou sua execução ao longo do tempo permanecerão imutáveis. Aceitar tal assertiva seria o mesmo que subordinar o interesse público ao interesse do ente privado, o que jamais pode ocorrer.¹⁰²

De acordo com o artigo 65 da Lei nº 8.666/93, a seguir levantado, os contratos poderão ser alterados unilateralmente pela administração:

“a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do

⁹⁹ NETTO DE ARAUJO, 2009, p. 672.

¹⁰⁰ DI PIETRO, 2007, p. 250.

¹⁰¹ DI PIETRO, 2007, p. 250.

¹⁰² LOPES MEIRELLES, 1995, p. 198.

valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objetos nos limites permitidos por esta Lei;” (grifos nossos).

Como requisitos para tais alterações pode-se destacar (i) motivação do poder público que justifique a medida; (ii) respeito da natureza contratual; (iii) manutenção do equilíbrio econômico financeiro; (iv) limite de acréscimo ou supressão de até 25% do valor inicial atualizado do contrato e no caso de reforma de edifício ou equipamento até 50%.¹⁰³

Importa consignar, por derradeiro, o direito à manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato no caso de alteração unilateral do contrato de acordo com o artigo 65, §§ 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.666/93, cujos parágrafos dispõem respectivamente acerca da responsabilidade da administração, sobre os custos de aquisição de materiais ou equipamentos suprimidos no contrato e danos comprovados pela alteração unilateral, revisão de preços por alteração ou extinção de tributos ou, ou ainda, se a própria alteração implica em aumento nos encargos do contratado.¹⁰⁴

3.3.7.3 Rescisão unilateral

Esse tópico que será minuciosamente estudado adiante, pode ser dividido para um estudo superficial, nas seguintes hipóteses contidas nos artigos 78 e 80 da Lei nº 8.666/93: (i) inadimplemento com culpa como descumprimento de cláusulas contratuais; ou lentidão, atraso injustificado, cessão, transferência (salvo se admitidas no edital e no contrato), desatendimento de determinações regulares de autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, cometimento reiterado de faltas, permissão de trabalho de menores; (ii) inadimplemento sem culpa como desaparecimento do objeto, insolvência da contratada, falecimento ou modificações da estrutura social que comprometa a execução, (iii) razões de interesse público; (iv) caso fortuito ou de força maior.¹⁰⁵

3.3.7.4 Fiscalização

Disciplinada no artigo 67 e no artigo 58, ambos da Lei nº 8.666/93, é ônus da administração pública, o acompanhamento e fiscalização por um profissional especialmente designado a execução do contrato. Deverão ser registradas todas as ocorrências relacionadas ao contrato, determinando o que for necessário para regularização de eventuais problemas e/ou providências.

¹⁰³ DI PIETRO, 2007, p. 251.

¹⁰⁴ DI PIETRO, 2007, p. 251.

¹⁰⁵ DI PIETRO, 2007, p. 251/252.

Em caso de descumprimento das determinações da autoridade fiscalizadora, o contrato poderá ser rescindido unilateralmente com base no artigo 78, VI da Lei n° 8.666/93.¹⁰⁶

Contratações públicas exigem também informações pertinentes acerca dos contratantes e da relação firmada como a averiguação licitação transparente dos particulares, demonstração com regras objetivas sobre eventual possibilidade de subcontratação, supervisão do funcionamento dos funcionários utilizados pelo poder privado e transparência na prestação de contas do trabalho depreendido.¹⁰⁷

Todavia, é razoável muitas vezes que a continuação da execução do contrato seja a alternativa menos onerosa para o interesse público, de modo que a paralisação na prestação dos serviços seja tomada apenas como uma medida de caráter excepcional.

3.3.7.5 Aplicação de penalidades

Essa disposição é diretamente atrelada ao princípio da legalidade, de acordo com o escólio de Edmir Netto Araújo a seguir arrimado:

“Deve-se deixar claro, no entanto, que a Administração não pode inventar penalidades, sendo lícito impor apenas aquelas que constam das normas legais de regência dos contratos administrativos, (...), em virtude do princípio da legalidade (art. 5, II e 37 caput da CF).”¹⁰⁸ (grifos nossos).

A inexecução parcial ou total do contrato possibilita à Administração a aplicação de sanções de natureza administrativa enumeradas no artigo 87, as quais seguem destacadas abaixo:

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 anos;
IV – declaração de idoneidade 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. (grifos nossos)

Ressalte-se que a pena de multa pode ser aplicada juntamente com qualquer uma das outras sanções, conforme autoriza o artigo 87, § 2° da Lei n° 8.666/93.

Ademais, como preceitua o artigo 5° da Constituição Federal, o direito de defesa deve ser assegurado face à aplicação de penalidades, sendo que de acordo com o artigo 87, *caput* da Lei n° 8.666/93, o interessado dispõe do prazo de 5 dias para exercer

¹⁰⁶ DI PIETRO, 2009, p. 253.

¹⁰⁷Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Espanha, 2009 ISBN 8473512898 p. 33.

¹⁰⁸ NETTO DE ARAUJO, 2009, p. 667.

essa garantia, salvo na hipótese de declaração de inidoneidade em que o prazo se eleva para 10 dias.

3.3.7.6 Anulação

A prerrogativa da autotutela permite que a Administração Pública exerça constante controle sobre seus atos, cabendo-lhe o dever de anular aqueles que estão em contrariedade à lei. Segue o teor da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal exatamente nesta esteira: *“a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade e ressalvada em todos os casos a apreciação judicial”*.¹⁰⁹ (grifo nosso)

A exemplo da aplicação de penalidade, deverão ser observados os princípios da ampla defesa e do contraditório, previstos no artigo 5º, LV da Constituição Federal.

No âmbito dos contratos administrativos, ademais, a Administração tem o poder de declarar a nulidade com efeito retroativo, impedindo os efeitos jurídicos futuros decorrentes das avenças e desconstituindo os já produzidos de acordo com o teor do artigo 59 da Lei nº 8.666/93. Há a ressalva de que cabe ao particular ser indenizado por prejuízos sofridos desde que não tenha contribuído para a anulação do ato.¹¹⁰

Destarte, a ilegalidade em algumas hipóteses tem o condão de contaminar o contrato que venha doravante a ser celebrado e todos os efeitos por ele produzidos.¹¹¹

3.3.7.7 Retomada do objeto

Classificada como cláusula exorbitante, a possibilidade de retomada de objeto pela Administração, deriva da preservação de continuidade de execução do objeto contratual sempre que a paralisação possa ocasionar prejuízo ao interesse público, nos termos do artigo 80 da Lei nº 8.666/93. As medidas a seguir descritas só podem ser possíveis nos casos de rescisão unilateral¹¹²:

“I – assunção direta do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar por ato próprio da Administração.

¹⁰⁹ STF Súmula nº 473 - 03/12/1969 - DJ de 10/12/1969, p. 5929; DJ de 11/12/1969, p. 5945; DJ de 12/12/1969, p. 5993. Republicação: DJ de 11/6/1970, p. 2381; DJ de 12/6/1970, p. 2405; DJ de 15/6/1970, p. 2437.

¹¹⁰ DI PIETRO, 2007, p. 253.

¹¹¹ DI PIETRO, 2007, p. 255.

¹¹² DI PIETRO, 2007, p. 255.

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 artigo 58 desta Lei;

III- execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração e dos valores das multas e indenizações e multas a ela devidos.

IV – retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.” (grifos nossos)

3.2.7.8 Restrições ao uso da *exceptio nom adimpleti*

No âmbito das relações privadas, quando uma parte descumpra o contrato a outra pode descumpri-lo também, com estirpe no artigo 477 do Código Civil. Quando se trata de relações com o poder público, em decorrência dos princípios da continuidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, deve o particular, em regra, antes de qualquer ato, pleitear o fim da relação contratual em sede judicial ou administrativa.

Em nenhum dispositivo legal consta a possibilidade de rescisão unilateral por iniciativa do particular, contudo são aceitas algumas exceções especialmente em casos em que a inadimplência do poder público acarrete em impedimento para continuidade do serviço ou da obra. A Lei, nº 8.666/93, nessa esteira, ainda que não mencione expressamente a ocorrência de tal hipótese, prevê a suspensão de execução do contrato pelo particular nos artigos 78, incisos XV e XVI.¹¹³

Como regra, todavia, saliente-se que no âmbito de contratos administrativo não se admite a paralisação sumária da execução sob pena de responsabilização do particular admitindo-se somente a subsequente indenização ao ente privado pelos prejuízos suportados ou a rescisão por culpa da administração.¹¹⁴

3.3.7.9 Mutabilidade

A mutabilidade do contrato público pode decorrer das cláusulas exorbitantes que asseguram maior poder à administração em relação ao particular ou da manutenção do equilíbrio econômico financeiro, como regra básica para continuidade da relação contratual.¹¹⁵

O equilíbrio econômico financeiro nada mais é do que a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela administração. Não se trata ademais de

¹¹³ DI PIETRO, 2007, p. 256.

¹¹⁴ LOPES MEIRELLES, 1995, p. 200.

¹¹⁵ DI PIETRO, 2007, p. 256.

característica exclusiva dos contratos públicos, podendo se encontrada em contratos entre pessoas privadas em determinados casos.¹¹⁶

Na definição de Edmir Netto Araujo:

“trata-se de hipótese de revisão contratual, decorrente das teorias da imprevisão ou “factum principis” (...). Tem por objetivo a manutenção da equação econômica financeira do contrato na superveniência de fatos imprevisíveis (ou previsíveis, mas com consequências incalculáveis), que possam retardar ou impedir a execução do objeto contratual, abrangendo, como se viu, força maior, caso fortuito ou fato do príncipe.”¹¹⁷ (grifos nossos).

Considerando, contudo, a indisponibilidade do interesse público, nem sempre a autonomia da vontade pode prevalecer neste âmbito, sendo muitas vezes inatingível a equivalência material entre as partes por simples consentimento.¹¹⁸

Ainda, relativamente ao direito público, no momento da celebração do contrato é muito difícil se fazer uma previsão adequada do equilíbrio, uma vez que os acordos administrativos em geral envolvem riscos decorrentes de várias circunstâncias bem como geralmente sua longa duração, volume grande de gastos públicos e a natureza da atividade.¹¹⁹

Por conta dos elementos acima arrimados, há a teoria do equilíbrio econômico do contrato administrativo, pela qual se apontam, além da causa maior três tipos de áleas ou riscos que o particular pode enfrentar quando da contratação com a administração¹²⁰:

-Álea ordinária ou empresarial, a qual decorre das próprias variações mercadológicas, sendo que todo o empresário está sujeito e por ele responde o particular porque há o requisito da previsibilidade.¹²¹

-Álea administrativa que abrange três modalidades: (i) poder de alteração unilateral do contrato administrativo para atendimento do interesse público; (ii) fato do príncipe: ato de autoridade não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele e (iii) fato da administração: toda conduta ou comportamento que torne impossível para o particular a execução do contrato.¹²²

-Álea econômica que corresponde a circunstâncias externas alheias à vontade das partes excepcionais que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando

¹¹⁶ DI PIETRO, 2007, p. 256/257.

¹¹⁷ NETTO DE ARAUJO, 2009, p. 682.

¹¹⁸ DI PIETRO, 2007, p. 257.

¹¹⁹ DI PIETRO, 2007, p. 257.

¹²⁰ DI PIETRO, 2007, p. 257.

¹²¹ DI PIETRO, 2007, p. 257.

¹²² DI PIETRO, 2007, p. 259/264.

lugar à aplicação da teoria da imprevisão, sendo certo que a administração pública, em regra, responde pela recomposição do equilíbrio econômico financeiro.¹²³

4 Rescisão do contrato administrativo

4.1 Introdução

Antes da mais nada cumpre asseverar que há distinção entre os institutos de rescisão do contrato e anulação. Nas palavras de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho Neto:

“Colocado o problema no seu objetivo equacionamento jurídico, a rescisão apresenta aspectos qualificados, por si mesmos nas contratações administrativas, distinguindo-se da anulação porque esta depende de ato declaratório de invalidade do contrato. A rescisão é sempre uma operação atual ao passo que a anulação é uma operação retroativa. Quanto à anulação é decisão exclusiva da Administração, conquanto que a rescisão também constitui uma prerrogativa do co-contratante. A anulabilidade pode vir de vícios contidos no acordo público como advir da inobservância ou violação dos princípios da igualdade, publicidade ou irregularidade na eleição do particular.”¹²⁴ (grifos nossos)

Rescisão é o desaparecimento, a terminação do contrato administrativo pelo surgimento de um fato jurídico ou de ato jurídico (manifestação de vontade). Os fatos e os atos jurídicos põem fim ao contrato administrativo. O art. 78 da Lei nº 8.666/93 elenca os motivos pelos quais o contrato administrativo pode ser extinto. A ocorrência desses motivos, todavia, não leva a administração pública contratante necessariamente a extinguir o contrato, que pode entender não ser indispensável ao interesse público a adoção dessa medida extrema.

Em diversos aspectos, a rescisão no contrato administrativo se revela distinta da rescisão evidenciada entre particulares. De acordo com o artigo 389 a 393 do Código Civil ou, ainda, com arrimo no artigo 18 parágrafo primeiro do Código de Defesa do Consumidor, é possível se constatar que a inexecução parcial da avença não acarreta, ao menos em regra, a rescisão do pacto firmado. Por outro lado, no direito administrativo se aplica o artigo 77 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*: “Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.” (grifos nossos)

¹²³ DI PIETRO, 2007, p. 262.

¹²⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 342/348.

Vale realçar, outrossim, que a administração não precisa aguardar o término da relação contratual para desconstituir sua relação com o ente privado. A comprovação de atrasos injustificados ou indícios que a prestação de serviços está comprometida podem ensejar a rescisão do contrato administrativo pelo poder público.¹²⁵

Todavia, não é qualquer descumprimento contratual que deve acarretar o fim do contrato administrativo, deve ser verificado que a inexecução, ainda que parcial, esteja onerando a coletividade. Por ambas as partes, se espera razoabilidade na tomada de decisões tendo em vista, sobretudo, porque, majoritariamente, na ocorrência da aludida rescisão contratual, tanto o ente privado como o poder público e a coletividade sofrem prejuízos e são penalizados direta ou indiretamente pelo término prematuro da relação.

A responsabilidade não precisa ser exclusiva do particular, muitas vezes a administração falha com seus deveres contratuais e não há óbice para que seja aplicada em seu desfavor a regra contida no art. 77 da Lei n° 8.666/93, acima salientada. A responsabilidade pelo descumprimento do contrato pode englobar sanções de natureza penal, civil, bem como o quanto está disposto o contrato celebrado, se embasado está pela lei.¹²⁶

A responsabilidade pela inexecução contratual pode se estender até a pessoa do administrador do ente público ou da pessoa privada. Nas duas hipóteses a responsabilidade depende da comprovação de culpa e de dolo das pessoas físicas.¹²⁷

Na ocorrência de rescisão administrativa, desde que comprovada a ocorrência de fraude, as sanções administrativas podem ser aplicadas ao controlador da empresa privada aplicando-se os preceitos da desconsideração da personalidade jurídica.¹²⁸

A lei prevê de forma expressa no artigo 79 da Lei n° 8.666/93 três tipos de rescisão: unilateral, amigável e judicial.

A rescisão amigável ou administrativa é feita por acordo entre as partes, sendo aceitável quando houver conveniência para a administração. Já a judicial é comumente pleiteada pelo contratado, levando-se em conta que ele não pode paralisar a execução do contrato nem fazer a rescisão unilateral.¹²⁹

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2008, p. 767.

¹²⁶ JUSTEN FILHO. 2008, p. 765

¹²⁷ JUSTEN FILHO. 2008, p. 765

¹²⁸ JUSTEN FILHO. 2008, p. 765

¹²⁹ JUSTEN FILHO. 2008, p. 765

A arbitragem em determinados casos também é majoritariamente defendida pela doutrina como meio para a rescisão conforme segue:

“discutem os estudiosos atualmente sobre a possibilidade de o Poder Público recorrer à arbitragem para a solução de seus conflitos. A respeito do tema, tem dominado o entendimento de que a adoção desse instrumento não ofende os princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos, desde que, é obvio, procure a Administração alcançar providências de interesse público e que seus agentes não atuem com improbidade administrativa ou desvio de finalidade. Além do mais a questão a ser deduzida no juízo arbitral deve ter como preponderante o aspecto de patrimonialidade, não incidindo sobre atos decorrentes do exercício de autoridade.”¹³⁰ (grifos nossos)

Conforme salientado a seguir, a jurisprudência recente oriunda do Tribunal de Justiça de São Paulo admite a possibilidade de se utilizar o instituto da arbitragem para a solução de controvérsias em contratos administrativos, sobre em caso de rescisão contratual:

EMENTA: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – OBRIGAÇÃO DE FAZER - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA. Cuidando-se de julgamento antecipado da lide, predomina a prudente descrição do magistrado no exame da necessidade ou não, da produção de provas, , ante as circunstâncias de cada caso concreto. Não evidenciada no caso concreto sua necessidade, impõe-se o julgamento antecipado da lide, inocorrendo, nessa hipótese o alegado cerceamento de defesa. CARÊNCIA DA AÇÃO - Alegada inobservância de pacto de Arbitragem para solucionar conflito no âmbito administrativo - Vício inexistente - Preliminar rejeitada.¹³¹ (grifos nossos)

Sem prejuízo, é de enorme valia consignar que o ato de rescisão do contrato administrativo deve ser contemplado pelo efetivo controle do próprio poder público em diversos âmbitos, conforme explanação de Lucia do Valle Figueiredo:

“Destarte, se pode e deve a Administração rescindir o contrato, não se furta, entretanto, ao controle desse ato, quer por meio do controle interno, quer do externo dos Tribunais de Conta, do Legislativo, bem como do judiciário. Este último apenas caso tenha havido lesão de direito individual ou coletivo ou ainda de lesão ao patrimônio público, hipótese de ação popular.”

[...]As razões a alicerçar o ato de rescisão unilateral por conveniência e oportunidade são as mesmas que ensejam consoante nosso entender revogação do ato administrativo. É bem verdade que, no trato do ato administrativo, tem-se dada latitude, bem mais ampla à competência revogatória da Administração Pública.”¹³² (grifos nossos)

O Poder Público, contudo, não tem a necessidade de ir a juízo relevando-se que a lei lhe faculta o poder de rescindir unilateralmente o contrato, nas hipóteses relacionadas nos incisos I a XII do artigo 78. Não se garante contudo, que a discussão

¹³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual do Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009, p. 211.

¹³¹ TJ/SP, Apelação nº 992.05.109114-2, Desembargador Relator: Antonio Maria da 27ª Câmara de Direito Privado, data do julgamento 15/12/2009.

¹³² FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 553.

posteriormente seja travada no âmbito judicial considerando a possibilidade de o particular provocar tal ocorrência.

4.2. Análise da legislação

A interpretação do artigo 78 da Lei nº 8.666/93 não deve ser contemplada a partir da premissa de que qualquer infração contratual deva gerar a rescisão do contrato, a qual acarreta a paralisação do atendimento de uma avença que existia em favor da coletividade. Nessa esteira o escólio de Marçal Justen Filho:

“A interpretação do art. 78 como não poderia deixar de ser, tem de ser norteada pelo princípio da indisponibilidade dos interesses fundamentais. Isso não significa uma interpretação mecanicista da lei ou do contrato. Deve ter-se em vista que as garantias deduzidas na lei ou no contrato têm natureza instrumental. A infração às previsões contratuais é juridicamente relevante na medida em que ofende os interesses fundamentais. Portanto, não se podem igualar e tornar juridicamente idênticas todas as condutas desconformes com exigências legais e contratuais. Há condutas que ofendem garantias ou deveres fundamentais à execução do objeto do contrato; outras atingem questão de somenos importância. Também por isso, não se pode cominar a rescisão do contrato como a consequência automática para toda e qualquer infração contratual. Essa solução seria mais perniciosa do que benéfica. Rescindir o contrato significa paralisar o atendimento aos interesses fundamentais. A lesão aos interesses fundamentais não é evitada simplesmente através da rescisão do contrato.”¹³³ (grifos nossos)

Assim, deverá a administração para rescisão da avença por ato do contratado comprovar a ofensa à direitos fundamentais. Caso contrário, se o inadimplemento for considerado irrelevante ou de pequena monta, a administração deverá aplicar tão somente sanções administrativas ao particular obstante à rescisão.¹³⁴

As hipóteses dos incisos I a VIII referem-se à problemas na execução contratual. O inciso I faz menção genericamente à ocorrência do descumprimento de deveres contratuais. Os incisos II a VII aludem a modalidades de inadimplemento tratando de casos específicos, mas que não podem ser interpretados como as únicas formas de ocorrência do inadimplemento.¹³⁵

Se fosse exauriente referido rol restaria inócua a disposição do artigo 55, VII que impõem entre as cláusulas necessárias do contrato administrativo a presença daquela que estabelece os casos de rescisão.¹³⁶

Está implícito, por exemplo, nesses primeiros incisos, o descumprimento de preceitos éticos pelo contratado, bem como o cumprimento das obrigações profissionais

¹³³ JUSTEN FILHO. 2008, p. 767

¹³⁴ JUSTEN FILHO. 2008, p. 767

¹³⁵ JUSTEN FILHO, 2008, p. 768

¹³⁶ TORRES PEREIRA JUNIOR, Tessé. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora renovar, 2007, p. 776.

dos trabalhadores envolvidos no projeto e das qualidades que uma obra de engenharia deve contemplar.¹³⁷ A lei seria muito exaustiva e nem é do propósito do legislador ou do interpretador exigir que estejam relacionadas todas as ocorrências possíveis de inadimplementos advindos do contrato administrativo.¹³⁸

Ao se analisar o inciso II (cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos), cumpre-nos a ressaltar que a interpretação deve-se pautar, como explicitado acima, na esteira de que qualquer inadimplemento não pode ensejar a rescisão contratual.¹³⁹

Deve-se aferir primordialmente se há danos imediatos e expressivos ou toleráveis. Para exemplificar essa constatação Marçal Justen Filho defende que o caso de fornecimento de alimentos estragados deve ensejar a rescisão do contrato, até porque deve ser relevado nesse caso que não há forma da ocorrência ser sanada posteriormente a contento. Já teria se consumado o problema nessa hipótese e haveria possibilidade de se constatar novos danos, sendo que qualquer reparo teria caráter apenas remediado, não preventivo.¹⁴⁰

O inciso III não apresenta hipótese menos subjetiva ao contemplar que a lentidão da execução autoriza a rescisão unilateral do contrato administrativo. A prática para aplicação do inciso, se relaciona com a assertiva de que o atraso deve ser grave de modo que a obra ou serviço será entregue ou prestada de forma intempestiva, se o mesmo ritmo se prorrogar.¹⁴¹

Destarte, é também imperioso observar que a lentidão na execução deve estar contemplada com a motivação acerca da impossibilidade do cumprimento da prestação. Afinal, o contratado possui o ônus de se programar e estabelecer um cronograma para seu cumprimento contratual, não podendo, quanto à estes prazos, a administração interferir em nada que não conste no contrato ou na lei, como regra.

De toda a forma, o contratado deve ser previamente informado dos problemas acerca da sua demora na execução contratual. É vedada a surpresa acerca da possibilidade de a Administração promover a rescisão contratual sem proceder a oitiva do

¹³⁷ JUSTEN FILHO, 2008, p. 768.

¹³⁸ JUSTEN FILHO, 2008, p. 768.

¹³⁹ JUSTEN FILHO, 2008, p. 769.

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO, 2008, p. 769.

¹⁴¹ JUSTEN FILHO, 2008, p. 769.

particular e a oportunidade para se sanar o problema (caso seja possível), tudo isso atrelado aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e boa fé, dentre outros.¹⁴²

Como ponto comum das três primeiras hipóteses contempladas pode-se relevar a exação no cumprimento das cláusulas contratuais pelo contratado. Nesse sentido, a prova da ocorrência do inadimplemento terá caráter predominantemente objetivo.¹⁴³

Ademais, nunca é demais lembrar que deve-se afastar a aplicação desse inciso constatada a ocorrência de força maior ou caso fortuito para a verificação de atraso e a aplicação de penalidade nesse tocante.

A previsão do inciso IV, acerca da ocorrência de atraso na demora se revela um desdobramento do inciso III. Como já salientado anteriormente, convém ao particular estabelecer seu cronograma para cumprimento da sua parte contratual cabendo à Administração, por seu turno, demonstrar que o atraso no começo da obra está proporcionando danos e prejuízos. O problema nesse caso também se relaciona com a eventual constatação de indícios de que o serviço ou objeto não vai ser adimplido ou cumprido tempestivamente.¹⁴⁴

Já o inciso V apresenta hipótese mais grave no que toca à execução contratual, qual seja a ocorrência de paralisação da atividade. Obviamente, por muitas vezes, não acarreta essa ocorrência não se revela apenas uma “perda de tempo” na seara contratual. Se tratando da prestação de serviços obviamente a paralisação enseja problemas, sobretudo em casos de serviço indispensável e essencial à população.

No que toca à paralisação de obra ou em casos análogos, muitas vezes há desperdício de materiais ou perda de oportunidades. Todavia, conforme já mencionado, deve pautar a Administração na possibilidade de atraso dos prazos previstos na lei e/ou no contrato e deve haver comunicações ao contratado sobre a averiguação desse problema, em respeito ao princípio do contraditório e à prévia possibilidade de saneamento do problema antes da rescisão.

O inciso VI dispõe sobre a modificação do polo subjetivo da relação contratual e se coaduna com os elementos do edital ou e da melhor contratação por parte da Administração. Todavia há de se considerar que a situação do contratado não pode ser congelada ou ser considerada imutável. Deve ser levado em conta para eventual subsunção desse artigo ao caso concreto se foi observado pela nova pessoa jurídica, em suma, a

¹⁴² JUSTEN FILHO, 2008, p. 770.

¹⁴³ TORRES PEREIRA JUNIOR, 2007, p. 776.

¹⁴⁴ JUSTEN FILHO, 2008, p. 770.

preservação do atendimento dos requisitos de habilitação exigidos na licitação original, não havendo prejuízo à coletividade. Também é salutar verificar se há anuência expressa da administração a respeito¹⁴⁵. Nesse sentido decisão abaixo colacionada proveniente do TCU:

“Nos termos do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993, se não há expressa regulamentação no edital e no termo de contrato dispendo de modo diferente, é possível para atendimento ao interesse público, manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão para celebrar contrato com licitante que tenha passado pelo mesmo processo desde que: (1) sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original; (2) sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato; (3) não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e (4) haja anuência expressa da Administração à continuidade do contrato.¹⁴⁶” (grifos nossos).

De acordo com o entendimento de Marçal Justen Filho, todavia, há outros requisitos para a admissão da alteração subjetiva no âmbito das pessoas jurídica a obstar a subsunção do artigo VI do artigo 78.

Deverá ser aceita a alteração subjetiva quando não houver prejuízo à execução do contrato e, tampouco, aos interesses fundamentais colocados sob a tutela estatal. Sem prejuízo, não se pode aceitar que o sujeito que não tinha condições de participar da licitação a partir de mudanças na estrutura societária da empresa passe a tê-la. Ademais, a alteração perpetrada na empresa não pode dar ensejo a questionamentos quanto à sua essencialidade ou quanto à sua validade.¹⁴⁷

Importa destacar, outrossim, que somente será aceita decisão da Administração no sentido de se rejeitar a alteração da empresa se houver clara afronta aos princípios aplicáveis aos direitos fundamentais e desde que haja motivação explicitada para tal ato. Não cabe mera fundamentação levando-se em conta natureza personalíssima do contrato obstante à devida justificação.¹⁴⁸

Em relação às contratações efetivamente personalíssimas, excepcionalmente deve haver diferenciação no tratamento dado à espécie em casos que a execução do contrato dependa de pressupostos indissociáveis do contratado. Como exemplo podemos destacar a contratação de uma banda específica para participação de um show em um evento na cidade. Mesmo que a banda tenha se extinguindo e haja um outro grupo sucessor de diferentes características da formação original, o poder público, ante a mudança de

¹⁴⁵ JUSTEN FILHO, 2008, p. 771.

¹⁴⁶ TCU, Acórdão nº 634/2007, Plenário, Ministro Relator Augusto Nardes.

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, 2008, p. 777.

¹⁴⁸ JUSTEN FILHO, 2008, p. 778.

condição personalíssima, com arrimo no artigo 78, VI, poderá requerer a rescisão contratual.

Jessé Torres Pereira Junior, conforme segue, propõe um entendimento mais objetivo da norma e por conseguinte mais abrandado da hipótese, concluindo que havendo quaisquer dos fatos narrados no inciso VI, a rescisão poderá ser pleiteada pelo poder público:

“Fica claro, portanto, que dará causa à rescisão do contrato qualquer ato que implique substituição do contratado por outra pessoa, ainda que esta signifique desdobramento daquele, como ocorre na incorporação, na fusão e na cisão irrelevante que as sociedades resultantes assumam todos os direitos e obrigações da que foi incorporada, fundida ou cindida. A *ratio* está em que a empresa substituta, não tendo participado da licitação, não teve sua habilitação aferida, nem disputou preço com os demais concorrentes, sendo, portanto, uma estranha para a Administração.”¹⁴⁹ (grifos nossos).

Ademais, consigne-se que não é necessário que o edital ou contrato contemple expressamente que há possibilidade da cessão. Contudo, em casos que a vedação é expressa por meio de previsão editalícia ou situações nas quais na fase licitatória há necessidade do preenchimento de requisitos que podem ser violados, desde que tais pressupostos se coadunem com princípios aplicáveis à matéria, poderá se fundamentar nesses preceitos a administração para a rescisão.¹⁵⁰

A questão debatida pode comportar, portanto, dois argumentos teoricamente opostos pelas partes: a administração, visando à rescisão, se fundamentando no seu poder discricionário, na eventual ausência de preenchimento dos requisitos ou, ainda, em suposta vedação do edital, caso seja verificada. E de outra parte, o particular poderá valer-se em seu favor que a hipotética alteração não enseja prejuízo à execução e à direitos fundamentais.

O inciso VI faz menção, outrossim, à impossibilidade de subcontratação pelo contratado. Constata-se que a subcontratação só poderá ser admitida se houver permissão nos termos e limites contemplados no instrumento convocatório. Nesse sentido decisão do Egrégio Tribunal de Contas da União¹⁵¹:

“É irregular a subcontratação de objeto do contrato com violação de cláusulas do instrumento convocatório. Posterior celebração de termo aditivo, para afastar a obrigatoriedade de autorização do contratante para a realização de subcontratação parcial, não elide a irregularidade.” (grifos nossos)

Segue outro entendimento do Tribunal de Contas da União sobre eventual subcontratação ou divisão de responsabilidades, conforme julgado colacionado a seguir:

¹⁴⁹ TORRES PEREIRA JUNIOR, 2007, p. 782.

¹⁵⁰ JUSTEN FILHO, 2008, p. 779.

¹⁵¹ TCU, Acórdão nº 2.248/2006, Plenário, Relator Ministro Benjamim Zymler.

“É ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.”¹⁵² (grifos nossos).

Já no que toca ao instituto da associação com terceiros, consigne-se que o contratante não pode, para a formação do capital de uma nova sociedade, utilizar-se dos direitos derivados do contrato administrativo, obstante prévia autorização administrativa. No caso de consórcio, as empresas quando da participação do processo licitatório já devem denominar tal condição, não se admitindo uma espécie de “consórcio subsequente.”¹⁵³

A intenção do legislador, quanto à essa hipótese, se presta a evitar compartilhamento ou transferências de responsabilidade, restando preservada a isonomia do procedimento licitatório.

Por conseguinte, em relação ao inciso VII que trata do desatendimento a determinação, vale observar que se trata mais uma vez de requisito deveras subjetivo para se fundamentar a rescisão contratual. Como é possível se constatar diversas exigências da administração no âmbito contratual a aplicação do inciso deve se coadunar com os dispositivos legais atinentes à matéria, com o edital e o contrato firmado. Caso haja discordância à determinação o particular deverá se manifestar fundamentando a impertinência de tal exigência.¹⁵⁴

Caso a determinação proveniente da administração seja razoável e legítima, o contratado não poderá se omitir e deve corrigir eventuais falhas para se evitar a rescisão. Na verdade, o que se percebe, é que muitas vezes a causa da determinação é a motivação principal da fundamentação sendo o desatendimento apenas o reflexo da ocorrência.

O inciso VIII “cometimento reiterado de faltas” não menciona qual seria o número de faltas, quais infrações seriam aptas a justificar a rescisão com arrimo nesse dispositivo. Releve-se que o caráter cogente contemplado pela administração nas determinações enviadas ao contratado, levando-se em conta a possibilidade de rescisão contratual por desatendimentos.¹⁵⁵ Pode-se concluir, contudo, que as faltas devam ser graves, repetidas por uma quantidade suficiente para se constatar que há riscos envolvidos à administração de qualquer ordem e que haja vínculo em relação à essas ocorrências.¹⁵⁶

¹⁵² TCU, Acórdão nº 3.475/2006, 1ª Câmara, Relator Ministro Marcos Bemquerer.

¹⁵³ JUSTEN FILHO, 2008, p. 779.

¹⁵⁴ JUSTEN FILHO, 2008, p. 781.

¹⁵⁵ TORRES PEREIRA JUNIOR, 2007, p. 784

¹⁵⁶ JUSTEN FILHO, 2008, p. 781.

Assim como em outras hipóteses, deverá ser documentada a ocorrência dessas reiteradas faltas e respeitado o princípio do contraditório para qualquer conclusão e o ato de rescisão.¹⁵⁷

Tanto o inciso VII como o VIII são simétricos ao princípio da fiscalização como prerrogativa da administração.¹⁵⁸

Já, a insolvência referida no inciso IX é aquela formalmente declarada em sede judicial. Existem hipóteses, porém, que a falência e a insolvência civil não afetam a participação da empresa ou a continuidade do contrato como, por exemplo, em caso do empréstimo do particular de determinado imóvel em favor da coletividade.

A questão da dissolução da sociedade, por conseguinte, tratada no inciso X contempla exceções como em casos de inexistência de riscos à lesão de direitos fundamentais, excetuada a hipótese de falência ou no caso de constatação de possibilidade na continuidade do contrato que se encontra na fase final de execução.¹⁵⁹

Já em relação ao falecimento da pessoa física contratada, também previsto no inciso X, prevalece o entendimento de que se torna praticamente impossível a continuidade da relação e a execução das prestações pessoais. Contudo, em hipóteses restritas pode inexistir prejuízo à direitos fundamentais e o contrato se encontrar na fase concluída, podendo ser obstada eventual rescisão, em atenção à supremacia do interesse público, desde que haja motivação para tanto.¹⁶⁰

O inciso XI se refere a alteração social ou modificação da finalidade ou estrutura da empresa. Também se faz indispensável verificar se a mesma traz prejuízos ao contrato e à direitos fundamentais. A mudança de finalidade ou da estrutura da empresa possui caráter empresarial e deve implicar em uma mudança drástica da mesma, que afete em alguma ótica a relação contratual firmada com o poder público.

Verifica-se que referido inciso amplia a hipótese versada no inciso VI com duas inovações a saber: (i) ao contrário do que consta no inciso VI no inciso XI as alterações e modificações sequer podem ser autorizadas em edital ou contrato, estando sempre a administração defesa de prever tais atos; (ii) há um alargamento de discricionariedade no último inciso considerando-se que só as alterações e modificações que prejudiquem o contrato podem dar causa à rescisão.¹⁶¹

¹⁵⁷ JUSTEN FILHO, 2008, p. 781/782.

¹⁵⁸ TORRES PEREIRA JUNIOR, 2007, p. 784.

¹⁵⁹ JUSTEN FILHO, 2008, p. 783/784.

¹⁶⁰ JUSTEN FILHO, 2008, p. 784.

¹⁶¹ TORRES PEREIRA JUNIOR, 2007, p. 788.

No que toca à rescisão do contrato por razões de interesse público, disposta no inciso XII, consigne-se que a mera invocação desse preceito não se torna suficiente para a rescisão, sem que haja a devida motivação acerca dos prejuízos ao contrato e comprovação de violação de direitos fundamentais.¹⁶²

Nessa esteira o pacificado entendimento jurisprudencial, conforme se infere do julgado colacionado abaixo:

“Na hipótese de não restar justificada a onerosidade do ajuste resultante dos aditivos e havendo interesse na continuidade da execução do empreendimento pela contratada, deverá o órgão estadual enviar a repactuação do contrato para reestabelecer a relação que as partes estabeleceram inicialmente, nos termos do art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei n° 8.666/93 ou em caso de insucesso das tratativas amigáveis, a rescisão do contrato por razões de interesse público, com fundamento no art. 78, inciso XII da Lei n° 8.666/93.”¹⁶³ (grifos nossos).

Ainda que haja essa disposição legal, não poderá olvidar a administração o respeito aos direitos adquiridos do contratado previsto na Constituição Federal no artigo 5º inciso XXXVI e na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, vale consignar que essa hipótese (subsunção do artigo 78 inciso XII), diferentemente das outras explicitadas acima, não corresponde à um inadimplemento de parte ou da integralidade do contrato tampouco à alguma falta ou culpa na execução. A promoção da rescisão nesse caso se coaduna apenas com a convicção que o contrato não atende mais ao interesse público perquirido pela coletividade.

A motivação desse ato, como dito, não se esgota pela simples alegação de ausência do interesse público na continuidade da avença, tanto é que o próprio inciso é mencionado que deva haver *“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.”* (grifos nossos).

Sem prejuízo, imperioso observar que apenas as razões que atendam a tais requisitos podem dar ensejo à rescisão do contrato administrativo com base nesse inciso. Caso contrário, estão evidenciadas ilegalidade e abuso de poder, sendo possível a invalidação da decisão por tais motivos implicando em responsabilidades ao contratado.¹⁶⁴

Contudo, os conceitos de alta relevância e amplo conhecimento também podem ser considerados conceitos subjetivos, devendo ser interpretados no sentido de que a rescisão deve necessariamente ser menos prejudicial do que a continuidade da avença.

¹⁶² JUSTEN FILHO, 2008, p. 785.

¹⁶³ TCU, Acórdão n° 1.755/2004, Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues.

¹⁶⁴ TORRES PEREIRA JUNIOR, 2007, p. 790.

Portanto, é de suma importância os representantes da administração para fundamentarem a rescisão arrimando-se essa disposição demonstrarem de forma inconteste que a quebra do vínculo contratual acarreta em prejuízos, consubstanciados geralmente pelo gasto e tempo despendidos na seara contratual anteriores à ruptura. Existe o dever, destarte, de ser efetivamente demonstrado que a continuidade do contrato envolverá lesões de maior monta à coletividade.¹⁶⁵

Assim como nas outras hipóteses, antes da rescisão o contratado terá direito de se manifestar sobre tal ocorrência, sob pena de violação do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Os incisos XIII a XVI se referem a hipóteses em que a administração por ato comissivo ou omissivo constitui motivo para a rescisão do contrato, sendo diverso do escopo do presente trabalho. Esses incisos tratam de atraso no pagamento, supressão de limites contratuais, atraso e não-liberações de condições para o cumprimento contratual.

O inciso XVII, por conseguinte, dispõe sobre a ocorrência de caso fortuito ou força maior como causa para a rescisão do contrato. Essa causa inerente à qualquer relação contratual merece ser melhor analisada para enquadramento na hipótese de rescisão administrativa.

Primeiramente convém estabelecer que força maior e caso fortuito não se confundem com outros institutos como fato do príncipe (situação em que a determinação estatal torna impossível o cumprimento do contrato) ou fato da administração (que ocorre quando a administração sob algum aspecto não cumpre suas obrigações como no caso dos incisos XVIII a XVI evidenciados acima).¹⁶⁶

Para constatação do caso fortuito ou força maior o dever de agir das partes com cautela e adequação necessária e o respeito aos ditames da boa-fé objetiva devem ser considerados. Nesse norte, qualquer evento imprevisto deve ser comunicado à outra parte para se evitar os prejuízos ao máximo e o problema comportar soluções. A questão da continuidade do contrato deve ser considerada e pode ser causa para alterações contratuais admitidas na legislação, a fim de se evitar os prejuízos acarretados pela rescisão contratual.¹⁶⁷

O inciso XVIII, por derradeiro, dispõe acerca da violação do inciso V do artigo 27. O artigo 2º do Decreto que regulamentou o artigo 27, V, da Lei nº 8.666/93

¹⁶⁵ JUSTEN FILHO, 2008, p. 791.

¹⁶⁶ JUSTEN FILHO, 2008, p. 791.

¹⁶⁷ JUSTEN FILHO, 2008, p. 791.

estabelece que o Ministério do Trabalho e Emprego e do Planejamento, Orçamento e Gestão *adotará os procedimentos necessários para disponibilizar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações relativas às autuações efetuadas em função do uso de mão-de-obra infantil.* (grifos nossos).

Essa infração deve se corresponder exclusivamente ao contrato administrativo a ser rescindido, não podendo ser alegada em relação a outro contrato, ainda que a violação deste preceito naquela avença seja ratificada. Há de se prevalecer o entendimento de que a rescisão, por acarretar em prejuízos à coletividade, deve ser efetivada somente quando houver conduta severamente reprovável, através de uma exploração insensível e brutal dos menores.¹⁶⁸

Diante dos danos ocasionados pela rescisão Marçal Justen Filho defende na hipótese desse inciso que:

*“melhor teria sido que o legislador tivesse imposto sancionamento mais racional e inteligente. Assim, poderia ter estabelecido por exemplo que o empresário que mantivesse empregados menores em condições incompatíveis com a regra constitucional seria sancionado com a condenação a conceder bolsas de estudos para um determinado número de menores carentes.”*¹⁶⁹ (grifos nossos).

A par da disposição derradeira do inciso XVIII: *“sem prejuízo das sanções cabíveis”*, releve-se que o ilícito deverá ser comunicado ao órgão do Ministério Público do Trabalho com as cópias pertinentes para que sejam tomadas as providências atreladas à hipótese.¹⁷⁰ (grifos nossos).

Não obstante às regras do artigo 78 da Lei nº 8.666/93, há outros motivos para a rescisão contratual. O artigo 55, inciso XII, determina que após a contratação, o particular não pode deixar de preencher os requisitos para ser habilitado. A rescisão do contrato, outrossim, pode ocorrer por falta de regularidade fiscal, sendo importante destacar que a retenção de pagamento pura e simples ou o inadimplemento de obrigações pelo poder público mesmo constatada essa hipótese são vedados. É dever da administração promover a cobrança pertinente, comunicando o órgão credor.¹⁷¹

O parágrafo único do artigo 78 obriga a observância do contraditório e da ampla defesa nas situações aludidas no diploma. Na análise do presente artigo efetuada

¹⁶⁸ JUSTEN FILHO, 2008, p. 791.

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, 2008, p. 792.

¹⁷⁰ TORRES PEREIRA JUNIOR, 2007, p. 799.

¹⁷¹ JUSTEN FILHO, 2008, p. 793.

nesse trabalho, em casos específicos, estes princípios foram salientados como obrigatórios, ainda que haja essa menção genérica do legislador.

O artigo 80 enumera as consequências que decorrem da rescisão do contrato. A Administração tem a faculdade de assumir a posse do objeto do contrato (inciso I), executar a garantia contratual (inciso III) ou reter dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração. O inciso II, por seu turno, pode ser considerado revogado, porque alude ao artigo 58, inciso V, sendo que a matéria ventilada nesse inciso foi alterada e agora está disciplinada pelo artigo 32 da Lei n° 8.987/95, diploma que modificou a lei n° 8.666/93 nesse tocante.

Não se olvide que a rescisão do contrato por culpa do contratante pode ensejar a cobrança por perdas e danos e por multa, eventualmente prevista em sede contratual. São cabíveis, outrossim, o ressarcimento por danos emergentes e lucros cessantes correspondente primordialmente aos gastos a maior que a Administração incorreu pela celebração de novo contrato. Ressalve-se que a multa aludida acima pode, eventualmente, englobar a ocorrência de perdas e danos, sendo vedada a ocorrência de *bis in idem* pelo mesmo fato.¹⁷²

¹⁷² JUSTEN FILHO, 2008, p. 798

5. CONCLUSÃO

Embora a relação evidenciada entre os particulares e os entes públicos exija objetividade da normativa aplicável à espécie, a partir do presente trabalho, constata-se que a Lei nº 8.666/93 é omissa e deveras subjetiva nos termos que se dispõe a regular.

Por meio de um rol não considerado taxativo pretendeu o legislador, no âmbito do referido diploma, arrimar hipóteses que justificariam a abrupta quebra do vínculo do particular por iniciativa do poder público.

A utilização de expressões inapropriadas e, não obstante, a generalidade tratada nas referidas hipóteses, são verdadeiras óbices para uma elucidação ponderada sobre as efetivas causas da rescisão contratual pela administração. O cumprimento do axioma: “O particular pode fazer tudo que a lei não proíba e o poder público somente o que a lei expressamente permitir” se torna de difícil compreensão no âmbito do tema levantada nessa dissertação.

A observância dos princípios constitucionais como da ampla defesa, do contraditório são salutares, considerando principalmente a problemática da legislação, consoante arrimado acima.

Todavia, mesmo face às referidas ocorrências, não se revela desarrazoado o estudo das hipóteses que ensejam a rescisão prematura do contrato administrativo por deliberação do ente público. A pretensão do trabalho no sentido de destacar as discussões travadas quanto às comuns contendas e entendimentos mais frequentes foi plenamente consignada. Não obstante, constam referências às legislações esparsas e o entendimento jurisprudencial relevante ao assunto.

Sem prejuízo, o estudo genérico da acepção do termo contrato e posteriormente dos contratos administrativos e dos seus princípios e particularidades pertinentes, são fundamentais para melhor análise do tema principal analisado nesse trabalho.

Superada as problemáticas ora destacadas, o tema se demonstra interessante e de aplicabilidade irrestrita, não só no momento da rescisão como na formação e na efetiva prestação do serviço público pelo particular.

Concluído o estudo, espera o autor, por meio dos termos evidenciados no presente trabalho, que os aplicadores do direito sejam amparados por uma análise rica dos elementos que propiciam a subsunção da normativa legal às mais diversas espécies.

REFERÊNCIAS

- ALONSO, Alma Patricia Domíngue. *Documentos de Trabajo, Seminario Permanente de Ciencias Sociales*. Espanha: Núm. 5, Janeiro 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROS MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1965.
- CAUPERS João. *Ao Direito Administrativo Português*. Portugal: 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual do Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009.
- DANAY COSME, Katuska Hernandez. *Autonomia de La voluntad*. Espanha: Editora acadêmica Espanhola, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 edição. São Paulo: Editora atlas, 2007.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- HELENA DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 25ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Espanha, 2009
ISBN 8473512898.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2008.
- LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.
- LUIZ PEGADO, Jorge. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. Portugal: número, 60, 2009.
- MEZA BARROS, Ramon. *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*. Espanha: Tomo I, Sección I, Los contratos.

NETTO DE ARAUJO, Edmir. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SIMÃO José Fernando. *Direito Civil Contratos*. São Paulo: editora atlas, volume 5, 2005.

TORRES PEREIRA JUNIOR, Tessé. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora renovar, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Contratos em espécie*. 11ª edição. São Paulo: Editora atlas, 2011, volume 3.