

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

SÉRGIO LUIS MÜLLER JUNIOR

**A APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO AO
CONTRATO ADMINISTRATIVO**

FLORIANÓPOLIS

2017

SÉRGIO LUIS MÜLLER JUNIOR

**A APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO AO
CONTRATO ADMINISTRATIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção de grau de Bacharela em Direito.
Orientador: Prof.º Dr. Pedro de Menezes Nebuhr.

**FLORIANÓPOLIS
2017**



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO REITOR JOÃO DAVID FERREIRA LIMA - TRINDADE
CEP: 88040-900 - FLORIANÓPOLIS - SC
TELEFONE (048) 3721-9292 - FAX (048) 3721-9815
E-mail: ccgd@ccj.ufsc.br

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno (a): Sérgio Luis Müller Junior.

RG: 4.461.139

CPF: 077.820.689-08

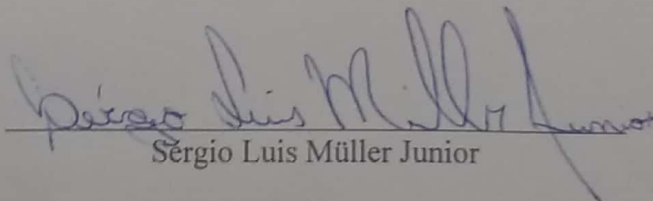
Matrícula: 13101447

Título do TCC: A aplicabilidade da exceção de contrato não cumprido ao contrato administrativo.

Orientador (a): Pedro de Menezes Nibuhr.

Eu, **Sérgio Luis Müller Junior**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, SC, 04 de dezembro de 2017.

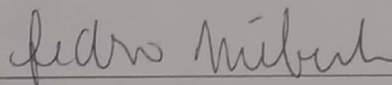

Sérgio Luis Müller Junior

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

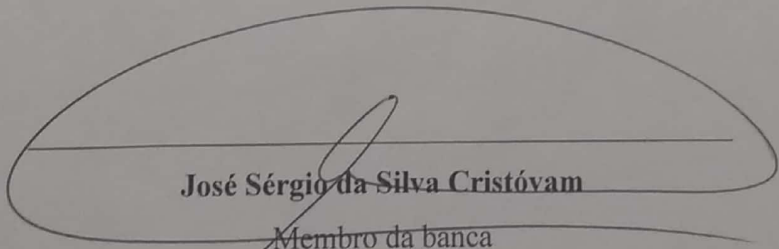
O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A aplicabilidade da exceção de contrato não cumprido ao contrato administrativo”, elaborado pelo acadêmico **Sérgio Luis Müller Junior** defendido em 04/12/2017 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9 (nove), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 04 de dezembro de 2017



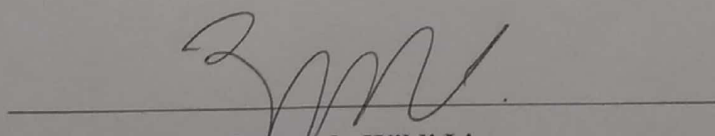
Pedro de Menezes Niebuhr

Professor Orientador



José Sérgio da Silva Cristóvam

Membro da banca



Bernardo Wildi Lins

Membro da banca

RESUMO

O presente trabalho tem como tema os contratos administrativos. Nessa seara é apresentado um estudo acerca aplicabilidade da exceção de contrato não cumprido. O método de pesquisa utilizado é o indutivo. Assim, a partir do desenvolvimento dos conceitos de contrato administrativo e exceção de contrato não cumprido, busca-se responder a seguinte questão: a exceção de contrato não cumprido é plenamente aplicável aos contratos administrativos? O contrato administrativo caracteriza-se pela posição de superioridade concedida à Administração sobre o particular. Isso ocorre por meio de prerrogativas especiais concedidas a Administração por meio da Lei nº 8.666/93, que rege os contratos administrativos. Entre essas prerrogativas encontra-se a possibilidade de a Administração permanecer inadimplente pelo prazo de 90 dias, estando o contratado obrigado a manter o cumprimento de sua prestação. Configura-se um cenário em que o particular fica submetido a evento danoso. Na teoria geral dos contratos, nos casos de inadimplência, verifica-se a possibilidade de defesa por meio da exceção de contrato não cumprido. Esse encontra restrição de aplicação na legislação administrativa. No entanto, em busca de salvaguardar os interesses particulares, busca-se a aplicação desse instituto conforme regulado pelo Direito Privado. Verifica-se a possibilidade de aplicação supletiva do Código Civil aos contratos Administrativos. Por meio dessa, em casos em que o particular se encontra impossibilitado de manter sua prestação, torna-se possível a aplicação da exceção de contrato não cumprido conforme o Direito Privado, afastando-se a norma de Direito Público.

Palavras-chave: Contrato administrativo. Administração Pública. Exceção de contrato não cumprido.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	7
2.1 CONTRATO ADMINISTRATIVO E SUAS PARTICULARIDADES	7
2.2 DISCIPLINA NORMATIVA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	11
2.3 ESPÉCIES DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	12
2.4 CLÁUSULAS EXORBITANTES	13
2.5 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	16
2.6 FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO	18
2.7 CONTRATO ADMINISTRATIVO E PUBLICIDADE.....	21
2.8 EXECUÇÃO E INEXECUÇÃO DO CONTRATO	21
2.9 EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	23
3 EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO	25
3.1 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS.....	25
3.2 CONCEITO DE EXCEÇÃO – EXCEÇÃO PROCESSUAL E SUBSTANCIAL	26
3.2.1 Classificação das exceções.....	27
3.3 A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO	28
3.3.1 Disciplina legal da exceção de contrato não cumprido	28
3.3.2 Pressupostos da exceção de contrato não cumprido	29
3.3.2.1 Sinalagma	30
3.3.2.2 Inadimplemento	31
3.3.2.3 Coetaneidade das prestações	34
3.3.2.4 Boa-fé objetiva	35
3.4 EFEITOS DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO.....	37
3.4.1 Efeitos entre as partes	37
3.4.2 Efeitos perante terceiros	39
4 A APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	41
4.1 A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	41
4.1.1 Doutrina clássica.....	41
4.1.2 Crítica à doutrina clássica e superação dos óbices a não aplicação da exceção de contrato não cumprido.....	43

4.1.3 Doutrina contemporânea e a previsão legal de exceção de contrato não cumprido nos contratos administrativos.....	44
4.2 O INADIMPLEMENTO DA ADMINISTRAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS AO PARTICULAR.....	46
4.3 A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES ..	48
4.3.1 Direito Civil e Contratos Administrativos	48
4.3.2 Contrato administrativo e boa-fé objetiva	49
4.3.3 Aplicação da exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativo em conformidade com o Código Civil.....	52
5 CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

O contrato administrativo consiste em espécie do gênero contratos. Diferencia-se pelo seu caráter público, possuindo regramento especial e sendo uma das partes contratantes a Administração. Sua regulamentação tem como base os princípios de Direito Administrativo, em especial a supremacia do interesse público, afastando, em regra, a aplicação da legislação de direito privado.

Assim, no contrato administrativo a Administração se encontra em posição privilegiada em relação ao contratado. No entanto, essa situação pode causar desequilíbrio contratual demasiado oneroso ao particular. Um cenário que exemplifica essa possibilidade, é aquele em que a Administração deixa de cumprir com sua obrigação, permanecendo o particular obrigado a arcar com sua prestação por certo período de tempo.

Em casos de inadimplência, a teoria geral do direito contratual prevê como meio de defesa do credor a exceção de contrato não cumprido. Assim, o presente trabalho visa responder a seguinte questão: é plenamente aplicável aos contratos administrativos a exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativos?

Responder a questão apresentada se demonstra importante diante de uma realidade em que se tornou comum o inadimplemento por parte da Administração. Ademais, em ciclos de crise, como o que encontramos hoje, agrava-se ainda mais o cenário de atrasos em pagamentos nos contratos firmados pela Administração.

Assim, necessário buscar salvaguarda ao particular que muitas vezes depende desse contrato para manutenção de sua atividade. Isso porque geralmente envolvem valores significativos e exigem do contratado uma estruturação especial de sua atividade, não só financeiramente, mas também aspectos logísticos e de realocação de insumos e mão-de-obra.

Tem-se como hipótese a possibilidade de o contratado exercer sua defesa em face da inadimplência da Administração por meio da exceção de contrato não cumprido com aplicação conforme a legislação de Direito Privado.

Dessa maneira, o objetivo da presente pesquisa é verificar a aplicabilidade da exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativos. Para isso, será realizado um estudo acerca dos contratos administrativos, se apresentará em linhas gerais a exceção de contrato não cumprido dentro da teoria contratual e, por fim, será analisada a aplicação desse instituto aos contratos administrativos.

O primeiro capítulo será dedicado aos estudos dos contratos administrativos. Com fundamento na doutrina especializada, será definido o contrato administrativo dentro do gênero

contratos. Será definida sua natureza jurídica e suas particularidades, buscando identificar seus elementos desde sua formação até sua extinção.

No segundo capítulo será tratado do tema da exceção de contrato não cumprido. Tendo em vista sua ampla aplicação nos contratos privados, será estudado nessa seara. A partir de sua regulação no Código Civil, pretende-se definir em que consiste e qual sua base de aplicação. Para isso, será apresentada, primeiramente, uma definição de exceção. Após, adentrando o tema específico, se apresentarão os requisitos de sua aplicação e os efeitos que causa na relação contratual, tanto para as partes quanto para terceiros.

Com base nos primeiros dois capítulos, o terceiro se desenvolverá em busca da aplicabilidade da exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativos. Será apresentada a recepção desse instituto pela doutrina de direito administrativo e se há fundamento legal para sua plena aplicação, de maneira semelhante ao que ocorre nos contratos privados.

2 ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Neste capítulo será realizada uma abordagem sobre os contratos administrativos em seus aspectos gerais, como natureza jurídica, conteúdo e formalidades. Contudo, não se resumindo apenas a essas características, o intuito desta seção é definir o contrato administrativo e como se encontra regulado em nosso direito positivo.

2.1 CONTRATO ADMINISTRATIVO E SUAS PARTICULARIDADES

Inicialmente, antes de adentrar aprofundar o estudo do contrato administrativo, necessário localizá-lo dentro da teoria contratual. Assim, será buscado seu conceito a partir da definição geral de contratos e demonstrado suas particularidades.

A doutrina civilista, conforme se demonstrará, costuma iniciar a definição de contrato por meio de uma comparação entre o conceito romano e o moderno desse instituto, em que é possível observar uma evolução dos elementos definidores.

O direito romano tratava o contrato de maneira a dividi-lo e categorizá-lo de acordo com suas características. Diferenciavam a convenção como um conceito amplo a qual abarcava o sentido do termo contrato. Nas palavras de Arnaldo Rizzardo:

Os romanos empregavam o termo “convenção” (pacto conventio), com o significado amplo de contrato, considerando-a o gênero, eis que abarcava toda a espécie de acordos de vontades, quer resultassem ou não obrigações; e o termo “contrato” (contractus), que aparecia como espécie e era a relação jurídica constituída por obrigações exigíveis mediante ações cíveis.¹

Tendo em vista a convenção como gênero, são suas espécies o contrato e o pacto. Esses se distinguem pela denominação, forma e exigibilidade, como bem define Caio Mário da Silva Pereira:

Contrato e pacto eram compreendidos na expressão genérica conventio. O que os distinguia era a denominação que individuava os contratos (comodato, mútuo, compra e venda), era a exteriorização material da forma (com exceção dos quatro consensuais: compra e venda, locação, mandato e sociedade), e era finalmente a sanção, a actio que os acompanhava; ao passo que os pacta não

¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**, 16ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 12/2016. p. 4.

tinham nome especial, não revestiam forma predeterminada, e não permitiam à parte a invocação de uma ação.²

No entanto, contemporaneamente menor atenção se dá a essa diferenciação. Conforme Caio Mário da Silva Pereira, pacto e contrato se tornaram termos quase sinônimos, identificando-se poucas diferenciações que persistem no tempo.³ Com isso, modernamente define-se o contrato como sendo “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direito”⁴

O referido conceito é pacífico na doutrina, servindo como base para qualquer ramo do direito, inclusive o administrativo. Exemplificando, traz-se passagem da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, em que inicia a abordagem do tema contrato administrativo por meio do conceito geral de contratos conforme a doutrina civilista:

Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes⁵

Observando o conceito doutrinário até aqui trabalhado, é possível identificar as características do contrato. Primeiro tem-se o acordo de vontades e segundo a obrigação de cumprir a avença. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, consistem respectivamente na consensualidade e autoridade de seus termos.⁶

Os elementos expostos são suficientes para que se inicie a análise do que representa um contrato administrativo. Marçal Justen Filho indica duas possíveis conceituações de contrato administrativo, uma em sentido amplo e outra em sentido restrito.⁷ No primeiro sentido, a própria lei traz o conceito, conforme parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.666:

² PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil** - Vol. III - contratos, 21ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 01/2017. p. 7

³ PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil** - Vol. III - contratos, 21ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 01/2017. p. 8.

⁴ PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil** - Vol. III - contratos, 21ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 01/2017. p. 9.

⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**, 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 632.

⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**, 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 632.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015. p. 428-429.

Art. 2º[...]

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Assim, o autor define, em sentido amplo, contrato administrativo como “o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”.⁸

Já em sentido restrito, acrescenta-se à definição a competência da Administração para inovar unilateralmente as condições contratuais, devendo manter a equação econômico-financeira original.⁹

Portanto, no âmbito do contrato administrativo, o acordo de vontade se estabelece entre a Administração e um terceiro. Porém, a simples presença da Administração não é suficiente para que se tenha um contrato administrativo. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, os acordos de vontade da Administração podem estabelecer contrato de direito privado e contratos administrativos.¹⁰ Esclarece o doutrinador:

Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado e os segundos reger-se-iam pelo Direito Administrativo. Assim, como exemplos dos primeiros têm-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública etc. Exemplificam os segundo a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, a concessão de uso de bem público.¹¹

Em relação às condições e formalidades, tanto os contratos administrativos quanto os contratos de Direito Privado da Administração regem-se pelo Direito Administrativo. A diferenciação entre ambos ocorre no que se refere à disciplina do vínculo, sendo no primeiro o Direito Público e no segundo o Direito Privado¹².

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015. p. 430.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015. p. 433.

¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**, 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 633.

¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**, 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 633.

¹² MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**, 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 633

Dessa forma, a presença da Administração num dos polos da relação contratual não é, necessariamente, elemento definidor do contrato administrativo. Joel de Menezes Niebuhr, explica que os contratos administrativo possuem caráter peculiar, em que a Administração está em posição superior ao contratado, visto que a relação deve se conformar ao interesse público. Com base na posição de superioridade da Administração, o referido autor indica a existência de debate na doutrina acerca da natureza jurídica do contrato administrativo.¹³

José Sérgio da Silva Cristóvam discorre que em um primeiro momento a doutrina administrativista negou a existência dos contratos administrativos, pois não se enquadrariam aos princípios basilares da teoria contratual. Seriam esses os princípio da igualdade entre as partes, autonomia da vontade e observância obrigatória do pactuado¹⁴.

Contudo, uma segunda corrente doutrinária, oposta a primeira, entende que todos os contratos firmados pela Administração são contratos administrativos, visto que sempre haverá interferência do regime jurídico administrativo sobre o pactuado¹⁵.

Porém, a corrente mais difundida é aquela aqui apresentada anteriormente, em que a Administração pode estabelecer seus pactos com regramento tanto pelo Direito Privado quanto pelo Direito Público. São admitidas. Então, a existência de contratos administrativos típicos e contratos de direito privado celebrados pela Administração¹⁶.

Com base no exposto, Celso Antônio Bandeira de Mello formula conceituação de contrato administrativo, na qual se percebe a ênfase dada ao interesse público:

é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado¹⁷

¹³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p.657.

¹⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A natureza jurídica dos contratos celebrados pela administração pública. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 10, n. 108, p.139-141, fev. 2003. p. 140.

¹⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A natureza jurídica dos contratos celebrados pela administração pública. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 10, n. 108, p.139-141, fev. 2003. p. 140.

¹⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A natureza jurídica dos contratos celebrados pela administração pública. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 10, n. 108, p.139-141, fev. 2003. p. 140.

¹⁷MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**, 32ª Edição. São Paulo: Malheiros. p. 638-639.

Hely Lopes Meirelles, contudo, ressalta que o contrato administrativo não é definido pelo seu objeto, nem finalidade pública ou interesse público, pois estes estariam presentes em qualquer contrato firmado pela Administração. Para o doutrinador o contrato administrativo é tipificado pela presença da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo conforme o interesse público, sendo regido pelo Direito Público¹⁸.

Portanto, pelo exposto e com base nas definições trazidas pela doutrina, caracteriza-se o contrato administrativo pela presença da Administração, a qual se encontra em posição superior ao terceiro contratado, devido à conformação do pactuado ao interesse público.

2.2 DISCIPLINA NORMATIVA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

No direito positivo brasileiro, o contrato administrativo possui tanto disciplina constitucional quanto legal. Na Constituição Federal, o artigo 22, inciso XXVII define que é competência da União legislar acerca de normas gerais de licitação e contratação, estabelecendo que:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

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

[...]

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

[...]

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

Já a disciplina legal dos contratos administrativos, encontra seu regime jurídico geral disciplinado na Lei nº 8.666/93. A Lei nº 8.666/93 regula tanto as licitações quanto os contratos administrativos, contendo normas e princípios fundamentais, passando a ser conhecida como

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero.; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 240.

Estatuto de Contratos e licitações Públicas, segundo Carvalho Filho.¹⁹ O autor, ainda, indica que em outras leis contêm regras especiais sobre o tema, exemplificando com a Lei Complementar nº 123, Lei nº 12.232 e Lei nº 12.462.²⁰

Ainda, José Santos Carvalho Filho ressalta que a Lei nº 8.666/93 consiste de normas específicas, “considerando os contratos em geral, isso porque disciplinam uma categoria própria do gênero. Subsidiariamente, portanto, aplicam-se aos contratos administrativos as normas gerais sobre contratos, contempladas no Código Civil”²¹

2.3 ESPÉCIES DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Contrato administrativo constitui gênero, do qual pode ser extraído diversas espécies ou modalidades, nomenclatura que varia de acordo com a doutrina, porém utilizadas como sinônimos.

Di Pietro indica que são modalidades do contrato administrativo “a concessão de serviço público, a de obra pública, a de uso de bem público, a concessão patrocinada, a concessão administrativa (as duas últimas como formas de parcerias público-privadas), o contrato de prestação ou locação de serviços, o de obra pública, o de fornecimento, o de empréstimo público, o de função pública.”²²

O contrato de concessão consiste, segundo Hely Lopes Meirelles, em ajuste no qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou obra pública. A concessão também pode ser de uso de bem público, ficando a exploração por conta e risco do contratado. Assim, o contrato de concessão pode ser de serviço público, obra pública e uso de bem público²³.

A concessão patrocinada e a concessão administrativa, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são modalidades da concessão de serviço público. Encontram-se regulados pela Lei nº 11.079/04²⁴.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p.178.

²⁰ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p.178.

²¹ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p.178.

²² DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito administrativo**, 30ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 02/2017, p.331

²³ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero.; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 293.

²⁴ PIETRO, DI, Maria Zanella. **Direito Administrativo**, 30ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 02/2017. p.332.

O contrato de obra pública se refere a construção, reforma e ampliação, sendo essas hipóteses taxativas dessa espécie de contrato. Já o contrato de prestação de prestação de serviços, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, se refere a toda atividade contratada pela Administração, que não verse sobre obra pública²⁵.

Outra espécie de contrato administrativo é o de fornecimento. Por meio desse a Administração adquire bens necessários para a execução de obras e serviços. É semelhante ao contrato de compra e venda.²⁶

Contudo, é de se ressaltar que a classificação não é unânime na doutrina, pois a Lei nº 8.666/93, que rege os contratos administrativos, não elencou de maneira clara quais seriam suas espécies.²⁷

2.4 CLÁUSULAS EXORBITANTES

Da definição de contrato administrativo, tem-se como elemento caracterizador o desequilíbrio na relação entre as partes. A Administração se encontra em posição de superioridade devido ao dever de proteção do interesse público. Celso Antônio Bandeira de Mello expõe a relação entre as partes ao definir a lógica do contrato administrativo:

[...] de um lado, o Poder Público usufrui de todos os poderes indispensáveis à proteção do interesse público substanciado no contrato. É bem de ver que estes entendem com sua execução e persistência. De outro lado, cabe ao particular integral garantia aos interesses privados que ditaram sua participação no vínculo, consoante os termos ali constituídos. Por isso está protegido às completas, assim na parte econômica que nas cláusulas porventura não interferentes com o interesse público a ser satisfeito por meio da avença travada entre ele e a Administração.²⁸

Conforme o trecho supracitado, tem-se de um lado a Administração com poderes e do outro o contratado com garantia de que durante o cumprimento do contrato será resguardado em sua essência, naquilo que motivou sua participação.

A posição de superioridade da administração se evidencia por uma série de prerrogativas especiais, denominadas pela doutrina de cláusulas exorbitantes. Joel de Menezes

²⁵ DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito administrativo**, 30ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 02/2017, p.325.

²⁶ DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito Administrativo**, 30ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 02/2017, p.331.

²⁷ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p.185.

²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**, 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 642.

Niebuhr demonstra o como essas cláusulas alçam a Administração a uma posição superior na relação contratual:

[...] a nota típica dos contratos administrativos reside nas chamadas cláusulas exorbitantes, expressão consagrada pela doutrina. Repita-se que consideramos melhor denomina-las de poderes administrativos ou de prerrogativas protetoras do interesse público. De todo modo, independentemente do rótulo, o fato é que a Administração Pública vale-se de prerrogativas especiais para o gerenciamento dos seus contratos, que a põe em posição de vantagem em relação aos contratados.²⁹

José Santos Carvalho Filho denomina as prerrogativas especiais da Administração de “Cláusulas de privilégio”.³⁰ Aponta, resumidamente, que a lei a concede as seguintes prerrogativas:

A lei relaciona as seguintes prerrogativas: a) alteração unilateral do contrato; b) rescisão unilateral; c) fiscalização da execução dos contratos; d) aplicação de sanções; e) ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando o ajuste visa à prestação de serviços essenciais.³¹

Contudo, há uma clara limitação à Administração. Deve ser garantido ao particular a intangibilidade patrimonial, conforme será tratado em momento posterior. Diante desse quadro, Celso Antônio Bandeira de Mello nega a existência de vantagens e poderes a apenas uma das partes.³²

Ademais, cabe ressaltar a posição de Marçal Justen Filho em que não é direito da Administração inovar na relação jurídica. Em realidade, seria uma competência funcional, indisponível. Preenchidos requisitos, a Administração teria o dever de aplicar as inovações previstas em lei.³³

O tratamento diferenciado dado ao Poder Público é regulado pela Lei nº 8.666, em seu artigo 58, da seguinte forma:

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

²⁹ MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p. 660.

³⁰ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p.196.

³¹ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p.196.

³² MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**, 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 640-641.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 843.

- I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
 - II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
 - III - fiscalizar-lhes a execução;
 - IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
 - V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.
- [...]

Ainda, é apontada como cláusula exorbitante a condição especial para rescisão do contrato no caso de inadimplemento por parte da Administração³⁴. O contratado pode rescindir ou suspende o contrato apenas 90 dias após atraso do pagamento por parte do Poder Público:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

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

No entanto, Hely Lopes Meirelles aponta que no interesse público, não se limita as vantagens concedidas à Administração. Além das prerrogativas já apontadas, conforme o autor, é cabível à Administração a ocupação do domínio público, o poder expropriatório e a atribuição de arrecadar tributos, que foram concedidos ao particular por meio de contrato³⁵.

Portanto, resta claro que a Administração e o contratado ocupam diferentes posições na relação contratual. A lei prevê uma série de prerrogativas que alçam a Administração a uma posição superior, sendo essa uma característica que define o contrato administrativo.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero.; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 245.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero.; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 242

2.5 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Apesar das prerrogativas especiais conferidas à Administração, essas não são ilimitadas, assim como não só direitos são conferido à Administração. Constitui seu dever preservar o equilíbrio econômico financeiro do contrato.

A preservação do equilíbrio econômico financeiro se depreende do artigo 37, XXI, da Constituição Federal, o qual prescreve que devem ser mantidas as condições efetivas das propostas.³⁶

José Santos Carvalho Filho explica que quando há a celebração do contrato, as partes se colocam em frente a uma linha de equilíbrio entre a atividade contratada e o encargo financeiro.³⁷

Já Joel de Menezes Niebuhr aponta um pouco mais distante, dizendo que por ocasião da licitação, ou seja, antes da celebração do contrato, forma-se a equação econômico financeira. Essa refere-se a uma “relação de proporção, instaurada por ocasião da licitação, entre os custos prospectados pelo licitante e o valor por ele proposto”.³⁸

Do dispositivo constitucional, a doutrina desenvolve o conceito de equação econômico financeira, aplicável aos contratos administrativos. Marçal Justen Filho a define como sendo “a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato.”³⁹

Ainda, destaca Justen Filho, que os encargos não se restringem apenas ao montante de dinheiro, mas compreende também o prazo e periodicidade dos pagamentos, a abrangência do contrato e qualquer outra vantagem produzida pelo contrato.⁴⁰

São três os instrumentos para restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato. Tratam-se do reajuste, da revisão e da repactuação, os quais possuem distinções de pressupostos e procedimento.⁴¹

³⁶ MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p. 882.

³⁷ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p. 202.

³⁸ MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p. 882.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015. p. 527.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015. p. 528.

⁴¹ MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p 883.

O reajuste deve ser previsto em contrato, conforme artigo 55, III da Lei nº 8.666/93. Tem como objetivo a prevenção da flutuação de valores em decorrência do regime inflacionário. Assim, o próprio instrumento de contrato deve prever o índice de reajuste para preservar o poder aquisitivo da moeda.⁴²

No caso da revisão, o objetivo é manter o equilíbrio contratual diante de fatos supervenientes e não conhecidos pelas partes. Independe de qualquer previsão contratual.⁴³ Assim, segundo Joel de Menezes Niebuhr, a revisão é instrumento para restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato diante de eventos imprevisíveis ou de consequências imprevisíveis.⁴⁴

A última forma se trata da repactuação. José Santos Carvalho Filho traça essa modalidade, em linhas gerais, como sendo espécie de reajustamento. Indica que na repactuação “a recomposição é efetivada com base na variação de custos de insumos previstos em planilha da qual se originou o preço.”⁴⁵ Contudo, há limitação na aplicação dessa modalidade. Conforme atenta Joel de Menezes Niebuhr, é aplicável aos contratos de prestação de terceirização de serviços contínuos firmados pela Administração Pública Federal, “mais precisamente, em princípio, pelos órgãos e entidades que se sujeitam aos termos do Decreto Federal nº 2.271/97 e à Instrução Normativa nº 2/08, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.”⁴⁶

Dessa forma, a proteção do equilíbrio econômico financeiro, conforme define Celso Antônio Bandeira de Mello, é ampla. Indica o autor algumas situações em que é necessário medidas para restabelecimento do equilíbrio:

- a) Agravos econômicos oriundos das sobrecargas decididas pelo contratante no uso de seu poder de alteração unilateral do contra [...]
- b) Agravos econômicos resultantes de medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual [...]
- c) Agravos econômicos sofridos em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes e que convulsionam gravemente a economia do contrato. [...]
- d) Agravos econômicos provenientes das chamadas “sujeições imprevistas”. [...]

⁴² CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p. 203.

⁴³ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p. 203.

⁴⁴ MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p. 894.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p. 203.

⁴⁶ MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p. 905.

e) Agravos econômicos resultantes da inadimplência da Administração contratante, isto é, de uma violação contratual. [...] ⁴⁷

Do rol acima apresentado, observa-se que o equilíbrio econômico financeiro deve ser restabelecido, de maneira resumida, por questões imprevisíveis ou devido a atos da Administração que causem desequilíbrio ao contrato. Como se depreende do item “a”, da utilização de uma de suas prerrogativas especiais e do item “e”, caso incorra em inadimplência em sua contraprestação.

Contudo, apesar da ênfase dada como proteção ao contratado, Joel de Menezes Niebuhr esclarece que a previsão constitucional assegura como dever de ambas as partes a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato. Assim, se houver majoração dos insumos e custos, tem direito o contratado pela majoração da contraprestação devida pela Administração, mas se houver minoração desses, também a contraprestação deve ser minorada. ⁴⁸

2.6 FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO

Estudados os direitos e deveres das partes, necessário abordar a formalização do contrato administrativo. O tema é regulado pela Lei nº 8.666, em seus artigos 60 a 64.

Porém, segundo Joel de Menezes Niebuhr, contratar ou não é uma opção da Administração. Independentemente de qualquer ato já praticado, seja a realização de licitação pública ou procedimento de contratação direta, não surge um direito subjetivo do selecionado à contratação. ⁴⁹

Concluída a licitação, o que ocorre com a homologação, conforme o *caput* do art. 64 da Lei nº 8.666/93, a Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação.

Ou seja, depois de realizada a licitação ou o procedimento para a contratação direta, a Administração é quem convoca o selecionado para que ele firme o contrato. Salta aos olhos que a decisão de contratar é da Administração e, como dito, é discricionária. ⁵⁰

⁴⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**, 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p.663-665.

⁴⁸ MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p. 883.

⁴⁹ MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p. 695.

⁵⁰ MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p.695.

No entanto, o próprio autor indica que não se trata de uma discricionariedade absoluta. Trata-se de medida excepcional que deve ser devidamente motivada de maneira robusta e sobre fatos ocorrido após a homologação, quando decorrente de procedimento licitatório.

Havendo decidido contratar, deve-se atentar para o princípio do formalismo, segundo José dos Santos Carvalho Filho, que guia as atividades da Administração e aponta para a necessidade de o contrato administrativo se dar por instrumento escrito.⁵¹ Essa forma é prevista na Lei nº 8.666, em seu artigo 60:

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

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

Observa-se que o desrespeito a forma legal torna o contrato nulo. Contudo, Carvalho Filho indica que tal desobediência não fere apenas o preceito legal, mas também ofende os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade.⁵²

Além, existem cláusulas que devem obrigatoriamente contar no instrumento de contrato. Essas se encontram previstas no artigo 55 da Lei nº 8.666/93. São exemplos “as concernentes ao seu regime de execução, a reajustamentos, às condições de pagamento e sua atualização, aos prazos de início, execução, conclusão, entrega e recebimento definitivo do objeto, as relativas a seu valor e recursos para atendimento das despesas, às responsabilidades, valor das multas, casos de rescisão etc.”⁵³

Ainda referente à formalização do contrato escrito, essa pode se dar por diferentes maneiras. Conforme indica Joel de Menezes Niebuhr, “podem ser formalizados por meio do que o *caput* do art. 62 denomina de *instrumento de contrato* ou, dependendo do caso, por intermédio de outros instrumentos, tais como *carta-contrato*, *nota de empenho de despesa*,

⁵¹ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017, p.205.

⁵² CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017, p. 205.

⁵³ MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**, 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 650-651.

autorização de contra ou ordem de execução de serviço.”⁵⁴ Enuncia o referido dispositivo legal:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

Portanto, da leitura do dispositivo, o elemento que indica o modo como será formalizado o contrato é o valor. Se acima do valor legal previsto para as modalidades de licitação de concorrência e tomada de preços, obrigatório o instrumento de contrato, caso inferior, torna-se facultativo e substituível pelas outras formas previstas no citado artigo.

Também, no §4º do artigo 62 da Lei nº 8.666/93, encontra-se outra hipótese de dispensa do instrumento de contrato:

§ 4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

Da leitura se observa que não há referência à valores, como se faz no *caput* do artigo. Basta que o objeto do contrato possa ser qualificado conforme o artigo. Tal qualificação é prevista no artigo 40, §4º da Lei nº 8.666/93⁵⁵:

Art. 40. [...]

§ 4º Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, poderão ser dispensadas:

[...]

Por fim, ainda, é possível que a Administração exija garantia do contratado. Para que possa fazer a exigência, deve haver previsão no instrumento convocatório. A garantia fica limitada ao valor de 5% ou, excepcionalmente no caso de complexidade técnica e riscos

⁵⁴ MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p. 703.

⁵⁵ MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p. 703.

significativos, 10% do valor do contrato.⁵⁶ A previsão legal das garantias está no artigo 56 da Lei nº 8.666/93 e será escolhida a critério do contratado, podendo ser: “a) caução em dinheiro ou títulos da dívida pública; ou b) seguro-garantia; ou c) fiança bancária”.⁵⁷

2.7 CONTRATO ADMINISTRATIVO E PUBLICIDADE

Outro tema relevante em relação ao contrato administrativo se trata de sua publicidade. A lei prevê que a publicação é condição de eficácia do contrato, conforme parágrafo único do artigo 61 da Lei nº 8.666/93:

Art. 61 [...]

Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.

Assim, ressalta Joel de Menezes Niebuhr, que deve se diferenciar a validade da vigência do contrato. Reputa-se válido o contrato administrativo a partir da sua assinatura de acordo com a ordem jurídica. Já a vigência se inicia no momento em que estiver apto a produzir efeitos. Dessa forma, a publicação é condição para a vigência do contrato administrativo.⁵⁸

2.8 EXECUÇÃO E INEXECUÇÃO DO CONTRATO

Sendo válido e vigente o contrato administrativo, é dever das partes que lhe cumpram em seus exatos termos de maneira fiel. Deve ser “executado pelas partes, no tempo e local previstos contratualmente, regra firmada pelo art. 66 da Lei nº 8.666/93”.⁵⁹

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial.

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p. 206.

⁵⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**, 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 651.

⁵⁸ MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p. 704-705.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015. p. 820

Contudo, incumbe a Administração o dever de fiscalização do cumprimento do contrato. Dessa maneira, incumbe primeiramente ao contratado realizar sua prestação, ficando sujeita a avaliação e aprovação.⁶⁰

A fiscalização consiste em trabalho preventivo, tendo como finalidade evitar defeitos e prejuízos, amenizando transtorno e aplicações de penalidade. É essencial para a consecução do interesse público.⁶¹

Para o exercício de fiscalização a Administração indicará um representante, podendo ser contratado terceiro para assistir e subsidiar com informações pertinentes. É o previsto no artigo 67 da Lei nº 8.666/93:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Consiste em atividade complexa e que não pode ser confundida com gestão do contrato. Esse atua como um interlocutor com a Administração, prestando informações acerca do cumprimento. Deve apontar irregularidades na prestação, fiscalizar o cumprimento de normas trabalhistas e previdenciárias, verificar se quem está realizando a prestação é o contratado ou terceiro, entre outras funções.⁶²

Em relação ao pagamento ao particular, prevê o artigo 40, XVI, “a” da Lei nº 8.666/93, que a liquidação dos débitos deve ocorrer em prazo máximo de trinta dias. Qualquer alteração de prazo deve ser tomada como medida excepcional.⁶³ Acrescenta Celso Antônio que, conforme inciso XIV do referido artigo, os editais de licitação devem prever as condições de pagamento, respeitando os 30 dias previsto, sendo que qualquer medida excepcional prevendo prazo mais longo haverá de estar expressamente prevista. Havendo atraso por parte da Administração, incidirá a devida correção monetária.⁶⁴

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015. p. 820

⁶¹ MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p. 761.

⁶² MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012. p. 762-763.

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015. p. 521.

⁶⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**, 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 651-652.

2.9 EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por fim, traçadas as linhas gerais do contrato administrativo, cumpre falar de sua extinção. José Santos Carvalho Filho lista cinco possibilidades para extinção do contrato administrativo: cumprimento do objeto, término do prazo, impossibilidade material ou jurídica, invalidação e a rescisão.⁶⁵

A forma natural de extinção de qualquer contrato ou obrigação é o seu cumprimento. Assim, essa é a forma mais simples das apresentadas, em que o fim da relação jurídica se dá pela realização das prestações ajustadas e satisfeitas as partes.⁶⁶ Essa hipótese se observa principalmente em contratos de execução instantânea.⁶⁷

Acerca da segunda forma, o término do prazo, essa é a causa natural de extinção dos contratos com termo final. Nesse caso, não é o resultado da prestação que encerra a relação jurídica, mas sim o transcurso do prazo delimitado em que vigoram as obrigações.⁶⁸

Já a terceira possibilidade se refere a existência de obstáculos intransponíveis para o cumprimento do contrato. Pode ser por fato ou questão jurídica. No primeiro caso tem-se a impossibilidade material, que pode ser exemplificada pelo desaparecimento do objeto. O segundo ocorre quando o contrato pode ser cumprido, porém não nas condições ajustadas.⁶⁹

Como quarta hipótese tem-se a invalidação do contrato administrativo. Hely Lopes Meirelles aponta que se trata de causa excepcional de extinção e só pode ocorrer em caso de ilegalidade na formalização ou em cláusula essencial. Ainda, completa, a nulidade da licitação também induz na do contrato.⁷⁰

Segundo Marçal Justen Filho, nos casos de invalidação pode-se estar diante de inexistência do contrato ou nulidade. Exemplo do primeiro caso é quando um particular, por alguma situação, realiza uma prestação em prol da Administração sem a realização do contrato.

⁶⁵ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p. 219-220.

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p. 219.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015. p. 543.

⁶⁸ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p. 219.

⁶⁹ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p. 219.

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero.; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 263-264.

O prestador deve ser indenizado, pois vedado o enriquecimento sem causa que se daria a favor da Administração.⁷¹

Se o vício acarreta em nulidade do contrato, não há, em regra, geração de direitos e obrigações entre as partes. Contudo, as consequências do contrato devem preservar seus efeitos perante terceiros de boa-fé.⁷² A Lei nº 8.666/93 prevê a nulidade do contrato:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Conforme o dispositivo supracitado, apesar da nulidade, deve a Administração indenizar o contratado se já realizada alguma prestação. Ainda, com fundamento no artigo 37, §6º da Constituição Federal, é devida indenização por perdas e danos causados pela anulação do contrato.⁷³

Por último, tem-se a rescisão do contrato. A Lei nº 8.666/93 aponta uma série de causas para que ocorra a rescisão contratual, as quais podem ser agrupadas em três espécies⁷⁴: amigável, judicial ou unilateral⁷⁵, podendo a última também ser chamada de administrativa⁷⁶.

Essas são, em breves linhas, algumas características destacadas dos contratos administrativos. Como se observa, suas cláusulas e conteúdos são específicos, porque assim a lei impõe. Essas variações tem-se como necessárias para permitir que a Administração conforme a relação contratual à satisfação do interesse público. Para ressaltar de modo mais clara a diferença do conteúdo de um contrato administrativo com um contrato privado, cumpre verificar o conteúdo destes na doutrina civilista.

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015. p. 544.

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero.; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 264

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero.; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 264.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015. p. 546

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017, p. 330.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero.; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 277.

3 EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Nesse capítulo será abordado o tema da exceção de contrato não cumprido. De início, caracteriza-se por sua aplicabilidade no campo dos contratos de direito privado, no qual ocorre de maneira ampla e no qual encontra previsão legislativa.

Contudo, se ressalta, conforme Rafael Villar Gagliardi, que a doutrina nacional não se propôs a formular um conceito próprio acerca da exceção de contrato não cumprido.⁷⁷

Dessa forma, a construção do presente capítulo será guiada, principalmente, pela obra de Miguel Maria de Serpa Lopes, visto que se trata da principal obra nacional acerca do tema⁷⁸.

Assim, para compreensão da exceção de contrato não cumprido, sua abordagem se iniciará com uma breve abordagem acerca da extinção do contrato, em seguida a busca por um conceito de exceção e sua classificação. Por fim adentra-se o tema central com suas noções gerais, pressupostos e efeitos.

3.1 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Os contratos fazem lei entre as partes. É regra clássica dos contratos o *pacta sunt servanda*, pelo qual as partes ficam vinculadas pela autonomia privada⁷⁹. Esse brocardo indica que os pactos devem ser cumpridos, tendo o contrato, portanto, força obrigatória⁸⁰.

A obrigação assumida pelas partes, conforme Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, é dirigida à uma finalidade, correspondente a satisfação dos interesses das partes.⁸¹ Logo, o fim

⁷⁷ GAGLIARDI, Rafael Vilar. **A exceção de contrato não cumprido**, dissertação, 2006, PUCSP. p. 43.

⁷⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

⁷⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**, 16ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 12/2016. p. 275.

⁸⁰ Azevedo, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**, 3ª edição. São Paulo. Atlas, 08/2009. p. 14.

⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos - teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 517.

natural do contrato é a realização da prestação.⁸² Com a execução, são extintas as obrigações e direitos originários do contrato.⁸³

No entanto, nem sempre os pactos são respeitados. Diante da inexecução do contrato surge a responsabilidade do devedor. Conforme Sílvio de Salvo Venosa, responde o devedor com todos os seus bens⁸⁴.

No entanto, em contratos que geram obrigações para ambas as partes, cada um ocupa ao mesmo tempo a posição de credor e devedor. Havendo inadimplemento, diante de ação de cobrança, insta verificar a possibilidade de defesa do demandado.

3.2 CONCEITO DE EXCEÇÃO – EXCEÇÃO PROCESSUAL E SUBSTANCIAL

De início, cabe fazer uma breve definição acerca do conceito de exceção. O tópico se torna importante em face da diferenciação necessária entre exceção ligada ao direito processual e aquela ligada ao direito material.

Conforme destaca Ada Pellegrini Grinover, em sentido amplo, exceção corresponde ao “poder jurídico que possibilita ao réu opor-se à demanda movida pelo autor”⁸⁵. Destaca a autora:

A ação, como direito de pedir a tutela jurisdicional para determinada pretensão fundada em direito material, tem, assim, uma espécie de réplica na exceção, como direito de pedir que a tutela jurisdicional requerida pelo autor seja denegada por não se conformar com o direito objetivo.

Assim, considerada em sentido amplo, exceção se torna sinônimo de defesa. Miguel Maria de Serpa Lopes define exceção como “qualquer meio de defesa utilizado pelo demandado, isto é, qualquer meio empregado pelo réu no sentido de escapar aos efeitos da demanda”⁸⁶.

⁸² PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil** - Vol. III - Contratos, 21ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 01/2017. p. 56.

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos -teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 517.

⁸⁴ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil** - Vol. 3 - contratos, 17ª edição. São Paulo. Atlas, 11/2016. p. 320.

⁸⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 310

⁸⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 8.

Dessa forma, o termo exceção é plurívoco, correspondendo tanto a um determinado tipo de defesa, quanto aquelas que devem ser apresentadas pelo réu⁸⁷. De maneira mais clara, pode-se dividir a exceção em defesa oposta contra o processo ou admissibilidade da ação e defesa de mérito. As primeiras correspondem a exceção processual, enquanto a segunda se refere a exceção substancial⁸⁸. Elucida Rafael Vilar Gagliardi:

Além de ser uma espécie de defesa em sentido lato, as exceções podem sofrer uma primeira grande classificação, de acordo com o fundamento que visam a atacar. Diz-se, assim, que as exceções são de rito ou processuais, quando buscam atacar a ação tal como proposta pelo autor, e substanciais, quando, apesar de manifestadas no processo visando à neutralização da ação, fundam-se em razões afetas ao mérito, em razões de direito substancial ou material. Nas exceções substanciais, a impugnação vai lastreada por um direito do demandado contrário ao do demandante e, portanto, fundada no Direito material e não processual.⁸⁹

Miguel de Serpa Lopes esclarece que as exceções substanciais são aquelas que pertencem ao campo do direito material, consistindo em direito contraposto ao do autor, objetivando atingir diretamente a ação do autor. O autor caracteriza a defesa em duas espécies, uma que não possui ligação direta ao alegado pelo autor e aquela que se dirige ao mérito alegado pelo autor⁹⁰.

3.2.1 Classificação das exceções

Ainda, as exceções podem ser categorizadas conforme seus efeitos. Rafael Villar Gagliardi destaca a divisão em exceções peremptórias e dilatórias. Ambas se diferenciam de acordo com o fator temporal.⁹¹ Miguel Maria de Serpa Lopes torna clara a distinção entre as duas categorias:

As exceções peremptórias diferenciam-se das dilatórias: primeiramente, pelo elemento tempo, que não influi nas primeiras, cuja existência é indefinida, ao passo que, em relação às segundas, **ad tempus nocent**, por isso que – uma vez desaparecida a exceção dilatória – o autor pode removimentar sua demanda; como uma consequência do primeiro, enquanto as exceções peremptórias são

⁸⁷ DELLORE, Luiz, SOUZA, André de, CARACIOLA, Andrea Boari, ASSIS, Carlos de, FERNANDES. **Teoria geral do processo contemporâneo**. São Paulo. Atlas, 03/2016. p. 231.

⁸⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 313

⁸⁹ GAGLIARDI, Rafael Vilar. **A exceção de contrato não cumprido**, dissertação, 2006, PUCSP, p. 12.

⁹⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 37.

⁹¹ GAGLIARDI, Rafael Vilar. **A exceção de contrato não cumprido**, dissertação, 2006, PUCSP. p. 14-15.

portadoras de um efeito definitivo, as dilatórias, ao contrário, seus efeitos são temporários.⁹²

A exceção de contrato não cumprido pertence a categoria de exceção substancial dilatória. Conforme Rafael Villar Gagliardi, a exceção de contrato não cumprido pode ser completamente afastada com o adimplemento satisfatório do demandante.⁹³

Diante do exposto, tem-se uma definição de exceção de contrato não cumprido. Isso porque consiste em defesa na qual se invoca um direito próprio, baseado no inadimplemento da parte contrária.⁹⁴ Assim, não se tem qualquer defesa deduzida em matéria processual quando da pura alegação do não cumprimento do contrato.

3.3 A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Pelo descrito até o momento, a exceção de contrato não cumprido se categoriza como exceção substancial dilatória. Conforme Miguel Maria de Serpa Lopes, essa defesa paralisa a ação do autor, ficando a depender do adimplemento do demandante.⁹⁵

Contudo, a fim de prosseguir com o estudo desse instituto, necessário avaliar sua disciplina legal e pressupostos. Por meio desses será possível compreender o quadro em que se insere.

3.3.1 Disciplina legal da exceção de contrato não cumprido

Antes de se abordar especificamente o tema da exceção de contrato não cumprido, importante especificar sua disciplina legal. Antes, importante salientar que se abordará a disciplina de acordo com a esfera civil, na qual se pode localizar uma teoria que se pretende geral sobre os contratos.

Na doutrina, Carlos Roberto Gonçalves categoriza bem a exceção de contrato não cumprido. Trata-se de modalidade de extinção do contrato por inexecução voluntária⁹⁶, sendo prevista no artigo 476 do Código Civil, o qual preceitua:

⁹² LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 103-104.

⁹³ GAGLIARDI, Rafael Vilar. **A exceção de contrato não cumprido**, dissertação, 2006, PUCSP. p. 16.

⁹⁴ GAGLIARDI, Rafael Vilar. **A exceção de contrato não cumprido**, dissertação, 2006, PUCSP. p. 14.

⁹⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 135.

⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro 3 - contratos e atos unilaterais**. 13ª edição. Saraiva, 10/2015. p. 188.

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

Assim, o referido artigo traz uma ideia geral acerca da exceção de contrato não cumprido. Trata-se de uma defesa em que qualquer das partes contratantes pode se utilizar para recusar o cumprimento do contrato no que lhe compete, em face de a outra parte não ter adimplido o que devia.⁹⁷

3.3.2 Pressupostos da exceção de contrato não cumprido

A partir da previsão legal da exceção de contrato não cumprido é possível perceber alguns pressupostos para sua caracterização. A doutrina desenvolve o tema de maneira não unânime quanto aos elementos caracterizadores.

Conforme demonstra Rafael Vilar Gagliardi, há controvérsia tanto na doutrina nacional quanto estrangeira. No entanto, destaca o autor que é possível separar os aspectos que são requisito da exceção de contrato não cumprido e aqueles que pertencem a qualquer outro papel na estrutura do instituto.⁹⁸ Miguel Maria de Serpa Lopes aponta que são requisitos para o oferecimento da exceção de contrato não cumprido:

a) A propositura de uma ação de um contraente contra outro visando à realização coativa da prestação por este devida e não cumprida; b) que, por seu turno, o contratante autor se encontre em estado de inadimplência ou de inexata inadimplência; c) que igualmente o excepiante não tenha ainda cumprido a sua prestação estando o seu adimplemento dependendo do exceto, isto é, vinculado, por um nexó lógico, ao comportamento da outra parte.⁹⁹

Baseado nisso, o autor desenvolve em sua obra estrutura que aqui será tomada como guia. Divide os pressupostos da exceção de contrato não cumprido em sinalagma, inadimplemento, coetaneidade das prestações e boa-fé.¹⁰⁰

⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro 3 - contratos e atos unilaterais**. 13ª edição. Saraiva, 10/2015. 189.

⁹⁸ GAGLIARDI, Rafael Vilar. **A exceção de contrato não cumprido**, dissertação, 2006, PUCSP. p. 86-87.

⁹⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 284.

¹⁰⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 227.

3.3.2.1 Sinalagma

O primeiro pressuposto da exceção de contrato não cumprido consiste na bilateralidade do contrato. Isso se depreende diretamente da leitura do artigo 476 do Código Civil, em que expressamente prevê a aplicação da exceção de contrato não cumprido a essa espécie de contrato.

Trata-se de importante classificação dos contratos, os bilaterais e unilaterais, em que se tem como elemento caracterizador a carga de obrigação das partes, conforme Sílvio de Salvo Venosa¹⁰¹.

Conforme a classificação dos contratos, distinguem-se em unilaterais e bilaterais. Sílvio de Salvo Venosa alerta que essa distinção não se refere ao número de partes no contrato, as quais necessariamente são pelo menos dois, mas sim à carga de obrigações das partes no negócio jurídico¹⁰².

Ainda, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior indicam que um negócio jurídico unilateral não é um contrato, “pois todo contrato, pela sua natureza, é negócio jurídico bilateral, porque envolve necessariamente o acordo de duas ou mais vontades [...] para sua celebração efetiva”¹⁰³.

Dessa forma, torna-se clara a definição de contrato como negócio jurídico bilateral, em relação ao número de partes contratantes. Já o contrato bilateral se refere a carga obrigacional, em que há uma reciprocidade de obrigações e direitos. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa:

Contratos *bilaterais*, ou com prestações recíprocas, são os que, no momento de sua feitura, atribuem obrigações a ambas as partes, ou para todas as partes intervenientes. [...] Cada contratante tem o direito de exigir o cumprimento do pactuado da outra parte. Sua característica é o sinalagma, ou seja, a dependência recíproca das obrigações. Daí por que muitos preferem a denominação de *contratos sinalagmáticos*.
São *unilaterais* os contratos que, quando de sua formação, só geram obrigações para uma das partes.[...] ¹⁰⁴(grifos no original)

¹⁰¹ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil** - Vol. 3 - contratos, 17ª edição. São Paulo. Atlas, 11/2016. p. 413.

¹⁰² VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil** - Vol. 3 - contratos, 17ª edição. São Paulo. Atlas, 11/2016. p. 414.

¹⁰³ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 63.

¹⁰⁴ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil** - Vol. 3 - contratos, 17ª edição. São Paulo. Atlas, 11/2016. p. 414.

Portanto, elemento essencial para caracterização do contrato bilateral é a existência do sinalagma. Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior definem o sinalagma como “a vinculação recíproca de uns para com os demais”¹⁰⁵.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald bem delimitam o campo de incidência da exceção de contrato não cumprido, indicando que o campo de aplicação do instituto se limita aos contratos bilaterais, os quais são aqueles em que as partes possuem direitos e obrigações recíprocas¹⁰⁶.

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior justificam a característica da bilateralidade como essencial a exceção de contrato não cumprido, pois nesses há um “dever de cumprir, recíproca e concomitantemente, as obrigações por eles assumidas. Nenhum deles pode exigir, isoladamente, que o outro cumpra a prestação, sem a contrapartida respectiva”¹⁰⁷.

Portanto, sendo a exceção de contrato não cumprido uma defesa em que uma parte se escusa de cumprir sua obrigação com base no inadimplemento da outra, necessário que se esteja diante de um contrato bilateral. A necessidade de carga obrigacional sobre ambos os polos do contrato se torna evidente.

3.3.2.2 Inadimplemento

O segundo requisito que pode ser elencado é o inadimplemento. Dessa maneira, deve-se abordar seu conceito e quando que fica configurado o inadimplemento que permite a defesa por meio da exceção de contrato não cumprido.

Inadimplemento consiste, basicamente, no descumprimento da obrigação. No próprio sentido do vocábulo, conforme desenvolve Orlando Gomes, é verificado o inadimplemento “quando o devedor não cumpre a obrigação, voluntária ou involuntariamente.”¹⁰⁸

O inadimplemento é estudado no direito civil, em geral, pelos seus efeitos. Assim, também, a lei correlaciona diretamente o não cumprimento da obrigação à responsabilidade do devedor, conforme artigo 389 do código Civil:

¹⁰⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 64.

¹⁰⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos -teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 573

¹⁰⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 129.

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. **Obrigações**, 18ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 04/2016. p. 145.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Dessa forma, ao definir o inadimplemento, tem-se adstrito suas consequências. Caio Mário da Silva Pereira aborda o tema explicitando:

Inadimplemento da obrigação é a falta da prestação devida. Conforme a sua natureza (de dar, de fazer, de não fazer), o devedor está adstrito à entrega de uma coisa, certo ou incerto, à prestação de um fato, a uma abstenção. Qualquer que seja esta prestação, o credor tem direito ao seu cumprimento, tal como constitui seu objeto, o que envolve o poder do credor, a que o devedor se submete, pela própria força do iuris vinculum. Quando se impossibilita a prestação, duas hipóteses podem ocorrer: ou a impossibilidade é imputável ao sujeito passivo, e resulta pura e simplesmente a extinção da obrigação sem outras consequências; ou o devedor é responsável pelo não cumprimento, e então cabe ao credor exercer sobre o patrimônio do devedor o poder de suprir a ausência da prestação, direta ou indiretamente.¹⁰⁹

Jorge Cesa Ferreira da Silva aponta o inadimplemento em contraposição ao adimplemento. Esse consistiria em uma realização da obrigação assumida pelas partes de acordo com os deveres assumidos e oriundo do vínculo obrigacional. Desse modo, o adimplemento consistiria em uma série de deveres, e o inadimplemento seria a violação de um dos deveres oriundos do vínculo obrigacional.¹¹⁰

Na visão clássica, segundo Flávio Tartuce, tratado em sentido genérico, o inadimplemento se divide em relativo e absoluto.¹¹¹ Explica Caio Mário da Silva Pereira que está-se diante de inadimplemento absoluto quando haver faltado completamente a prestação, seja essa de dar, fazer ou não fazer, e ser impossível o seu cumprimento.¹¹² Definindo e exemplificando, desenvolve Jorge Cesa Ferreira da Silva:

Quando a prestação, após o nascimento da obrigação, não puder ser realizada ou não houver mais sentido na sua realização, diz-se, há inadimplemento absoluto. Visualiza-se essa espécie de inadimplemento em casos como o do ator que deveria participar do evento e, naquele dia, cai doente; ou da pintura da sala que vem a ser destruída por incêndio; ou do almoço disponibilizado cinco horas depois do contratado, ou ainda da compra e venda de área de terra de um todo maior, cujo parcelamento, após a venda, mas antes do registro, foi proibido por disposição legal.

¹⁰⁹PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil** - Vol. II - teoria geral das obrigações, 29ª edição. São Paulo. Forense, 01/2017. p. 304.

¹¹⁰SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 123-125.

¹¹¹TARTUCE, Flávio. **Direito civil** - Vol. 2 - direito das obrigações e responsabilidade civil, 12ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 12/2016. p. 201.

¹¹²PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil** - Vol. II - teoria geral das obrigações, 29ª edição. Forense, 01/2017. p. 305.

Em todos esses casos, ou o ato de prestação não pode ser realizado – seja porque seu objeto pereceu, seja porque fato do príncipe a inviabilizou – ou não pode mais satisfazer os interesses do credor.¹¹³

Já o relativo, corresponde aos casos em que apenas parte da obrigação deixou ser cumprida ou, ainda, se não foi oportunamente cumprida e ainda é possível que seja satisfeita.¹¹⁴ Ao inadimplemento relativo se dá, também, o nome de mora¹¹⁵. Jorge Cesa Ferreira da Silva explica que mora pode ser definida “como o atraso, imputável por distintos fatores a uma das partes, no prestar ou no receber a prestação que ainda interessa ao credor”.¹¹⁶

Em qualquer das duas espécies o devedor deve responder por perdas e danos. Conforme Caio Mário da Silva Pereira, “o inadimplemento da obrigação, absoluto ou relativo, cria para o sujeito passivo o dever de prestar ou indenizar, e para o credor a faculdade de exigir”¹¹⁷. Contudo, apesar de consequências semelhantes, alerta Orlando Gomes que essas não se confundem, visto que no caso de inadimplemento absoluto o objetivo da indenização é substituir a prestação, diferentemente da mora em que ainda é possível o cumprimento da obrigação¹¹⁸.

Havendo inadimplemento, seja absoluto ou relativo, cabível a oposição de exceção de contrato não cumprido. Conforme destaca Paulo Sérgio Velten Pereira, “a exceção pode ser arguida tanto diante do inadimplemento absoluto, parcial ou total, como também diante da simples mora, compreendida esta como inadimplemento relativo [...]”.¹¹⁹

Miguel Maria de Serpa Lopes explica que, como a função da exceção de contrato não cumprido consiste em paralisar a cobrança do autor, independe de que espécie de inadimplemento se trate. Pode, dessa maneira, ser oposta tanto ao se tratar de inadimplemento absoluto ou relativo.¹²⁰

¹¹³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 131.

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. II - Teoria Geral das Obrigações**, 29ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 01/2017. p. 305.

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil - Vol. 2 - direito das obrigações e responsabilidade civil**, 12ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 12/2016, p.201.

¹¹⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 145.

¹¹⁷ PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil - Vol. II - teoria geral das obrigações**, 29ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 01/2017. p. 306.

¹¹⁸ GOMES, Orlando. **Obrigações**, 18ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 04/2016. p. 145.

¹¹⁹ VELTEN PEREIRA, Paulo Sérgio. **A exceção de contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral**, dissertação, 2008, PUCSP. p. 149.

¹²⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. 284

3.3.2.3 Coetaneidade das prestações

Outro pressuposto da exceção de contrato não cumprido consiste em ser as obrigações exigíveis ao mesmo tempo. A isso, alguns autores denominam de simultaneidade.

Rafael Villar Gagliardi traz o termo simultaneidade a discussão. Em seu trabalho indica como melhor o termo “coetaneidade”. Justifica que o termo simultaneidade “poderia levar à conclusão imprecisa de que só se aplica exceção em voga nos contratos em que as obrigações são exigíveis no mesmo momento”. O primeiro termo aparentemente limitaria o campo de aplicação da exceção de contrato não cumprido. Já o segundo encampa todas as situações possíveis, visto que é aplicável aos contratos de execução continuada e naqueles em que há uma ordem na execução das obrigações.¹²¹

Contudo, observa-se que a doutrina utiliza o termo simultaneidade no mesmo sentido que o autor pretende utilizar o termo coetaneidade. Nesse sentido Cristiano de Chaves Farias e Nelson Rosenvald:

A aplicação da *exceptio* se condiciona à simultaneidade da exigibilidade das prestações. A interdependência funcional autoriza a recusa. Assim é que, se ambas as prestações têm de ser realizadas sucessivamente, é claro que não cabe a invocação da *exceptio* por parte de quem deve em primeiro lugar, pois que a do outro ainda não é devida; mas, ao que tem de prestar em segundo tempo, cabe o poder de invoca-la, se o primeiro deixou de cumprir.¹²²

A fim de eliminar qualquer dúvida acerca da melhor denominação a ser utilizada, Miguel Maria de Serpa Lopes se utiliza de ambos sem realizar qualquer distinção.¹²³

Superado o debate acerca da denominação, passa-se a estudar a importância do requisito de serem as obrigações exigíveis ao mesmo tempo. Miguel Maria de Serpa Lopes explica que a exceção de contrato não cumprido só é cabível quando simultâneas as prestações, não havendo fundamento em caso contrário:

Uma primeira exigência, para se considerar argúvel a exc. n. ad. cont. é a de que a prestação e a contraprestação estejam exigíveis; em segundo lugar, que essa exigibilidade possa ocorrer, como se diz no direito francês, *trait pour trait*, ou como o direito germânico, *zug um zug*, e que poderíamos traduzir, em linguagem popular – toma lá, dá cá. [...]

¹²¹ GAGLIARDI, Rafael Vilar. **A exceção de contrato não cumprido**, dissertação, 2006, PUCSP. p. 122-123.

¹²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos -teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 575

¹²³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 270-282.

Não havendo simultaneidade quanto ao momento do adimplemento das prestações, fundamento não há para ter lugar a exc. n. ad. cont.¹²⁴

Da exigência de simultaneidade das prestações decorrem algumas consequências. Miguel Maria de Serpa Lopes as enumera, de maneira que aqui se reproduzem:

- a) A exc. n. ad. cont. não pode ser arguida quando uma das prestações estiver beneficiada com a concessão de um termo, pois enquanto este não expirar não é o devedor a termo obrigado a realizar sua prestação, nem o credor pode opô-la como razão para não adimplir a de que é devedor;
- b) A exc. n. ad. cont. não pode mais ser invocada se o outro já houver cumprido a sua prestação ou se já a ofereceu de modo a corresponder quantitativa ou qualitativamente ao a que efetivamente se obrigou;
- c) A exc. n. ad. cont. não se aplica a todas as obrigações resultantes de um contrato bilateral, mas tão-só àquelas entre as quais existe uma relação de intercâmbio, como, v. g., num contrato de locação, a contraprestação referente ao uso da coisa não é a sua restituição, senão o pagamento do respectivo aluguel.¹²⁵

Dessa maneira, fica demonstrada a importância da simultaneidade de prestações. Essa consiste em elemento para que seja cabível a exceção de contrato não cumprido e também delimita as possibilidades de aplicação do instituto. Conforme acima referido, existem diversas situações ligadas ao momento de exigibilidade das obrigações em que não é possível a utilização dessa espécie de defesa.

3.3.2.4 Boa-fé objetiva

Como último pressuposto da exceção de contrato não cumprido, tem-se a exigência de que esta seja arguida de acordo com o princípio da boa-fé¹²⁶. Não há no direito brasileiro previsão expressa que indique esse requisito. Contudo, essa é norma de interpretação dos negócios jurídicos¹²⁷ e encontra diversas previsões no Código Civil.¹²⁸ Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira:

¹²⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 271.

¹²⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 277.

¹²⁶ VELTEN PEREIRA, Paulo Sérgio. **A exceção de contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral**, dissertação, 2008, PUCSP. p. 154.

¹²⁷ VELTEN PEREIRA, Paulo Sérgio. **A exceção de contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral**, dissertação, 2008, PUCSP. p. 154.

¹²⁸ GAGLIARDI, Rafael Vilar. **A exceção de contrato não cumprido**, dissertação, 2006, PUCSP. p. 157.

Sendo o instituto animado de um sopro de equidade, deve à sua invocação presidir a regra da boa-fé, não podendo erigir-se em pretexto para o descumprimento do avençado. Assim é que, se ambas as prestações têm de ser realizadas sucessivamente, é claro que não cabe a invocação da exceptio por parte do que deve em primeiro lugar, pois que a do outro ainda não é devida; mas, ao que tem de prestar em segundo tempo, cabe o poder de invocá-la, se o primeiro deixou de cumprir.¹²⁹

No entanto, há de se indicar que se estar a falar da boa-fé objetiva, não se aplicando a subjetiva. Esta segunda se caracteriza pelo “manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio”.¹³⁰ Já a boa-fé objetiva, consiste em um padrão de conduta baseada no homem médio, considerando o caso concreto e aspectos sociais¹³¹. A cláusula geral de boa-fé encontra previsão no artigo 422 do Código Civil:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé

Assim, a boa-fé surge como uma regra geral que deve ser aplicada em todos os momentos do contrato. Trata-se de norma que mitiga os efeitos da autonomia da vontade de modo a estabelecer parâmetros para seu exercício. Esclarece José Carlos Moreira Filho:

[...]boa-fé objetiva é um verdadeiro repositório de sentidos para a concreção e contorno da relação contratual, buscando fundamentalmente atenuar a sua vinculação aos ditames voluntarísticos, no entendimento de que tão natural e necessário quanto o respeito à autonomia de cada pessoa, é o respeito a certos parâmetro de como deve o outro ser tratado, no afã de permitir a fortificação de laços de confiança entre os cidadãos em suas mútuas relações, especialmente aquelas voltadas à circulação de riqueza produzida na sociedade.¹³²

Assim, correspondendo a uma cláusula geral que deve guiar a conduta das partes do contrato, impõe-se que deve ser respeitada também no momento de arguir a exceção de contrato não cumprido. Cristiano de Chaves Farias e Nelson Rosenvald explicam que a boa-fé objetiva se trata de um limite a pretensões excessivas e exemplificam:

¹²⁹ PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil** - Vol. III - contratos, 21ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 01/2017. p. 65.

¹³⁰ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil** - Vol. 3 - contratos, 17ª edição. São Paulo. Atlas, 11/2016. p 18.

¹³¹ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil** - Vol. 3 - contratos, 17ª edição. São Paulo. Atlas, 11/2016. p 18.

¹³² MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos. **Hermenêutica filosófica e direito**. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2003. p. 300-302.

O princípio da boa-fé objetiva pretende limitar o exercício de pretensões excessivas, não sendo razoável a recusa total da prestação diante de uma falta sem maior gravidade e desprezível do ponto de vista da economia do negócio jurídico. Portanto, se A deveria entregar cinco veículos a B, mas deixa de cumprir com a remessa de um dos automóveis, não pode B se recusar a pagar o todo, amparado na inexecução de 20% da obrigação. Justo seria a recusa do pagamento na medida proporcional.¹³³

Jorge Cesa Ferreira da Silva destaca o papel da boa-fé objetiva em relação ao adimplemento das obrigações. Em seus traços formais, a boa-fé objetiva se refere a pontualidade da prestação. Porém, conforme o autor, esse princípio dá contornos materiais ao adimplemento, fazendo surgir deveres específicos ou limitando direito. O doutrinador exemplifica os deveres de condutas que surgem com a boa-fé, citando o caso de empresa de telefonia que vai realizar instalação em casa tombada como patrimônio histórico e não é informada; em segundo exemplo, aborda o dever de informar do técnico de informática, que deve se atentar ao grau de conhecimento do cliente.¹³⁴

Acerca da necessidade de boa-fé, destaca Miguel Maria de Serpa Lopes que a exceção de contrato não cumprido não pode ser alegado em caso de “descumprimento leve” das obrigações. Porém, não estipula critério para qualificar a prestação e a contraprestação em suas proporcionalidades. Mas indica que deve o magistrado avaliar cada caso.¹³⁵

3.4 EFEITOS DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Por fim, aborda-se os efeitos da defesa por meio da exceção de contrato não cumprido. Divide-se o tema em duas partes, estudando-se primeiro o efeito entre as partes contratantes e posteriormente aqueles perante terceiros.

3.4.1 Efeitos entre as partes

Os primeiros a serem afetados diretamente pela exceção de contrato não cumprido são as partes contratantes. Assim, incumbe analisar a situação jurídica desses quando da utilização dessa defesa no contrato.

¹³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos -teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 577.

¹³⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 62-63.

¹³⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p.311-312.

Miguel Maria de Serpa Lopes afirma que, sendo uma defesa, o primeiro efeito da exceção de contrato não cumprido consiste exatamente na suspensão da ação movida pelo autor.¹³⁶

Tratando-se de exceção dilatória, esclarece Paulo Sérgio Velten Pereira, o excipiente tem sua prestação suspensa enquanto permanecer inadimplente o exceto. Ainda, não lhe é permitido buscar qualquer outro meio de satisfação da obrigação, enquanto não cumprir seu dever.¹³⁷

Outra característica importante da arguição de exceção de contrato não cumprido é o efeito que possui sobre a mora. Conforme Miguel Maria de Serpa Lopes, sendo suspensa a ação do autor, o excipiente se coloca em posição de devedor a termo. Assim, não lhe recai os efeitos da mora.¹³⁸

Contudo, o problema dos efeitos perante as partes se centra no caso de entregar coisa certa e o dever de conservar a coisa. Rafael Villar Gagliardi destaca que na doutrina estrangeira há discussão acerca do dever de conservação. Enquanto alguns afirmam que as partes se mantêm no dever de conservar, outros afirmam que há uma liberação dessa obrigação.¹³⁹

Tal problema parece não haver no direito brasileiro. O Código Civil, em seu artigo 400, prevê que o credor em mora libera o devedor da responsabilidade pela conservação da coisa:

Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

Miguel Maria de Serpa Lopes explica, ainda na vigência do Código Civil de 1916 e que possuía dispositivo semelhante em seu artigo 958, que o autor ao não cumprir sua obrigação fica na mesma posição que o credor em mora. Nas palavras do autor:

Em razão de não ter cumprido a sua prestação e justificando, por esse fato, a retenção do devedor, o autor coloca-se na mesma posição de um credor em mora. Assim, não temos dúvida em que se aplica ao caso o disposto no artigo

¹³⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 313

¹³⁷ VELTEN PEREIRA, Paulo Sérgio. **A exceção de contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral**, dissertação, 2008, PUCSP. p. 165.

¹³⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 313.

¹³⁹ GAGLIARDI, Rafael Vilar. **A exceção de contrato não cumprido**, dissertação, 2006, PUCSP. p. 222.

958 do Código Civil, isto é, a mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebe-la pela sua mais alta estimação, se o seu valor oscilar entre o tempo do contrato e o do pagamento.¹⁴⁰

Outra situação a ser analisada, é a pluralidade de sujeitos em solidariedade passiva. Rafael Villar Gagliardi afirma que qualquer solução relacionada a exceção de contrato não cumprido deve estar pautada pelo equilíbrio contratual.¹⁴¹

Dessa maneira, prossegue o autor, podendo o devedor-credor exigir a obrigação de todos os credores-devedores, a oposição pode ser oposta contra todos e contra cada um dos devedores solidários.¹⁴²

Portanto, destacou-se os principais efeitos da exceção de contrato não cumprido entre as partes. Influenciando diretamente na situação da mora, essa tem seus efeitos suspensos. Também a exigibilidade da prestação se torna impossível e é o devedor liberado do dever de conservação da coisa. Por fim, a oposição é plenamente possível nos casos de solidariedade passiva.

3.4.2 Efeitos perante terceiros

Em seus efeitos, pode a exceção de contrato não cumprido influenciar na esfera de terceiros. Conforme Paulo Sérgio Velten, considerando terceiros aqueles que não participaram diretamente do vínculo prestacional, porém, podem ser atingidos pelos seus efeitos.¹⁴³ Dessa forma, Miguel Maria de Serpa Lopes lista como casos os de “delegação, expromissão, cessão de crédito, cessão de contrato, ação sub-rogatória, a fiança e os contratos a favor de terceiros”.¹⁴⁴

Nos casos de delegação e expromissão, ocorre a mudança do polo devedor. O devedor originário é substituído por outro, havendo extinção daquele vínculo obrigatório e se formando um novo.¹⁴⁵

¹⁴⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais:** exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 313-314.

¹⁴¹ GAGLIARDI, Rafael Vilar. **A exceção de contrato não cumprido**, dissertação, 2006, PUCSP. p. 223.

¹⁴² GAGLIARDI, Rafael Vilar. **A exceção de contrato não cumprido**, dissertação, 2006, PUCSP. p. 223.

¹⁴³ VELTEN PEREIRA, Paulo Sérgio. **A exceção de contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral**, dissertação, 2008, PUCSP. p. 166-167.

¹⁴⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais:** exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 317.

¹⁴⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais:** exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 317-318.

Nessas espécies, explica Rafael Villar Gagliardi, pode o terceiro que constituiu o novo vínculo obrigacional, opor todas as exceções fundamentadas na obrigação cedida. Enuncia o autor que “o novo devedor pode opor ao credor as exceções oponíveis pelo antigo devedor, inclusive as de contrato não cumprido e cumprido insatisfatoriamente”.¹⁴⁶

Quando ocorrer cessão de crédito, cessão de posição contratual ou cessão de contrato, não há discussão acerca dos efeitos. O cessionário passa a ter o direito de opor as exceções que cabiam ao cedente.¹⁴⁷

Em havendo sub-rogação, aquele que pagou a dívida, tem para si a posição ocupada pelo credor. Incluindo direitos, ações, privilégios e garantias. Assim, se cabível exceção de contrato não cumprido, pode fazer uso desse instituto.¹⁴⁸

Na fiança, também é possível a defesa pelo fiador por meio da exceção de contrato não cumprido. Assim, se acionado pela dívida principal, em caso restar o credor inadimplente, pode o fiador opor essa defesa.¹⁴⁹

Por fim, a última figura em que se relaciona a possibilidade de oposição por de exceção de contrato não cumprido é na estipulação em favor de terceiro. Miguel Maria de Serpa Lopes trata do caso indicando que se está em face de relação triangular, sendo partes o estipulante, o promitente e o terceiro. Nesse cenário, caso o beneficiário exija a obrigação, se sujeita a oposição da exceção de contrato não cumprido pelo promitente.¹⁵⁰ Ainda, destaca Paulo Sérgio Velten Pereira, a defesa pode ser exercida tanto contra o beneficiário quanto o estipulante.¹⁵¹

Portanto, diante de casos em que terceiro que não tenha participado do vínculo obrigacional originário, porém ocupe posição de interesse ou passe a ser parte do vínculo por meio de compromisso posterior, é afetado também pela exceção de contrato não cumprido. Assim, pode-se estar diante de situações em que adquire o direito de exercer essa espécie de defesa ou se submeter a possibilidade de oposição.

¹⁴⁶ GAGLIARDI, Rafael Vilar. **A exceção de contrato não cumprido**, dissertação, 2006, PUCSP. p. 225-226.

¹⁴⁷ VELTEN PEREIRA, Paulo Sérgio. **A exceção de contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral**, dissertação, 2008, PUCSP. p. 168.

¹⁴⁸ VELTEN PEREIRA, Paulo Sérgio. **A exceção de contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral**, dissertação, 2008, PUCSP. p. 168.

¹⁴⁹ VELTEN PEREIRA, Paulo Sérgio. **A exceção de contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral**, dissertação, 2008, PUCSP. p. 169.

¹⁵⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 322.

¹⁵¹ VELTEN PEREIRA, Paulo Sérgio. **A exceção de contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral**, dissertação, 2008, PUCSP. p. 169.

4 A APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Após as definições apresentadas nos capítulos anteriores, passa-se a analisar a aplicabilidade da exceção do contrato não cumprido aos contratos administrativos. Por meio de análise da legislação, doutrina e jurisprudência, busca-se responder se a defesa por meio do contrato não cumprido é plenamente aplicável no âmbito do direito administrativo.

4.1 A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como se abordou no capítulo anterior, a exceção de contrato não cumprido consiste em defesa substancial a ser arguida pelo demandado. Tem seu cabimento em face do inadimplemento do autor da ação em sua obrigação. Delineado em seus traços gerais, aborda-se sua aplicação no âmbito dos contratos administrativos.

Quando se está a falar de contratos administrativos, conforme se abordou no capítulo 1 do presente trabalho, tem-se que estes possuem características peculiares. Nesse sentido, discute-se a aplicação da exceção de contrato não cumprido a essa espécie de contratos.

A doutrina evoluiu no debate do tema, passando-se da não aceitação da aplicação do instituto aos contratos administrativos até sua admissão, conforme se demonstrará.

4.1.1 Doutrina clássica

A exceção de contrato não cumprido no âmbito do contrato administrativo é tema bastante debatido na doutrina, havendo divergência quanto a sua aceitação e modo de aplicação. Nesse sentido, destaca José dos Santos Carvalho filho, a doutrina clássica não admitia que esse meio de defesa fosse utilizado pelo particular contra a Administração.¹⁵²

Rafael Rezende Oliveira explica que os autores refutavam a aplicação a exceção de contrato não cumprido com base nos princípios de Direito Administrativo. O autor explica:

¹⁵² CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p. 201.

1) princípio da legalidade: não havia previsão legal da *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos administrativos; 2) princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado: o particular, contratado, não poderia sobrepor o seu interesse privado (lucro) ao interesse da coletividade, paralisando a execução do contrato; 3) princípio da continuidade do serviço público: a suspensão das obrigações contratuais acarretaria a descontinuidade do serviço público, objeto do contrato.¹⁵³

Celso Antônio Bandeira de Mello, destaca como os dois argumentos preponderantes para não aplicação da exceção de contrato não cumprido o princípio da continuidade do serviço público e os danos que a inexecução do contrato poderia trazer à coletividade.¹⁵⁴

Já Hely Lopes Meirelles traz que o particular não pode fazer uso dessa defesa contra a Administração com base no princípio da continuidade do serviço público, o qual vedaria a paralisação da prestação contratada.

Assim, analisando o entendimento doutrinário, há concordância acerca do princípio da continuidade do serviço público ser fator impeditivo para a aplicação da exceção de contrato não cumprido.

O princípio da continuidade do serviço público, segundo Rafael Rezende Oliveira, impõe a regularidade de sua prestação independentemente do prestador, seja o Estado ou delegatário¹⁵⁵ Isso ocorre devido a necessidade da população e obrigação do Estado em satisfazer os direitos fundamentais.¹⁵⁶ Assim, ficaria impossibilitada a exceção de contrato não cumprido, tendo em vista que haveria interrupção da prestação.

Com esse fundamento, a doutrina clássica desenvolveu-se no sentido da impossibilidade de aplicação da exceção de contrato não cumprido, pelo particular, aos contratos administrativos. O fundamento da negação estão nos princípios de direito administrativo. Estes consistem nos da legalidade, supremacia do interesse público e continuidade do serviço público.

¹⁵³ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Princípios do direito administrativo, 2ª edição**. São Paulo. Método, 06/2013. p. 145.

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Contrato administrativo - cláusula *exceptio non adimpleti contractus* - rescisão judicial**. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. V.4. p. 1255-1298. Junho/2011, p. 1276.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Princípios do direito administrativo, 2ª edição**. São Paulo. Método, 06/2013. p. 137.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Princípios do direito administrativo, 2ª edição**. São Paulo. Método, 06/2013, 06/2013. p. 137.

4.1.2 Crítica à doutrina clássica e superação dos óbices a não aplicação da exceção de contrato não cumprido

No tópico anterior ficou demonstrado que, inicialmente, não havia aceitação doutrinária acerca da aplicação da exceção de contrato não cumprido pelo particular contra a Administração. No entanto, parcela relevante da doutrina passou a defender a superação de tal entendimento tal entendimento, conforme se demonstrará.

Em relação ao princípio da legalidade, tem-se superada, pelo menos para casos específicos, a discussão. A Lei nº 8.666/93, que regula os contratos administrativos, prevê em seu artigo 78, em seus incisos XIV e XV, expressamente a possibilidade da exceção de contrato não cumprido.¹⁵⁷

O segundo princípio que seria violado é o da supremacia do interesse público. Conforme Rafael Rezende Oliveira, a aceitação de que esse representaria óbice à aplicação da exceção de contrato não cumprido, seria admitir um escudo à Administração para a prática de ilícitos. Continua o autor explicando que é contrário ao interesse público justamente a prática de ilícitos contratuais.¹⁵⁸

Por fim, pondera-se o argumento daquele que representa a base da negação à exceção de contrato não cumprido aplicado aos contratos administrativos, o princípio da continuidade do serviço público.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que é importante distinguir serviço público de obra pública. Isso porque ao segundo não há aplicação do referido princípio.¹⁵⁹ Assim, também não é aplicável o princípio as demais espécies de contratos firmados pela Administração.¹⁶⁰

Nesse sentido, Rafael Rezende Oliveira afirma que o princípio da continuidade do serviço público não pode representar óbice a aplicação da exceção de contrato não cumprido pois possui limitado campo de incidência. A ideia de continuidade do serviço público tem lugar

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Princípios do direito administrativo**, 2ª edição. São Paulo. Método, 06/2013. p. 145.

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Princípios do direito administrativo**, 2ª edição. São Paulo. Método, 06/2013. p. 145. p. 145.

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Contrato administrativo - cláusula exceptio non adimpleti contractus - rescisão judicial**. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. V.4. p. 1255-1298. Junho/2011, p. 1276.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Princípios do direito administrativo**, 2ª edição. São Paulo. Método, 06/2013. p. 146.

apenas nos contratos que versem sobre prestação de serviços. Essa espécie de contrato seria justamente aquela que menos é utilizada pela Administração.¹⁶¹

Ainda, acerca dos serviços públicos, há regra especial que prevê sua continuidade. A Lei nº 8.987/95, em seu artigo 6º, §3º e artigo 39, parágrafo único, prevê a impossibilidade de interrupção e paralisação do serviço público nos seguintes termos:

Art. 6º [...] § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.
[...]

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no **caput** deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

Dessa maneira, na maioria dos contratos administrativos não haveria incidência do princípio, não podendo, assim, justificar a não aplicação da exceção de contrato não cumprido. Ainda, defende Rafael Rezende Oliveira, em contratos de prestação de serviço, que há de se respeitar os direitos fundamentais do prestador e a continuidade da empresa, podendo, excepcionalmente, aplicar-se a exceção de contrato não cumprido.¹⁶²

Portanto, demonstra-se que é pelo menos controvertida a utilização dos princípios de Direito Administrativo para justificar a não aplicação da exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativos.

4.1.3 Doutrina contemporânea e a previsão legal de exceção de contrato não cumprido nos contratos administrativos

Pelo exposto até aqui, não era admitido que o particular utilizasse da exceção de contrato não cumprido em contratos administrativos. No entanto, os fundamentos da inoponibilidade possuía críticas.

Não sendo possível ao particular encontrar um meio de interromper sua prestação, cria-se um cenário em que é obrigado a suportar um grande encargo. Dessa maneira, Hely Lopes

¹⁶¹ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Princípios do direito administrativo**, 2ª edição. São Paulo. Método, 06/2013. p. 146.

¹⁶² OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Princípios do direito administrativo**, 2ª edição. São Paulo. Método, 06/2013. p. 146.

Meirelles indica que o entendimento vinha sendo atenuado, com a doutrina entendendo que era possível em casos em que o contratado suportaria encargo extraordinário e insuportável. Baseado nesse entendimento, a Lei nº 8.666/93 previu expressamente a possibilidade de exceção de contrato não cumprido nos contratos administrativos.¹⁶³

Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello taxa que já não é mais possível defender a impossibilidade de exceção de contrato não cumprido nos contratos administrativos.¹⁶⁴

A Lei que rege os contratos administrativos, prevê a seguinte hipótese de exceção de contrato não cumprido:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

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

Conforme se observa, a hipótese indica que não pode o contratado imediatamente suspender a execução do contrato ou buscar sua rescisão. Dessa maneira, a exceção de contrato não cumprido constitui prerrogativa especial da Administração, sendo tratada como cláusula exorbitante¹⁶⁵ ou cláusula de privilégio.¹⁶⁶

Leonardo Rodarte de Almeida e Silva explica que o referido dispositivo confere à contratada, havendo 90 dias de inadimplemento da contratante, direito de pleitear a suspensão do cumprimento de suas obrigações, a rescisão ou ambas as medidas, conforme lhe convém¹⁶⁷.

José Santos Carvalho Filho indica que a lei parece considerar a impossibilidade de pleitear a suspensão do contrato antes de decorrer 90 dias de inadimplemento. Porém, faz crítica a essa interpretação, pois há situações especiais em que o contratado fica impossibilitado de continuar com suas prestações enquanto a Administração permanecer inadimplente.¹⁶⁸

¹⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero.; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 277. p. 245.

¹⁶⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**, 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 648.

¹⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero.; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 277. p. 242.

¹⁶⁶ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017.

¹⁶⁷ SILVA, Leonardo Rodarte de Almeida e. A aplicação da teoria da exceção dos contratos não cumpridos aos contratos administrativos. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 250, p. 1148-1158, dez. 2014. p. 1151.

¹⁶⁸ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p. 200.

Portanto, a exceção de contrato não cumprido aplicada aos contratos administrativos encontra, hoje, amparo legal. Constitui cláusula exorbitante, visto que a Administração se encontra em vantagem diante da previsão de prazo de 90 dias de inadimplemento. Dessa maneira, ainda é criticado o dispositivo, pois pode conferir gravame excessivo ao contratado ao permitir tamanho prazo de inadimplemento.

Diante disso, importante explorar a possibilidade de aplicação diferenciada desse instituto, buscando a possibilidade de sua plena aplicação, nos termos trabalhados no capítulo anterior. Desse modo, inicialmente necessário demonstrar as consequências do inadimplemento da Administração, em vista de justificar a crítica feita ao dispositivo que regula a exceção de contrato não cumprido no âmbito do direito administrativo.

4.2 O INADIMPLEMENTO DA ADMINISTRAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS AO PARTICULAR

O contrato tem sua extinção natural por meio do exaurimento no cumprimento das obrigações assumidas pelas partes. Porém, nem sempre os contratantes cumprem o que é devido. Assim também ocorre com a Administração, que muitas vezes se torna inadimplente.

Leonardo Rodarte de Almeida e Silva, aliás, destaca que se tornou comum o atraso no pagamento por parte da Administração diante da “falta de planejamento do cronograma de desembolso necessário para viabilizar a consecução integral do objeto então contratado”¹⁶⁹.

Conforme exposto até o momento, com base na lei, à Administração é concedida a prerrogativa de atrasar o pagamento em 90 dias sem que o particular possa suspender sua prestação. Contudo, ao operar durante esse período sem que receba a contraprestação devida sofre evidente dano.

Ocorre que, ainda antes de ser realizado o contrato, o contratado planeja como será realizada sua obrigação. Para isso considera a contraprestação financeira, mobiliza os meios necessários e planeja a logística de estrutura administrativa. Ao inadimplir, a Administração faz com que esse tenha que arcar financeiramente com a prestação, além de não permitir que com os mesmos meios o particular preste serviço para terceiros. Há notável dano ao contratado, conforme elucida Shirley Mendes de Araújo:

¹⁶⁹ SILVA, Leonardo Rodarte de Almeida e. A aplicação da teoria da exceção dos contratos não cumpridos aos contratos administrativos. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 250, p. 1148-1158, dez. 2014. p. 1148.

O contratado, na elaboração de sua proposta para o certame licitatório, leva em consideração diversos fatores, como: fluxo de caixa projetado, montante estimado de investimento, cronograma de desembolsos, variações de receita e tantos outros, bem como em sua forma de pagamento. Dessa forma, é óbvio que o atraso de parcelas gera ônus não previstos, o que dificulta a prestação do serviço de forma eficiente.¹⁷⁰

Ainda, a autora traz exemplo de uma empresa de engenharia que é contratada para obra de grande valor. Trata-se de espécie de serviço que, em regra, há alta rotatividade de caixa. Fornecedores são pagos semanalmente ou até mesmo diariamente. Portanto, necessário que tenha entrada de capital para suprir os custos com o objeto contratado. Nesse cenário, muitas vezes, há um endividamento da empresa por conta de empréstimos para suprir o inadimplemento da Administração.¹⁷¹

Dessa forma, conforme prevê a lei, o particular encontra-se obrigado a realizar novo planejamento e, muitas vezes, se submeter a terceiros para conseguir adiantar capital a fim de conseguir cumprir seus compromissos. Celso Antônio Bandeira de Mello explicita o custo a que o contratado é submetido:

Ora, o dinheiro tem um custo, um valor de mercado. O contratante que não recebe em dia lança mão de meios de pagamento, seus ou captados, para fazer face aos compromissos assumidos em razão do contrato. É por todos os títulos evidente que perde, na medida em que se vê forçado a pagar por este dinheiro que capta, ou deixa de ganhar o que lhe renderia o dinheiro que desembolsa, e que não teria que desembolsar, se houvesse sido tempestivamente pago. Este é um dano; um prejuízo inequívoco, indiscutível. Sobretudo em época de escassez de recursos financeiros, tal dano pode assumir expressão relevante. É óbvio, pois, que este dano terá que ser computado na indenização, sem o que haveria desfalque não reparado no patrimônio do ofendido.¹⁷²

Portanto, na atual disposição legal, considerando sua interpretação literal, há uma transferência de responsabilidade ao contratado. A esse é imposto uma condição que lhe confere dano, muitas vezes grave, podendo colocar em risco sua estabilidade financeira e continuidade de sua atividade.

¹⁷⁰ ARAÚJO, Shirley Mendes de. Suspensão do contrato administrativo por atraso de pagamento por parte da Administração: análise do art. 78, inc. XV, da lei nº 8.666/93. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 10, n. 107, p.22-30, jan. 2003. p.25.

¹⁷¹ ARAÚJO, Shirley Mendes de. Suspensão do contrato administrativo por atraso de pagamento por parte da Administração: análise do art. 78, inc. XV, da lei nº 8.666/93. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 10, n. 107, p.22-30, jan. 2003. p.25.

¹⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Contrato administrativo - cláusula exceptio non adimpleti contractus - rescisão judicial**. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. V.4. p. 1255-1298. Junho/2011. p. 1273.

4.3 A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Diante do cenário de dano causado ao particular pelo inadimplemento da Administração, necessário estudar a possibilidade de suspensão de suas obrigações antes do prazo conferido pela lei.

Conforme exposto, a exceção de contrato não cumprido constitui cláusula exorbitante do contrato administrativo. Autoriza à Administração atrasar 90 dias sua prestação, enquanto impossibilita ao particular a suspensão de suas obrigações.

Assim, invariavelmente a possibilidade de aplicação da exceção de contrato não cumprido perpassa por uma análise da possibilidade de se relativizar uma cláusula exorbitante e, com isso, aplicar plenamente a exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativos.

Giovana Gabriela do Vale Vasconcelos vislumbra a possibilidade por meio da aplicação de princípios gerais dos contratos, em especial a boa-fé objetiva¹⁷³. Contudo, essa consiste em uma previsão do Código Civil, de maneira que, primeiramente, necessário abordar o tema da influência do Direito civil nos contratos administrativos.

4.3.1 Direito Civil e Contratos Administrativos

Conforme ficou claro no primeiro capítulo, o contrato administrativo consiste em espécie do gênero contrato. Os contratos encontram-se regulados, em linhas gerais, no âmbito do direito privado, em que são desenvolvidos os princípios que lhe são aplicáveis e não encontram previsão semelhante na legislação administrativa.

Diante disso, possível se encontrar lacunas quando da análise de casos concretos à luz da Lei que rege os contratos administrativos. Nesse diapasão, a própria Lei 8.666/93, em seu artigo 54, caput, indica a possibilidade de aplicação supletiva dos princípios de teoria geral dos contratos e disposições de direito privado:

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

¹⁷³ VASCONCELOS, Giovana Gabriela do Vale. A relativização das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 15, n. 167, p.43-56, jan. 2008.

Assim, explica Hely Lopes Meirelles, que a utilização do direito privado de maneira supletiva não permite a substituição de regras privativas dos contratos públicos por aquelas. Contudo, acrescenta que todo contrato é regido por dois princípios, quais sejam, o de que faz lei entre as partes e da observância do pactuado. O Código Civil consigna outros dois princípios gerais, que já eram aceitos no Direito Público antes de seu advento, aplicando-se aos contratos em geral a boa-fé e função social do contrato.¹⁷⁴

No mesmo sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho, explica que se aplica o Código Civil aos contratos administrativo no que concerne as regras gerais, limitando-se aos princípios contratuais.¹⁷⁵

Giovana Gabriela do Vale Vasconcelos destaca que não há incongruência na aplicação de princípios de direito contratual quando não se encontrar solução nas normas de direito público e não havendo discrepância com o regime de direito público¹⁷⁶.

Alice Gonzales Borges destaca que com o advento do Código Civil vigente, se consolidou um cenário de interpenetração do direito público com o privado¹⁷⁷. Questiona, então, a autora, até que ponto pode se considerar que as cláusulas exorbitantes são derogatórias do direito privado¹⁷⁸.

Portanto, não se pode negar a influência das regras de direito privado nos contratos administrativos. É possível questionar a aplicação das normas previstas no Código Civil aos contratos administrativos, principalmente em relação ao princípios gerais dos contratos e, ainda, em especial a boa-fé objetiva.

4.3.2 Contrato administrativo e boa-fé objetiva

Conforme exposto no segundo capítulo, a boa-fé objetiva consiste em norma limitadora da vontade particular. Impõe as partes que se comportem de maneira socialmente adequada, limitando direitos e criando deveres de conduta.

¹⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero.; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 238-239.

¹⁷⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 175.

¹⁷⁶ VASCONCELOS, Giovana Gabriela do Vale. A relativização das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 15, n. 167, p.43-56, jan. 2008. p. 45.

¹⁷⁷ BORGES, Alice Maria Gonzales. Reflexo do Código Civil nos contratos administrativo. **Temas do direito administrativo atual**, Belo Horizonte, v. 2, p.21-32, jan. 2006. p. 21.

¹⁷⁸ BORGES, Alice Maria Gonzales. Reflexo do Código Civil nos contratos administrativo. **Temas do direito administrativo atual**, Belo Horizonte, v. 2, p.21-32, jan. 2006. p. 24.

Assim, previsto como norma geral dos contratos, deve ser aplicado também aos contratos administrativos. Apesar de aparente incompatibilidade entre a boa-fé objetiva e a existência de cláusulas exorbitantes, devem os dois serem adaptados e aplicados de maneira adequada aos contratos administrativos.¹⁷⁹

Alice Gonzales Borges destaca a característica da boa-fé objetiva de impor aos contratantes o dever de agir de forma correta antes, durante e depois do contrato. Nesse diapasão, não poderia a Administração, mais do que todos, devido as prerrogativas que lhe são concedidas, adotar conduta contrária a boa-fé.¹⁸⁰

O exercício das cláusulas exorbitantes, aliás, segundo Giovana Gabriela do Vale Vasconcelos, deve ser em busca do princípio da justiça contratual, em conformidade com a boa-fé. Não pode, portanto, causar lesão ou prejuízo ao contratado.¹⁸¹

Contudo, necessário dar traços concretos ao princípio da boa-fé aplicado ao contrato administrativo. Giovana Gabriela do Vale Vasconcelos enumera uma série de possibilidades decorrentes desse princípio na seara do contrato administrativo:

Coloca-se em xeque a possibilidade de os administradores públicos, nos contratos administrativos, utilizarem os paradigmas da boa-fé objetiva nos ajustes administrativos, inclusive pacificados na jurisprudência nacional, a saber:

- a) Observar a aplicação do princípio da conservação do contrato;
- b) Atentar para o princípio do menor sacrifício, de modo que o contrato seja interpretado no sentido mais favorável aos que assumem obrigações;
- c) Interpretar o contrato observando a execução firmada de comum acordo;
- d) Interpretar cláusulas ambíguas contra o estipulante que não foi claro na intenção;
- e) Interpretar todo o ajuste e suas alterações como um todo orgânico.¹⁸²

Porém, o que ocorre na realidade se distancia do aqui enunciado. Alice Maria Gonzales Borges afirma que há uma confusão entre interesse público e fazendário, em que a

¹⁷⁹ VASCONCELOS, Giovana Gabriela do Vale. A relativização das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 15, n. 167, p.43-56, jan. 2008. p. 43..

¹⁸⁰ BORGES, Alice Maria Gonzales. Reflexo do Código Civil nos contratos administrativo. **Temas do direito administrativo atual**, Belo Horizonte, v. 2, p.21-32, jan. 2006. p. 24-25.

¹⁸¹ VASCONCELOS, Giovana Gabriela do Vale. A relativização das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 15, n. 167, p.43-56, jan. 2008. p. 50.

¹⁸² VASCONCELOS, Giovana Gabriela do Vale. A relativização das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 15, n. 167, p.43-56, jan. 2008. p. 51.

Administração busca tirar o máximo de vantagem nas contratações, em detrimento dos contratados¹⁸³.

Ademais, a fim de sanar qualquer dúvida acerca da possibilidade de aplicação da boa-fé objetiva, o Superior Tribunal de Justiça já julgou no sentido de sua aplicação, lançando as bases e justificativas de sua aplicação. No Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 542.215 de Pernambuco, o Superior Tribunal de Justiça discutia o caso em que a Administração firmou contrato de prestação de serviços. Pretendia a Administração a declaração de nulidade do contrato, tendo em vista o não cumprimento das devidas formalidades. Naquela ocasião, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não era possível a alegação de nulidade com base no princípio da boa-fé objetiva. Confirma-se a elucidativa ementa do julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO INFORMAL, POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFETIVA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS.

OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NO STJ. SÚMULA 83/STJ. AÇÃO MONITÓRIA. CABIMENTO. ACÓRDÃO DE ORIGEM QUE, Á LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS CONCLUIU PELO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO MONITÓRIA. REVISÃO DE PROVAS.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, firme no sentido de que, embora, via de regra, seja vedada a celebração de contrato verbal, por parte da Administração Pública, não pode ela, agora, valer-se de disposição legal que prestigia a nulidade do contrato verbal, pois configuraria uma tentativa de se valer da própria torpeza, comportamento vedado pelo ordenamento jurídico, por conta do princípio da boa-fé objetiva. Precedentes do STJ: AgRg no AREsp 656.215/MG, Rel.

(AgRg no AREsp 542.215/PE, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 09/03/2016)

Ainda, complementando o julgando supracitado, cita-se outro em que o Superior Tribunal de Justiça compreende que a própria legislação dos contratos administrativos consagra o princípio da boa-fé objetiva. Na ocasião, discutiu-se a possibilidade de exoneração da Administração da obrigação de pagar diante da nulidade do contrato. É clara a ementa proferida no julgamento:

¹⁸³ BORGES, Alice Maria Gonzales. Reflexo do Código Civil nos contratos administrativo. **Temas do direito administrativo atual**, Belo Horizonte, v. 2, p.21-32, jan. 2006. p. 26.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO VERBAL. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. A INEXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO FORMAL NÃO EXIME A ADMINISTRAÇÃO DE EFETUAR O PAGAMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTA CORTE.

ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DA TELEMAR DESPROVIDO.

[...]

3. O art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/93, prestigiando os princípios da boa-fé objetiva e da vedação do enriquecimento sem causa, expressamente, consigna que a nulidade do contrato administrativo não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

[...]

(AgRg no AREsp 450.983/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 18/11/2014)

Da análise dos julgados é claro o sentido dado em que a boa-fé objetiva limita a atuação da Administração Pública no âmbito do contrato administrativo. Disso resulta uma série de deveres que devem ser observados, em prol de equalizar a posição do contratado com a Administração. Também, conforme considera o próprio Tribunal Superior, a legislação que rege os contratos administrativos se baseia no princípio da boa-fé objetiva.

Portanto, observa-se que há uma limitação do exercício das cláusulas exorbitantes pela Administração diante do princípio da boa-fé objetiva. Trabalhado pela doutrina e aplicado pela jurisprudência, possível afirmar que fica relativizado o exercício das prerrogativas conferidas a Administração.

4.3.3 Aplicação da exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativo em conformidade com o Código Civil

Sendo aplicável regras do Código Civil aos contratos administrativos, conforme já se explorou acima, cabe verificar a possibilidade de aplicação da exceção de contrato não cumprido conforme as regras do diploma de direito privado.

Conforme a lei que rege os contratos administrativos, é aplicável a exceção de contrato não cumprido apenas 90 dias após inadimplemento da Administração. No entanto, em

interpretação do inciso XV do artigo 78 da Lei nº 8.666/93, a doutrina não é unânime em admitir a necessidade desse lapso temporal para que o contratado pleiteie a exceção de contrato não cumprido.

Nesse sentido, José Santos Carvalho Filho afirma que, em situações especiais, nas quais o administrado fica impedido de dar continuidade às suas prestações, é iníquo e injurídico admitir que deva se esperar o transcurso do lapso temporal legal. Indica o autor que deve o contratado buscar em juízo a suspensão do contrato por meio de tutela preventiva.¹⁸⁴

No entanto, conforme se desenvolveu no presente capítulo, é possível a aplicação supletiva do Código Civil aos contratos administrativos em caso que não encontram regulação na lei própria. Sendo assim, em situações excepcionais, em que não há previsão legal específica, seria plenamente aplicável a exceção de contrato não cumprido conforme o capítulo 2 do presente trabalho.

Giovana Biasi Locatelli reforça essa tese, indicando que em qualquer situação não prevista na Lei nº 8.666/93 e que esteja a Administração inadimplente, deve ser aplicado o artigo 478 do Código Civil.¹⁸⁵

Romeu Felipe Bacelar Filho aponta que o inadimplemento da Administração não pode representar a ruína do contratado. Sendo, pelo valor da justiça, com base na razoabilidade, admitir a aplicação da exceção de contrato não cumprido quando o particular ficar impedido de realizar a prestação.¹⁸⁶

A jurisprudência nacional tem aplicado a exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativos. Como exemplo, cita-se julgado do Superior Tribunal de Justiça em que aplica-se o instituto a contrato de prestação de serviço. Nos autos do Recurso Especial nº 910.802 do Rio de Janeiro, discutia-se a possibilidade de suspensão do contrato em face de inadimplemento da Administração. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que aplica-se a exceção de contrato não cumprido em acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO A PACIENTES, ACOMPANHANTES E SERVIDORES DE HOSPITAIS PÚBLICOS – ATRASO NO PAGAMENTO POR MAIS DE 90 DIAS – EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO – ART. 78, XV, DA LEI 8.666/93 –

¹⁸⁴ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017. p. 201.

¹⁸⁵ LOCATELLI, Giovana Biasi. Aplicação dos princípios da teoria geral dos contratos privados aos contratos públicos. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 17, n. 191, p.33-44, jan. 2010. p. 38.

¹⁸⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 182.

SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO – DESNECESSIDADE DE PROVIMENTO JUDICIAL – ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL: DESCABIMENTO – INFRINGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – SÚMULA 284/STF – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 126, 131, 165 E 458, II, DO CPC: INEXISTÊNCIA.

[...]

4. Com o advento da Lei 8.666/93, não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da exceptio non adimpleti contractus contra a Administração, ante o teor do art.

78, XV, do referido diploma legal. Por isso, despicienda a análise da questão sob o prisma do princípio da continuidade do serviço público.

5. Se a Administração Pública deixou de efetuar os pagamentos devidos por mais de 90 (noventa) dias, pode o contratado, licitamente, suspender a execução do contrato, sendo desnecessária, nessa hipótese, a tutela jurisdicional porque o art. 78, XV, da Lei 8.666/93 lhe garante tal direito.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.

(REsp 910.802/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 06/08/2008)

Observa-se da ementa que o superior Tribunal de Justiça prevê a exceção de contrato não cumprido apenas se superado o transcurso de 90 dias de inadimplemento da Administração. Portanto, aplica a Lei nº 8.666/93 em seus termos literais.

No entanto, vislumbra-se na jurisprudência a possibilidade de entendimento que aplica imediatamente a exceção de contrato não cumprido. Apesar de não ecoar nos julgados dos tribunais superiores, cita-se caso do tribunal de Justiça do Distrito Federal. Na apelação Cível de nº 20000110830605, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal julgou pela aplicabilidade da exceção de contrato não cumprido no contrato administrativo, conforme se observa na ementa:

ADMINISTRATIVO. LEI Nº. 8.666/93. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO. CONTESTAÇÃO EXTEMPORÂNEA. REVELIA. NÃO OBRIGATORIEDADE. CULPA DA ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO DA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANOS MORAIS E LUCROS CESSANTES INDEVIDOS. 1- A REVELIA DA RÉ NÃO SIGNIFICA, POR SI SÓ, A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DO AUTOR. ASSIM, O JULGADOR NÃO ESTÁ OBRIGADO A TER COMO INQUESTIONÁVEIS TODOS OS FATOS ALEGADOS PELA PARTE AUTORA. 2- É PERMITIDA A APLICAÇÃO DA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS QUANDO SUA RESCISÃO SE DÁ POR FATO DA ADMINISTRAÇÃO, QUE IMPEDE O CONTRATANTE DE EXECUTAR SUA PARTE DO CONTRATO E ESTE NÃO TENHA POR OBJETO A EXECUÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. 3- DE ACORDO COM O § 2º DO ART. 79 DA LEI Nº. 8.666/93, CABE INDENIZAÇÃO AO CONTRATADO QUANDO A RESCISÃO DO CONTRATO SE DER POR CULPA DA ADMINISTRAÇÃO, ABARCANDO TAL OS DANOS EMERGENTES, NÃO ALCANÇANDO EVENTUAIS LUCROS CESSANTES DIANTE DA NÃO IMPL

EMENTAÇÃO DO PROJETO, NÃO EXISTINDO SEQUER BENFEITORIAS NO LOCAL A SEREM INDENIZADAS. 4- NÃO HÁ SE FALAR EM DANO MORAL DE PESSOA JURÍDICA QUANDO NÃO DEMONSTRADA A OCORRÊNCIA DE OFENSA À HONRA OBJETIVA. 5- HONORÁRIOS IMPUTADOS À ADMINISTRAÇÃO, TENDO EM VISTA A SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DO CONSÓRCIO (TJ-DF - APC: 20000110830605 DF, Relator: VASQUEZ CRUXÊN, Data de Julgamento: 23/04/2008, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 19/05/2008 Pág. : 64) (grifou-se)

Da ementa observa-se que o Tribunal teve o cuidado de apresentar requisitos que permitem a aplicabilidade da exceção de contrato não cumprido ao contrato administrativo. No entanto, o ponto que chama atenção é o entendimento do relator, que aponta em seu voto:

Quanto à inadimplência do Consórcio nas taxas mensais de uso, dispõe o art. 476 do Código Civil, instrumento que regula os contratos administrativos de forma supletiva, que:
“Art. 476 - Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

O voto do relator foi seguido por unanimidade. Assim, entendeu o Tribunal pela plena aplicação da exceção de contrato não cumprido ao contrato administrativo conforme o Código Civil. Dessa maneira, apesar de tal entendimento não se repetir em tribunais superiores e, mais ainda, ser difícil de se encontrar em outros tribunais entendimento semelhante, vislumbra-se a possibilidade de plena aplicação da exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativos, nos termos previstos na legislação de direito privado.

Portanto, ainda que o inciso XV do artigo 78 da Lei nº 8.666/93 prescreva a necessidade de que o contratado internalize os passivos da inadimplência da Administração por pelo menos 90 dias, para só então invocar a exceção do contrato não cumprido e suspender a execução de suas obrigações, a doutrina desenvolve a possibilidade da aplicação da exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativos mesmo enquanto não transcurso o prazo legal. A jurisprudência ainda não entende por essa aplicação, porém, possível encontrar Tribunais de Justiça que entendem pela sua aplicação. Sendo assim, conclui-se que a possibilidade de aplicação da exceção de contrato não cumprido antes do prazo previsto na Lei nº 8.666/93, entretanto, ainda não é largamente aceita pela doutrina e jurisprudência, de maneira que não se permite falar de uma aceitação de sua aplicação.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa tratou de verificar a aplicabilidade da exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativos. Por meio dessa foi possível constatar que:

1. O contrato administrativo consiste em espécie do gênero contratos. Diferencia-se dos demais por ter como parte contratante a Administração e ser regido por normas de Direito Público. A Lei nº 8.666/93, que rege os contratos administrativos, concede a Administração uma série de prerrogativas especiais que lhe põe em posição de superioridade em relação ao contratado. No entanto, também são previstos deveres à Administração, visto que deve preservar o equilíbrio econômico financeiro do contrato.

2. A exceção de contrato não cumprido consiste em defesa a ser alegada pelo credor-devedor. Encontra-se prevista no Código Civil, sendo possível extrair da lei alguns elementos essenciais para sua aplicação. Os requisitos para aplicabilidade da exceção de contrato não cumprido são o sinalagma, a coetaneidade de prestações, a boa-fé objetiva e o inadimplemento.

Por meio dessa defesa, o credor-devedor se exime de sua obrigação diante do inadimplemento do devedor-credor, enquanto este não adimplir com o contratado.

3. Na seara do Direito Administrativo, a exceção de contrato não cumprido possui limitação prevista na lei nº 8.666/93. Essa indica que o contratado poderá suspender a execução do contrato apenas diante de 90 dias de atraso no pagamento por parte da Administração.

Assim, diante do inadimplemento, o particular deve arcar com os custos da continuidade de sua prestação. Esse cenário lhe impõe dano, muitas vezes grave, comprometendo a continuidade de suas atividades.

Não há, em primeira análise, na Lei nº 8.666/93, solução direta para amenizar o dano sofrido pelo contratado. No entanto, verificou-se a possibilidade de aplicação supletiva do Código Civil aos contratos administrativos.

Dessa maneira, conforme se apresentou, a doutrina entende que aplica-se aos contratos administrativos os princípios gerais dos contratos e as regras de direito privado naquilo que não forem contrário as normas de Direito Público.

Um dos princípios gerais aplicáveis ao contrato administrativo e previsto no Código Civil é a boa-fé objetiva. Por meio dessa, implica-se as partes o dever de agir de maneira a resguardar o contrato antes, durante e depois de sua execução. Tratando-se de contrato

administrativo, deve agir de acordo com a boa-fé, em especial, a Administração, pois já lhe são concedidas diversas prerrogativas especiais.

Portanto, verificou-se que havendo inadimplência da Administração e impossibilidade de continuidade de prestação pelo contratado, é possível a aplicação da exceção de contrato não cumprido conforme o Código Civil. Contudo, tal entendimento é amplamente minoritário.

Ainda, ficou nítido a falta de uma estruturação do tema, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Não é possível apresentar com segurança elementos ou requisitos que se pretendem universais para a avaliação da aplicabilidade da exceção de contrato não cumprido conforme o Código Civil aos contratos administrativos. O cenário atual exige que se verifique caso a caso, buscando-se particularidades que permitam a relativização da norma prevista na lei nº 8.666/93.

Conclui-se então, pela não confirmação da hipótese aventada no presente trabalho, visto que não confirmada a possibilidade de plena aplicação da exceção de contrato não cumprido aos contratos administrativos.

REFERÊNCIAS

a) Legislação

BRASIL Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 24 de novembro de 2017.

BRASIL, Código Civil Brasileiro, em vigor desde 11 de janeiro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> . Aceso em 24 de novembro de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta O Art. 37, Inciso XXI, da Constituição Federal, Institui Normas Para Licitações e Contratos da Administração Pública e Dá Outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 24 de novembro de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 24 de novembro de 2017.

b) Doutrina

ARAÚJO, Shirley Mendes de. Suspensão do contrato administrativo por atraso de pagamento por parte da Administração: análise do art. 78, inc. XV, da lei nº 8.666/93. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 10, n. 107, p.22-30, jan. 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça . **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**, 3ª edição. São Paulo. Atlas, 08/2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Considerações críticas sobre as licitações e contratos administrativos. **A & C: revista de direito administrativo & constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 14, p.19-32, out./dez. 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BORGES, Alice Maria Gonzales. Reflexo do Código Civil nos contratos administrativo. **Temas do direito administrativo atual**, Belo Horizonte, v. 2, p.21-32, jan. 2006.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**, 31ª edição. São Paulo. Atlas, 02/2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A natureza jurídica dos contratos celebrados pela administração pública. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 10, n. 108, p.139-141, fev. 2003.

DELLORE, Luiz, SOUZA, André de, CARACIOLA, Andrea Boari, ASSIS, Carlos de, FERNANDES. **Teoria geral do processo contemporâneo**. São Paulo. Atlas, 03/2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Contratos - Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contrato administrativo - cláusula exceptio non adimpleti contractus - rescisão judicial**. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. V.4. p. 1377-1398. Junho/2011.

GAGLIARDI, Rafael Vilar. **A exceção de contrato não cumprido**, dissertação, 2006, PUCSP. GOMES, Orlando. **Obrigações**, 18ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 04/2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro 3 - contratos e atos unilaterais**. 13ª edição. Saraiva, 10/2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015.

LOCATELLI, Giovana Biasi. Aplicação dos princípios da teoria geral dos contratos privados aos contratos públicos. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 17, n. 191, p.33-44, jan. 2010.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero.; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Contrato administrativo - cláusula exceptio non adimpleti contractus - rescisão judicial**. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. V.4. p. 1255-1298. Junho/2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**, 32ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENEZES NIEBUHR, Joel de. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2ª Edição ver. e amp. 1ª reimp. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2012.

MOREIRA DA SILVA FILHO, José Carlos. **Hermenêutica filosófica e direito**. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Princípios do direito administrativo**, 2ª edição. Método, 06/2013.

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil - Vol. III - contratos**, 21ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 01/2017.

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de direito civil - Vol. II - teoria geral das obrigações**, 29ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 01/2017.

PIETRO, DI, Maria Zanella. **Direito administrativo**, 30ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 02/2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**, 16ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 12/2016.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Leonardo Rodarte de Almeida e. A aplicação da teoria da exceção dos contratos não cumpridos aos contratos administrativos. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 250, p. 1148-1158, dez. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil - Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**, 12ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 12/2016.

VASCONCELOS, Giovana Gabriela do Vale. A relativização das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva. **Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 15, n. 167, p.43-56, jan. 2008.

VELTEN PEREIRA, Paulo Sérgio. **A exceção de contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral**, dissertação, 2008, PUCSP.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil - Vol. 3 - Contratos**, 17ª edição. São Paulo. Atlas, 11/2016.

VIOLIN, Tarso Cabral; TABORDA, Mônica Oldani. As prerrogativas da Administração nos contratos administrativos. As chamadas cláusulas exorbitantes. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3699>

c) **Jurisprudência**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Recurso Especial nº 542215/PE. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Recurso Especial nº 450983/PE. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 04 de novembro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 910.802/RJ. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 03 de junho de 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20000110830605/DF. Relator: Desembargador Vasquez Cruxên. Distrito Federal, 23 de abril de 2008.