

Ano IV Nº 2
2012

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO CEARÁ



CLÁUSULA “*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*” NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ocelo Barbosa de Oliveira Júnior*

RESUMO

Analisando a incidência da cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*” no Direito Administrativo brasileiro, constatamos sua presença por imposição legal. A Lei nº 8.666/93 (lei das licitações e contratos administrativos) confere ao particular a utilização dessa cláusula nos contratos administrativos, pois em seu Art. 78, inciso XV, permite-se ao contratado suspender a execução contratual, quando por mais de 90 (noventa) dias há o atraso dos pagamentos devidos pela Administração, resguardada a continuidade da prestação dos serviços públicos em hipóteses de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra. Sob essas condições incide nos contratos administrativos a cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*”.

Palavras-chave: Contratos. *Exceptio non adimpleti contractus*. Continuidade dos serviços públicos.

INTRODUÇÃO

Neste estudo, pesquisar-se-á a incidência da cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*”, presente no inciso XV do Art. 78 da Lei nº 8.666/93. Este inciso estabelece a incidência da cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*” sobre contratos administrativos, determinando que o contratado possui o direito de optar pela suspensão da execução de suas obrigações contratuais, quando por mais de 90 (noventa) dias persistir o atraso dos pagamentos devidos pela Administração Pública.

A investigação científica sobre essa incidência estruturar-se-á em três partes: conceituação da cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*”, motivo para rescisão contratual (Lei nº 8.666/93, Art. 78, XV) e princípio da continuidade dos serviços públicos. Na primeira parte, definiremos os conceitos e elementos

* Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) - ocelobarbosa@hotmail.com

essenciais da cláusula. Posteriormente, demonstraremos sua existência nos contratos administrativos. E na última parte, ressaltaremos que o dispositivo legal não exclui o princípio da continuidade dos serviços públicos.

1 CLÁUSULA “*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*”

No Direito Civil bastante conhecida é a cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*”, que significa a recusa de um contraente em cumprir sua obrigação pelo fato do outro contraente ter descumprido a sua. Na verdade, a exceção do contrato não cumprido é uma defesa oponível por um dos contratantes frente à inadimplência do outro. É a redação dos art. 476 do CC: “*Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.*”

Na inteligência do pensamento de Orlando Gomes, temos a definição da natureza jurídica da “*exceptio non adimpleti contractus*”, porque ele a conceitua satisfatoriamente, caracterizando-a como “suspensão do contrato”. Conforme Gomes:

A causa mais comum de suspensão do contrato é a força maior se não determina a impossibilidade definitiva da execução. Verifica-se, também, quando uma das partes invoca a *exceptio non adimpleti contractus*, e, finalmente, por mútuo consenso (GOMES, 1979, p.205)

Ricardo Fiúza também coaduna desse entendimento e critica o Código Civil Brasileiro, no que tange ao tratamento dado à exceção do contrato não cumprido. Segundo Fiúza:

Cumprir verificar a imprecisão técnica cometida no tratamento dado à *exceptio non adimpleti contractus*, incluída como causa determinante de extinção do contrato. Em verdade, constitui apenas uma oposição temporária do devedor à exigibilidade do cumprimento de sua obrigação enquanto não cumprida a contraprestação do credor. Humberto Theodoro Júnior alude, com segurança, não se tratar de uma defesa voltada para resolver o vínculo obrigacional e isentar o réu-excipiente do dever de cumprir a prestação emergente do contrato bilateral. Muito ao revés, ou, mais precisamente, “provisória condição de exigibilidade”. Como não se presta o instituto à extinção do contrato, melhor afigura-se ter lugar próprio como seção do capítulo anterior que cuida das disposições gerais, renumerando-se os artigos do presente Capítulo (II - da extinção do contrato). De ver, afinal, que o artigo seguinte, da mesma seção, versa sobre hipótese não extintiva do contrato, posto que, à semelhança do presente artigo é caso típico de exceção dilatória.(FIÚZA, 2005, p. 426-427)

No estudo dos contratos administrativos, Cavalcanti (1955) desenvolve clássico trabalho sobre a concepção doutrinária estrangeira acerca da natureza jurídica desses contratos, conforme a seguir se expõe.

Hauriou (1955) apenas exemplifica alguns casos, não conseguindo definir a natureza do contrato administrativo. Já Duguit (1955) esclarece que não há diferença entre o contrato civil e o administrativo, apenas a finalidade deste é de serviço público. Para Jèze (1955) também não há diferença entre os contratos administrativos e civis, nos primeiros há somente o traço característico das partes condicionarem o contrato ao regime especial de Direito Público (CAVALCANTI, 1955).

Enquanto para Otto Mayer (1955) o Estado obriga-se ao realizar contrato, equiparando-se evidentemente aos particulares, sem, contudo, perder as prerrogativas de pessoa de direito público. Para Fritz Fleiner (1955) a característica principal dos contratos administrativos está na autoridade conservar a faculdade de expedir uma decisão unilateral, quando o contrato não atinge o seu objetivo. Já Pecquiot defende que o contrato administrativo destina-se a execução de serviços públicos, e, por isso contém cláusulas exorbitantes do direito comum, afirmando que a finalidade legitima a aplicação desses preceitos estranhos às normas de direito privado (CAVALCANTI, 1955).

Entre nossos autores nacionais, Cretella Júnior (1987) classifica os contratos da Administração em: contratos públicos (administrativos) e contratos privados (civis), definindo-os a partir da derrogação e exorbitância, afirmando que eles contêm cláusulas derogatórias e exorbitantes, ficando o Estado em posição privilegiada, porque o interesse público está em jogo.

Carvalho Filho (2009) entende o contrato administrativo como ajuste entre a Administração Pública e o particular, sob a égide do Direito Público, tendo por objeto uma atividade que traduz o interesse público.

Para Bandeira de Mello (2008) a característica principal do contrato administrativo é a possibilidade da Administração instabilizar o vínculo contratual, alterando ou extinguindo-o unilateralmente.

Conforme Cavalcanti (1955, p. 316), acórdão do Supremo Tribunal Federal de 26 de agosto de 1908 concluiu: “*O Estado, sem embargo de entrar em relação contratual com pessoa privada, não se despe por isso, jamais, dos direitos e faculdades que constituem a sua própria qualidade de poder*”.

Quanto às cláusulas exorbitantes, Di Pietro (2004) conceitua-as como aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferir privilégios a uma das partes – a Administração –, em relação à outra.

Contudo, no âmbito do Direito Administrativo, mais especificamente no estudo dos contratos administrativos, facilmente identificamos a cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*”, porque a doutrina e jurisprudência compreendem que a inaplicabilidade desta cláusula vem se atenuando, firmando hoje o descabimento desta discussão frente ao texto legal. Por isso, incide a cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*” em todos os contratos administrativos, por conta do inciso XV do Art. 78 da Lei nº 8.666/93.

2 MOTIVO PARA RESCISÃO CONTRATUAL (LEI Nº 8.666/93, ART. 78, XV)

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos repete o mesmo equívoco do Código Civil Brasileiro, quanto à cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*”, pois esta não trata de matéria extintiva do contrato e sim de “provisória condição de exigibilidade”, uma vez que a Lei nº 8.666/93 elencou-a como motivo para rescisão, conforme seu Art. 78, XV.

Quando houver culpa da Administração Pública, incide a previsão legal de que o contratado pode suspender a execução de sua obrigação, se transcorrer noventa dias de atraso nos pagamentos devidos pela Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra. Estabelece o inciso XV do Art. 78 da Lei nº 8.666/93:

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;(BRASIL, Lei nº 8.666, de junho de 1993)

Quanto a essa suspensão da execução do contrato acima mencionada, nos termos do inciso XV do Art. 78 da Lei nº 8.666/93, verificamos que a lei, de forma ardilosa, não disponibilizou um devido procedimento para efetivação desse direito de suspender a execução contratual. O estatuto licitatório apenas estabelece duas formas de rescisão por parte do contratado: rescisão amigável ou judicial, conforme o Art. 79 da referida lei. Veja-se:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

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

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação; (BRASIL, Lei nº 8.666, de junho de 1993)

Assim, mesmo passado esse período, conclui-se que não há na lei o direito para o contratado rescindir unilateralmente o contrato administrativo, visto que se estabelece apenas a suspensão do serviço público prestado, até que a Administração realize a contraprestação, pois a regra é a continuidade do serviço público, apesar da lei falar em “motivo para rescisão”. Indaga-se agora: como se efetiva esse direito à suspensão da execução do contrato?

Nessa perspectiva, ao contratado é atribuída a possibilidade de suspensão do contrato administrativo de prestação de serviços públicos. No entanto, se, e somente se, não puder realmente prestá-lo, por total ausência de condições, propiciada pelo atraso do pagamento devido pela Administração, sendo insuportável ao contratado executar o contrato, quando essa suspensão não prejudique o interesse público. É o pensamento de Di Pietro, em relação à regra da inaplicabilidade da “*exceptio non adimpleti contractus*”:

Essa regra admite exceção pela aplicação da teoria do fato da Administração, quando sua conduta tornar impossível a execução do contrato ou causar ao contratado um desequilíbrio econômico que não seria razoável exigir que suportasse, pela desproporção entre esse sacrifício e o interesse público a atingir pela execução do contrato. (DI PIETRO, 2004, p. 267)

Ainda afirma Di Pietro (2004, p. 267), argumentando que isso significa aceitação da cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*” devidamente ajustada ao Direito Administrativo: “*Essa doutrina sofre hoje algum abrandamento, pois já se aceita que a exceptio non adimpleti contractus seja invocada pela particular contra a*

Administração, embora sem a mesma amplitude que apresenta no direito privado”. É também o entendimento de Gasparini:

Com o passar do tempo, a inaplicabilidade aos contratos administrativos da cláusula da exceção de contrato não cumprido, em razão da continuidade do serviço público, quando o inadimplemento era da Administração Pública, sofreu algum abrandamento por parte dos mais categorizados administrativistas [...] Assim, passou-se a entender que se não havia um serviço público cuja interrupção afrontasse o interesse público, inexistia qualquer razão para ser negada a aplicação da máxima romana aos contratos administrativos. Não se tratando, por exemplo, de contrato de concessão de serviço público (transporte coletivo, serviço funerário) ou de fornecimento de bens necessários à manutenção de um serviço público (merenda escolar, refeição para presos ou hospitalizados, remédios hospitalares), cabia, perfeitamente, a invocação da *exceptio non adimpleti contractus*. (GASPARINI, 2008, p. 762)

É o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

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

1. Descabe ao STJ, em sede de recurso especial, analisar possível ofensa a dispositivo constitucional.
2. Incide a Súmula 284/STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a fazer alegações genéricas, sem indicação precisa da omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Inúmeros precedentes desta Corte.
3. Acórdão suficientemente fundamentado não contraria os arts. 126, 131, 165 e 458, II, do CPC.
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.
(STJ - REsp 910802 RJ 2006/0273327-0 - T2 - SEGUNDA TURMA. Relator(a): Ministra ELIANA CALMON Publicação: DJe 06/08/2008)

Mukai (2006) afirma que a Lei nº 8.666/93 estabelece a possibilidade para o particular invocar perante a Administração o princípio da exceção do contrato não cumprido. Principalmente em relação àqueles que não possuem como objeto a

prestação direta de um serviço público ou quando houver atraso prolongado dos pagamentos, obrigando o contratado a verdadeiro financiamento não previsto.

Justen Filho perfeitamente expõe a existência da cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*” nos contratos administrativos, esclarecendo que indiretamente se consagrou o princípio da exceção de contrato não cumprido:

Um caso especial é aquele da ausência de adoção pela Administração de providências necessárias à tempestiva execução das prestações que incumbiam ao particular. A lei alude a omissão ou atraso, inclusive de pagamentos. Ao assim determinar, está indiretamente consagrando o princípio da *exceptio non adimpleti contractus* – cuja aplicação aos contratos administrativos era negada pela maioria da doutrina. O particular pode afirmar que a ausência de cumprimento dos deveres da Administração inviabilizou o cumprimento tempestivo dos deveres dele próprio. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 363)

A mesma conclusão também se extrai do pensamento de Carvalho Filho porque a incidência da “*exceptio non adimpleti contractus*” é logicamente razoável, honesta e de boa-fé, pois nenhum direito é absoluto, muito menos o da Administração frente ao particular, quando a interrupção na execução do contrato não ofende ao interesse público. Entende Carvalho Filho:

O dispositivo, como se vê, parece considerar que, antes dos 90 dias, não possa o particular reclamar do atraso nos pagamentos. Entendemos, entretanto, que, em situações especiais, se o prejudicado, mesmo antes desse prazo, ficar impedido de dar continuidade ao contrato por força da falta de pagamento, tem ele direito à rescisão do contrato com culpa da Administração. Fora daí, é admitir-se a ruína do contratado por falta contratual imputada à outra parte, o que me parece ser inteiramente iníquo e injurídico. (CARVALHO FILHO, 2009, p.190)

Portanto, apesar de não haver previsão legal para unilateralmente o contratado rescindir o contrato administrativo, como no Direito Privado, em virtude da supremacia do interesse público, que se efetiva pela continuidade dos serviços públicos, é logicamente razoável, porém, que se tenha a incidência da “*exceptio non adimpleti contractus*”, como um instrumento contratual do particular para conseguir o adimplemento da Administração.

3 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O princípio da continuidade dos serviços públicos pretende efetivar e materializar o princípio da supremacia do interesse público, pois as necessidades da coletividade são inadiáveis, não se amparando no ordenamento jurídico a fundamentação de que se possa interromper injustificadamente a prestação do serviço público.

A continuidade do serviço público é a regra geral, só excepcionalmente, em hipóteses legalmente previstas, admite-se interromper a execução de um contrato administrativo. A incidência da cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*” nos contratos administrativos não ofende a continuidade dos serviços públicos, porque no dispositivo legal que a valida, não se prejudica a coletividade, que se utiliza do serviço público e não pode ser preterida, havendo apenas uma suspensão da execução contratual quando esta não prejudicar o interesse público.

Logo, o disposto do inciso XV do Art. 78 da Lei nº 8.666/93 também efetiva a supremacia do interesse público, por meio do princípio da continuidade dos serviços públicos, que coexiste conjuntamente com a “*exceptio non adimpleti contractus*”. Por isso, há a possibilidade de se impor à Administração a cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*”, devendo esta respeitar o direito do contratado, que reclama do atraso dos pagamentos, mediante a suspensão da execução do contrato, até que a situação se resolva, pois não se permite ao particular a rescisão unilateral do contrato administrativo.

Nesse sentido, o contratado deve cumprir suas obrigações, quando a execução do contrato relaciona-se diretamente ao interesse público, pois não haverá prejuízo para o particular, porque a lei prevê mecanismos indenizatórios, para que não ocorra locupletamento, uma vez que o particular não deve financiar a Administração Pública através de fornecimento de bens e serviços, sem o devido pagamento tempestivo da obrigação assumida, porque o contrato teve previsão orçamentária. Conclui Ferreira Filho:

Não deve o contratado financiar a Administração através de fornecimento de bens e serviços sem o correspondente pagamento tempestivo da obrigação contratada, pois antes da contratação sempre há previsão orçamentária para o cumprimento da obrigação a se contrair. (FERREIRA FILHO, 2002, p. 183)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todas as razões até aqui expostas, facilmente se denota que a cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*” encontra também amparo no Direito Administrativo. Porém, de forma atenuada, uma vez que somente incide após o prazo de noventa dias de atraso dos pagamentos devidos pela Administração, não devendo, portanto, o contratado suportar tal inadimplemento, quando a execução do contrato ficar realmente impossibilitada pela ausência de recursos e a suspensão dessa execução não ofender diretamente o interesse público, conforme entendem a doutrina e jurisprudência.

Logo, tem-se tanto uma homenagem à continuidade dos serviços públicos, em nome do interesse público, quanto o respeito ao direito do particular reclamar do inadimplemento administrativo através da suspensão da execução contratual. Assim, a Lei nº 8.666/93 permite a incidência da cláusula “*exceptio non adimpleti contractus*”, porque se pode alegá-la em situações especiais, conforme entendem a doutrina e jurisprudência, quando o particular fica impedido de dar continuidade no serviço por falta de pagamentos. Havendo, portanto, apenas uma simples suspensão da execução do contrato, sem, contudo, rescindi-lo, até que a situação regularize-se.

ABSTRACT

Analyzing the impact of the clause "exceptio non adimpleti contractus" Administrative Law in Brazil, noticed its presence by legal enforcement. Law No. 8.666/93 (Law of bids and government contracts) gives the particular use this clause in contracts administration, for in its Article 78, item XV, allows the contractor to suspend the execution of contract, when more than ninety (90) days for the backlog of payments owed by directors, guarded the continued provision of public services in cases of public calamity, serious disorder or internal war. Under these conditions focuses on administrative contracts clause "exceptio non adimpleti contractus."

Keywords: Contracts. Exceptio non adimpleti contractus. Continuity of public services.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 8.666**, de 21 de julho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. n. 910802**. RJ 2006/0273327-0 - T2 - SEGUNDA TURMA. Relator(a): Ministra Eliana Calmon Publicação: DJe 06/08/2008

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21.ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

CAVALCANTI, Themistócles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

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

FERREIRA FILHO, Antônio. **Manual de Licitações e Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 7.ed. Belo horizonte: Forense, 1979.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MUKAI, Ana Cândida de Mello Carvalho. Aspectos controvertidos dos contratos administrativos. **Boletim de licitações e contratos: BLC**. Ano 2006, v. 19, n. 8, mês ago., páginas 734-747.