

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

WESLLEN CUNHA GARCIA

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS: fragilização
do vínculo contratual advindo da restrição à aplicação da exceção do contrato não cumprido

São Luís
2017

WESLLEN CUNHA GARCIA

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS: fragilização do vínculo contratual advindo da restrição à aplicação da exceção do contrato não cumprido

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr^a Maria de Jesus Rodrigues Araujo Heilmann

São Luís
2017

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Garcia, Wesllen Cunha.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS:
fragilização do vínculo contratual advindo da restrição à aplicação da exceção
do contrato não cumprido / Wesllen Cunha Garcia. - 2017.

92 f.

Orientador(a): Prof^ª Dr^ª Maria de Jesus Rodrigues Araujo Heilmann.
Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do
Maranhão, São Luís, 2017.

1. Contratos administrativos de prestação de serviços. 2. Exceção do
contrato não cumprido. 3. Inadimplência. I. Heilmann, Prof^ª Dr^ª Maria de Jesus
Rodrigues Araujo. II. Título.

WESLLEN CUNHA GARCIA

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS: fragilização do vínculo contratual advindo da restrição à aplicação da exceção do contrato não cumprido

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilmann
(Orientadora)

Examinador 1

Examinador 2

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser fundamental em minha vida, aos meus pais, irmãos, esposa e a toda a minha família, pelo apoio que possibilitou essa conquista.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Senhor e Salvador Jesus Cristo, que possibilitou essa conquista acadêmica, acompanhando-me ao longo de minha vida e não somente no período passado na universidade, meu maior mestre e minha fonte de inspiração.

A toda minha família, meu bem mais precioso, por me oferecer o suporte necessário durante toda a minha caminhada acadêmica.

Aos meus pais, por todos os anos dedicados à minha criação, pelo amor que sempre demonstraram por mim, posso dizer seguramente que, sem vocês, eu não estaria vivendo esse momento tão importante em minha vida.

À minha amada esposa, Elyjane Maia Silva Garcia, meu porto seguro e amor de minha vida, que me acompanhou por toda essa jornada, apoiando-me e consolando-me nos momentos mais difíceis, e regozijando-se comigo nos instantes de alegria, obrigado por estar sempre ao meu lado e sempre acreditar em mim.

À minha irmã Ione Rocha Neves, pelo apoio concedido em prol de minha educação, por ter sempre acreditado em minha capacidade, fomentando em mim a vontade de realizar esse grande objetivo.

Aos professores e demais servidores da Universidade Federal do Maranhão, pela cooperação que tornou possível concluir de maneira menos árdua essa etapa.

Especial agradecimento à Prof.^a Dra Maria de Jesus Rodrigues Araujo Heilmann, a quem tive a honra de ter como orientadora na produção desse trabalho de conclusão de curso.

“Prefiram a minha instrução à prata, e o conhecimento ao ouro puro, pois a sabedoria é mais preciosa do que rubis; nada do que vocês possam desejar compara-se a ela.”

Provérbios 8:10-11

RESUMO

Este estudo tem por escopo fazer uma análise sobre a fragilização do vínculo contratual advindo da restrição à aplicação da exceção do contrato não cumprido nos contratos administrativos de prestação de serviços. Analisar-se-á a inadimplência da Administração Pública no que concerne à natureza pecuniária da obrigação. O inadimplemento da obrigação pecuniária, a qual está presente no contrato administrativo de serviço, gera efeitos que não devem ser desconsiderados devido afetarem de forma latente o equilíbrio econômico-financeiro das empresas contratadas. O interesse público não deve eximir o Estado de suas obrigações frente aos contratos com particulares, servindo de escudo para o seu não cumprimento. Dessa forma, busca-se demonstrar que mesmo com as importantes inovações trazidas com a legislação, a qual possibilitou o uso do instituto da exceção do contrato não cumprido de maneira mitigada nos contratos administrativos de serviço, não houve uma efetiva redução nos danos ao equilíbrio econômico-financeiro da empresa prestadora de serviços advindos da inadimplência, o que reflete na impossibilidade de adimplir suas obrigações trabalhistas e, por diversos fatores, impossibilita a criação de um novo vínculo contratual com o poder público. Para embasá-lo, foram analisadas diversas obras relacionadas à área posta em estudo, além de demonstrar como o tema vem sendo tratado pelos tribunais pátrios.

Palavras-chave: Contratos administrativos de prestação de serviços. Exceção do contrato não cumprido. Inadimplência.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the weakening of the contractual relationship resulting from the restriction to the application of the exception of the unfulfilled contract in the administrative contracts for the provision of services. It will analyze the default of the Public Administration as regards the pecuniary nature of the obligation. The non-compliance with the pecuniary obligation, which is present in the administrative service contract, generates effects that should not be disregarded because they have a latent effect on the economic-financial balance of the contracted companies. The public interest should not exempt the State from its obligations against contracts with individuals, serving as a shield for non-compliance. In this way, it is tried to demonstrate that even with the important innovations brought with the legislation, which allowed the use of the institute of the exception of the contract not fulfilled in a mitigated way in the administrative contracts of service, there was not an effective reduction in the damages to the economic balance of the company that provides services due to delinquency, which reflects the impossibility of complying with its labor obligations and, due to several factors, makes it impossible to create a new contractual relationship with the public authority. To support it, several works related to the area under study were analyzed, as well as to demonstrate how the theme has been treated by the country's courts.

Key words: Administrative services contracts. Exception of the contract not fulfilled. Delinquency.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

BNT	BÔNUS DO TESOUREO NACIONAL
CF	CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CC	CÓDIGO CIVIL
CLT	CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO
CND	CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS
CNDT	CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS
CPD-EN	CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGATIVA
CTN	CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL
OIT	ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
STF	SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL
TCU	TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
TJ	TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TST	TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO
UFIR	UNIDADE FISCAL DE REFERÊNCIA

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I	16
1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	16
1.1 Disciplina constitucional e legal dos contratos celebrados com a Administração Pública	18
1.2 Modalidades de contratos administrativos.....	20
1.2.1 Contrato de prestação de serviços.....	21
1.2.2 Contrato de obras	22
1.2.3 Contrato de fornecimento	23
1.2.4 Contratos de concessão	23
1.2.5 Contrato de permissão de serviço público	24
1.2.6 Contrato de gestão	24
1.3 Prerrogativas especiais da contratação em favor da Administração Pública.....	25
1.4 Análise sobre o princípio da supremacia do interesse público na teoria dos contratos	26
1.4.1 A indisponibilidade do interesse público.....	30
CAPÍTULO II.....	32
2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS	32
2.1 Características dos contratos administrativos de serviços.....	33
2.1.1 Comutatividade.....	33
2.1.2 Consensualidade	34
2.1.3 Da adesão	34
2.1.4 Onerosidade	35
2.1.5 Sinalagmaticidade.....	35
2.1.6 Personalíssimo ou <i>Intuitu personae</i>	36
2.1.7 Formalismo	37
2.1.8 Garantias necessárias	39
2.1.9 Publicidade	39
2.2 Classificação dos contratos	40
2.2.1 Contratos de serviços comuns	40

2.2.2	Contratos de serviços técnico-profissionais.....	40
2.3	Extinção dos contratos	42
2.3.1	Disposições da Lei 8.666/93 quanto à rescisão dos contratos administrativos	43
2.4	Breves considerações sobre a contratação no processo licitatório	45
2.4.1	Fases da licitação	47
CAPÍTULO III		50
3	O INSTITUTO DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO.....	50
3.1	Elementos caracterizadores da <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	53
3.2	Inexecução dos contratos administrativos.....	54
3.2.1	Inexecução culposa do contrato	55
3.2.2	Inexecução sem culpa do contrato	55
3.2.3	Teoria da imprevisão	56
3.2.3.1	Caso fortuito ou força maior	57
3.2.3.2	Interferências imprevistas	57
3.2.3.3	Fato da administração	57
3.2.3.4	Fato do príncipe	58
3.3	A lei nº 8.666/93 e sua orientação sobre a exceção do contrato não cumprido	58
3.3.1	Hipóteses restritas da exceção do contrato não cumprido previstas na Lei 8.666/93...	61
3.3.2	Ampliação do instituto em alguns casos segundo orientação da doutrina.....	62
3.3.2.1	Por alteração unilateral do contrato	63
3.3.2.2	Por rescisão unilateral	63
3.3.2.3	Por ‘não pagamento do contrato’	63
CAPÍTULO IV.....		65
4	FRAGILIZAÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL ADVINDO DA RESTRICÇÃO À APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO	65
4.1	Efeitos para a empresa prestadora de serviços	67
4.1.1	Danos ao equilíbrio econômico-financeiro.....	67
4.1.1.1	Análise prática de dois casos em concretos: contratos de empresa prestadora de <i>serviços de segurança e vigilância</i> e outra que presta <i>serviços gerais de limpeza, conservação e higienização</i>	68
4.1.2	Incapacidade de adimplir as obrigações trabalhistas	70

4.1.2.1	Decorrência na prática diante da incapacidade de adimplir as obrigações na seara trabalhista.....	73
4.1.2.2	Análise da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho	75
4.1.3	Impossibilidade de contratar com o poder público	76
4.2	A visão dos tribunais pátrios sobre o tema.....	78
4.2.1	Superior Tribunal de Justiça	78
4.2.2	Tribunais de Justiça	80
4.3	A visão do órgão de controle administrativo: Tribunal de Contas da União.....	81
	CONCLUSÃO.....	83
	REFERÊNCIAS	87

INTRODUÇÃO

O contrato, tradicionalmente, é um tipo de negócio jurídico que possui natureza bilateral ou plurilateral, estando pautado na livre manifestação da vontade das partes. Em nossa sociedade, ele é uma das formas mais importantes para criar um vínculo obrigacional entre as partes que o compõe.

A Administração Pública, no seu âmbito de atuação, pode criar vínculos contratuais com o particular, sendo esses contratos chamados de *contratos da Administração*. Este se divide em contratos de direito privado da administração e contratos administrativos.

Um ponto crucial que torna clara a distinção entre esses dois contratos é o regramento ao qual cada um está submetido. Os primeiros são regidos de forma predominante pelo direito público e supletivamente pelo direito privado. O segundo tem seu regramento totalmente disposto na legislação atinente ao direito privado.

Os contratos administrativos são contratos firmados entre a Administração Pública e o particular, sendo que, neles, o Estado acaba atuando de forma diferenciada, munindo-se de prerrogativas especiais, também conhecidas como “*cláusulas exorbitantes*”, em relação ao contratado. Elas representam uma “superioridade” que Administração Pública possui frente ao particular contratado, no que se refere ao vínculo contratual estabelecido por meio de um contrato administrativo.

Essas prerrogativas são de suma importância para que a Administração Pública consiga atingir os objetivos dispostos no ordenamento jurídico brasileiro. Elas são peculiaridades que não são observadas nos contratos firmados entre os particulares.

O particular, ao estabelecer um vínculo contratual com o Poder Público, visa, como ocorre nos contratos estabelecidos entre os particulares, a obtenção de recursos suficientes para a manutenção da sua empresa e aferimento de lucro. Na esfera pública, visa-se a satisfação do interesse público.

Esse interesse público tem o objetivo de satisfazer as necessidades observadas na sociedade. Assim, a regra é a satisfação das necessidades do grupo social em detrimento da necessidade de apenas um indivíduo, o que dá primazia à atividade estatal. Observando-se que esse interesse está envolto pela indisponibilidade.

Essa indisponibilidade tem como escopo impedir que o gestor público venha agir em desacordo com a finalidade pública, limitando assim a atuação do mesmo. Dessa forma, ela acaba servindo como um contrapeso à supremacia do interesse público, definindo que não é todo ato do gestor que está revestido dessa superioridade.

Visto isso, será analisada a modalidade contrato administrativo de prestação de serviços, que, devido a suas peculiaridades, merece atenção especial. Ele envolve a prestação de serviços pelo particular para a Administração Pública. Assim como as demais modalidades de contratos administrativos, por buscar satisfazer o interesse coletivo, está pautado no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade do interesse público.

Essa espécie de contrato administrativo tem ocasionado prejuízos aos contratados devido às intercorrências causadas pelo Poder Público em inadimplir o contrato, tendo respaldo na própria legislação para tal inadimplência. Essa permissividade da lei é baseada no fato da Administração ter como escopo satisfazer primeiro o interesse coletivo.

Dessa maneira, diferentemente do que ocorre em diversos contratos firmados com base no direito privado, que podem dirimir o inadimplemento se utilizando do instituto da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), nos contratos administrativos de prestação de serviços esse instituto tem sua aplicação mitigada.

O referido instituto tem como escopo abrir a possibilidade de uma das partes do contrato poder romper o vínculo contratual frente o inadimplemento da outra parte contratual. Por inadimplemento, entende-se o descumprimento, de forma voluntária ou involuntária, da obrigação assumida, seja pelo credor ou pelo devedor. Assim, ele serve como uma forma de defesa para a parte que está sendo prejudicada pelo não adimplemento do contrato. Mas, servindo também, por via reflexa, como uma forma de forçar o cumprimento do mesmo para evitar danos no equilíbrio econômico-financeiro da empresa.

A Lei nº 8.666/93, conhecida como Lei das licitações e contratos administrativos, trouxe a possibilidade do uso do instituto da ‘exceção do contrato não cumprido’ de maneira mitigada nos contratos administrativos e, por consequência, nos de prestação de serviços.

Apesar dessa lei ter inovado ao finalmente trazer em seus dispositivos a possibilidade de manejo do instituto nos contratos administrativos, pode-se afirmar que não houve uma efetiva redução nos danos com relação ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro da empresa prestadora de serviços advindos da inadimplência, isso porque o contratado sai prejudicado de uma vez que reflete nas suas obrigações trabalhistas e, por diversos fatores, impossibilita a criação de um novo vínculo contratual com o poder público.

Esta pesquisa está delineada de forma a destacar, na parte geral, os contratos administrativos de maneira mais ampla para, em seguida, adentrar em uma de suas modalidades que é o de prestação de serviços, além de examinar a aplicação do instituto da *exceptio non adimpleti contractus*, tanto na seara do direito civil quanto na do direito público.

Na parte especial, concentra-se a análise da fragilização do vínculo contratual advindo da restrição à aplicação da exceção do contrato não cumprido nos contratos administrativos de prestação de serviços, verificando como os tribunais pátrios se posicionam acerca dessa restrição.

CAPÍTULO I

1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O contrato, numa acepção geral, é um tipo de negócio jurídico que possui natureza bilateral ou plurilateral, sendo construído necessariamente da livre manifestação da vontade das partes, as quais aceitam e se comprometem de cumprir o que ali está disposto. Representa uma das formas mais importantes de geração de vínculo obrigacional, onde, respeitando seus ditames, pode-se obrigar alguém a dar, fazer ou não fazer o que está nele descrito. (SILVA, 2016)

Através dele, pode-se criar, modificar, resguardar ou extinguir direitos, essa capacidade de negociar direitos das partes que o compõe deixa claro que o mesmo representa um instrumento jurídico. Ele representa um consenso entre as partes sobre um mesmo objeto, sendo que essa obrigação gerada entre os contratantes deve sempre estar em conformidade com o ordenamento jurídico. (CARVALHO, 2013)

A Administração Pública, no âmbito de seu poder discricionário, pode optar por celebrar contratos bilaterais com terceiros, pois, como explica Carvalho Filho (2017, pg. 176) “sendo pessoa jurídica e, portanto, apta a adquirir direitos e contrair obrigações, tem a linha jurídica necessária que lhe permite figurar como sujeito de contratos”. Esses contratos, de forma genérica, são denominados de *contratos da Administração*, conforme assevera Carvalho Filho (2017, p. 176):

Toda vez que o Estado-Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebra um contrato. São esses contratos que se convencionou denominar de contratos da Administração, caracterizados pelo fato de que a Administração Pública figura num dos polos da relação contratual.

Nota-se que a expressão tem sentido amplo e visa a alcançar todos os ajustes bilaterais firmados pela Administração. Desse modo, a noção corresponde a um gênero.

Os supracitados contratos se subdividem em contratos de direito privado da administração e contratos administrativos. O primeiro é regido basicamente pelo direito privado e o segundo tem como base normas de direito público, sendo aplicado apenas supletivamente o direito privado. (MELLO, 2013)

Os contratos de direito privado da administração são semelhantes aos contratos firmados entre particulares, possuindo assim as mesmas prerrogativas no que tange a direitos

e obrigações. Como bem assevera Bandeira de Mello (2013, p. 626) em relação ao entendimento tradicional dos contratos,

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 avenca. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.

Observa-se, dessa forma, que no direito privado, o contrato é visto como um instituto que tem como escopo a livre manifestação da vontade das partes no momento em que o mesmo é elaborado. Dessa maneira, ele representa a construção de um vínculo obrigacional onde as partes comprometem-se em respeitar o que nele está disposto, limitando as possibilidades de alteração ou extinção unilateral do mesmo.

Os contratos administrativos, devido a sua finalidade pública, estão pautados diretamente nos princípios da indisponibilidade do interesse público e na supremacia do interesse público. A norma de direito público que é a base para o entendimento desse tipo de contrato é a Lei Federal nº 8.666/1993, a chamada lei de licitações e contratos administrativos. (OLIVEIRA, 2012)

Eles podem ser vistos como uma espécie desse gênero contrato da Administração, sendo que a lei de licitação e contratos administrativos em seu artigo 2º define o instrumento do contrato na administração pública: “[...] 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 [...]”.

Descreve ainda que, os supramencionados contratos são aqueles firmados sob o regime de direito público, sendo aplicadas apenas supletivamente as normas de direito privado. Esse entendimento está disposto no artigo 54 da Lei Federal nº 8.666/1993, assim transcrito: “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”.

Nessa condição, a Administração Pública acaba atuando de forma diferenciada, munindo-se de prerrogativas especiais em relação ao contratado, ficando numa posição de superioridade e verticalidade. Como descreve Di Pietro (2017, p. 295), em relação aos contratos administrativos, “a Administração age como poder público com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade.”.

1.1 Disciplina constitucional e legal dos contratos celebrados com a Administração Pública.

Inicialmente, faz-se necessário tecer comentários acerca da competência para legislar sobre os contratos celebrados com a Administração Pública. Conforme está insculpido no artigo 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988, compete privativamente à União legislar, em matéria de contratos públicos, sobre questões atinentes a normas gerais de licitação e contratação. Ele está transcrito da seguinte maneira:

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, obedecendo o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III".
(destacou-se em negrito)

Cabe ressaltar, como verificado no artigo mencionado supra, que a competência se restringe a dispor sobre normas gerais no que se refere aos contratos e licitações, e dessa forma, podem os Estados, os Municípios e o Distrito Federal exercerem a competência complementar ou suplementar de editar normas de caráter específico, desde que não modifique as de caráter geral sob a tutela da União.

Em relação a essa competência suplementar, que de maneira geral acaba sendo uma competência concorrente entre os entes da federação, assim descreve Gilmar Mendes (2016, p. 867 - 869):

A Constituição Federal prevê, além de competências privativas, um condomínio legislativo, de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas, a serem editadas pelos Estados-Membros. [...] Aos Municípios é dado legislar para suplementar a legislação estadual e federal, desde que isso seja necessário ao interesse local.

Outrossim, o art. 37, inciso XXI da CF 88, dispõe sobre a obrigatoriedade da licitação pública em relação aos contratos administrativos, ressalvados os casos em que a mesma pode ser dispensada. Ele está descrito da seguinte forma,

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.

Anteriormente à CF 88, no início do período republicano, os contratos firmados pela administração pública baseavam-se no Decreto nº 4.536/1922¹, 28.01.1922, tratando de questões referentes à validade dos contratos, conforme descrito nos artigos 54 e 55 abaixo transcritos:

Art. 54. Para a validade dos contractos, serão necessárias as seguintes formalidades:

- a) que sejam celebrados por autoridade competente para empenhar despesa, em virtude de lei ou delegação, observadas as condições desta;
- b) que sejam realizados para a execução de serviços autorizados na lei e dentro do quantitativo e duração dos créditos, á conta dos quaes deva correr a despesa;
- c) a citação expressa, em suas cláusulas, da lei que os autoriza e a verba ou credito por onde deve correr;
- d) que nelle se faça a indicação minuciosa e especificada dos serviços a se realizarem e dos objectos a serem fornecidos e os respectivos preços;
- e) que guardem conformidade com as propostas preferidas;
- f) que, nos contractos, em que sejam estipulados preços em moeda estrangeira, se declare a data ou a taxa do câmbio para a conversão, de accôrdo com a condição que houver sido fixada no edital de concorrência;
- g) que sejam lavrados nas repartições ás quaes interesse o serviço ou nos Ministérios, salvo nos casos em que, por lei, devam ser lavrados por tabellião, e traduzidos legalmente em vernáculo, si lavrados em língua estrangeira;
- h) que respeitem as disposições do direito commum e da legislação fiscal;
- i) que sejam registrados pelo Tribunal de Contas.

Paragrapho unico. Nos contractos para arrendamento de prédios e obras de grande vulto, custeados por verbas orçamentarias, será permittida prazo maior de um anno, no limite maximo de cinco annos, considerando-se, neste caso, empenhadas, desde o início do exercício, as prestações a serem pagas no seu curso.

Art. 55. Nos actos de prorrogação, suspensão ou rescisão dos contractos, deverão ser respeitadas todas as formalidades exigidas para a legalidade dos mesmos, inclusive registro pelo Tribunal de Contas. (destacou-se em negrito)

Mais tarde, com a primeira reforma administrativa brasileira entrou em vigor o Decreto-lei nº 200/1967², de 25.02.1967, no artigo 10:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização **será posta em prática em três planos principais:**

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, **mediante contratos ou concessões.**” (destacou-se em negrito)

¹ Organiza o Código de Contabilidade da União. (BRASIL, 1922)

² Dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa. Entrou em vigor em 15.03.1967. (BRASIL, 1967)

Por fim, ressalta-se que em 1986 foi expedido o Decreto-lei nº 2.300/1986³, de 21.11.1986, dispondo sobre licitações e contratos da Administração Federal e outras providências, o qual dedicou o Capítulo II às normas dos contratos celebrados com a Administração.

No que tange à legislação federal em vigor sobre normas gerais do tema de licitações e contratos, foi sancionada em 21.06.1993 a Lei nº 8.666/1993, regulamentando o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública e outras providências, a qual é a principal norma reguladora dos contratos administrativos, dedicando capítulo próprio (Cap. III), referida pela doutrina como Estatuto dos Contratos e Licitações Públicas. (CARVALHO FILHO, 2017)

1.2 Modalidades de contratos administrativos

Os contratos administrativos, muito embora possuam as regras gerais e modalidades previstas na Lei 8.666/1993, são disciplinados por outros diplomas legais no que tange a contratos específicos celebrados com a Administração Pública. As várias modalidades de contratos estão dispostas no artigo 1º da supracitada lei, abaixo transcrito:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e **contratos administrativos** pertinentes a *obras, serviços*, inclusive de *publicidade, compras, alienações e locações* no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (destacou-se em negrito)

Apesar do Capítulo III tratar da disciplina dos contratos administrativos no Estatuto das licitações e contratos públicos, inclusive delimitando as Cláusulas necessárias, no art. 55, as garantias no art. 56, os prazos no art. 57, além das prerrogativas no art. 58, das nulidades no art. 59 e da formalização, alteração, respectivamente no arts. 60 e 65, além das formas de execução nos arts. 66 a 76 e da inexecução, arts. 77 a 80, tal Estatuto não demonstrou clareza quanto às modalidades, a partir do enunciado no art. 1º, surgindo dúvidas ao se fazer a interpretação desse dispositivo. (MOTTA, 1997)

Isso gera diversas interpretações a respeito dos tipos de contratos, descritos por variados doutrinadores, tomando como base esse mesmo diploma legal. (CARVALHO FILHO, 2017)

³ Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal. (BRASIL, 1986)

Utilizando-se a classificação adotada pela autora Fernanda Marinela (2017, p. 564), destacam-se algumas espécies de contratos públicos previstos na Lei de Licitações, assim como em outros diplomas legais do ordenamento pátrio, conforme o quadro abaixo:

Contratos propriamente ditos (Lei n. 8.666/93, art. 6º)	a) contrato de prestação de serviços; b) contrato de obra; c) contrato de fornecimento.
Contrato de concessão	de uso de bem público.
	- de serviço público: a) concessão comum de serviço e concessão comum de serviço precedida de obra pública (Lei n. 8.987/95); b) concessão especial – a PPP, que pode ser: patrocinada ou administrativa (Lei n. 11.079/2004).
	- de serviço público precedida de obra pública (Lei n. 8.987/95, art. 2º)
Contrato de permissão de serviço público	Lei n. 8.987/95, art. 2º e art. 40
Contrato de gestão	art. 37, §8º, CF; Lei n. 9.649/98 e Lei n. 9.637/98.

Dentre as modalidades acima referidas, este estudo se deterá a analisar alguns aspectos do contrato de prestação de serviço, objeto da pesquisa. No entanto, passa-se a tecer alguns comentários sobre as espécies contratuais com base na classificação supra referida.

1.2.1 Contrato de prestação de serviços

Os contratos administrativos relacionados com a prestação de serviços públicos são chamados de contratos administrativos de serviços, sendo caracterizados, de forma geral, por traduzirem uma obrigação de fazer. Logo, convém referir que o art. 6º, II, da lei 8666/1993 define como serviço:

Toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Inicialmente, os serviços podem ser divididos em *comuns* e *técnico-profissionais*. O primeiro se refere àqueles em que não há necessidade de qualificação especial do empregado para que assim possa fornecer o serviço como nos casos de serviços de vigilância e de limpeza e conservação. No segundo caso, existe uma necessidade de habilitação especial para que assim possa exercer a atividade, portanto, segundo esclarece o professor Carvalho Filho (2017, p. 187): “são aqueles que reclamam habilitação legal, seja através de formação em

curso superior específico ou registro nos órgãos legalmente determinados”, como é o caso de profissionais de auditoria e perícia.

Uma questão pertinente acerca do contrato firmado para esta espécie de serviço é a sua natureza *intuitu personae*, a qual estabelece que não pode haver, em regra, em relação ao que foi pactuado, cessão ou transferência, subcontratação, fusão, cisão ou incorporação, dentre outros, que afetem a execução do serviço contratado. Sobre esse tema assim elucida Di Pietro (2017, p. 311):

Todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, ou seja, em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação. Não é por outra razão que a Lei nº 8.666/93, no artigo 78, VI, veda a subcontratação, total ou parcial, do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial; essas medidas somente são possíveis se expressamente previstas no edital da licitação e no contrato. Além disso, é vedada a fusão, cisão ou incorporação que afetem a boa execução do contrato. Note-se que o artigo 72 permite a subcontratação parcial nos limites admitidos pela Administração; tem-se que conjugar essa norma com a do artigo 78, VI, para entender-se que a medida só é possível se admitida no edital e no contrato.

1.2.2 Contrato de obras

O *contrato de obras* é uma modalidade de contratos administrativos em que um particular, respeitado o prazo estipulado pela Administração Pública nessa forma de negócio jurídico, realiza determinada obra pública a qual tem como finalidade específica utilização pela sociedade de maneira geral ou pelo próprio Estado, o qual firmou o respectivo contrato. (CARVALHO, 2017)

A respeito da compreensão de *obra pública*, a Lei 8.666/93 em seu artigo 6º, inciso I, define como sendo: “Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”. Pode-se observar o viés taxativo imposto pela lei, pois a mesma não deixa margem para definição de outras formas que não sejam aquelas com características próprias de *construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação*.

Em relação à execução, verifica-se que a mesma é direta ou indireta. A primeira tem como regra a realização pela própria Administração na figura de seus próprios agentes. A segunda é aquela executada por terceiros que são contratados com esse objetivo específico. (CARVALHO FILHO, 2017)

1.2.3 Contrato de fornecimento

O contrato de fornecimento tem como escopo servir de meio para que o Estado obtenha bens fundamentais para que o mesmo possa realizar os serviços administrativos, os quais são imprescindíveis para realização de sua finalidade pública, que é servir à coletividade, beneficiando a sociedade como um todo. (CARVALHO FILHO, 2017)

Além disso, essa modalidade de contrato administrativo também visa a obtenção desses bens não apenas com o objetivo de manutenção dos serviços administrativos, tendo também a função de obtenção de materiais necessários à execução de suas obras, o que é observado nos artigos 15 e 16 da lei 8.666/93. (MEIRELLES, 2016)

A lei 8.666/93 em seu artigo 6º, inciso II, define o referido contrato como sendo “toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente”. Percebe-se que os referidos bens podem ser adquiridos tanto em sua totalidade quanto de forma parcelada, o que para Meirelles (2016, p. 292) pressupõe a possibilidade de três tipos de contrato de fornecimento que são os de “fornecimento integral, fornecimento parcelado e fornecimento contínuo”.

1.2.4 Contratos de concessão

Essa modalidade de contrato tem como ponto principal a delegação à determinado particular mediante o respectivo pagamento do serviço prestado ou a obra pública realizada. Além disso, a Administração Pública pode, através dessa forma de contratar, ceder o uso de bem público por prazo e condições estipulados no referido contrato para que o particular explore o referido bem por sua conta e risco, como acontece em diversos contratos de direito privado (MEIRELLES, 2016)

Para Meirelles (2016, p. 292), pode-se descrever que existem três tipos de contratos de concessão, a saber contratos de “concessão de serviço público, concessão de obra pública e concessão de uso de bem público, consubstanciadas em contrato administrativo bilateral, comutativo, remunerado e realizado *intuitu personae*.”.

As concessões de serviços públicos podem ser divididas em dois grandes grupos, sendo eles concessões comuns e concessões especiais, cada um regido por um diploma legal. As concessões comuns são reguladas pela Lei 8.987/1995⁴, que ficou conhecida como *Lei das*

⁴ Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. (BRASIL, 1995)

concessões, sendo compostas pela concessão de serviços públicos simples e pela concessão de serviços públicos precedidas da execução de obras públicas. As concessões especiais são regidas pela Lei 11.079/2004⁵, sendo composta por contratos de concessão com regime jurídico específico, formando as parcerias público-privadas. (CARVALHO FILHO, 2017)

1.2.5 Contrato de permissão de serviço público

A *permissão de serviço público* é uma forma de delegação que está prevista na Lei 8.987/95. Através dela, a Administração Pública transfere para a iniciativa privada, podendo ser pessoa física ou jurídica, a prestação de determinado serviço público que é de sua titularidade. Faz-se mister frisar que a respectiva transferência é a título precário, além de prévia licitação. (MARINELA, 2017)

O artigo 2º, inciso IV, da referida lei assim descreve essa modalidade de contrato administrativo “permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.”. Além disso, descreve em seu artigo 40 que o contrato pode ser revogado por ato unilateral a qualquer tempo, dependendo da necessidade e no interesse da própria Administração. (BRASIL, 1995)

Essa precariedade, a qual é observada nessa modalidade de contrato administrativo, permite à administração alterar ou encerrar a qualquer tempo, levando em consideração o interesse público, não sendo obrigada a prestar qualquer tipo de indenização ao permissionário. Esse é um dos grandes pontos que diferenciam a permissão da concessão, pois esta última exige a reparação dos danos causados ao concessionário pelo rompimento do vínculo contratual por parte da Administração Pública. (MELLO, 2013)

1.2.6 Contrato de gestão

Essa modalidade de contrato administrativo é a única das descritas que não está relacionada a um vínculo contratual entre a Administração Pública e a iniciativa privada. Nele, firma-se contrato em entidades públicas, assim tanto o sujeito ativo quanto o sujeito passivo da relação jurídica são entes públicos. (CARVALHO, 2017)

⁵ Instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. (BRASIL, 2004)

Com a Reforma Administrativa que ocorreu no Brasil e culminou na edição da Emenda Constitucional nº 19/98, o contrato de gestão adquiriu uma ampla previsão legal e constitucional. O seu principal diploma legal é a Lei nº 9.649/98, cuja principal criação é a transformação de autarquias e fundações públicas em *agências executivas* conforme requisitos estipulados no art. 51, dentre estes, celebrar *contrato de gestão*, conforme dispõe seus artigos 51⁶ e 52⁷. (MARINELA, 2017)

O principal objetivo desse tipo de contratação é estabelecer metas que deverão ser alcançadas pela entidade, em contrapartida a mesma terá algum benefício entregue pelo Poder Público. Normalmente, a entidade adquire maior autonomia em sua gestão em troca de um controle mais acentuado pela Administração Pública, que irá verificar o cumprimento das metas estabelecidas. Exemplos dessa forma de contrato foi o firmado pela Companhia Vale do Rio Doce, antes de ser privatizada, e pela Petróleo Brasileiro S.A. (DI PIETRO, 2017)

1.3 Prerrogativas especiais da contratação em favor da Administração Pública

Assim como as outras modalidades de contratos administrativos, os contratos de serviços estão submetidos às prerrogativas especiais, também conhecidas como “*cláusulas exorbitantes*”. Elas representam uma “superioridade” que Administração Pública possui frente ao particular contratado, no que se refere ao vínculo contratual estabelecido por meio de um contrato administrativo.

Conforme define Matheus Carvalho (2017, p. 546), essas prerrogativas especiais fogem às “regras e características dos contratos em geral, pois apresentam vantagem

⁶ Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:

I - ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;

II - ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

§ 1º A qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República.

§ 2º O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão.

⁷ Art. 52. Os planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional definirão diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva.

§ 1º Os Contratos de Gestão das Agências Executivas serão celebrados com periodicidade mínima de um ano e estabelecerão os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento.

§ 2º O Poder Executivo definirá os critérios e procedimentos para a elaboração e o acompanhamento dos Contratos de Gestão e dos programas estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das Agências Executivas.

excessiva à Administração Pública. Decorrem da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e colocam o Estado em posição de superioridade jurídica na avença.”.

Vale enumerar aqui, as principais *cláusulas exorbitantes* que são as seguintes: alteração unilateral do contrato, rescisão unilateral, fiscalização da execução do contrato, aplicação de sanções e a ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando o ajuste visa à prestação de serviços essenciais. (CARVALHO FILHO, 2017)

Existe ainda uma corrente doutrinária a qual defende que a restrição à aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido) pode ser caracterizado como uma cláusula exorbitante. A utilização desse dispositivo permite que a parte possa romper o contrato mediante o inadimplemento da outra parte, sendo essa utilização comum em contratos do direito privado. (MARINELA, 2017)

Para a doutrina administrativista essas cláusulas têm o poder de “conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação a outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado.”, consoante leciona Di Pietro (2017, p. 311).

Já na opinião do professor Celso A. Bandeira de Melo (2013, p. 627), na teoria geral dos contratos públicos, ou seja, firmados com a Administração, existem certas “peculiaridades do contrato administrativo”, que se caracterizam pela “possibilidade de a Administração *instabilizar* o vínculo, seja: a) *alterando* unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante; b) *extinguindo* unilateralmente o vínculo.”

Portanto estas duas formas de “instabilização” supracitadas se constituem em um direito da Administração, contudo devendo sempre resguardar dois aspectos: i) o da identidade do objeto da avença, e, ii) da plena garantia dos interesses patrimoniais da outra parte. (MELLO, 2013)

Dado que a Administração possui tais *prerrogativas*, estas derivam ou de *sistemática normativa* ou das *cláusulas exorbitantes*. E, portanto, explica Bandeira de Melo (2013, p. 628) que a “exorbitância ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns.”.

1.4 Análise sobre o princípio da supremacia do interesse público na teoria dos contratos

A Administração Pública atua, ao firmar contratos administrativos, com o objetivo de satisfazer as necessidades observadas na sociedade, isto é, busca em primeiro lugar, a

satisfação do interesse público. Por atingir a coletividade de um modo geral, os interesses públicos acabam ficando em uma posição de supremacia no que tange aos interesses particulares, justificada tal posição a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que embora não esteja previsto explicitamente na CF de 1988, constitui-se na base do ordenamento jurídico brasileiro.

Alguns juristas como Humberto Ávila, entendem que não há em nosso ordenamento jurídico nenhuma referência ao princípio da supremacia do interesse público. O referido autor entende que se trata apenas de um ‘postulado ético-político ou de um princípio fundamental da ética comunitária ou da política jurídica’. (HACHEM, 2011)

Em um entendimento contrário ao exposto acima, tomando como base o artigo 3º, inciso IV⁸, da CF de 1988, o qual trata sobre o fundamento da República Federativa do Brasil no que tange à promoção do bem de todos sem nenhum tipo de preconceito, Hachem (2011, p. 103) assim descreve: “Desse modo, a melhor forma de interpretar o sentido da expressão “promover o bem de todos” é reconhecer nesse comando o princípio constitucional da supremacia do interesse público.”.

Outro artigo da Constituição que corrobora a ideia de que o princípio ora estudado está implicitamente previsto na mesma é o art. 66, §1º⁹, que trata da possibilidade de veto pelo presidente da república do projeto de lei que for contrário ao interesse público. Sobre essa assertiva assim dispõe Hachem (2011, p. 106):

Ainda que não se possa deduzir explicitamente do art. 66, §1º da CF um princípio da supremacia do interesse público, incidente nas relações travadas pela Administração Pública – uma vez que o dispositivo diz respeito ao processo de elaboração legislativa –, não se pode negar que ele seja capaz de sedimentar um fundamento implícito de validade ao princípio.

Além disso, através de uma interpretação sistemática da CF de 1988, Hachem (2011, p. 106), descreve que é possível inferir o princípio, conforme está abaixo transcrito:

Não bastassem os fundamentos específicos acima arrolados (art. 3º, IV e art. 66, §1º da CF), uma interpretação sistemática da Constituição de 1988 conduz de modo inobjetable ao reconhecimento, pelo menos implícito, da supremacia do interesse

⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁹ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

público como um princípio constitucional, decorrente do regime e dos princípios adotados pelo sistema constitucional brasileiro.

Vistos essas primeiras noções sobre a confirmação de estar insculpido implicitamente na Constituição o princípio da supremacia do interesse público, será verificado o entendimento acerca da superioridade de questões coletivas sobre questões particulares, inferido pela opinião da doutrina:

O interesse público é supremo sobre o interesse particular, e todas as condutas estatais têm como finalidade a satisfação das necessidades coletivas. Nesse sentido, os interesses da sociedade devem prevalecer diante das necessidades específicas dos indivíduos, havendo a sobreposição das garantias do corpo coletivo, quando em conflito com as necessidades de um cidadão isoladamente. Em razão desta busca pelo interesse público, a Administração se põe em situação privilegiada, quando se relaciona com os particulares. Matheus Carvalho (2017, p. 62)

O mestre Carvalho Filho (2017, p. 34), na seara do entendimento da doutrina disposta acima, assevera que “não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo [...] o indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais.”. Assim, a regra é a satisfação das necessidades do grupo social em detrimento da necessidade de apenas um indivíduo.

Cabe ressaltar que cada um desses interesses *coletivos, da administração, difusos e do particular*, em regra, são sopesados e utilizados como parâmetro para fazer a distinção entre o direito público e o direito privado. Sendo, nos extremos, o primeiro composto predominantemente por normas de interesse público e o segundo precipuamente composto por normas de interesse individual. Dessa maneira, há uma grande divisão entre os direitos que se quer proteger, colocando-se cada um em seu respectivo grupo. (DI PIETRO, 2017)

Sem embargo, esse entendimento tem sido criticado, principalmente embasado na hipótese de haver tanto normas de direito público defendendo interesses particulares, quanto normas de direito privado defendendo interesses públicos. Inteligível é que isso constitui uma *exceção*, pois, em ambos os casos, essa defesa ocorre de forma reflexa. Sendo assim o direito público visa primordialmente atender ao interesse público, isto é, promover a satisfação das necessidades da sociedade como um todo, dando ênfase à supremacia dos interesses públicos sobre os interesses individuais. (DI PIETRO, 2017)

Em que pese essa visão sobre a relação entre os dois interesses, os quais muitas vezes podem ser considerados divergentes, não se deve objetivar apenas uma satisfação indireta dos interesses particulares em prol de um interesse coletivo que em tese é “superior”. A própria

coletividade é formada por um conjunto de indivíduos e o Estado, como representante maior de toda a sociedade, tem o dever de propiciar a cada um deles a possibilidade de consecução dos seus anseios.

O Estado precisa, a todo momento, agir com prudência ao invocar o interesse público, evitando aquelas situações em que, ao atuar com todo o seu poder de império, acabe prejudicando excessivamente determinado indivíduo no meio social.

Na opinião do mestre Bandeira de Mello (2013, p. 62), que analisa de modo diverso a relação entre essas duas categorias de interesses, diferente da forma descrita por Di Pietro, ele considera que o *interesse público* deve ser visto como aquele “*resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.*”.

Portanto, este autor descreve o interesse público como *a face coletiva do interesse particular*, representando um conjunto destes últimos interesses; em outras palavras, através dessa relação que se estabelece entre o interesse público e o privado, sustenta que *não se pode desvincular os respectivos interesses*, pois, dessa maneira, ao atingir a sociedade de forma geral, atinge-se cada indivíduo de forma particular.

Observa Bandeira de Mello (2013, p. 64) que: “quer o benefício, quer o prejuízo, conquanto afetem individualmente a cada sujeito, não tem como afetá-los senão atingindo toda uma classe ou categoria de pessoas.”.

Em outro aspecto, aborda esse mesmo autor que, quando o Estado atua, ele objetiva satisfazer tanto seus interesses primários¹⁰ quanto seus interesses secundários¹¹. Sendo este último relacionado aos interesses particulares do Estado como pessoa jurídica, atuando assim, como qualquer outro sujeito da sociedade, já quanto ao interesse primário é todo aquele relacionado à satisfação das necessidades da sociedade, o interesse público propriamente dito. Não podendo o Estado, dessa maneira, satisfazer seus interesses ‘secundários’, usando como justificativa o interesse público. (MELLO, 2013)

Além disso, devido aos poderes incumbidos à Administração para a realização do interesse público, não deve esta atuar de forma ilegal, quer seja com desvio de finalidade ou com desvio de poder. Age o gestor, nesta hipótese, por exemplo, quando na posição de autoridade pública, utilizando-se do poder de império, prejudica um inimigo político ou beneficia um amigo ou indicado político (clientelismo). Não deve jamais desviar a

¹⁰ “Considera-se interesse público primário o resultado da soma dos interesses individuais enquanto partícipes de uma sociedade, também denominados interesses públicos propriamente ditos.”. Marinela (2017, p. 72)

¹¹ “O interesse público secundário [...] consiste nos anseios do Estado, considerado como pessoa jurídica, um simples sujeito de direitos; são os interesses privados desse sujeito.”. Marinela,(2017, p. 72)

Administração da sua finalidade precípua que é a satisfação dos anseios da sociedade. (DI PIETRO, 2017)

A análise desses dois pontos de vistas doutrinários acima mencionados é de suma importância para a verificação da legitimidade da atuação do Estado na satisfação de seus objetivos primários. Sendo necessário saber distinguir quando de fato o Estado atua para a satisfação do interesse público (em prol da coletividade) ou quando o mesmo atua para satisfazer de seus interesses particulares, na posição de pessoa jurídica, hipótese esta em que caberia, então, verificar se o gestor está atuando com abuso de poder¹², quer seja atuando com excesso ou desvio de poder, em detrimento de preservar o verdadeiro interesse público.

Essa necessidade assinalada advém do fato, por exemplo, da relevância que possuem os atos administrativos por gozarem, como descreve Fernanda Marinela (2017, p. 71) “de presunção de legitimidade, autoexecutoriedade e imperatividade, sendo, respectivamente, morais, legais e verdadeiros, até que se prove o contrário”, ou ainda, diante dos poderes peculiares que possui a Administração Pública quando sendo parte nos contratos administrativos, passam a consubstanciar as chamadas *cláusulas exorbitantes* previstas nos contratos, já referidas em outra parte deste estudo.

1.4.1 A indisponibilidade do interesse público

Ao invocar o interesse público, a Administração pública acaba ficando em um patamar superior em relação aos administrados e isso, além de lhe conferir uma série de prerrogativas especiais, impõe uma gama de exigências. Estas são observadas devido a observância de inúmeras formalidades que deve obedecer a Administração, pois a mesma deve atuar apenas nos limites da lei. (MARINELA, 2017)

A indisponibilidade tem como escopo impedir que o gestor público venha agir em desacordo com a finalidade pública, limitando assim a atuação do mesmo. Dessa forma, ela acaba servindo como um contrapeso à supremacia do interesse público, definindo que não é todo ato do gestor que está revestido dessa superioridade. Como bem descreve Marinela (2017, p. 71) “[...] em nome da supremacia do interesse público, o Administrador pode muito, pode quase tudo, mas não pode abrir mão do interesse público.”.

¹² O abuso de poder, conforme descreve Di Pietro (2017, p. 282), “pode ser definido, em sentido amplo, como o vício do ato administrativo que ocorre quando o agente público exorbita de suas atribuições (excesso de poder), ou pratica o ato com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei (desvio de poder).

Assim afirma Carvalho Filho (2017, p. 36) quando trata sobre qual a função da Administração e do próprio Administrador em relação aos bens públicos que estão sobre sua gestão: “os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.”.

CAPÍTULO II

2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Como foi visto no primeiro capítulo, os contratos administrativos relacionados com a prestação de serviços são chamados de contratos administrativos de serviços, sendo caracterizados, de forma geral, por traduzirem uma obrigação de fazer, possuindo sua delimitação disposta no art. 6º, II¹³, da lei 8666/1993.

Inicialmente é necessário fazer uma distinção entre obras e serviços, principalmente em relação àqueles de engenharia, pois a lei de licitações e contratos administrativos acabou não deixando essa distinção bem clara.

De maneira geral, a obra não deixa de ser um serviço que visa um resultado específico, sua realização é mais complexa do que o da modalidade prestação de serviços, exigindo a elaboração de um projeto descrevendo toda a sistemática da obra, além de determinar uma mudança significativa em algum bem imóvel pertencente à administração ou a construção de um novo bem imóvel para o Estado. No caso dos serviços, há certa predominância da própria atividade e sua execução, o foco é o serviço prestado. (CARVALHO FILHO, 2017)

Outro ponto importante que se faz necessário fazer é a distinção entre a modalidade abordada nesse capítulo e a concessão de serviços públicos, pois ambos os casos tratam de prestação de serviços públicos não realizados diretamente pela Administração Pública, mas sim por parte de um terceiro pertencente ao setor privado.

A concessão de serviços públicos é caracterizada, principalmente, pela execução do contrato por conta e risco do concessionário, sendo os recursos para custear a prestação do serviço advindos da cobrança de taxas ou outra forma de obtenção de recursos proveniente da exploração do serviço, não há aporte financeiro advindo diretamente do Estado. (CARVALHO, 2017)

No caso dos contratos administrativos de prestação de serviços, a remuneração do prestador do serviço fica a cargo da própria Administração Pública, que o faz de forma direta, através do pagamento do prelo que foi estipulado no contrato firmado, sendo que não há

¹³ Art. 6º Para fins desta Lei, considera-se:

[...]

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

cobrança da maneira verificada nos contratos de concessão, por exemplo, através de tarifas. (CARVALHO, 2017)

2.1 Características dos contratos administrativos de serviços

Os contratos administrativos de serviços constituem negócios jurídicos onde há a participação da Administração Pública com o escopo precípua de proteger o interesse de toda a sociedade, justificando assim a aplicação do regime jurídico público. A aplicação desse regime leva a uma preponderância do Poder Público, o que pressupõe um tratamento distinto da relação deste frente ao terceiro contratado para prestação do serviço. (MARINELA, 2017)

Inicialmente é necessário descrever que as características referentes aos contratos administrativos de forma geral, aqui incluído os de serviços, tem como fonte basicamente as regras insculpidas no direito público. No entanto, podem-se utilizar, como disposto no artigo 54¹⁴ da lei 8.666/93, de maneira supletiva, as regras previstas no direito privado, além dos princípios advindos da teoria geral dos contratos. Isso serve para tornar mais completa possível as relações contratuais do Estado com os particulares, e possibilitando sempre uma solução para os conflitos advindos dessa relação.

As principais características encontradas na doutrina sobre essa modalidade de contratos administrativos demonstram a necessidade dos mesmos serem: comutativos, consensuais, de adesão, onerosos, sinalagmáticos, personalíssimos, formais, possuidores de garantias necessárias e publicados. As mesmas serão tratadas especificamente abaixo.

2.1.1 Comutatividade

A *comutatividade* está relacionada aos direitos e deveres gerados no início do vínculo contratual para ambas as partes. O que foi estabelecido inicialmente no contrato, principalmente atinente ao equilíbrio econômico e também financeiro do contrato, deve ser preservado durante o período do vínculo, havendo a necessidade também da revisão contratual e dos seus respectivos reajustes. (OLIVEIRA, 2017)

Essa necessidade de manutenção do que foi pactuado está vinculada ao respeito do princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que, nas palavras de

¹⁴ 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.

Travain (2011, p. 14) “foi estipulado para que o cumprimento do contrato se realize considerando aquilo que realmente foi compactuado, com todas as alterações posteriores, e não apenas levando em conta os valores brutos da data da celebração do mesmo.”. Esse princípio pode ser inferido no artigo 73, inciso XXI, da Constituição Federal da seguinte maneira:

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.

2.1.2 Consensualidade

A *consensualidade* do contrato pode ser observada no fato do mesmo estar perfeito e acabado através da manifestação da vontade das partes envolvidas no acordo. Dessa maneira, por exemplo, não há necessidade de transferência de bens, constituindo esse ato uma mera consequência do contrato firmado anteriormente, um adimplemento do mesmo, sua execução. (MARINELA, 2017)

Faz-se necessário frisar que o momento do consenso no que tange aos contratos administrativos de serviço varia, sendo diferente tanto para a Administração Pública quanto para o particular contratado. Como descreve Matheus Carvalho (2017, p. 540), quando trata sobre esse tema, “no Direito Administrativo, o consenso do particular manifestar-se-á no momento da abertura dos envelopes de documentação. Por sua vez, o consenso da Administração depende da celebração do contrato.”.

2.1.3 Da adesão

A característica de ser de adesão diz respeito ao fato de todas as cláusulas contratuais serem previamente fixadas pela Administração Pública, restando ao contratado apenas decidir pela aquiescência ou não da sua participação na relação jurídica. Essa unilateralidade do contrato é vista desde a minuta do contrato constante no edital do processo licitatório, pois nesse momento o Estado já determina em quais condições irá contratar.

Essa obrigatoriedade de possuir uma minuta do contrato e, conseqüentemente, estabelecer desde a licitação suas exigências, está prevista no artigo 40. § 2º da Lei nº 8.666/93, no qual se observa a necessidade de constar no edital da licitação “a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor”. O que acaba gerando desde esse momento a constituição de direitos e deveres para ambos as partes do contrato que será firmado.

2.1.4 Onerosidade

Os contratos administrativos de serviços são onerosos, visto que, como descreve Matheus Carvalho (2017, p. 540), em regra “não são admitidos contratos gratuitos firmados com o poder público, devendo o particular ser remunerado pela execução da atividade ou entrega do bem objeto do acordo firmado.”. Dessa forma, a remuneração do contrato deve respeitar o que foi previamente estabelecido no contrato.

Uma análise dessa característica leva a conclusão de que ela constitui uma forma de proteção ao particular frente ao Estado, para evitar que ele, ao se utilizar do interesse público que permeia o serviço prestado, imponha ao particular a prestação do serviço sem a sua respectiva remuneração.

Como exemplo, pode-se verificar a seguinte situação: poderia a Administração exigindo de determinada empresa de segurança que a mesma preste esse serviço em determinado órgão público sem a respectiva remuneração. Para tanto, alegando que a atividade prestada no órgão é de suma importância para a sociedade, sendo impossível sua prestação sem a respectiva segurança da empresa terceirizada devido à alta periculosidade da atividade do mesmo e do local onde está situado.

2.1.5 Sinalagmaticidade

Outra característica é a *sinalagmaticidade*, que tem como escopo a reciprocidade das obrigações das partes. Nesse ponto, quando uma das partes cumpre sua obrigação contratual, acaba ensejando que a outra parte também adimpla em contrapartida a sua. Isso acaba sendo uma garantia tanto para a Administração Pública quanto para o particular contratado, pois garante tanto a prestação do serviço por parte deste, quanto à remuneração do serviço prestado por parte daquele.

2.1.6 Personalíssimo ou *Intuitu personae*

Característica importante é a do contrato ser *personalíssimo*, o que acaba gerando uma certa confiança entre as partes contratantes. A escolha do contratado se dá de forma impessoal, o contrato é celebrado com aquele que apresentou a melhor proposta durante o processo licitatório, ficando ele responsável pela execução do serviço. Dessa maneira, conforme descreve Carvalho Filho (2017, p. 183), a razão do contrato ser *intuitu personae* é a seguinte:

O contratado é, em tese, o que melhor comprovou condições de contratar com a Administração, fato que, inclusive, levou o legislador a só admitir a subcontratação de obra, serviço ou fornecimento até o limite consentido, em cada caso, pela Administração, isso sem prejuízo de sua responsabilidade legal e contratual (art. 72 do Estatuto).

O contrato administrativo de serviço, como foi supracitado, leva em consideração as condições pessoais do contratado, ou seja, a possibilidade, aferida no processo licitatório, do particular adimplir o contrato. Essa natureza *intuitu personae* tem um papel importante no que tange à subcontratação, limitando a sua extensão através do que está disposto no contrato.

Da análise do artigo 72¹⁵ e do artigo 78¹⁶ da Lei de licitações, percebe-se a influência que o contrato e o edital têm sobre a subcontratação. O artigo 72 prevê a liberação da subcontratação nos limites previstos pela Administração e o artigo 78 determina uma restrição à mesma, a qual poderá ensejar a rescisão do contrato quando ocorrer em situações não descritas no edital e no contrato.

Em regra, o que foi exposto acima sobre a subcontratação aplica-se aos contratos administrativos de serviços. Porém, de forma diversa, o art. 13, § 3º da mesma lei, estabelece uma vedação absoluta à subcontratação, no caso da prestação de serviços técnicos especializados, nos seguintes termos,

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

¹⁵ Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

¹⁶ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

2.1.7 Formalismo

Uma das principais características dos contratos administrativo de serviços é o *formalismo*, ele tem grande importância frente às demais características dos contratos administrativos de serviço. Ele está definido na lei de licitações e contratos administrativos e é indispensável para que o contrato se torne regular.

Em regra, o contrato administrativo de serviços é formal e escrito, sendo que os contratos administrativos se firmados de forma meramente verbal são considerados nulos. Porém, a própria lei nº 8.666/93 trouxe em seu corpo uma exceção a esta regra disposta em seu artigo 60¹⁷, parágrafo único.

Assim descreve Alexandrino e Paulo (2015, p. 569), ao fazer uma análise do supracitado artigo, “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 R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), feitas em regime de adiantamento (art. 60, parágrafo único).”.

Essa possibilidade disposta na lei de licitação e contrato administrativo do contrato não ser escrito, não quer dizer que o vínculo obrigacional criado entre o particular e o Poder Público seja verbal. Ao contrário, a lei estabelece outras hipóteses que irão substituir o instrumento de contrato, pode-se citar como exemplo: a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra ou a ordem de execução de serviço. Tem-se, de alguma maneira, que comprovar a saída do recurso, para o pagamento do serviço prestado, e a própria execução do serviço por parte do particular contratado.

O contrato escrito é caracterizado pela materialização de sua celebração em um termo de contrato ou instrumento de contrato. Os requisitos desse termo estão dispostos no artigo 55¹⁸ da lei nº 8.666/93, a qual define quais as cláusulas necessárias para a formalização desse instrumento de contrato.

¹⁷ 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.

¹⁸ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

Portanto, em todo contrato escrito deve ser mencionado o nome do contratante e do contratado com seus respectivos representantes. Além desse dado fundamental que identifica as partes, devem constar no contrato as respectivas informações: a confirmação da sujeição das partes ao que está disposto no contrato, a finalidade do mesmo, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo licitatório e, caso não tenha havido, o número da dispensa ou da inexigibilidade. (BRASIL, 1993)

De maneira resumida, Matheus Carvalho (2017, p. 542) dispõe sobre essa cláusula da seguinte forma,

Nesse sentido, o termo de contrato ou instrumento de contrato é o meio, determinado por lei, para formalização do contrato e, para que o acordo seja válido, deve conter o objeto e seus elementos característicos, o regime de execução ou a forma de fornecimento, o preço e as condições de pagamento, assim como os critérios e periodicidade do reajuste de preços e as regras de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

Nesse sentido, o contrato deve deixar claro qual o prazo de início e de término do mesmo, e suas etapas de execução. Devem constar, também, as formas de pagamento e a origem dos recursos, além das garantias necessárias para que o mesmo seja plenamente executado. Os direitos e as responsabilidades das partes devem fazer parte também desse instrumento, deixando inteligíveis as penalidades cabíveis para o seu não adimplemento, seguido dos respectivos valores dessas penalidades. (CARVALHO, 2017)

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

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

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

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6 do art. 32 desta Lei.

§ 3º No ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

2.1.8 Garantias necessárias

Dentre as garantias, a lei prevê a *caução*, a qual pode ser cobrada pela Administração Pública quando houver descumprimento do contrato por parte do terceiro contratado para realização do serviço previsto no contrato. Essa caução pode ser prestada através de dinheiro, de títulos da dívida pública, fiança bancária ou seguro garantia, ficando a escolha a critério do contratado.

O valor da garantia é estipulado no contrato, e deve respeitar o limite máximo de 5% do valor do contrato. Porém, em casos de contratos que envolvam atividades que exijam uma grande complexidade técnica ou riscos financeiros consideráveis, comprovadas por parecer técnico aprovado pela autoridade competente, essa garantia pode atingir até 10% do valor inicial do contrato. Em ambos os casos, a porcentagem da caução que será cobrada, respeitando os limites máximos estipulados pela lei de licitação e contratos administrativos, fica a critério da contratante, no caso, a Administração Pública. (CARVALHO, 2017)

2.1.9 Publicidade

Além do que foi acima disposto, a lei nº 8.666/93 define que é indispensável a publicação resumida do contrato, para que o mesmo tenha eficácia. Isso decorre da aplicação do princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, para que assim possa haver o controle por parte de toda a sociedade.

Sobre a necessidade da publicação, assim dispõe Matheus Carvalho (2017, p. 544) “caso a administração deixe de publicar o contrato, ele é válido e perfeito, só não sendo eficaz. Não produz efeito, uma vez que a eficácia fica dependendo da publicidade do contrato administrativo celebrado.”.

Por conseguinte, o artigo 61, parágrafo único, da supracitada lei assim dispõe ser obrigatória a publicação do resumo do contrato e de seus aditamentos para fins de produzir efeitos no mundo jurídico: “[...] condição indispensável para sua eficácia, e 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.”.

2.2 Classificação dos contratos

Os serviços contratados pela Administração Pública podem ser divididos em comuns e técnico-profissionais. A distinção entre eles gira em torno, essencialmente, da qualificação necessária para a execução de cada uma dessas formas de prestação do serviço.

2.2.1 Contratos de serviços comuns

Os serviços comuns são aqueles para os quais não há necessidade de qualificação especial do empregado para que assim possa fornecer o serviço, como no caso de serviços de limpeza e conservação. Sobre esse tipo de serviços, assim descreve Meirelles (2016, p. 290) “Serviços comuns são todos aqueles que não exigem habilitação especial para sua execução, podendo ser realizados por qualquer pessoa ou empresa, por não serem privativos de nenhuma profissão ou categoria profissional.”.

Essa forma de serviço, para que a Administração Pública consiga garantir as melhores condições de preço e execução, deve ser contratada através de licitação, pois possibilita uma ampla concorrência entre as diversas empresas e pessoas físicas capacitadas para prestar o serviço, reduzindo assim o seu preço. (MEIRELLES, 2016)

Além disso, o regime de execução pode ser o de empreitada ou de tarefa. Na empreitada, a Administração transfere ao particular a execução de determinada obra ou serviço, por sua conta e risco, através de uma remuneração que foi ajustada de maneira prévia. Na tarefa, o pagamento é efetuado de forma periódica, após a verificação pelo órgão fiscalizador do contratante. (DI PIETRO, 2017)

2.2.2 Contratos de serviços técnico-profissionais

No caso dos serviços técnico-profissionais, existe uma necessidade de habilitação especial para que assim possa exercer a atividade. Segundo Carvalho Filho (2017, p. 187) “são aqueles que reclamam habilitação legal, seja através de formação em curso superior específico ou registro nos órgãos legalmente determinados”, como são os casos dos profissionais de auditoria e perícia, alguns serviços advocatícios especializados por sua excepcional matéria de relevância técnica.

Essa forma de serviço tem como característica marcante a privatividade relativa à execução da atividade por parte de um profissional habilitado. Essa qualificação varia de um

simples artífice a um graduado em nível superior. Exige, além disso, o desempenho das atividades respeitando as normas técnicas estabelecidas no que tange ao serviço realizado, como ocorre no caso de trabalhos voltados para eletricidade, engenharia, hidráulica, dentre outras. (MEIRELLES, 2016)

Os serviços técnico-profissionais são divididos em generalizados e especializados. O primeiro refere-se àqueles que não exigem grandes conhecimentos teóricos e práticos do profissional que executará o serviço, sendo que em regra exige licitação. O segundo está relacionado àqueles em que o profissional, que vai executar o serviço, deve possuir uma gama de conhecimento prático e teórico mais apurado.

Sobre os especializados, assim descreve Meirelles (2016, p. 291), são aqueles “obtidos através de estudos, do exercício da profissão, da pesquisa científica, de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento, os quais situam o especialista num nível superior ao dos demais profissionais da mesma categoria.”. Eles estão enumerados no artigo 13 da lei 8.666/93 da seguinte maneira,

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Em regra, esses serviços exigem licitação, ressalvados os casos de profissionais ou empresas de notória especialização, conforme dispõe o § 1º artigo 25¹⁹ da lei 8.666/93. Essa exceção está descrita no inciso II do artigo 25 da mesma lei, onde dispõe ser inexigível a licitação para os casos onde for inviável a competição “para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”.

Em outra hipótese, por exemplo, outra modalidade de serviço técnico- profissionais é quanto ao trabalho artístico, que tem como característica ser voltado para realização de obras de arte. Apesar de sua realização poder advir de pessoas que são aficionadas pela arte, não

¹⁹ Artigo 25 da lei 8666/93: § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

possuindo assim qualquer qualificação, também é considerado serviço técnico pelo fato de, em regra, ser necessária a obtenção de conhecimentos teóricos e práticos por parte da pessoa que o executa (escultor, artista plástico, pintor etc), além de poder o conhecimento advir de cursos de formação artística. (MEIRELLES, 2016)

Este pode ser contratado sem a necessidade de licitação, desde que o profissional contratado para realizar o serviço seja consagrado dentro do seio social, como pode ser observado no artigo 25 em seu inciso III, onde dispõe ser inexigível a licitação “para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”.

2.3 Extinção dos contratos

Os contratos administrativos de serviço, não havendo a demonstração de nenhuma irregularidade ou pela impossibilidade da continuidade do que foi ajustado, são extintos tanto pelo cumprimento da execução do serviço quanto pelo decurso do prazo estipulado no edital e no instrumento contratual para a prestação de determinado serviço para Administração Pública. Essa forma de finalizar o vínculo é descrita como uma “extinção natural” do contrato, pois há um exaurimento do serviço contratado pela sua efetiva prestação ou pelo fim do prazo estipulado para sua prestação. (CARVALHO FILHO, 2017)

A primeira forma de extinguir naturalmente o contrato, que como foi demonstrado ocorre quando há a conclusão de seu objeto, pode ser verificada, por exemplo, quando uma empresa de contabilidade contratada para apurar as contas de determinado setor público finaliza o serviço de análise contábil. A segunda forma de extinguir naturalmente o contrato está relacionada a um serviço de atividade continuada que tem sua prestação determinada por um prazo específico, como no caso das empresas que prestam serviços de limpeza e conservação ou de vigilância, ou seja, extinção do contrato a termo.

Quando há alguma irregularidade, a qual advém de algum vício de legalidade no contrato ou no processo licitatório, haverá a anulação do mesmo. Não importa se essa ilegalidade advenha da própria autoridade que firmou o contrato, da não observância da obrigação de licitar o serviço que será prestado ou da pessoa física ou jurídica responsável pela execução do mesmo. (ALEXANDRINO; PAULO, 2015)

Nos casos de decretação de nulidade, como disposto no artigo 59²⁰ da Lei nº 8.666/93, a anulação desfaz de maneira retroativa o vínculo entre a administração e o contratado. Entretanto, caberá à Administração Pública (contratante) indenizar a pessoa responsável pela prestação do serviço, sendo essa indenização relativa aos serviços prestados até a data em que for declarada a nulidade. Isso impede que haja um enriquecimento ilícito por parte do Estado, pois, no que pese a nulidade, o serviço foi prestado de forma efetiva, devendo assim ser remunerado.

Quando houver a impossibilidade de prestação do serviço que foi contratado, ocorrerá a rescisão do contrato outrora firmado. O doutrinador Carvalho Filho (2017, p. 221) descreve que “A rescisão do contrato se origina de um fato jurídico superveniente nascido de manifestação volitiva.”, dessa forma, caso surja alguma das possibilidades de rescisão contratual deverão as partes manifestar-se pelo fim do vínculo contratual.

2.3.1 Disposições da Lei 8.666/93 quanto à rescisão dos contratos administrativos

A rescisão do contrato, conforme disposto no artigo 79²¹ da lei nº 8.666/93, poderá ocorrer de três formas, são elas: a unilateral, a amigável e a judicial. Em ambos os casos, como foi mencionado supra, o aspecto volitivo é fundamental.

A rescisão *unilateral* ocorre quando o contrato é rescindido por um ato unilateral e escrito da Administração Pública. Existem duas possibilidades nas quais esse ato se baseia, são elas razões de interesse público ou inadimplemento do contratado de algumas das cláusulas previstas no contrato. As hipóteses onde a administração pode rescindir unilateralmente o contrato estão dispostas no artigo 78²², incisos I a XII e XVII, da lei nº 8.666/93.

²⁰ 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.

²¹ 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;

²² Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

Em relação ao interesse público, Bandeira de Mello (2013, p. 641) descreve que as razões devem ser “obviamente fundadas e justificadas, sem falta do contratado, caso em que este fará jus a indenização pelos prejuízos comprovados que houver sofrido”. Além disso, deve o Poder Público obedecer a alguns pressupostos para que tenha o ato de rescisão legitimado, como enumera Carvalho Filho (2017, p. 223):

Para evitar abusos, no entanto, o legislador exigiu a presença de quatro pressupostos para legitimar esse tipo de rescisão:

1. que as razões administrativas sejam altamente relevantes;
2. que a Administração promova amplo conhecimento desses motivos;
3. que tais razões sejam justificadas e determinadas pela mais alta autoridade na respectiva esfera administrativa. Por falta da devida motivação, já se anulou ato de rescisão contratual; e
4. que tudo fique formalizado no processo administrativo, devendo o administrador dar ciência ao contratado dos motivos da rescisão, bem como oferecer-lhe proposta para eventual recomposição de prejuízos.

Nos casos de inadimplemento das cláusulas contratuais por parte do contratado, respeitando as hipóteses de rescisão dispostas na lei nº 8.666/93, como descreve Bandeira de Mello (2013, p. 641), pode acarretar “se o motivo houver sido o descumprimento de cláusulas contratuais, a imediata assunção do objeto, ocupação e utilização do local, instalações e equipamentos materiais e humanos necessários a continuidade da execução do contrato.”

Já a rescisão *amigável* ocorre quando há uma manifestação de ambas as partes do contrato pelo fim do mesmo, respeitando-se os direitos contratuais advindos desse ato. Esse rompimento não é litigioso, sendo, que neste caso, a Administração Pública terá discricionariedade ao decidir, podendo ou não finalizar o vínculo contratual, expondo os motivos de sua decisão. (CARVALHO FILHO, 2017)

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

A última forma de rescisão é a *judicial*, sendo esta utilizada normalmente pelas pessoas físicas ou jurídicas contratadas pelo Poder Público, quando do descumprimento do contrato por parte deste. Um dos casos mais comuns dessa modalidade de rescisão é aquela em que a *Administração não realiza o pagamento dos valores contratuais devidos ao prestador de determinado serviço por um prazo superior a 90 (noventa dias)*, previsto no artigo 78, inciso XV, conforme abaixo:

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;

Essa hipótese típica de aplicação da cláusula *exceptio non adimpleti contractus* possibilitada por esse dispositivo legal deve ser realizada preferencialmente de maneira judicial, através de uma tutela preventiva. Isso ocorre para proteger o próprio contratado prestador do serviço, o qual está sendo prejudicado pelo não pagamento dos valores estipulados no contrato por mais de 90 (noventa) dias, impedindo assim que a Administração Pública impute à empresa prestadora a paralisação do respectivo serviço que é de interesse coletivo. (CARVALHO FILHO, 2017).

Para melhor análise da cláusula *exceptio non adimpleti contractus* este tema será antecedido de algumas explicações sobre a contratação no sistema do processo licitatório.

2.4 Breves considerações sobre a contratação no processo licitatório

A licitação é o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública faz a seleção da melhor proposta contratual, na qual haja a satisfação dos seus interesses em relação à execução do serviço, mediante o pagamento do menor valor possível. Durante esse processo há uma verdadeira competição entre as pessoas interessadas em prestar o serviço para o Estado, propiciando igual oportunidade para todos os interessados, sempre visando à eficiência e à moralidade nos seus negócios administrativos. (MEIRELLES, 2016)

As duas principais finalidades da licitação, como se depreendeu acima, são a ‘obtenção do contrato mais vantajoso’ para a Administração Pública e o ‘resguardo dos direitos dos contratados’ frente ao Estado. Além dessas duas finalidades principais, existe

uma terceira finalidade que é a ‘promoção do desenvolvimento nacional sustentável’. Em relação a essa última finalidade assim descreve Meirelles (2016, p. 310-311):

A Lei 12.349, de 15.12.2010, conversão da MP 495/2010, dando nova redação ao art. 32 da Lei 8.666, agregou como terceira finalidade a "promoção do desenvolvimento nacional sustentável", entendida como a busca do desenvolvimento econômico e do fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos, usando-se para esse fim o poder de compra governamental, mediante novas normas que asseguram "atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do País".

Por sua vez o processo licitatório é regido pelos princípios dispostos no artigo 3º²³ da lei 8.666/93, os quais servem de norte para procedimento da licitação. De acordo com esse artigo os princípios verificados são os seguintes: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo

A legalidade é a base de toda a atividade administrativa da Administração Pública. Ele impede que o administrador faça prevalecer os seus interesses individuais sobre os interesses coletivos, devendo toda a sua atuação durante o processo licitatório está adstrita aos ditames legais. Nas palavras de Carvalho Filho (2017, p. 248) “essa limitação do administrador é que, em última instância, garante os indivíduos contra abusos de conduta e desvios de objetivos.”.

A impessoalidade, juntamente com a igualdade, exige o tratamento igual de todos os administrados que se encontrem num determinado momento em uma mesma situação jurídica. Em relação ao princípio da legalidade, como bem descreve Meirelles (2016, p. 316), entendimento que pode ser estendido à impessoalidade, ele é o “princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros.”.

A moralidade está relacionada ao tratamento ético que deve ser dispensado pela Administração Pública às pessoas relacionadas a esse vínculo contratual. Nesse diapasão está a probidade administrativa, que exige dos administradores a honestidade, boa-fé e moralidade, o que leva a confiança dos licitantes e da população em geral. Ambos são necessários para que não haja, por parte da Administração, um tratamento não impessoal ou desigual dos sujeitos envolvidos na licitação. (CARVALHO FILHO, 2017)

²³ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

A vinculação ao instrumento convocatório é de suma importância para que as regras determinadas para o processo licitatório, normalmente previstas no edital, sejam respeitadas pelos administradores, sendo que seu desrespeito possibilita a correção tanto pela via administrativa quanto pela judicial. Tem relação direta com ele o princípio do julgamento objetivo, pois pressupõe que o administrador se utilizará de tudo o que está disposto no edital, para assim tomar a sua decisão, sem levar em consideração critérios meramente subjetivos.

Por fim, a publicidade pode ser verificada sob duas perspectivas, dar ampla publicidade aos atos praticados durante o processo licitatório e tornar acessível todos os documentos vinculados à licitação a todos os interessados. Dessa maneira, os atos praticados terão uma possibilidade muito maior de estarem em consonância com o que dispõe a lei e a moral, facilitando assim a sua fiscalização por parte da própria sociedade e das autoridades competentes. (OTERO, 2012)

2.4.1 Fases da licitação

Quanto às fases do processo licitatório, este é caracterizado por uma série de atos que visam, no final, o estabelecimento do vínculo contratual. Nele, conforme consta no caput artigo 38²⁴ da Lei nº 8.666/93, deve inicialmente constar a autorização do certame, com a respectiva descrição do seu objeto e os recursos necessários para custear a despesa advinda da contratação da pessoa física ou jurídica que prestará o serviço, sendo estes com previsão na lei orçamentária.

É um procedimento dividido em duas fases, a interna e a externa. A primeira ocorre no interior da Administração Pública e a segunda ocorre no momento em que se torna pública a licitação, com a consequente convocação dos interessados a prestar o serviço ao Poder Público. (OLIVEIRA, 2017)

A fase interna é uma fase preparatória onde será definido o serviço que será contratado, com suas especificidades, determinando-se uma previsão para os custos atinentes ao serviço objeto da prestação, a modalidade licitatória escolhida, comprovando-se que há orçamento suficiente e disponível para custear o serviço e, por fim, será solicitada autorização à pessoa responsável por ordenar a despesa. Essa fase considera-se finalizada quando o edital

²⁴ Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa [...].

ou a carta convite, instrumentos convocatórios das pessoas físicas ou jurídicas interessadas em prestar serviços para Administração Pública, for elaborado. (OGUSUKO, 2011)

A fase externa tem início com a publicação do instrumento convocatório, o qual pode ser tanto um edital, que é direcionado para qualquer interessado, quanto o convite, sendo este uma forma de edital mais simplificado que é enviado diretamente às pessoas específicas que participarão do processo licitatório. Apesar das duas possibilidades, na análise dessa fase, será estudado o edital, que é o instrumento mais completo, pois ele se dirige para qualquer interessado a concorrer no processo licitatório.

De acordo com a doutrina, há uma subdivisão dessa fase em outras cinco, consoante descreve com Scatolino e Trindade (2016, p. 542): “o processo licitatório desenvolve-se, como regra, em cinco fases: edital, habilitação, julgamento, homologação e adjudicação”. Sintetizam-se as fases nos comentários seguintes.

O edital pode ser visto como ato, através do qual, a Administração Pública faz uma oferta de contrato a qualquer pessoa física ou jurídica interessada que preencha os requisitos nele insculpidos. Nele haverá a descrição do objeto que será licitado, quais os requisitos fundamentais para participar do certame, os prazos e condições para assinatura do contrato, para os pagamentos dos contratados, os regimes de execução do contrato, dentre outras disposições. (OLIVEIRA, 2016)

O Poder Público, conforme dispõe o artigo 41²⁵ da Lei nº 8.666/93, está vinculado ao que vem disposto no edital, impedindo assim modificações posteriores desnecessárias para resguardar a lisura do processo licitatório. Dessa maneira dispõe o artigo 41 da lei nº 8.666/93. Em consonância com o dispositivo supracitado, assim descreve Di Pietro (2017, p.461) “Costuma-se dizer que o edital é a lei da licitação; é preferível dizer que é a lei da licitação e do contrato, pois o que nele se contiver deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de nulidade; trata-se de aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.”.

Na habilitação, haverá uma análise, por parte da Administração, com o escopo de verificar se os licitantes possuem condições suficientes para a celebração do contrato ao final do processo licitatório. As pessoas físicas ou jurídicas que concorrem no certame devem comprovar que possuem os requisitos mínimos exigidos no edital para a execução do objeto licitado. (SANTOS, 2014)

Importante destacar que, serão verificados na habilitação basicamente cinco aspectos para confirmar a capacidade de que irá prestar o serviço para a Administração. Eles são os

²⁵ Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

seguintes: a habilitação jurídica, que é capacidade de contrair direitos e obrigações; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira; regularidade fiscal e trabalhista; e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º²⁶ da Constituição Federal, que visa resguardar os menores de dezoito anos no que tange às condições e possibilidades de inserção no mercado de trabalho. (OLIVEIRA, 2017)

Ao final dessa fase ocorrerá o julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes a fim de selecionar, dentre elas, a melhor proposta de acordo com os critérios objetivos insculpidos no edital, que tem como objetivo a prestação do serviço da maneira mais eficiente possível e com o menor custo.

Convém observar que, os critérios de julgamento das propostas estão descritos na lei de licitação e contratos administrativos e são chamados de tipos de licitação. Eles estão elencados no art. 45 da lei mencionada supra e são os seguintes: (I) menor preço; (II) melhor técnica; (III) técnica e preço; e (IV) maior lance ou oferta. É vedada a utilização de outros critérios de julgamento, salvo aqueles previstos na legislação especial (BRASIL, 1993)

Ressalta-se ainda que a homologação é vista como o ato administrativo que prova de maneira oficial a validade do procedimento licitatório e confirma o seu interesse pela contratação da pessoa física ou jurídica que apresentou a melhor proposta para a execução do objeto da licitação. Sendo analisado tanto o preenchimento, pelo licitante, dos requisitos previstos no edital e na lei, quanto à conveniência da licitação para a Administração Pública. (ANTUNES, 2012)

Por fim, ocorrerá a adjudicação que é o ato final do processo licitatório, onde a Administração atribui ao licitante que apresentou a proposta vencedora o objeto da licitação. Ele é considerado um ‘ato declaratório e vinculado’, somente podendo o Poder Público deixar de praticá-lo se houver a anulação ou revogação do certame na fase anterior. Depois da prática desse ato, o licitante será chamado para a assinatura do contrato. (MARINELA, 2017)

Encerradas as explicações gerais, o próximo capítulo se deterá ao exame da cláusula ou instituto da ‘exceção do contrato não cumprido’.

²⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

CAPÍTULO III

3 O INSTITUTO DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Este instituto do direito civil, como foi visto de forma breve no primeiro capítulo, tem como escopo abrir a possibilidade para uma das partes poder romper o vínculo contratual frente o inadimplemento da outra parte, suspendendo, dessa maneira, o contrato. Ele está disciplinado nos artigos 476 e 477 do Código Civil Brasileiro da seguinte maneira,

Seção III

Da Exceção de Contrato não Cumprido

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

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

A respeito de uma definição mais precisa, Gangliano e Pamplona (2017, p. 305) descreve que tal instituto consiste “em um meio de defesa, pelo qual a parte demandada pela execução de um contrato pode arguir que deixou de cumpri-lo pelo fato da outra ainda também não ter satisfeito a prestação correspondente.”. Nesse sentido, o referido instituto serve como uma forma de defesa para a parte que está sendo prejudicada pelo não adimplemento do contrato, além de servir também, por via reflexa, como uma forma de forçar o cumprimento do mesmo.

Igual entendimento de que ele serve como uma defesa contratual frente ao inadimplemento, também é adotado pelo jurista Cleyson de M. Mello (2017, p. 182), o qual descreve: “A exceção é uma defesa contra o contrato não cumprido” onde “A parte prejudicada poderá alegar: “não cumpro a minha obrigação, enquanto você não cumprir a sua parte”.”.

Essa exceção é possível quando o contrato obriga ambas as partes ao adimplemento de suas cláusulas. Sobre a aplicação dessa exceção, descreve Gangliano e Pamplona (2017, p. 306) que “a mesma somente pode ser aplicada nos chamados contratos bilaterais, sinalagmáticos ou de prestações correlatas, em que se tem uma produção simultânea de prestações para todos os contratantes, pela dependência recíproca das obrigações.”.

Interessante é que os contratos bilaterais pressupõem um sinalagma, o qual, conforme foi visto no Capítulo II, é uma das características dos contratos administrativos de prestação

de serviços. Este, por ser sinalagmático, isto é, por haver reciprocidade das obrigações das partes contratantes, acaba ensejando a aplicação da exceção do contrato não cumprido nos casos de inadimplência.

Além disso, existe em um contrato a presunção de lealdade no cumprimento ao que nele está disposto, sendo que, quando uma das partes simplesmente deixa de cumpri-lo, acaba atuando de forma não ética, rompendo com a confiança, o que acaba gerando, de certa maneira, uma injustiça para aquele que honrou o que estava inculcado no contrato. Dessa forma descreve Cleyson de M. Mello (2017, p. 182) “Não seria justo, leal ou ético que uma das partes fosse obrigada a cumprir sua obrigação junto à outra parte que não cumpre a sua prestação.”.

Respeitar os ditames do contrato é essencial para que o mesmo seja ético e justo, como foi visto acima. Isso também pressupõe a boa-fé das partes contratantes que deve ser a base quando se cria o vínculo obrigacional. Venosa (2017, p. 42) dispõe que seu fundamento “repousa no justo equilíbrio das partes no cumprimento do contrato, fundamentalmente em razão da equidade, portanto. Trata-se de aplicação do princípio da boa-fé que deve reger os contratos”.

A lei civil é clara no artigo 476²⁷ do Código Civil (adiante CC) que se refere à aplicação da exceção do contrato não cumprido aos casos onde há um inadimplemento total por uma das partes, ensejando o descumprimento pela outra parte. Nader (2016, p. 172), descreve o seguinte exemplo de aplicação desse instituto:

Se “A” contrata com “B” a pintura de um quadro, a ser executado no prazo de três meses e compromete-se a adiantar metade do preço em trinta dias, ficará impedido de exigir a entrega da obra de arte se não efetuar o pagamento parcial combinado. Se, não obstante, “A” requerer judicialmente contra “B”, este poderá se defender, alegando a *exceptio non adimpleti contractus*.

Dessa forma, a exceção de inadimplemento arguida servirá de defesa nos casos em que, como se observa no exemplo acima, as prestações são exigíveis de forma simultânea, onde a entrega do quadro apenas será exigível com a entrega do valor parcial acordado anteriormente.

O disposto no artigo suso mencionado, obviamente, não tem validade para as prestações futuras, as quais ainda não podem ser exigíveis de uma vez que não foram executadas por nenhuma das partes vinculadas através do contrato. (VENOSA, 2017)

²⁷ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Para ilustrar a interpretação da jurisprudência quanto à aplicação do instituto nas relações contratuais do direito civil nos moldes do artigo mencionado supra, cita-se como exemplo a ementa da decisão do Tribunal de Justiça (TJ) do Rio Grande do Sul no julgamento Recurso Cível nº 71002920817, de 2011, relativo à compra de imóvel que possuía débito junto à companhia de energia elétrica:

EMENTA

AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DE BENS MÓVEIS. INADIMPLENTO. APLICAÇÃO DA REGRA INSERTA NO ARTIGO 476 DO CÓDIGO CIVIL. JUÍZO DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDO.

1. Ao pretender exigir do comprador o cumprimento de obrigação assumida no contrato, deve o vendedor demonstrar que observou a parte que lhe incumbia na avença, nos termos do artigo 476 do Código Civil.

2. No caso, para que o comprador efetuasse o pagamento das últimas parcelas, deveria o vendedor providenciar a quitação de débitos junto à concessionária de energia elétrica, referentes ao imóvel onde os bens dispostos no contrato se encontravam.

3. Do que se infere do processado, ao contrário do que sustenta o vendedor nas razões de recurso, não houve o cumprimento de sua parte na contratação, já que os documentos acostados nas fls. 21/35 dão conta que havia fraude no medidor, e que o débito decorrente de tal fato não restou quitado.

4. Portanto, a conclusão manifestada pelo julgador singular deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, já que o autor não logrou êxito em demonstrar os fatos constitutivos do direito pleiteado na inibcial.

RECURSO IMPROVIDO. (destacou-se em negrito)

No que tange ao artigo 477²⁸ do CC, diferentemente do disposto no artigo anterior, ele tem como escopo a proteção antecipada de um dos contratantes frente à impossibilidade do outro contratante de adimplir o contrato. Dessa maneira, por não haver ainda se configurado um adimplemento por nenhuma das partes, existe aqui uma proteção futura contra o possível inadimplemento do mesmo. Como descreve Nader (2016, p. 172): “o ordenamento permite ao devedor aguardar o recebimento de seu crédito ou a oferta de garantia suficiente, para depois efetivar o pagamento devido.”.

A aplicação do artigo 477 do CC é observada no entendimento emanado de decisão do TJ do Distrito Federal, no julgamento da Apelação Cível do Juizado Especial 20060110565437/DF, 2007:

Civil. Ação de cobrança c/c danos morais. Contrato de empreitada. Descumprimento do avençado por parte da requerida. Atrasos na conclusão dos serviços. Não obstante a previsão de pagamento dos serviços por etapas, segundo um cronograma físico-financeiro, realizando-se o pagamento sem que a etapa correspondente tivesse sido

²⁸ Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

concluída. Pedidos de adiantamento de pagamento recusado pelo contratante. Rescisão contratual. Devolução dos valores pagos reconhecida. Sentença mantida. Recurso improvido. 1. Correta se mostra a sentença que, à vista do provado nos autos, reconhece a culpa da requerida no descumprimento do contrato de empreitada, e a condena a restituir os valores pagos e que corresponderiam a etapas da obra não realizadas. 2. Se, conforme o contrato, o pagamento dos serviços obedeceria a um cronograma físico da obra, realizado o pagamento, mas restando incontroverso que a etapa correspondente não fora executada, a conclusão a que se chega é que os valores adiantados pelo dono da obra ao empreiteiro devem ser devolvidos. 3. ‘Contrato de construção de imóvel. Cooperativa habitacional. Construtora. Legitimidade passiva. Inadimplemento antecipado. Rescisão c/c devolução de parcelas. Retenção parcial. Inadmissibilidade. Lucros cessantes. Inexistência. Ônus de sucumbência. 1. *Omissis*. 2. **O acentuado e injustificado atraso da obra e a evidente impossibilidade, reconhecida pela própria contratada, de entregá-la no termo ajustado deixam claro o inadimplemento antecipado. 2.1. Nesse caso, inconfundível com a exigência antecipada da obrigação, não está o contratante compelido a aguardar o advento do *dies ad quem*, cujo descumprimento lhe foi anunciado, para só então demandar a desconstituição do negócio com perdas e danos. Pode, desde logo, propor a ação.** 3. *Omissis*’ (20020110877544 APC, Relator Valter Xavier, 1.^a Turma Cível, j. 10.05.2004, DJ 07.04.2005, p. 79). 4. **Tem-se como correta a decisão que julga improcedente o pedido contraposto, quando o julgador fundamenta o seu convencimento na culpa do formulador de tal pedido e conclui de forma acertada que ele fora o causador da quebra contratual, sem direito à indenização por danos morais e materiais não comprovados.** 5. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, com súmula de julgamento servindo de acórdão, na forma do artigo 46 da Lei 9.099/1995. Considero pagas as custas processuais. Honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação, a cargo do recorrente” (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Processo: ACJ Apelação Cível do Juizado Especial 20060110565437ACJ DF, Acórdão: 276.718, Órgão Julgador: Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F. Data: 19.06.2007, Relator: José Guilherme, Publicação: Diário da Justiça do DF: 27.07.2007, p. 173). (destacou-se em negrito)

3.1 Elementos caracterizadores da *exceptio non adimpleti contractus*

Existem basicamente três elementos que são considerados fundamentais para caracterizar a exceção do contrato não cumprido. Eles são sintetizados da seguinte maneira: existência de um contrato bilateral e, dessa forma, sinalagmático; demanda de uma das partes pelo cumprimento do disposto no contrato, caracterizando uma defesa frente ao inadimplemento do contrato e; prévio descumprimento da prestação pela parte demandante. (GANGLIANO; PAMPLONA, 2017)

O primeiro elemento é a existência de um acordo bilateral, onde há um sinalagma. Como descreve Gangliano e Pamplona (2017, p. 308), a exceção “somente pode ser invocada em contratos onde há uma dependência recíproca das obrigações, em que uma é a causa de ser da outra, não sendo aplicável, a priori, para outras relações jurídicas”.

O segundo elemento é a necessidade da demanda de uma das partes exigindo o inadimplemento do que está disposto no contrato. Dessa forma, conforme preceitua Gangliano e

Pamplona (2017, p. 308), “Somente há sentido na invocação de uma exceção substancial (defesa em sentido material) se há uma provocação, exigindo-se o cumprimento, pois, na inércia das partes, não há que falar em defesa”.

O terceiro elemento é o prévio descumprimento da prestação contratual que justifique a demanda. Nesse caso, deve haver um descumprimento do contrato por uma das partes para que assim a outra possa valer-se desse instituto, caso o contrato tenha sido cumprido por ambas as partes, não há que se falar em sua utilização.

Conforme descreve Gangliano e Pamplona (2017, p. 308-309), é esse descumprimento “que autoriza o excipiente a se valer da *exceptio non adimpleti contractus*, uma vez que, tendo havido cumprimento da prestação, na forma como pactuada, a demanda pelo seu cumprimento constitui o regular exercício de um direito potestativo.”.

Em síntese, esse descumprimento ou inexecução do contrato é fundamental, como visto, para a aplicação da exceção do contrato não cumprido. Dessa maneira é necessário também entender como ocorre a inexecução nos contratos administrativos de serviço, para assim também compreender a aplicação da exceção nesses contratos.

3.2 Inexecução dos contratos administrativos

A inexecução ou inadimplência do contrato administrativo ocorre quando uma das partes descumpra de maneira total ou parcial o que está disposto no contrato. Meirelles (2016, p. 266), explica que esse inadimplemento “Pode ocorrer por ação ou omissão, culposa ou sem culpa, de qualquer das partes, caracterizando o retardamento (mora) ou o descumprimento integral do ajustado.”.

Independentemente do motivo do inadimplemento, o mesmo poderá ensejar a rescisão contratual, que foi estudada no Capítulo II. Essa possibilidade está disposta no artigo 77 da lei nº 8.666/93, ao dispor que: “A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.”.

Em regra, espera-se que as partes contratuais cumpram de maneira adequada as disposições previstas no contrato, sendo que o seu inadimplemento pode advir tanto da culpa quanto de situações que fogem do controle das partes. Assim, a inexecução está dividida basicamente em duas formas, a ‘inexecução culposa’ e a ‘inexecução sem culpa’. (OLIVEIRA, 2017).

3.2.1 Inexecução culposa do contrato

A inexecução culposa se refere aos casos em que se atribui culpa a uma ou ambas as partes pelo não cumprimento do que foi anteriormente ajustado no contrato. Conforme preceitua Meirelles (2016, p. 266), “A inexecução ou inadimplência culposa é a que resulta de ação ou omissão da parte, decorrente de negligência, imprudência, imprevidência ou imperícia no atendimento das cláusulas contratuais.”.

Quando a culpa recai sobre o contratado pode a Administração Pública aplicar as sanções contratuais cabíveis, respeitando a proporção da inadimplência, para forçar o adimplemento do contrato. Nesse caso, o Poder Público oportunizar a ampla defesa e o contraditório para o contratado. (OLIVEIRA, 2017)

Sendo a culpa comprovadamente do contratado, a lei nº 8.666/93, em seu artigo 80 dos incisos I ao IV, aponta as seguintes consequências: (I) o direito de o Poder Público assumir de imediato o objeto do contrato; (II) a possibilidade de ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal com os quais era executado o contrato; (III) a execução dos valores das multas e indenizações, bem como da garantia contratual, visando ao ressarcimento do Poder Público; (IV) a retenção dos créditos do contratado até que sejam reparados os prejuízos causados à Administração. (BRASIL, 1993)

Nos casos em que a culpa é da Administração Pública, ela deve compensar o contratado em conformidade com as disposições contratuais e legais a fim de dirimir o ônus daí advindo, pois este não deve ser responsabilizado por situações que são de responsabilidade da contratante.

O doutrinador Rezende Oliveira (2017, p. 275) determina, nesse ponto, que o Poder Público “deve rever as cláusulas do contrato para não prejudicar o contratado (prorrogação do prazo contratual, revisão dos valores devidos etc.). Nesse caso, o particular poderá pleitear o distrato ou a rescisão judicial do ajuste.”.

3.2.2 Inexecução sem culpa do contrato

A inexecução sem culpa é aquela em que a inadimplência do contrato advém de fatos que não são imputáveis a nenhum dos contratantes, os quais acabam impedindo o adimplemento do contrato de forma total ou parcial. Nessa situação, nas palavras de Meirelles (2016, p. 267) “embora ocorra a inadimplência e possa haver rescisão do contrato, não haverá

responsabilidade alguma para os contratantes, porque aqueles eventos atuam como causas justificadoras da inexecução do contrato.”.

Quando ocorrer a inexecução sem culpa, para que o contrato volte à normalidade anterior, considera-se, na lição de Rezende Oliveira (2017, p. 276), que deverá ser tomada uma das seguintes atitudes: “(i) continuidade do ajuste com a revisão do contrato para reequilibrar a equação econômico-financeira inicial; ou (ii) extinção do contrato, caso não haja possibilidade de prosseguimento do ajuste.”.

Devido à imprevisibilidade que leva ao inadimplemento do contrato nessa forma de inexecução, faz-se necessário entender quais são as situações que retiram a responsabilidade dos contratantes em relação ao cumprimento do contrato. Esse entendimento somente é possível ao se fazer uma análise acerca da teoria da imprevisão, a qual será vista no próximo tópico.

3.2.3 Teoria da imprevisão

A *teoria da imprevisão* está vinculada a situações imprevisíveis que prejudicam o adimplemento dos contratos administrativos. Relaciona-se, devido à imprevisibilidade, com a inexecução sem culpa do contrato. Além disso, ela visa demonstrar quais causas justificadoras do inadimplemento do mesmo.

Ela tem sua aplicação pautada, como mencionado, em eventos eivados de imprevisibilidade, o que acaba alterando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e influenciando diretamente na execução do mesmo. Consoante explica Rezende Oliveira (2017, p. 277) “A teoria da imprevisão é aplicada aos eventos imprevisíveis, supervenientes e extracontratuais de natureza econômica (álea extraordinária econômica), não imputáveis às partes, que desequilibram desproporcionalmente o contrato.”. Passa-se a umas breves considerações a respeito das hipóteses de imprevisão no direito administrativo.

Existem quatro hipóteses, que são causas justificadoras do inadimplemento do contrato, em que se dará a aplicação da teoria de imprevisão. Elas influenciam no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que por vezes exige a revisão dos preços e prazos que foram pactuados quando da criação do vínculo contratual. As hipóteses são as seguintes: caso fortuito e força maior, interferências imprevistas, fato da administração e fato do príncipe. (CARVALHO, 2017)

3.2.3.1 Caso fortuito ou força maior

O caso fortuito ou força maior são eventos evitados pela imprevisibilidade e inevitabilidade, que acabam impossibilitando o adimplemento do contrato. Conforme dispõe Matheus Carvalho (2017, p. 558) “Pode decorrer de fatos humanos, desde que não sejam provocados por nenhuma das partes do acordo, ou podem ser causados por fatos da natureza, em relação aos quais nenhuma medida pode ser tomada para obstar sua precipitação.”.

Como exemplo, cita-se um terremoto que impossibilita a execução de determinada obra, o que irá gerar a necessidade de revisão dos valores pagos no momento que se iniciou o contrato, além de ser necessária a modificação dos prazos para que a mesma obra fosse entregue como disposto no contrato.

3.2.3.2 Interferências imprevistas

As interferências imprevistas, conforme dispõe a doutrina de Meirelles (2016, p. 271) “São ocorrências materiais não cogitadas pelas partes na celebração do contrato, mas que surgem na sua execução de modo surpreendente e excepcional, dificultando e onerando extraordinariamente o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos.”.

As situações acima expostas são aquelas que já existiam antes da celebração do contrato, a qual se dá após o processo licitatório, e que, por um motivo diverso da vontade das partes contratantes, só foram conhecidas com a execução da obra ou do serviço. Dessa forma, não há que se falar em responsabilização de qualquer uma das partes acerca do fato ocorrido, cabendo apenas o ressarcimento pelos danos causados ao patrimônio do contratante que restou prejudicado.

3.2.3.3 Fato da administração

O fato da administração está relacionado aos casos em que o próprio Poder Público, através de sua atuação, impede que o contrato possa ser executado de forma regular pela empresa contratada. Esse fato acaba onerando de maneira excessiva a contratada, impossibilitando que a mesma adimple o que foi ajustado no contrato.

Um exemplo dessa situação pode ser visto no livro de Matheus Carvalho (2017, p. 559) “a Administração contrata uma empresa para realização de uma obra e, por descaso, não

expede as ordens de serviços respectivas ou efetiva as desapropriações necessárias à aquisição dos terrenos onde as obras seriam executadas.”.

3.2.3.4 Fato do príncipe

A última hipótese da teoria da imprevisão é o fato do príncipe. Nesse caso, há uma atuação extracontratual da Administração Pública que acaba repercutindo na execução do contrato administrativo. Conforme descreve o doutrinador Rezende Oliveira (2017, p. 277) em seu livro "é o fato extracontratual praticado pela Administração que repercute no contrato administrativo (ex.: aumento da alíquota do tributo que incide sobre o objeto contratual). Trata-se de um fato genérico e extracontratual imputável à Administração Pública”.

Em todas as hipóteses da teoria da imprevisão tratadas a solução para a continuidade regular do contrato se dará de duas maneiras: a primeira é a rescisão do contrato pela impossibilidade do adimplemento; a segunda é continuação da execução da obrigação contratual, como a revisão dos preços dos mesmos para que o equilíbrio econômico-financeiro seja restaurado, conforme dispõe o artigo 65²⁹, inciso II, da lei nº 8.666/03. (CARVALHO FILHO, 2017)

3.3 A lei nº 8.666/93 e sua orientação sobre a exceção do contrato não cumprido

A possibilidade de aplicação dessa exceção foi introduzida, mesmo que de maneira restrita, com o advento da lei nº 8.666/93. Antes, a doutrina majoritária entendia que não era possível aplicar esse instituto aos contratos administrativos, devido à série de princípios que impediam essa aplicação, reforçando ainda mais a importância das prerrogativas especiais da Administração Pública e a supremacia do interesse público. Assim, na opinião de Rezende

²⁹ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Oliveira (2017, p. 275) em relação ao posicionamento da doutrina antes e depois da lei de licitação e contratos administrativos:

Primeira posição: descabimento da *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos administrativos. Esse entendimento era defendido por alguns autores antes do advento da Lei 8.666/1993 e se fundamentava em três argumentos: (i) princípio da legalidade: não havia à época legislação autorizando a invocação da *exceptio* pelo contratado; (ii) princípio da supremacia do interesse público: o interesse do particular em receber valores não pode se sobrepor ao interesse público na execução da avença; e (iii) princípio da continuidade do serviço público: a suspensão do contrato colocaria em risco a continuidade dos serviços prestados à coletividade. Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles.

Segunda posição: possibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos administrativos. Esse é o entendimento majoritário na atualidade, especialmente pela previsão expressa no art. 78, XIV e XV, da Lei 8.666/1993. Nesse sentido: José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

A exceção do contrato não cumprido, no direito privado, é vista como uma proteção aos contratantes, pois possibilita o descumprimento do que está disposto no contrato frente ao inadimplemento de qualquer uma das partes. No que tange ao direito administrativo, a regra é a impossibilidade de rompimento do vínculo contratual pelo contratado frente à inadimplência da Administração Pública, sobrando àquele a seara administrativa ou judicial, nesse diapasão descreve Di Pietro (2017, p. 320):

No direito administrativo, o particular não pode interromper a execução do contrato, em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular; em regra, o que ele deve fazer é requerer, administrativa ou judicialmente, a rescisão do contrato e pagamento de perdas e danos, dando continuidade à sua execução, até que obtenha ordem da autoridade competente (administrativa ou judicial) para paralisá-lo. Note-se que a Lei no 8.666/93 só prevê a possibilidade de rescisão unilateral por parte da Administração (art. 79, I); em nenhum dispositivo confere tal direito ao contratado.

Em que pese essa regra mencionada supra, a própria lei tratou de descrever as situações onde haveria a possibilidade de aplicação do referido instituto no direito administrativo, que pode ser verificada na Lei 8666/93 em seu artigo 78, nos incisos XIV, XV e XVI.

Como foi tratado no Capítulo I, as prerrogativas especiais colocam o Poder Público numa posição de superioridade nos contratos administrativos de serviços no que tange à empresa prestadora, ficando esta condicionada a aderir às cláusulas dispostas no contrato.

Um dos pontos mais importantes que advém dessas prerrogativas especiais é o surgimento da chamada mutabilidade dos contratos administrativos, pois, conforme

preleciona Di Pietro (2017, 320) “conferem à Administração o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público.”.

Um dos obstáculos para aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* reside no fato de que a supremacia do interesse público, em regra, juntamente com o princípio da continuidade dos serviços públicos restringe excessivamente a possibilidade de aplicação da referida exceção. Ficando o contratado obrigado a adimplir o contrato mesmo em casos extremos, como na hipótese do não pagamento dos valores acordados, restando assim a busca da tutela jurisdicional. Dessa forma leciona Di Pietro (2017, 319),

No direito administrativo, o particular não pode interromper a execução do contrato, em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular; em regra, o que ele deve fazer é requerer, administrativa ou judicialmente, a rescisão do contrato e pagamento de perdas e danos, dando continuidade à sua execução, até que obtenha ordem da autoridade competente (administrativa ou judicial) para paralisá-lo.

Segue opinião semelhante Nohara (2017, p.446), a qual, ao analisar o tema, assevera que somente o Poder Público pode rescindir unilateralmente o contrato, de modo que, no caso da empresa que presta o serviço, a rescisão “deverá, portanto, ser pleiteada administrativa ou judicialmente, conforme visto, sendo o particular obrigado a dar continuidade à execução do contrato até a obtenção do provimento administrativo ou judicial.”.

Respeitadas as questões atinentes ao interesse público, o qual foi objeto de estudo detalhado no primeiro capítulo, uma forma de proteção à empresa contratada em relação à Administração Pública, quando esta não cumpre o que foi estabelecido no contrato firmado, é o instituto da exceção do contrato não cumprido.

A utilização do instituto da exceção do contrato não cumprido seria de importância impar para a contratada, pois como assevera Carvalho Filho (2017, p. 200) esse instituto “significa que uma parte contratante não pode exigir da outra o cumprimento de sua obrigação sem que ela mesma tenha cumprido a sua.”.

Esse dispositivo, como foi observado em momento oportuno, advém do direito civil e tem a sua expressão restringida no âmbito dos contratos administrativos de prestação de serviço, sendo fundamental para a manutenção do equilíbrio das partes, o que fomenta o bom cumprimento do contrato. (VENOSA, 2017)

3.3.1 Hipóteses restritas da exceção do contrato não cumprido previstas na Lei 8.666/93

Depreende-se que a Lei 8.666/93 trouxe a possibilidade restrita de aplicação desse instituto nos contratos administrativos, frente à inércia por parte do Poder Público de adimplir o contrato. Tal possibilidade de aplicação está prevista “no art. 78, XIV, XV e XVI, da lei, isto é, suspensão da execução por mais de 120 dias, atraso de pagamento superior a 90 dias e não liberação de área, local ou objeto ou das fontes de materiais naturais.”, assinala a autora Nohara (2017, p. 446). Assim, o referido artigo tem disposto que:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

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;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

Para facilitar o entendimento, observaremos o quadro sinóptico das possibilidades de aplicação da exceção do contrato não cumprido, elaborado por Nohara (2017, p. 446), a respeito do assunto, ao comparar as duas posições do direito privado, de um lado, e do direito público, de outro:

Restrição ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*

DIREITO PRIVADO: nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro – art. 476, CC.

DIREITO PÚBLICO: Lei nº 8.666/93 – mitigação ao uso da exceção. Particular poderá suportar, sem dar ensejo, como regra geral, à rescisão:

- até 120 dias de suspensão da execução (art. 78, XIV);
- até 90 dias de atraso nos pagamentos (art. 78, XV); Obs.: nada obsta que o particular entre com liminar pleiteando suspensão do cumprimento da obrigação antes do prazo, se comprovar que não será capaz de suportar a situação.
- também pode pleitear a rescisão, pela via administrativa ou judicial, quando não ocorre a liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento (art. 78, XVI).

Cada uma dessas situações expostas nos incisos do artigo 78 pode, direta ou indiretamente, resultar em prejuízos para a empresa responsável pela prestação do serviço à Administração Pública. Nos casos dos incisos XIV e XVI, busca-se evitar o ônus decorrente da disponibilização de toda a estrutura da empresa para prestação do serviço que ou foi suspenso ou teve o seu objeto não disponibilizado para execução, gerando assim custos com materiais, pessoal, logística, dentre outros.

Percebe-se, inicialmente, que nesses dois incisos tratados, ou não há uma efetiva prestação do serviço por parte da empresa contratada ou o mesmo foi suspenso, sendo a inexecução do contrato de responsabilidade da própria Administração Pública. Dessa forma, como o serviço não está sendo efetivamente prestado, fica clara a necessidade da aplicação da exceção do contrato não cumprido pela contratada, pois, não pode a prestadora do serviço, devido à morosidade do Poder Público, ficar presa a um contrato que, em tese, deveria estar envolvido pelo manto do interesse público.

O caso exposto no inciso XV tem uma abordagem diferente, pois não há uma intenção da Administração Pública de suspender a execução do serviço e nem há óbices em relação à disponibilidade do objeto do contrato. Assim, o serviço deve ser prestado, porém não há a contraprestação pecuniária, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, para tornar possível essa prestação.

3.3.2 Ampliação do instituto em alguns casos segundo orientação da doutrina

O doutrinador Carvalho Filho (2017, p. 201), no caso do não pagamento por parte do Estado-Administração, recomenda que, na prática, dever-se-ia ir além da aplicação do que está disposto no inciso XV, e estabelece a possibilidade de aplicar a exceção do contrato não cumprido, também, aos casos onde ocorrer *a falta de pagamento que impossibilite a prestação do serviço e a própria manutenção da empresa*. Veja-se o seguinte comentário deste autor:

O dispositivo, como se vê, parece considerar que, antes de 90 dias, não possa o particular reclamar do atraso nos pagamentos. Entendemos, entretanto, que, em situações especiais, se o prejudicado, mesmo antes desse prazo, ficar impedido de dar continuidade ao contrato por força 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 parece ser inteiramente iníquo e injurídico

Pautado nesse entendimento de Carvalho Filho, a aplicação desse instituto poderia ser ampliada também para outros casos, onde o descumprimento do contrato por parte da Administração Pública acabe gerando grave desequilíbrio econômico-financeiro para empresa contratada. Atos do Poder Público que podem trazer sérios prejuízos para a prestadora de serviços são: a ‘alteração unilateral’, a ‘rescisão unilateral’ e o ‘não pagamento do contrato’.

3.3.2.1 Por alteração unilateral do contrato

Em relação à alteração unilateral do contrato, o Estado, ao fazer acréscimos ou supressões nos valores firmados anteriormente sem a respectiva atualização da contraprestação financeira à empresa contratada, pode prejudicar a captação do lucro inicialmente estipulado no contrato.

Para o doutrinador Matheus Carvalho (2017, p. 548), “independentemente do motivo que enseje a alteração contratual, esta alteração encontra uma barreira que não pode ser ultrapassada pelo Estado, qual seja, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”, dessa forma “o particular tem a garantia de que, haja o que houver, será mantida pelo ente estatal a margem de lucro contratada.”.

3.3.2.2 Por rescisão unilateral

Já a rescisão unilateral por parte da Administração Pública, como descreve Matheus Carvalho (2017, p. 549), “é prerrogativa dada ao ente público contratante de pôr fim à avença, independentemente, de consentimento do particular e sem depender de decisão judicial.”, e continua afirmando que “no caso de rescisão motivada por razões de interesse público, a administração deve indenizar o particular se houver dano, bem como indenizar os investimentos não amortizados do contratado, em razão da extinção antecipada do acordo.”.

3.3.2.3 Por ‘não pagamento do contrato’

A questão do relevante interesse público como justificativa da autoridade competente para o não adimplemento do contrato, pode fazer desse ato, devido ao critério subjetivo descrito, algo corriqueiro. Essa situação pode gerar muitos problemas para a empresa contratada, podendo levar a mesma, em última instância, a não honrar nem o pagamento de

seus empregados. Essa hipótese gera claros danos para os empregados, que terão subtraído de si um direito primordial, qual seja o justo pagamento pelo trabalho prestado.

Além disso, a prestadora de serviços terá pela frente, em relação aos direitos trabalhistas de seus empregados, uma eficiente Justiça do Trabalho, que a despeito da responsabilidade do não cumprimento do contrato por parte do Poder Público, haverá de aplicar as penalidades cabíveis para a empresa contratada.

CAPÍTULO IV

4 FRAGILIZAÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL ADVINDO DA RESTRIÇÃO À APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO

A restrição à aplicação da exceção do contrato não cumprido gera uma fragilização no vínculo contratual, principalmente para a empresa prestadora do serviço e, reflexamente, para a própria Administração Pública. Essa fragilização gira em torno basicamente do não adimplemento do contrato por parte do Poder Público, pois, como foi visto no Capítulo III, este pode não efetuar o pagamento dos valores estipulados no contrato pelo prazo de até 90 (noventa) dias.

O foco, nesse momento, é o não adimplemento por parte da Administração Pública, pois nos casos onde o contratado não adimple o contrato, aquela pode rescindir o mesmo de maneira unilateral. Essa rescisão unilateral do contrato, como foi visto em momento oportuno, é uma das cláusulas de privilégio que o Poder Público possui.

Nesse prazo de 90 (noventa) dias, a empresa que presta o serviço passa a operar sem o recebimento da contraprestação pecuniária descrita no contrato, devendo, assim, arcar com todo o ônus relativo ao pagamento de seus funcionários e dos fornecedores dos materiais, os quais são necessários para a prestação do serviço.

No edital deve constar a forma que se dará o pagamento da empresa prestadora de serviços, não podendo esse ser superior a 30 (trinta) dias, além de outras questões atinentes ao adimplemento do contrato. Essas questões estão descritas no artigo 40, inciso XIV, alínea “a” a “e” da lei nº 8.666/93, da seguinte maneira:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XIV - condições de pagamento, prevendo:

- a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;**
- b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
- c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;
- d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
- e) exigência de seguros, quando for o caso; (destacou-se em negrito)

Dessa maneira, já no edital está disposta a obrigatoriedade do pagamento dos valores à empresa prestadora dentro do prazo máximo de 30 (trinta) dias, e, na alínea “d” do mesmo inciso, existe a garantia de compensações financeiras pelo atraso do pagamento. Essas determinações do inciso XIV desse artigo deverão estar dispostas nas cláusulas contratuais, obrigando, assim, a Administração Pública a adimplir o contrato dentro do prazo legal.

Além do disposto no artigo mencionado supra, o artigo 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93 determina, na mesma seara, a necessidade de que no contrato venha disposto as formas de pagamento do prestador de serviço e os critérios de atualização monetária. Ele determina que são ‘cláusulas necessárias’, e dessa maneira critério para validade do contrato, aquelas que venha a estabelecer “o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data de adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”.

Como podemos observar, apesar da obrigatoriedade do pagamento dos valores à empresa contratada para prestar determinado serviço no prazo máximo de 30 (trinta) dias, a própria lei de licitações e contratos administrativos dá margem para que a Administração Pública exija o cumprimento do contrato mesmo sem fazer o respectivo pagamento pelo prazo de 90 (noventa) dias.

A impossibilidade da prestadora de serviço usar a exceção do contrato não cumprido, nesses casos, vinculados principalmente a questões financeiras, traz sérios problemas para a continuidade do vínculo contratual. Esse fato pode afetar o equilíbrio econômico-financeiro da empresa e, conseqüentemente, o serviço por ela prestado. Como bem descreve Bandeira de Mello (2013, p. 647 - 648),

Uma vez que o atraso de pagamentos é uma violação contratual, não bastam a correção monetária para ressarcimento do credor. Este faz jus, ainda, a indenização de quaisquer prejuízos que haja sofrido em decorrência do pagamento a destempo (embora corrigido), a começar por juros de mora ou eventualmente compensatórios, bem como por despesas que haja sido obrigado a fazer para dar continuidade ao contrato durante o período em que teve de prover ao necessário para cumprir suas prestações mesmo sem o recebimento dos valores que, se lhe tivessem sido pagos, serviriam para acobertá-las.

Esse entendimento de Bandeira de Mello acaba comprovando a necessidade do respeito ao adimplemento dos valores contratuais, demonstrando a importância dos recursos financeiros para que o serviço seja prestado. Dessa forma, enseja não apenas a correção monetária, mais também a indenização pelos prejuízos decorridos do não pagamento à prestadora de serviço.

O pagamento dos valores devidos à contratada dentro de um prazo predeterminado é tão importante que a lei exige que venha insculpido, como foi visto, tanto no edital do processo licitatório quanto no próprio contrato firmado entre as partes. Descrevendo o prazo máximo para o adimplemento.

4.1 Efeitos para a empresa prestadora de serviços

A impossibilidade de utilizar-se da exceção do contrato não cumprido gera três efeitos principais para a empresa prestadora de serviços: o *dano ao equilíbrio econômico-financeiro da empresa prestadora de serviços, incapacidade de adimplir suas obrigações trabalhistas e a impossibilidade de contratar com o poder público*. (MEIRELLES, 2016; CARVALHO, 2017; MELLO, 2013)

Esses efeitos poderiam ser evitados caso a exceção do contrato não cumprido pudesse ser utilizada de maneira similar ao que acontece nos contratos do setor privado, onde é possível a suspensão da prestação do serviço frente ao não pagamento dos valores dispostos no contrato.

Eles são uma decorrência da obrigatoriedade que recai sobre a empresa prestadora de dar continuidade à prestação do serviço se utilizando de seus próprios recursos, os quais, na maioria das vezes, são limitados frente aos valores necessários para que a execução do contrato seja continuada.

4.1.1 Danos ao equilíbrio econômico-financeiro.

O equilíbrio econômico-financeiro é fundamental para que a empresa prestadora de serviço possa adimplir com as obrigações assumidas na época da criação do vínculo, sendo que sua manutenção está pautada no respeito ao adimplemento das cláusulas contratuais por ambas as partes. Desse modo, deve ser mantida a relação inicial entre os encargos e as vantagens, que teve sua viabilidade comprovada desde o processo licitatório até a criação do vínculo contratual, para que assim seja possível a manutenção da execução do serviço enquanto durar o contrato. (CARVALHO, 2017)

Esse equilíbrio gira em torno da igualdade entre as partes, estando relacionado à necessidade de cumprimento das obrigações assumidas e o respectivo pagamento por parte da Administração Pública da maneira acordada no contrato. Na visão de Bandeira de Mello (2013, p. 654) sintetiza este autor que o “Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação

econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá.”.

A proteção à manutenção da capacidade financeira da contratada, como se observa, acaba sendo um dos objetivos para a própria existência do contrato. O equilíbrio pode sofrer danos diretos em face da atuação da própria Administração Pública, modificando unilateralmente o contrato ou não adimplindo suas obrigações contratuais, e, nesses casos, fica o contratado impossibilitado de se proteger utilizando a *exceptio non adimpleti contractus*, ficando preso à espera do decurso do prazo de 90 (noventa) dias de inadimplência por parte do Estado.

No primeiro caso, o Poder Público, utilizando-se do interesse público, modifica o que foi pactuado onerando excessivamente a contratada. Como aponta Bandeira de Mello (2013, p. 657) surgem: “Agravos econômicos oriundos das sobrecargas decididas pelo contratante no uso de seu poder de alteração unilateral do contrato, isto é, impostas ao contratante privado para ajustar suas prestações a cambiantes exigências do interesse público.”

No segundo caso, ocorre quando a Administração Pública é quem provoca uma inadimplência, gerando assim uma violação às cláusulas do contrato por parte desta, podendo chegar à mais danosa que é o não pagamento das contraprestações à empresa prestadora do serviço. Para Bandeira de Mello (2013, p. 659) são “Agravos econômicos resultantes da inadimplência da Administração contratante, isto é, de uma violação contratual.”

De forma bem clara adverte Bandeira de Mello (2013, p. 659) que quando o Estado descumpre o que foi pactuado, principalmente no que concerne a deixar de realizar o pagamento dos valores descritos no contrato, a Administração Pública “agrider direito alheio, rompe o compromisso assegurado e afeta o equilíbrio econômico ajustado.”

4.1.1.1 Análise prática de dois casos em concretos: contratos de empresa prestadora de *serviços de segurança e vigilância* e outra que presta *serviços gerais de limpeza, conservação e higienização*

Para demonstrar o dano que a falta de pagamento pode ocasionar para a empresa prestadora de serviços, far-se-á uma breve análise de dois contratos firmados com o Estado do Maranhão no ano de 2017, disponíveis no Portal da Transparência, sendo o primeiro firmado

com uma *empresa que presta serviços de segurança e vigilância*³⁰ e o segundo firmado com uma *empresa que presta serviços gerais de limpeza, conservação e higienização*³¹.

Em condições, ideais de normalidade, onde ambas as partes estão respeitando as cláusulas contratuais, o contrato teria início e chegaria ao fim sem maiores complicações. Porém, caso a Administração Pública, no caso o Estado do Maranhão, acabe não honrando os pagamentos devidos às prestadoras de serviços em relação aos dois contratos, estas sofreriam grandes danos na seara econômica.

O contrato da empresa de prestação de serviços de segurança e vigilância, mencionada supra, tem o valor total de R\$ 783.512,64 (setecentos e oitenta e três mil, quinhentos e doze reais e sessenta e dois centavos), sendo o valor mensal de R\$ 65.292,72 (sessenta e cinco mil, duzentos e noventa e dois reais e setenta e dois centavos).

Como a empresa é obrigada a prestar o serviço mesmo em face do não pagamento do contrato pelo período de 90 (noventa) dias, que correspondem a 3 (três) meses, ela teria que arcar com as contraprestações pecuniárias referentes a esse período com seus funcionários e com seus fornecedores. Nesse caso específico, o gasto seria de R\$ 195.878,16 (cento e noventa e cinco mil, oitocentos e setenta e oito reais e dezesseis centavos), ônus que, de pronto, percebe-se ser excessivo.

O contrato da empresa de prestação de serviços gerais de limpeza, conservação e higienização, mencionada supra, tem o valor total de R\$ 3.785.286,30 (três milhões e setecentos e oitenta e cinco mil e duzentos e oitenta e seis reais e trinta centavos), sendo o valor mensal de R\$ 630.881,05 (seiscentos e trinta mil e oitocentos e oitenta e um reais e cinco centavos).

Como a empresa é obrigada a prestar o serviço mesmo em face do não pagamento do contrato pelo período de 90 (noventa) dias, que correspondem a 3 (três) meses, ela teria que arcar com as contraprestações pecuniárias referentes a esse período com seus funcionários e com seus fornecedores. Nesse caso específico, o gasto seria de R\$ 1.892.643,15 (um milhão e oitocentos e noventa e dois mil e seiscentos e quarenta e três reais e quinze centavos), ônus que, como no anterior, demonstra ser demasiadamente excessivo.

Lembrando que os valores dos atrasos demonstrados em ambos os contratos não estão levando em consideração multas pelo não pagamento das dívidas trabalhistas, a serem

³⁰ Portal da Transparência, Contrato de prestação de serviços de segurança e vigilância firmado em 2017. Disponível em: <<http://app.stc.ma.gov.br/contratta-publico/anexo/11171>>. Acesso em: 18 de setembro de 2017.

³¹ Portal da Transparência, Contrato de prestação de serviços de limpeza, conservação e higienização firmado em 2017. Disponível em: <<http://app.stc.ma.gov.br/contratta-publico/anexo/7665>>. Acesso em: 18 de setembro de 2017.

aplicadas pelos auditores do trabalho, e nem multas advindas do não pagamento dos contratos firmados com terceiros que dependam dos recursos provenientes dos contratos firmados com o Poder Público.

4.1.2 Incapacidade de adimplir as obrigações trabalhistas

A repercussão dos atrasos nos pagamentos estabelecidos no contrato de serviços acima referidos gera prejuízos tanto para a empresa que presta determinado serviço para o Estado, quanto para os funcionários das respectivas empresas. Isso ocorre porque as empresas precisam honrar os pagamentos dos salários dos respectivos funcionários e, para isso, é necessário que a própria Administração honre os pagamentos devidos com o contratado, conforme previsto no contrato.

Inicialmente, faz-se necessário tecer comentários sobre o salário devido aos empregados, o qual corresponde a toda contraprestação pecuniária recebida pelo empregado advinda do contrato de trabalho. (GARCIA, 2017)

O trabalho lícito é de livre escolha e constitui princípio da dignidade humana, além de constituir os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa um dos fundamentos da República brasileira, respectivamente estatuídos nos arts. 5, XIII³² e 1, IV CF³³

Portanto, o direito ao trabalho é tão importante que a própria CF 88, em seu artigo 7º *caput*, instituiu dentre os direitos sociais, e nos incisos IV e V, estabeleceu dentre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais o direito a um salário com o valor mínimo para satisfação das necessidades básicas de qualquer indivíduo e que o piso salarial seja proporcional à complexidade e extensão do trabalho exercido, respectivamente, abaixo transcrito:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

³² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

³³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Além disso, em seu artigo 7º, inciso X, determina que a sua retenção dolosa constitui crime: X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;”. A Constituição Federal no mesmo artigo, dispõe também sobre a proteção de outros direitos aos trabalhadores, porém, vamos nos ater a comentar sobre a remuneração dos trabalhadores da iniciativa privada.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 459, descreve que o salário deve ser pago num período de um mês, devendo ser pago até o quinto dia útil do mês subsequente, estando abaixo transcrito:

Art. 459 - O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.

§ 1º Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.

A respeito do pagamento dos salários, também a Convenção nº 117, da Organização Internacional do Trabalho, que foi recepcionada no direito brasileiro, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 65/66 e promulgada pelo Decreto nº 66.496/70, em seu art. 11.1, determina que:

Tomar-se-ão as medidas necessárias para assegurar que todos os salários ganhos sejam devidamente pagos, e os empregadores terão obrigatoriamente de estabelecer registros, que indiquem os pagamentos dos salários, de entregar aos trabalhadores atestados relativos ao pagamento dos seus salários e de tomar outras medidas apropriadas para facilitar a inspeção necessária.

Vista a proteção dada pelo ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que o salário é um direito substancial para assegurar a dignidade humana a cada trabalhador e suas respectivas famílias, portanto de grande importância, sem o qual o empregado não pode sobreviver ou possa ter uma condição mínima de vida. Por isso é de grande responsabilidade do empregador poder garantir e efetuar o pagamento.

A falta do pagamento dos salários é conhecida como *débitos salariais*, os quais são definidos pelo Decreto-lei nº 368³⁴ de 19 de dezembro de 1968, em seu artigo 1º, parágrafo único, assim transcrito: “*Considera-se em débito salarial a empresa que não paga, no prazo e nas condições da lei ou do contrato, o salário devido a seus empregados*”. Sendo, que como foi visto anteriormente, o prazo para que uma empresa efetue o pagamento nos contratos de serviço não pode ser superior a 30 (trinta) dias e, caso supere os 90 (noventa) dias, a empresa estará em *mora contumaz*.

³⁴ Dispõe sobre efeitos de débitos salariais, e da outras providencias. (BRASIL, 1968).

Entende-se por *mora contumaz* aquele um débito salarial que leva em consideração um lapso de tempo igual ou superior a três meses, conforme dispõe o art. 2.º, § 1.º, do mesmo diploma legal: “*Considera-se mora contumaz o atraso ou sonegação de salários devidos aos empregados, por período igual ou superior a 3 (três) meses, sem motivo grave e relevante, excluídas as causas pertinentes ao risco do empreendimento*”.

Caso isso ocorra, algumas vedações se sujeitam à empresa que conforme o disposto no art. 1.º, caput, do Decreto-lei 368/1968, a empresa em débito salarial ou em mora contumaz, em relação aos seus empregados, não poderá:

Art. 1º - A empresa em débito salarial com seus empregados não poderá:

- I - pagar honorário, gratificação, pro labore ou qualquer outro tipo de retribuição ou retirada a seus diretores, sócios, gerentes ou titulares da firma individual;
- II - distribuir quaisquer lucros, bonificações, dividendos ou interesses a seus sócios, titulares, acionistas, ou membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos;
- III - ser dissolvida.

E além das vedações supra indicadas, caso os diretores, sócios, gerentes, membros de órgãos fiscais ou consultivos, titulares de firma individual ou quaisquer outros dirigentes de empresa incorram na violação dos incisos I e II do supramencionados do artigo 1º, estarão sujeitos à pena de detenção de um mês a um ano, conforme dispõe o artigo 4º³⁵ do mesmo diploma legal. (BRASIL, 1968)

Além disso, as empresas que possuem débitos salariais junto a seus empregados estão sujeitas à imposição de multas. Essa possibilidade de aplicação de multas está prevista no Decreto-lei nº 368/1968. Nesse sentido assim descreve Garcia (2017, p. 505),

As infrações descritas no art. 1.º, incisos I e II (aplicadas ao débito salarial e à mora contumaz), e seu parágrafo único (débito salarial), **sujeitam a empresa infratora à multa variável de 10% a 50% do débito salarial**, a ser aplicada pelo Delegado Regional do Trabalho (Superintendente Regional do Trabalho e Emprego), mediante o processo previsto nos arts. 626 e seguintes, da Consolidação das Leis do Trabalho, sem prejuízo da responsabilidade criminal das pessoas implicadas (art. 7.º). [destacou-se em negrito]

Em relação ao efetivo atraso salarial, a Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989, em seu artigo 4º descreve que estão sujeitos à multa levando em consideração cada trabalhador afetado, no mês do respectivo atraso, conforme está descrito: “O salário pago fora dos prazos

³⁵ Art. 4º - Os diretores, sócios, gerentes, membros de órgãos fiscais ou consultivos, titulares de firma individual ou quaisquer outros dirigentes de empresa responsável por infração do disposto no Art. 1, incisos I e II, estarão sujeitos à pena de detenção de um mês a um ano.

previstos em lei, acordos ou convenções coletivas e sentenças normativas sujeitará o infrator a multa administrativa de 160 BTN por trabalhador prejudicado, salvo motivo de força maior.”.

Esse índice BTN (Bônus do Tesouro Nacional) foi extinto e substituído por vários outros, sendo o último chamado de Unidade Fiscal de Referência – UFIR, modificação trazida pela Portaria nº 290, de 11 de abril de 1997, do Ministério de Estado do Trabalho.

A última atualização oficial do UFIR ocorreu no ano de 2.000, conforme disposto no site da Receita Federal, e possuía o índice de conversão de 1,064³⁶. Dessa forma o valor de 160 BTN atualizado, corresponde a R\$ 170,25 (cento e setenta reais e vinte e cinco centavos), por mês de atraso. Essa será o quantum a ser fixado à multa por atraso de pagamento referente a cada trabalhador, caso o atraso persista por três meses o valor será de R\$ 510,768 (quinhentos de dez reais e setecentos e sessenta e oito centavos) por trabalhador prejudicado.

4.1.2.1 Decorrência na prática diante da incapacidade de adimplir as obrigações na seara trabalhista

A título de exemplo prático, em decorrência da incapacidade de adimplir as obrigações na seara trabalhista, uma ‘Empresa A’ que preste serviços de limpeza e conservação à Administração Pública e tenha 100 (cem) funcionários, no caso de atraso do Poder Público em pagar os valores devidos no contrato, terá que arcar, a título de multa, com um valor de aproximadamente R\$ 51.076,80 (cinquenta e um mil e setenta e seis reais e oitenta centavos).

É claro que além dessa multa por atraso, outras acumulativas poderiam vir a incidir em verdadeiro efeito cascata, e que possuem o mesmo valor de R\$ 170,25 (cento e setenta reais e vinte e cinco centavos), sendo dobrados em caso de reincidência. São exemplos as multas por atraso das férias³⁷, 13º salário³⁸ e vale transporte³⁹, que, somando, constituem multa mensal de

³⁶ Índice UFIR atualizado. Disponível em: < <http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/pagamentos-e-parcelamentos/valor-da-ufir>>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

³⁷ Em relação à multa por atraso de férias, assim dispõe a CLT: Art. 153 - As infrações ao disposto neste Capítulo serão punidas com multas de valor igual a 160 BTN por empregado em situação irregular. Parágrafo único - Em caso de reincidência, embaraço ou resistência à fiscalização, emprego de artifício ou simulação com o objetivo de fraudar a lei, a multa será aplicada em dobro.

³⁸ No caso do 13º salário (gratificação natalina), assim dispõe a lei 7.855/89: Art. 3º Acarretarão a aplicação de multa de 160 BTN, por trabalhador prejudicado, dobrada no caso de reincidência, as infrações ao disposto: I – na Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, que dispõe sobre a Gratificação de Natal;

³⁹ Em relação ao vale-transporte, assim dispõe a lei 7.855/89: Art. 3º Acarretarão a aplicação de multa de 160 BTN, por trabalhador prejudicado, dobrada no caso de reincidência, as infrações ao disposto: V – na Lei nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985, alterada pela Lei nº 7.619, de 30 de setembro de 1987, que instituiu o Vale-Transporte;

R\$ 510,768 (quinhentos de dez reais e setecentos e sessenta e oito centavos) por trabalhador prejudicado.

No caso de 'reincidência' por atraso, o valor dessas multas no período de três meses, se acumulariam, o que faria gerar o pagamento dobrado das mesmas. Logo, o valor subiria para R\$ 2.553,768 (dois mil e quinhentos e cinquenta e três reais e setecentos e sessenta e oito centavos) por trabalhador prejudicado. Esse cálculo leva em consideração os R\$ 510,768, do primeiro mês de atraso, e o pagamento em dobro desse valor, resultaria em um acréscimo nos dois meses subsequentes, de R\$ 1.021,536 para cada mês subsequente.

Retomando o exemplo anterior, além do valor de R\$ 51.076,80 (cinquenta e um mil e setenta e seis reais e oitenta centavos), o qual certamente seria devido, poderia ser somado o valor de R\$ 2.553,768 por trabalhador, que no caso utilizado de amostra, totalizaria R\$ 255.376,80 (duzentos e cinquenta e cinco mil e trezentos e setenta e seis reais e oitenta centavos) só de despesas por falta do pagamento dos salários no período devido.

Em síntese, ao final, ao se somar os valores totais atinentes às multas trabalhistas supracitadas, teríamos a soma do valor de R\$ 51.076,80, referente à multa por atraso de pagamento, com o valor de R\$ 255.376,80, referente às outras três multas, essa despesa iria totalizar um valor estimado de R\$ 306.453,60 (trezentos e seis mil e quatrocentos e cinquenta e três reais e sessenta centavos).

Dessa forma, tomando por base esse valor total apresentado no exemplo trabalhado, fica demonstrado, que a 'Empresa A' acabaria sofrendo danos severos em seu rendimento, comprometendo seu faturamento líquido e também na imagem de sua idoneidade moral, se por atraso causado pela Administração Pública, esta, na condição de contratante, deixar de efetivar o pagamento dos valores devidos no prazo de três meses.

Em suma, verifica-se uma importante repercussão trabalhista em desfavor da empresa contratada, em face desse não pagamento que deixar de ser realizado à mesma pela Administração Pública.

Por fim, ressalta-se que o ônus desse atraso causado eventualmente pela Administração Pública, ainda assim não poderá ser transferido à Administração Pública, consoante disposição do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, que define ser a responsabilidade por encargos trabalhistas, fiscais e comerciais exclusiva do contratado. Veja-se o artigo transcrito abaixo:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Contudo, resta verificar se o legislador nessa ótica estaria se referindo a dívidas oriundas de mau pagamento por inadimplência de mera responsabilidade da empresa contratada, ou se nessa norma se excetuaria as situações dos atrasos ocasionados em virtude da inadimplência provocada pelo Contratante, a Administração Pública, quando esta deu causa ao atraso de cumprimento de suas obrigações.

A esse respeito, analisa-se no tópico seguinte, sobre o tema da responsabilidade solidária, muito debatido na instância jurisdicional em ações tramitando nos tribunais brasileiros, e que acabou sedimentando a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

4.1.2.2 Análise da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Em que pese o descrito na lei, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) através da Súmula 331, vinha admitindo a responsabilidade solidária do Poder Público no pagamento das dívidas trabalhistas, enunciado esse que foi firmado na Resolução nº 174 de 24 de maio de 2011. Conforme descreve Carvalho Filho (2017, p. 213),

A despeito desse dispositivo (art. 71, § 1º, Estatuto), o Tribunal Superior do Trabalho – TST – firmou a Súmula 331, em cujo inciso IV adotou o entendimento de que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador acarretaria a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, incluindo-se entre os responsáveis os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, desde que participassem da relação processual e constassem do título executivo judicial.

Não obstante, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010, conforme descrito no Informativo nº 610, o Supremo Tribunal Federal afastou a responsabilidade subsidiária do Estado, restringindo-a aos casos de culpa por parte do Poder Público, abaixo descrito,

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que,

entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal. ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16) [destacou-se em negrito]

Esse entendimento tem sido corroborado reiteradas vezes nos vários julgamentos dos diversos tribunais brasileiros, como se pode observar em recente julgado extraído do Recurso Extraordinário 760631/DF, em 24 de abril de 2017, onde o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese de repercussão geral:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, **seja em caráter solidário ou subsidiário**, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. [destacou-se em negrito]

4.1.3 Impossibilidade de contratar com o poder público

Inicialmente é necessário compreender que qualquer empresa que tenha interesse em contratar com o Poder Público deve estar com situação regularidade fiscal e trabalhista, além de possuir condições econômico-financeiras para adimplir o contrato. Essa regularidade deve ser comprovada na habilitação do processo licitatório. Como descreve Carvalho Filho (2015, p. 291) “Habilitação é a fase do procedimento em que a Administração verifica a aptidão do candidato para a futura contratação.”.

Em relação à regularidade fiscal, será verificado se a empresa não possui nenhuma dívida fiscal em âmbito federal, estadual e municipal. Conforme destacado por Matheus Carvalho (2017, p. 476) essa regularidade “configura demonstração de que a entidade que pretende participar da licitação não possui débitos em atraso com a Fazenda Pública.”. Conforme dispõe o artigo 193 do Código Tributário Nacional, descrito da seguinte maneira,

Art. 193. Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre.

Tal regularidade será comprovada através da juntada da Certidão Negativa de Débitos (CND) ou de Certidão Positiva de Débitos com efeitos de negativa (CPD-EN)⁴⁰, que será expedida pela Fazenda federal, estadual e municipal no âmbito de suas respectivas competências. Através desses documentos, por exemplo, a empresa pode demonstrar que não possui dívidas em relação a um imposto que é tipicamente cobrado das prestadoras de serviço que é o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS).

A regularidade trabalhista é demonstrada através da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), a qual é expedida pela Justiça do Trabalho. Como descreve Carvalho Filho (2017, p. 293), tal providência serve para “provar a regularidade relativa à seguridade social, ao fundo de garantia e às obrigações trabalhistas.”. Dessa forma, para que venha ser contratada pelo Poder Público, a empresa prestadora de serviços é certo que não pode registrar nenhuma dívida trabalhista em seu desfavor.

Por outro lado, em relação à qualificação econômico-financeira, Meirelles (2016, p. 352) assinala que visa “a capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato.”. Dessa forma, deve a empresa prestadora de serviços possuir condições econômicas para adimplir o contrato. Como descreve Rezende Oliveira (2017, p. 127),

A comprovação dessa qualificação deve ser feita por meio da apresentação dos seguintes documentos: (i) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social; (ii) certidão negativa de falência ou concordata; e (iii) garantia, limitada a 1% do valor estimado do contrato (essa garantia não se confunde com a garantia que deve ser apresentada pelo contratado, na forma do art. 56, § 1.^o⁴¹, da Lei).

⁴⁰ Essa modalidade de certidão está disposta no artigo 206 do Código Tributário Nacional da seguinte maneira: “Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.”.

⁴¹ Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia.

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

Devido a essas exigências para contratar com a Administração Pública, a impossibilidade da empresa prestadora de serviço adimplir com qualquer dessas obrigações impede a mesma de contratar novamente com o próprio Poder Público, ficando impossibilitada de participar das licitações públicas.

4.2 A visão dos tribunais pátrios sobre o tema

A ‘exceção de contrato não cumprido’, por expressa dicção legal, poderá ser aplicada aos *contratos administrativos*, todavia, o direito de paralisar a execução do contrato somente surge ao particular caso a Administração Pública seja inadimplente por mais de noventa dias.

Lamentavelmente, esse entendimento tem se mantido de forma majoritária na jurisprudência dos tribunais, em que pese a demonstração dos danos causados a empresa pela obrigatoriedade da continuação da prestação do serviço mesmo sem a contraprestação pecuniária por parte da Administração Pública.

Em outras palavras, o particular contratado deverá suportar o inadimplemento do poder público por até noventa dias, sem que isso justifique a paralisação do contrato, ainda que tenha aquele de arcar com prejuízos financeiros decorrentes de encargos e multas em relação às obrigações trabalhista, em se tratando de empresas médias com pouca liquidez de caixa. Somente se extrapolado o prazo legal, o contratado poderá suspender a execução do contrato, sem a necessidade de decisão judicial. (Matheus Carvalho, p. 551)

4.2.1 Superior Tribunal de Justiça

No que tange à aplicação desse instituto, o Superior Tribunal de Justiça está de acordo com a *invocação da exceção do contrato não cumprido* somente quando a Administração incorrer em atrasos no pagamento superior a 90 (noventa) dias, nos termos do Regulamento Licitatório, podendo, assim, o particular suspender a prestação dos serviços imediatamente sem necessidade da tutela jurisdicional para tanto. Cite-se a seguinte decisão, extraída do Recurso Especial nº 910.802/RJ, de relatoria da Ministra Eliana Calmon:

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

DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL: DESCABIMENTO – INFRINGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE – SÚMULA 284/STF – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 126, 131, 165 E 458, II, DO CPC: INEXISTÊNCIA. [...] **4. Com o advento da Lei 8.666/93, não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração, ante o teor do art. 78, XV, do referido diploma legal. Por isso, despcienda 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. (destacou-se em negrito)

Esse entendimento foi novamente confirmado quando do julgamento do Recurso Especial nº 879046/DF pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme se demonstra em parte de julgado transcrita abaixo.

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

9, As questões relativas ao efetivo cumprimento pelas empresas das obrigações estipuladas no contrato e à satisfação pela empresa pública de suas contraprestações podem ser analisadas na via dos embargos à execução, porquanto a cognição, nesse caso, é ampla.

10. O Superior Tribunal de Justiça consagra entendimento no sentido de que a regra de não-aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*, em sede de contrato administrativo, não é absoluta. tendo em vista que, após o advento da Lei 8.666/93, passou-se a permitir sua incidência, em certas circunstâncias, mormente na hipótese de atraso no pagamento, pela Administração Pública, por mais de noventa dias (art. 78, XV). A propósito: AgRg no Resp 326.871/PR, 2ª Turma, Rei. Min. Humberto Martins, DJ de 20.2.2008; RMS 15.154/PE, 1ª Turma, Rei. Min. Luiz Fux, DJ de 2.12.2002. Além disso, não merece prosperar o fundamento do acórdão recorrido de que as empresas necessitariam pleitear judicialmente a suspensão do contrato, por inadimplemento da Administração Pública. Isso, porque, conforme bem delineado pela Ministra Eliana Calmon no julgamento do REsp 910.802/RJ {2ª Turma, DJe de 6.8.2008}, "condicionar a suspensão da execução do contrato ao provimento judicial, é fazer da lei letra morta". Entretanto, não há como aplicar a "exceção do contrato não-cumprido" na hipótese em exame, porquanto o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios informou que não há obrigações não-cumpridas pela empresa pública. Isso, porque: (a) houve "concordância da Administração em efetuar o pagamento dos serviços que ainda faltam faturar e executar, da correção monetária dos pagamentos em atraso e dos valores retidos"; (b) "a emissão do Certificado de Recebimento Definitivo somente ocorrerá após o recebimento efetivo do sistema, tal como determina o subitem 20.3 do edital (fl 433 dos autos da execução)"; (c) não há direito à indenização pelos períodos de suspensão do contrato, na medida em que "os embargantes aderiram a todos os termos aditivos dos contratos sem demonstrar qualquer irresignação" (fls. 849/851).

11. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa aplicada em sede de embargos declaratórios. (destacou-se em negrito)

4.2.2 Tribunais de Justiça

A impossibilidade de utilização da exceção do contrato não cumprido, antes do prazo de noventa dias, pode ser vista no julgamento da Apelação Cível nº 2012.0001.005104-67/Teresina-PI em 31 de julho de 2013, pelo o Tribunal de Justiça do Piauí, conforme observa-se na ementa do mesmo, abaixo transcrita:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLENTO DO CONTRATANTE. PARALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DE COBRANÇA. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. IMPOSSIBILIDADE. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO ANTES DA PRESTAÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO. IRREGULARIDADE. COMPENSAÇÃO ENTRE OS VALORES PAGOS E OS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. APELO PROVIDO EM PARTE.

1. No âmbito dos contratos administrativos, não é possível a oposição da exceção do contrato não cumprido antes de decorridos 90 dias de atraso na contraprestação do avençado pela Administração Pública, posto que deve prevalecer a continuidade do serviço, sob a égide da Supremacia do Interesse Público. Inteligência do art. 78, inciso XV, da Lei 8.666/93.

2. Em sede de Administração Pública é vedado o pagamento antecipado de prestações de serviços ainda não realizados e liquidados. Art. 62 e 63, da Lei de Orçamento nº 4320/64 e art. 65, inciso II, alínea “c” da Lei 8.666/93.

3. “[...] Nos contratos administrativos - o pagamento do serviço licitado e contratado deve ser realizado nos moldes do contrato, entretanto, caso ocorra constatações futuras de equívocos quantitativos, o contrato deve ser reequilibrado, conforme as normas que regem o Direito Público - Pagamento da diferença indevido, sob pena de enriquecimento ilícito do contratado. [...]”. [destacou-se em negrito].

Pode-se verificar esse mesmo entendimento no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 0393088-9, pelo TJ de Pernambuco, em 10 de março de 2016, quando determina que somente será possível a suspensão do contrato firmado quando ocorrer o atraso superior a 90 (noventa) dias, conforme transcrito abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLENTO DO ESTADO POR MAIS DE 90 (NOVENTA) DIAS. SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS PELO PARTICULAR. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A presente controvérsia recursal versa sobre a possibilidade de suspensão de serviços prestados pelo particular no âmbito de contrato administrativo, diante da contumaz inadimplência da Administração.

2. Consoante o disposto no art. 78, inciso XV, da Lei 8.666/93, quando o atraso do pagamento pela Administração for superior a 90 (noventa) dias, é facultado ao contratado a suspensão do cumprimento de suas obrigações ou mesmo a rescisão judicial ou amigável.

3. Nesse panorama, preenchidos os requisitos constantes no citado dispositivo (atraso superior a 90 dias e completa execução do serviço), afigura-se legítima a pretensão da agravante de optar por exercer uma faculdade que lhe foi legalmente conferida. Precedentes.

4. É certo que o serviço de monitoramento eletrônico de reeducandos, sob a vigilância do Estado, através de tornazeleiras eletrônicas, é de grande importância para a sociedade. Entretanto, também é certo que o Judiciário não pode legitimar a contumaz inadimplência do Poder Público.

5. Agravo de instrumento provido, à unanimidade, em ordem a revogar a decisão recorrida. (destacou-se em negrito)

4.3 A visão do órgão de controle administrativo: Tribunal de Contas da União

O entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre o instituto da exceção é verificado no julgamento do processo nº 029.072/2013-1. Nele, a Construtora Salles Ltda, utilizando-se da exceção do contrato não cumprido, paralisou a prestação do serviço de asfaltamento em face do não adimplemento do contrato firmado pelo município de Planaltino/BA. A justificativa da utilização da exceção foi observada nas alegações de defesa da Construtora Salles Ltda, abaixo transcrito:

Alegações de defesa:

[...]

d) a inadimplência da Prefeitura de Planaltino/BA, quanto ao pagamento de duas parcelas (dois cheques) no montante de R\$ 24.778,35, à época dos fatos, pelos serviços contratados com a Construtora Salles Ltda., motivaram a não realização da pavimentação em uma extensão de 900 m², segundo declara a defesa. **Em decorrência, alega a exceção do contrato não cumprido, como fundamento para a paralisação dos serviços contratados;**

e) em conclusão, requer que seja julgada improcedente a sua responsabilidade sobre o alegado prejuízo, considerando que o mencionado Relatório de Inspeção n. 39/2010 considerou que as ruas previstas no plano de trabalho foram devidamente pavimentadas, estando em pleno funcionamento. Alternativamente, caso este Tribunal não acate o supracitado entendimento, **requer a aplicação do *exceptio non adimpleti contractus***, tendo em vista que a citada Construtora não teria recebido o pagamento, por mais de noventa dias, correspondente a dois cheques no montante de R\$ 24.778,35, à época dos fatos, restando a situação sem quitação até a presente data. (destacou-se em negrito)

O TCU ao assentar no Acórdão 4910/2015 do julgamento desse processo sua interpretação sobre a matéria, reafirmou o entendimento de que não cabe a esse Órgão decidir sobre questões atinentes aos litígios entre o contratado e o contratante e, dessa forma, entende que não possui competência para julgar a legalidade da aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*. Conforme se observa no relatório do Ministro Weder de Oliveira, abaixo transcrito:

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. MUNICÍPIO DE PLANALTINO/BA. IMPUGNAÇÃO PARCIAL DE DESPESAS. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA.

[...]

12. Não cabe ao TCU, conforme entendimento manifestado pela Secex/BA⁴², que conta com meu apoio, acolher a justificativa da construtora, de que deixou de executar parte das obras por não ter recebido da prefeitura municipal todo o pagamento ao qual fazia jus. **Eventual discussão sobre a ausência de pagamentos da prefeitura em favor da construtora se reveste de natureza contratual, a ser dirimida pelas partes no foro adequado (Poder Judiciário).**

34. O Tribunal de Contas da União, desde há muito, tem entendido não ser sua função, no exercício do controle externo, decidir sobre controvérsias instaladas no âmbito de contratos firmados entre os seus jurisdicionados e terceiros. **Vale dizer, não cabe a este Tribunal julgar os litígios entre contratante e contratado, ainda que estejam envolvidos recursos públicos federais.** A solução de tais conflitos deve ser buscada nas instâncias próprias, sendo o Poder Judiciário o foro adequado para o deslinde da questão. (destacou-se em negrito)

Em que pese esse entendimento, conforme se observa no Boletim de Jurisprudência 180/2017, o TCU tem sido favorável ao entendimento, pelo menos no que tange à recomposição de preços, a necessidade de manter equilibrada a relação jurídica entre o particular e a Administração Pública, a fim de promover o equilíbrio econômico-financeiro. Esse Boletim está descrito da seguinte maneira:

Boletim de Jurisprudência 180/2017
 Contrato Administrativo. Equilíbrio econômico-financeiro. Avaliação.
 Recomposição de preços. Reajuste. Natureza jurídica. Consulta.
 Enunciado
 Ainda que a Administração tenha aplicado o reajuste previsto no contrato, justifica-se a aplicação da recomposição sempre que se verificar a presença de seus pressupostos, uma vez que o reajuste e a recomposição possuem fundamentos distintos. O reajuste, previsto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, visa remediar os efeitos da inflação. **A recomposição, prevista no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993, tem como fim manter equilibrada a relação jurídica entre o particular e a Administração Pública quando houver desequilíbrio advindo de fato imprevisível ou previsível com consequências incalculáveis.** (destacou-se em negrito).

⁴² Secretaria de Controle Externo no Estado da Bahia, cuja função é, dentre outras atividades, fiscalizar a aplicação de recursos federais repassados, geralmente mediante convênio ou outro instrumento congênere, para o Estado da Bahia e seus município. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2017).

CONCLUSÃO

Para a conclusão deste estudo, foi adotada a estrutura de tópicos, visando transmitir de maneira mais esquematizada e nítida as assertivas conclusivas.

1. Primeiramente, destaca-se que os contratos administrativos, os quais são contratos firmados entre a Administração Pública e o particular, têm seu vínculo construído de maneira diferenciada dos contratos estabelecidos entre particulares, sendo regido predominantemente pelo direito público e apenas supletivamente pelo direito privado.
2. Neles o Estado acaba munindo-se de prerrogativas especiais ou “*cláusulas exorbitantes*”, que conferem uma “superioridade” a ele frente aos contratados. Essas prerrogativas são de suma importância para que a Administração Pública consiga atingir os objetivos dispostos no ordenamento jurídico brasileiro, que em última instância visam promover o interesse de toda a coletividade, ou seja, o interesse público.
3. Acrescenta-se que os princípios da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público são justificados, essencialmente, pelos interesses públicos estarem relacionados à necessidade da coletividade de um modo geral, o que, em regra, pressupõe uma preferência satisfação das necessidades do grupo social em detrimento das necessidades individuais, as quais observadas apenas reflexamente.
4. Entretanto, em que pese esse entendimento, não deve a Administração Pública objetivar apenas uma satisfação indireta dos interesses particulares em prol de um interesse coletivo que em tese é “superior”. A própria coletividade é formada por um conjunto de indivíduos e o Estado, como representante maior de toda a sociedade, tem o dever de propiciar a cada deles a possibilidade de consecução dos seus anseios.
5. Acrescenta-se que os contratos administrativos de prestação de serviços, devido ao interesse público envolvido, possuem uma série de características, as quais, ao serem analisadas de maneira conjunta, demonstram ser contratos qualificados pela supremacia no que tange à empresa contratada. Neste estudo foram examinadas as seguintes características: comutatividade, consensualidade, de adesão, onerosidade, sinalagmaticidade, personalíssimos ou *intuitu personae*, formalismo, garantias necessárias e publicidade.
6. Destaca-se, que os contratos administrativos de serviços foram examinados dentre os dois grandes grupos que são os de serviços comuns e de serviços técnico-profissionais.

Tais contratos podem ser rescindidos de maneira unilateral, sendo que ela ocorre quando o contrato chega ao fim por um ato unilateral e escrito da Administração Pública. Sendo esse ato baseado em duas possibilidades, sendo elas razões de interesse público ou inadimplemento do contratado de algumas das cláusulas previstas no contrato.

7. Além disso, esses contratos são submetidos ao processo licitatório almejando tanto benefícios para o Estado quanto para o contratado, da seguinte maneira, a ‘obtenção do contrato mais vantajoso’ para a Administração Pública e o ‘resguardo dos direitos dos contratados’ frente ao Estado.
8. O objeto principal deste estudo foi verificar que o instituto da exceção do contrato não cumprido aparece como uma forma a mais de proteger o contratado frente às prerrogativas que possui a Administração Pública, quando esta gere seus contratos pautada no interesse público. Ele possibilita o rompimento do vínculo contratual frente à inadimplência do Estado, pois esta gera um rompimento da confiança e lealdade previstas no instrumento contratual. Mesmo nos casos de inexecução sem culpa do contrato por parte da Administração, como foi observado sob a ótica da teoria da imprevisão, não pode o contratado ficar desamparado em relação aos seus direitos contratuais.
9. Acrescente-se, respaldado nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais apreciados, que a exceção do contrato não cumprido, no âmbito dos contratos administrativos, é aplicada de maneira mitigada. Dessa forma, o particular não tem direito à rescisão no período anterior aos 90 dias de inadimplência do Estado, conforme estabelecido pela legislação vigente.
10. Apesar desse posicionamento majoritário, o qual tem respaldo na própria legislação vigente, percebe-se, em que pese a inovação trazida pela lei 8.666/93 da possibilidade de utilização da exceção do contrato não cumprido nos contratos administrativos, a referida lei não conseguiu dirimir os danos causados pelo não adimplemento do contrato por parte da Administração Pública.
11. Destaca-se que a principal justificativa para não utilização desse instituto nos contratos administrativos de serviços é o interesse público envolvido nesses contratos. O que geraria a impossibilidade de rompimento do vínculo contratual, pois, visa-se a prestação de um serviço que atinge direta ou indiretamente toda a sociedade.
12. No entanto, ao forçar o cumprimento do contrato por parte do contratado mesmo sem a respectiva contraprestação pecuniária, o Poder Público pode acabar não conseguindo

receber de maneira efetiva a prestação do serviço. Isso ocorre pelo fato de a empresa acabar ficando prejudicada financeiramente pelo não pagamento dos valores acordados no contrato, conforme analisado nos casos práticos, e, conseqüentemente, não conseguir a contratada honrar os pagamentos dos fornecedores e de seus próprios funcionários. Dessa maneira pode a contratada não poder contar nem com funcionários para exercer a função e nem com os materiais necessários para que o serviço seja executado.

13. Em relação à obrigatoriedade da continuidade dos serviços públicos, não é razoável creditar à empresa contratada a responsabilidade de dar continuidade à prestação do mesmo, tomando para si uma obrigação que é própria do Estado. Compete à Administração prestar os serviços públicos, sendo uma escolha desta, através de licitação, contratar um particular para execução da atividade.
14. O particular não é responsável pela gestão pública, não tendo assim competência para arrecadar e gerir as verbas públicas. Dessa forma, não deve ser penalizado pela incapacidade do Estado em honrar as disposições contratuais que se obrigou ao constituir o vínculo contratual.
15. Mesmo com essa inovação trazida pela lei da possibilidade de utilização da *exceptio non adimpleti contractus* nos atrasos de pagamento superiores a noventa dias, o qual tem sido reiteradas vezes observado pelo Judiciário em suas decisões, fica clara a excessiva proteção que ainda é dada à Administração Pública. Sendo que as consequências dessa proteção ficaram inteligíveis ao analisar os danos ao equilíbrio econômico-financeiro da empresa prestadora de serviços advindos da inadimplência, o que reflete na impossibilidade de adimplir suas obrigações trabalhistas e, por diversos fatores, impossibilita a criação de um novo vínculo contratual com o poder público.
16. Cabe salientar, que os efeitos são sentidos também por todos os funcionários da empresa prestadora do serviço, os quais não recebem suas respectivas remunerações. Não pode o Estado, cujo objetivo é garantir a consecução dos objetivos dos indivíduos que compõe a sociedade, impedir, através do não cumprimento do que foi pactuado, que os mesmos possam atingir seus objetivos almejados.
17. O particular, conforme foi demonstrado, continuou, mesmo com o advento da lei de licitações e contratos administrativos, sendo o elo mais fraco da relação contratual. Não houve uma efetiva minimização das prerrogativas da administração tendente a reduzir de forma mais objetiva os danos causados às empresas prestadoras de serviço frente ao inadimplemento do Estado.

18. Destaca-se que a Lei nº 8.666/93, em que pese a inovação trazida ao possibilitar a utilização de forma mitigada da exceção do contrato não cumprido, não conseguiu ser eficiente o suficiente para reduzir os danos causados ao particular contratado e a todos os funcionários.
19. A restrição à aplicação da exceção do contrato não cumprido, conforme se verificou, gera uma fragilização no vínculo contratual, principalmente para a empresa prestadora do serviço e, indiretamente, para a própria Administração Pública. Essa fragilização é reflexo, principalmente, do não adimplemento do contrato por parte do Poder Público, que gera um desequilíbrio econômico-financeiro para a empresa contratado, inviabilizando assim a própria prestação do serviço.
20. Por último, concluiu-se que a Administração Pública deveria, assim, ser igualada ao particular no que atine aos contratos administrativos de prestação de serviços, para que, dessa forma, o contratado pudesse suspender o contrato em tempo hábil, minimizando os efeitos danosos do inadimplemento por parte Estado. Deve-se, entretanto, ressaltar as situações em que, comprovadamente, a suspensão dos serviços por parte do particular traria danos ao interesse público.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 23 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

ANTUNES, Manuela de Souza. **A chamada pública, prevista no artigo 14 da lei nº. 11.947/09, diante dos princípios constitucionais da administração pública**. 2012. UNESC. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/1645/1/Manuela%20de%20Souza%20Antunes.pdf>>. Acesso em: 19 de outubro de 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 191-A de 05 out. 1988, P. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 de setembro 2017.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922**. Organiza o código de contabilidade da união. Coleção das leis do brasil. 1922. v. 1., p. 82. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4536.htm>. Acesso em: 19 de setembro 2017.

_____. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 mar. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em: 19 de setembro 2017.

_____. Presidência da República. **Decreto-lei nº 368, de 19 de dezembro de 1968**. Dispõe sobre efeitos de débitos salariais, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 dez. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0368.htm>. Acesso em: 19 de novembro 2017.

_____. Presidência da República. **Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho (CLT). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 20 de novembro 2017.

_____. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre licitações e contratos da administração federal, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 jul. 1987. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 19 setembro 2017.

_____. Presidência da República. **Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989**. Altera a consolidação das leis do trabalho, atualiza os valores das multas trabalhistas, amplia sua aplicação, institui o programa de desenvolvimento do sistema federal de inspeção do trabalho e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 out. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7855.htm>. Acesso em: 20 de novembro 2017.

_____. Presidência da República. **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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 de setembro 2017.

_____. Presidência da República. **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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 16 de novembro 2017.

_____. Presidência da República. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 16 de novembro 2017.

_____. Presidência da República. **Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998**. Dispõe sobre a organização da presidência da república e dos ministérios, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 maio 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9649compilado.htm>. Acesso em: 19 de setembro. 2017.

_____. Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 30 de outubro 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Walter Weider de. **Alterações em contratos administrativos de natureza continuada**: uma discussão da determinação do valor inicial do contrato. 2013. Universidade Federal de Lavras. Disponível em: <http://repositorio.ufla.br/bitstream/1/1013/1/DISSERTACAO_Altera%C3%A7%C3%B5es>

<em%20contratos%20administrativos%20de%20natureza%20continuada.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral**. 13 ed. v. 4. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. 2011. UFPR. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 set. 2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30 ed. rev e atual. São Paulo: MALHEIROS, 2013.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil: contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MINISTERIO DO TRABALHO. **Portaria nº290, 11 de abril de 1997**. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P290_97.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 6ª ed. 1997. Belo Horizonte: Del Rey ed. 1997.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos**. v. 3. 8 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

OGUSUKO, Eveli Tieko. **Processo licitatório: eficácia na contratação**. UTFPR. Disponível em <http://repositorio.roca.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/1154/1/CT_GPM_I_2011_29.PDF> Acesso em: 18 de outubro de 2017.

OLIVEIRA, José Carlos de. **Contratos administrativos I**. 2012. Unesp. Disponível em: <https://acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/47870/1/a1_m03_s04_116.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

OLIVEIRA, Pedro Acácio Luciano de. **Pregões eletrônicos: suas aplicações, vantagens e temas polêmicos**. 2016. UNB. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14784/1/2016_PedroAcacioLucianoDeOliveira_tcc.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 117**. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_117.html>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

OTERO, Luis Fernando. **Licitações e contratos na administração pública**. 2012. Unicesumar. Disponível em: <<http://www.ead.cesumar.br/moodle2009/lib/ead/arquivosApostilas/1490.pdf>>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

SANTOS, Edelson dos. **Pregão presencial versus pregão eletrônico: o caso da prefeitura municipal de São Felipe D'Oeste - RO no período de 2010 a 2013**. 2014. UNIR. Disponível em: <<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/74/1/ARTIGO%20FINAL.pdf>>. Acesso em 19 de outubro de 2017.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Fernando Leite da. **As consequências jurídicas e administrativas da fiscalização ineficaz nos contratos administrativos**. 2016. Emerj. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_administrativo/edicoes/n3_2016/pdf/FernandoLeitedaSilva.pdf> Acesso em: 10 de setembro de 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial 910802/RJ**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3952447&num_registro=200602733270&data=20080806&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 nov. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial 879046/DF**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3952447&num_registro=200602733270&data=20080806&tipo=5&formato=PDF>.

cial=4481098&num_registro=200601090192&data=20090618&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 nov. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo nº 610**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>>. Acesso em: 20 de novembro de 2017.

_____. **Recurso extraordinário 760631/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 18 de novembro de 2017.

TRAVAIN, Victor Ribeiro. Do contrato administrativo: modalidades e cláusulas exorbitantes. **Revista de direito público, londrina**, v. 6, n. 3, p. 3-20, out/dez. 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/8352/9066>>. Acesso em: 14 de outubro de 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 4910/2015**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%2522exce%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520do%2520contrato%2520n%25C3%25A3o%2520cumprido%2522/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/4/false>>. Acesso em: 21 de novembro de 2017.

_____. **Boletim de Jurisprudência 180/2017**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/14/%2522equilibrio%2520e%2520economico-financeiro%2522/%2520DTRELEVANCIA%2520desc/false/3/false>>. Acesso em: 21 de novembro de 2017.

_____. **Funcionamento**. 2017. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/funcionamento/>>. Acesso em: 21 de novembro de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Agravo de Instrumento 0393088-9/PE**. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudencia/web/downloadInteiroTeor?codProc=556508&tipoJuris=1141&orig=FISICO>>. Acesso em: 22 de novembro de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Apelação Cível do Juizado Especial 20060110565437/DF**. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2691617/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-20060110565437-df>>. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ. **Apelação Cível nº 2012.0001.005104-67/Teresina-PI**. Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294169342/apelacao-civel-ac-201200010051046-pi-201200010051046?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 22 de novembro de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Recurso Cível nº 71002920817/2011**. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A71002920817&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula 331**. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 20 de novembro de 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. v. 3. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017.