

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Débora Portal Longaray

**A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
POR MOTIVO DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR**

Porto Alegre
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Débora Portal Longaray

**A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
POR MOTIVO DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Maria Isabel de Azevedo Souza

Porto Alegre
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Débora Portal Longaray

**A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
POR MOTIVO DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Maria Isabel de Azevedo Souza

Aprovado pela banca examinadora em 10 de dezembro de 2012.

Prof^a Maria Isabel de Azevedo de Souza

Prof^a Dra. Vivian Pantaleão Caminha

Prof. Dr. William Smith Kaku

“O encontro com o direito é diversificado, às vezes
conflitivo e incoerente, às vezes linear e conseqüente.
Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige
não só acuidade, inteligência, preparo, mas também
encantamento, intuição, espontaneidade. Para
compreendê-lo, é preciso, pois, saber e amar. Só o
homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o
ama é capaz de dominá-lo, rendendo-se a ele.”
(Tércio Sampaio Ferraz Júnior)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a meus pais, Teresinha e Cloecy, pelo ensinamento mais valioso que poderiam ter me dado: estude, estude e estude. Meu muito obrigado pelos inúmeros sacrifícios que tiveram que fazer para que eu tivesse todas as melhores oportunidades escolares desde os primeiros anos de minha vida – elas certamente foram muito bem aproveitadas e me renderão muitos frutos.

Aos meus irmãos, Márcio e Maurício, por terem sido os melhores exemplos que alguém pode ter, não só por sua dedicação mas também por suas realizações, e por terem me dado, em suas próprias palavras, “o caminho das pedras”.

Ao Diego, companheiro e maior motivador, que em mim deposita grande confiança e dá força e inspiração a todos os momentos, por ter compreendido o necessário tempo dispensado a este trabalho, sem nunca desacreditar do meu potencial.

Aos queridos amigos que colaboraram de maneira demasiadamente importante, retirando livros em bibliotecas às quais eu não tinha acesso, pois foram esses que permitiram a constituição deste trabalho.

Agradeço ainda à Professora Maria Isabel pela disponibilidade em me orientar, pelo carinho e imensa colaboração que dedicou a mim, apesar do pouco tempo que dispõe entre suas tantas atividades.

Aos demais colegas da Faculdade de Direito, pelas dicas, sugestões e informações compartilhadas ao longo deste tumultuado semestre, responsáveis pelo sucesso não só deste trabalho de conclusão, mas também das demais disciplinas.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a hipótese de extinção dos contratos por caso fortuito ou força maior e sua responsabilidade de indenizar, no que tange aos contratos de direito privado e aos contratos administrativos (de Direito Público). Para tanto, é efetuada, inicialmente, uma análise da Teoria Geral dos Contratos, apresentando-se suas principais características, princípios norteadores e hipóteses de extinção destes contratos, além do seu dever ou não de indenizar na eventualidade de caso fortuito ou força maior. Posteriormente, passa-se a um estudo dos contratos administrativos, conceituando-os, apresentando suas principais características e princípios fundamentais, para, finalmente, chegar à análise de sua extinção também por caso fortuito ou força maior e de sua responsabilidade de indenização das partes ou não – à luz da Lei nº 8.666/1993. Por fim, compreende-se que a Lei das Licitações e dos Contratos Administrativos, ao estabelecer, em seu art.79, §2º, possibilidade de indenização do contratado, em caso de extinção de contrato administrativo por caso fortuito ou força maior, vai de encontro a toda a Teoria Geral dos Contratos, que entende não existir dever de indenizar nesses casos.

Palavras-chave: Teoria Geral dos Contratos. Extinção dos contratos administrativos. Caso fortuito ou força maior. Dever de indenizar.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the hypothesis of contracts extinction due to fortuitous event or force majeure and its responsibility of indemnifying, with regards to the contracts of Private Law and Administrative Contracts (of Public Law). Therefore, first, an analysis of the General Theory of Contracts is made, presenting its main characteristics, principles and the extinction hypothesis of such contracts, besides its possible duty of indemnifying if a fortuitous event or a force majeure occurs. Subsequently, the administrative contracts are examined, classified and their core features and principles are shown in order to, finally, scrutinize their extinction also by a fortuitous event or a force majeure and their responsibility of indemnifying the parts or not – based on the Law number 8.666/1993. At last, it is comprehended that the Law of Bidding and Administrative Contracts, by establishing, in its 79° article of its second paragraph, the possibility of indemnifying the contractor, in case of administrative contract extinction due to fortuitous event or a force majeure, goes against the whole General Theory of Contracts, which understands that there is no obligation on indemnifying in such cases.

Keywords: General Theory of Contracts. Administrative Contracts Extinction. Fortuitous event of force majeure. Indemnifying obligation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO	14
1.1 A DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PRIVADO E O DIREITO PÚBLICO....	14
1.2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS.....	16
1.2.1 Formação histórica	16
1.2.2 Conceito de contrato	19
1.3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	20
1.3.1 Princípio da Autonomia da Vontade	20
1.3.2 Princípio da Supremacia da Ordem Pública	21
1.3.3 Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos	22
1.3.3.1 Revisão Judicial do Contrato.....	23
1.3.3.2 Exceção do contrato não cumprido.....	23
1.3.4 Princípio da Boa-fé	25
1.3.5 Princípio da Função Social do Contrato	27
1.4 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS.....	28
1.5 FORMAÇÃO DO CONTRATO.....	32
1.6 A EXTINÇÃO CONTRATUAL.....	34
1.6.1 A extinção por caso fortuito ou força maior	36
1.6.1.1 Breve histórico sobre os termos caso fortuito e força maior.....	37
1.6.2 Conceito de caso fortuito	39
1.6.3 Conceito de força maior	40
1.7 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.....	41
1.7.1 Dever de indenizar no caso fortuito ou força maior	44
1.8 TEORIA DA IMPREVISÃO.....	46
2 CONTRATOS DE DIREITO PÚBLICO	49
2.1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	50
2.1.1 Conceito de contrato administrativo	50
2.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	51
2.2.1 Princípio da Legalidade	52
2.2.2 Princípio da Moralidade Administrativa	53
2.2.3 Princípio da Impessoalidade ou Finalidade	54
2.2.4 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade	55

2.2.5 Princípio da Publicidade.....	55
2.2.6 Princípio da Eficiência.....	56
2.2.7 Princípio da Segurança Jurídica.....	57
2.2.8 Princípio da Motivação.....	58
2.2.9 Princípio do Interesse Público.....	59
2.3. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS.....	60
2.4. PRELIMINARES SOBRE A EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	65
2.5. EXTINÇÃO POR CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR E RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.....	67
2.6. DEVER DE INDENIZAR O CONTRATADO.....	70
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS.....	75

INTRODUÇÃO

Contratar é atividade humana subjetiva, rotineira e absolutamente necessária. Da simplória necessidade de comprar um objeto qualquer à complexa intenção de realizar um negócio, por mais intrincado que esse seja, surge a figura do contrato, a ser realizado entre, no mínimo, dois indivíduos, esses, invariavelmente, em acordo de vontades.

A Teoria Geral dos Contratos encarrega-se de analisar os aspectos relacionados ao instituto, caracterizando o contrato e o colocando em situação de extrema relevância no conteúdo da disciplina de Direito Civil, em vista de sua indispensabilidade para a realização de negócios jurídicos.

Entre os princípios básicos do Direito Contratual, tem-se a “autonomia da vontade, a supremacia da ordem pública, a obrigatoriedade dos contratos e a boa-fé”¹, norteadores dessa categoria de negócio jurídico. Contudo, uma das características mais interessantes quando se trata dos contratos é a sua flexibilidade em relação aos sujeitos envolvidos, as partes. “Contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na *formação*, por exigir a presença pelo menos de duas partes – contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral”.² Pode um contrato pode ser realizado entre, inclusive, pessoas jurídicas. E nesse caso, um contrato pode ser celebrado entre um particular e a Administração Pública.

A Administração Pública que, “em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos pela consecução dos objetivos do Governo, e em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”³, utiliza-se,

¹ WALD, Arnaldo. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 19ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2010, p.209

² GOMES, Orlando. **Contratos. 26ª Ed.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.4.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro. 35ª Ed.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.65-66

para dar exercício às suas atividades típicas, dos contratos administrativos, que possuem algumas diferenças em relação aos contratos privados.

Independentemente de ser um contrato privado ou público, deve-se respeitar sempre dois princípios máximos: “o da lei entre as partes (*lex inter partes*) e o da observância do pactuado (*pacta sunt servanda*)”.⁴

A inobservância dos termos do contrato, consoante o art.392 do Código Civil Brasileiro de 2002⁵, gera conseqüências aos contratantes: enquanto nos contratos unilaterais ou benéficos, o contraente favorecido responde por simples culpa e àquele a quem o contrato não favorece responde só por dolo, nos contratos bilaterais cada uma das partes responde tanto por culpa quanto por dolo, com as ressalvas da lei.⁶

Os contratos administrativos são vistos, por muitos autores, como espécie do gênero contrato.⁷ Isso porque os contratos administrativos seriam “os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”.⁸ Desse modo, um contrato administrativo se enquadraria no conceito geral de contrato como “acordo de vontades geradores de direitos e obrigações recíprocos”⁹, porém teria algumas distinções em relação aos contratos privados, uma vez que a Administração Pública age com poder de império, busca uma finalidade pública, efetua um procedimento de contratação específico (licitação) e usufrui das chamadas cláusulas exorbitantes (*ex orbita*), por exemplo.¹⁰

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.35ª Ed.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.213

⁵ Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei. BRASIL, Lei nº10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 03/10/2012.

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.73.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo. 15ª Ed.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.242.

⁸ *Ibidem*, p.240.

⁹ *Ibidem*, p.244.

¹⁰ *Ibidem*,p.242.

A essência dos contratos administrativos está na Lei N° 8.666/1993, que regulamenta os art.37, inciso XXI da Constituição Federal¹¹ e *institui normas para licitações e contratos da Administração Pública*.

Nesse cenário é que se encontra o tema da presente monografia: o encontro entre Teoria Geral dos Contratos e Contratos Administrativos à luz da Lei N° 8.666/1993, na situação específica de rescisão do contrato administrativo por motivo de caso fortuito ou força maior, nos termos do art. 78, inciso XVII¹².

A problemática começa a surgir quando o art.78 da Lei N° 8.666/1993 prevê como uma das causas de rescisão do contrato administrativo “motivo de caso fortuito ou força maior”. Até aqui não haveria grande discussão, porquanto essa também pode ser uma causa de rescisão de contrato de direito privado. Entretanto, no art.79, §2^o¹³ inclui essa hipótese de rescisão como ensejadora de ressarcimento ao contratado (particular), o que “reverte toda a teoria do caso fortuito e da força maior, essa consagrada no art.1058¹⁴ do Código Civil”.¹⁵

Ora, é de se pensar, como que, mesmo sem haver culpa do contratante, porquanto a rescisão se deu por um motivo externo à sua vontade e

¹¹ 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. BRASIL, Constituição Federal, 05 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 10/10/2012.

¹² Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

¹³ § 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização.

BRASIL, Lei N° 8.666 de 21 de junho de 1993. **Planalto**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em 18/10/2012.

¹⁴ Art. 1.058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos art.s955, 956 e 957. Parágrafo único. O caso fortuito, ou força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.

BRASIL. Lei N° 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em 19/10/2012.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo. 15ª Ed.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 242.

responsabilidade, pode ser devido ao contratado ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido? Não seria tal indenização contrária à Teoria Geral dos Contratos (e também à Teoria Geral do Direito), em que “tanto no caso fortuito como na força maior, a impossibilidade de prosseguimento com o contrato acarreta a sua extinção, o devedor não responde por caso fortuito ou força maior, salvo se expressa a sua responsabilidade”?¹⁶

É nessa linha que será realizado este estudo, buscando-se analisar, de maneira comparativa, traços da Teoria Geral dos Contratos que são aplicáveis aos Contratos Administrativos.

Primeiramente, nesta monografia, vislumbrar-se-ão as principais características dos contratos privados e dos contratos públicos (administrativos). Posteriormente, será apresentada a inteligência da Lei N° 8.666/1993 no que tange à extinção dos contratos administrativos por motivo de caso fortuito ou força maior, procedendo-se a uma discussão sobre porque o art.79, §2° da Lei n° 8.666/1993 apresenta um problema quando da não aplicação da Teoria Geral dos Contratos no que tange a esse tópico. Por fim, haverá uma conclusão sintetizando os principais aspectos deste trabalho de conclusão, a fim de reforçar os pontos mais importantes.

¹⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos. 4ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 131.

1 CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO

1.1 A DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PRIVADO E O DIREITO PÚBLICO

O contrato é figura presente em todas as ramificações do Direito, apresentando-se sempre que se tratar de figura jurídica originária de concurso de vontades.¹⁷

Entretanto, antes de se adentrar nos aspectos basilares dos contratos de Direito Privado, é interessante fazer uma distinção explicativa entre o ramo de Direito Público e de Direito Privado, uma vez que este trabalho procura ressaltar as diferenças entre as formas contratuais desses dois ramos do Direito, a fim de compreender a problemática envolvida com o tema.

A dicotomia entre direito público e direito privado é apresentada pelo brocardo latino “*publicum jus est quo ad statum rei romanae spectat, privatum, quo ad singulorum utilitatem*” (o direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à *polis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares).¹⁸

O Direito é dividido, portanto, entre esses dois grandes ramos: direito público e direito privado. O Direito Público tem o intuito de regular os interesses do Estado e da sociedade, cuidando da conduta individual somente como reflexo (Direito Público Interno), e de reger as relações entre os Estado soberanos e as atividades particulares no plano internacional (Direito Público Externo). O Direito Privado, por sua vez, objetiva regular os interesses individuais, garantindo a coexistência das pessoas, em relação à sociedade e aos seus bens, quando da interação com outros indivíduos ou com o Estado.¹⁹

¹⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.10.

¹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p.133.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.38.

Distinguir o direito público do direito privado não é importante somente para ordenar criteriosamente os tipos normativos, apesar de isso ser de grande valia. Sua maior relevância decorre do fato de que, com essa distinção, é possível sistematizar princípios teóricos, porque eles decorrem da maneira como a dogmática entende o direito público e o direito privado.²⁰

Nesse sentido, o princípio máximo do direito público seria o princípio da soberania, que justificaria a efetividade da força. O direito contemporâneo afirma que a lei é soberana, por força da Constituição, uma vez que esta provém da vontade social e fornece ao Estado (e seus entes públicos) a competência necessária para editar atos soberanos (*jus imperii*). Porém, como nem todos os atos de entes públicos são soberanos, surge o interesse da ordem pública, estampado no Princípio do Interesse Público Relevante, que, ao confrontar o interesse privado, deve prevalecer em última instância. Como esse interesse público pode ser do Estado ou de toda a comunidade, há uma diferença entre o prevalecimento do Estado, que é parte do todo social, e da justiça, que é o valor global da comunidade²¹.

Em contrapartida, no direito privado, princípio máximo é o da autonomia privada, que permite o estabelecimento de normas, por parte dos entes privados, consoante seus próprios interesses. Tanto os princípios do direito público quanto os do direito privado submetem-se ao princípio maior da legalidade, que deve ser o primeiro princípio a ser observado em todos os ramos do Direito, porquanto se relaciona com a idéia de que a lei está acima de todos, devendo ser respeitada, com a exceção de que no direito privado se pode fazer tudo o que a lei não proíba, enquanto no direito público deve-se fazer somente o que a lei determina. Esse é a diferença entre o princípio da legalidade em sentido estrito (primeiro caso) e em sentido amplo (segundo caso).²²

²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p.137.

²¹ *Ibidem*, p.139.

²² *Ibidem*, p.140.

1.2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

1.2.1 Formação histórica

O contrato é um dos maiores e mais importantes institutos jurídicos existentes, sem dúvida alguma, em razão de sua relevância para o desenvolvimento da sociedade e para a realização de suas rotinas diárias, das simples às complexas. Esse instituto sofreu inúmeras modificações ao passar dos séculos, em face de sua natureza íntima com o desenvolvimento da humanidade, que dele se utiliza para suas práticas comerciais, patrimoniais e obrigacionais.

No Direito Romano, foi Gaio, no período clássico, que identificou e classificou as obrigações originadas de *consensus*, isto é, de acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, subdividindo-as entre “as obrigações *re*, cuja eficácia dependia ainda da entrega da coisa ajustada; as obrigações *verbis*, que se tornavam eficazes com o simples acordo não escrito; e as obrigações *litteris*, que se submetiam a uma forma exigida pela lei”.²³

Porém, é lição de Orlando Gomes que:

Não é no Direito Romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje se denomina *contrato*, pois, segundo Bonfante, era um especial vínculo jurídico (*vinculum juris*) em que consistia a obrigação (*obligatio*), dependendo esta, para ser criada, de atos solenes (*nexum, sponsio, stipulatio*).²⁴

Os contratos modernos foram formados a partir de diversas correntes de pensamento, entre elas a dos Canonistas e a do Direito Natural. Enquanto os canonistas teriam contribuído com a idéia do consenso e da fé jurada, entendendo que a vontade é a fonte da obrigação, o que, mais tarde, desenvolveu os princípios da autonomia da vontade e do consensualismo e exigindo a adoção de regras jurídicas que assegurassem a força obrigatória dos contratos, a Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, defendia a idéia de que o fundamento racional

²³ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.17.

²⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.7.

para o nascimento das obrigações era a vontade livre dos contratantes, entendendo que o consentimento bastava para a obrigação (*solus consensus obligat*).²⁵

Destacável também a participação do iluminismo francês, com sua visão antropocêntrica, que supervalorizou a força normativa do contrato, consagrando de vez a idéia do *pacta sunt servanda*.²⁶

Entretanto, a concepção moderna de contrato foi fortemente influenciada pelo processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção, definindo a concepção do contrato como consenso e vontade como fonte dos efeitos jurídicos.²⁷

A importância do contrato como instrumento jurídico da vida econômica é consagrada com o liberalismo econômico, porque esse coloca que todos sejam iguais perante a lei e devem ser tratados de maneira equânime, proporcionando que a sociedade se desenvolva livremente. Assim, o contrato seria um instrumento capaz utilizado por qualquer indivíduo em diversas situações de negócio jurídico, independente de sua condição social.²⁸

Foi o contrato, como instrumento indispensável à dinâmica capitalista, que permitiu a estrutura das sociedades anônimas e sua capitalização, tão necessárias para o desenvolvimento da economia ao longo do tempo.²⁹

Porém, essa noção de contrato foi se alterando com o passar dos anos, porque a igualdade entre os indivíduos não se consolidou da maneira que se supõe, uma vez que o desequilíbrio entre as partes é natural e, obviamente, gera insatisfação. Nesse cenário, a interferência do Estado na vida econômica tornou-se relevante, atuando esse como limitador da liberdade de contratar e redutor da esfera

²⁵ *Ibidem*, p.6.

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.4.

²⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.7.

²⁸ *Ibidem*, p.7.

²⁹ WALD, Arnoldo. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.209.

da autonomia privada, a fim de procurar evitar desigualdade extrema entre os contratantes.

O Direito começou a concretizar, então, o dirigismo contratual, com a expansão da área das normas de ordem pública que tinham como objetivo proteger os elementos economicamente debilitados. Como exemplo, tome-se o favorecimento do empregado, no Direito do Trabalho, ou do inquilino, na legislação Civil (Lei das Locações), sem falar no consumidor, com a Lei de Defesa do Consumidor.³⁰

Desenvolveu-se, assim, extensa legislação que almeja a compensar juridicamente a fragilidade da posição contratual de uma das partes e evitar o desequilíbrio entre elas. A criação, pelo Estado, de normas que proíbam certas cláusulas e exijam sua autorização para a formação do contrato são exemplos dessa tentativa de satisfazer estratos da população que se mostravam incapazes de se colocar em situação de igualdade contratual. A consequência dessa política interventiva do Estado foi a restrição da liberdade de celebrar contrato, liberdade de escolher o outro contratante e liberdade de determinar o conteúdo do contrato, tríplice subcategorias do Princípio da Autonomia da Vontade.³¹

A diminuição da autonomia da vontade ocorre com determinação de princípios mínimos os quais devem ser respeitados pelos contratos: salário mínimo, tabelamento de gênero, fixação de porcentagens de juros.³² A defesa dos aderentes, no caso de contratos de adesão, em que as normas legais chegam a proibir cláusulas iníquas, uma vez que regras de declaração da vontade e vícios de consentimento quase não chegam a ser aplicados. Eis a mudança na intenção do legislador, quanto à rigidez contratual.³³

Desse modo, passa-se a observar uma transformação interessante no instituto do contrato, pois esse passa a ter um conteúdo de Direito Público,

³⁰ WALD, Arnaldo. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.211.

³¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.29

³² WALD, *op cit.*, p.211.

³³ GOMES, *op cit.*, p.10.

decorrente da lei.³⁴ Isto posto, tem-se que o Direito Público e o Direito Privado, ramos teoricamente distintos da Ciência Jurídica, assunto já anteriormente analisado neste trabalho, passam cada vez mais a se interligar e influenciar mutuamente.

1.2.2 Conceito de Contrato

Para Orlando Gomes, “o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral”.³⁵

Contrato em sentido amplo é o negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades, enquanto em sentido estrito é o acordo de vontades que origina efeitos obrigacionais e patrimoniais.³⁶

Fatos sociais, como um acordo feito entre duas pessoas, são relações de direito que não necessitam ser previamente submetidos à validade jurídica, o que só ocorre *a posteriori*, no caso de eventual demanda judicial. As regras que regem os contratos são fixadas livremente pelas partes, que podem modificar ou suspender seus efeitos segundo sua própria vontade, podendo, inclusive, submeter um possível conflito resultante desse vínculo jurídico à arbitragem, mantendo-se fora do direito estatal. A ordem contratual é privada por natureza.³⁷

Contrato exprime um conceito jurídico de realidade econômica inerente à vida cotidiana da sociedade, exteriorizando a si própria, no que tange às situações econômico-sociais, a serem cumpridas de forma instrumental.³⁸

É a origem etimológica do termo que identifica o instituto: *contractus*, do verbo *contrahere*, tem o sentido de “ajuste, convenção, pacto ou transação”. É em razão disso que se entende o contrato como ato injurídico que tem por finalidade criar, modificar ou extinguir um direito. O contrato, portanto, exige consentimento válido,

³⁴ WALD, *op cit.*, p.211.

³⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.4.

³⁶ *Ibidem*, p.10.

³⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Método, 2002, p.19.

³⁸ *Ibidem*, p.48.

emanado de vontades livres, pressupõe conformidade com a ordem jurídica e objetiva a produção de direitos.³⁹

Sendo o contrato um acordo de vontades, celebrado livremente, com o objetivo de criar obrigações e direito recíprocos entre as partes, é negócio jurídico bilateral e comutativo, porque as partes envolvidas se obrigam mutuamente a obrigações, envolvendo-se também encargos e vantagens mútuos. “Como pacto consensual, pressupõe liberdade e capacidade jurídica as partes para se obrigarem validamente; como negócio jurídico, requer objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei.”⁴⁰

1.3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

1.3.1 Princípio da Autonomia da Vontade

O Princípio da Autonomia da Vontade diz respeito à liberdade das partes de contratarem ou não, conforme seu interesse e, ainda, concede-lhes liberdade de optar pela outra parte (com quem contratar), pelo objeto (o que contratar) e pelo conteúdo (como contratar). A convergência das vontades é o núcleo deste princípio, contudo isso não significa que as partes tenham o mesmo interesse, porquanto muitas vezes eles são até opostos (um indivíduo deseja comprar um objeto, enquanto o outro deseja vender). É na busca de atingir esses objetivos contrários que se dá a formação do negócio jurídico.⁴¹

Esse princípio foi utilizado no art.1134 do Código Civil francês, em que “as convenções têm valor de lei entre as partes”.⁴² E é com esse entendimento que se poder afirmar:

A autonomia da vontade apresenta-se sob duas formas distintas na lição dos dogmatistas modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e da liberdade contratual. Liberdade de contratual é a faculdade de

³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.6.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.213.

⁴¹ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.36.

⁴² WALD, Arnoldo. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.209.

realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não um negócio, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de sua realização.⁴³

Alguns autores citam ainda o Princípio do Consensualismo como sub-princípio do da Autonomia da Vontade, enquanto outros o colocam como autônomo. Isso ocorre porque seu conteúdo se relaciona diretamente ao Princípio da Autonomia da Vontade, já que a liberdade de escolher com quem deseja contratar exige que, para que se celebre o contrato, haja um efetivo consenso entre as partes, que acordam as condições e conteúdo de seu contrato.

Mesmo na categoria de contratos por adesão, em que uma das partes apresenta o contrato à outra, que simplesmente adere, sem incluir suas condições, há falar em consensualismo, porque, se bem se analisar, as partes também chegaram a um consenso de como se dará o contrato, havendo sim a convergência de interesses. “A declaração de vontade convergente do aderente revela-se, neste ponto, uma autêntica submissão às cláusulas pré-elaboradas”.⁴⁴

A autonomia da vontade é tão importante na celebração dos contratos que esta se torna princípio de indispensável compreensão quando se trata do tema, pois “contrato sem vontade não é contrato. Pode ser tudo. Até tirania. Menos contrato.”⁴⁵

1.3.2 Princípio da Supremacia da Ordem Pública

Já o Princípio da Supremacia da Ordem Pública é o único capaz de restringir a liberdade contratual, porquanto visa a preservar interesse social nas relações particulares reguladas pelos contratos. A explicação disso é que o *ius cogens* busca defender os bons costumes, a sociedade, a economia e a política.⁴⁶

⁴³ *Ibidem*, p.210.

⁴⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.38.

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.34.

⁴⁶ WALD, Arnoldo. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.210.

Perseguir os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, por exemplo, leis que consagrem princípios de liberdade e igualdade (de trabalho, de comércio e de indústria), ou leis sobre o estado e capacidade da pessoa, ou leis relativas à composição de domínio público, ou leis sobre direito de propriedade, ou leis monetárias, etc.⁴⁷

Esse é um campo de difícil definição e medição, porque trata de conceitos abstratos, como, por exemplo, os bons costumes. No entanto, certo é que contratos que vão de encontro a leis de ordem pública são nulos, devendo o negócio jurídico ter causa lícita, a fim de produzir efeitos jurídicos.⁴⁸

1.3.3 Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos

O Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos diz respeito à importância do acordo de vontades, determina que o contrato seja cumprido pela mesma justificativa pela qual a lei deve ser obedecida: porque possui os mesmos preceitos coativos dessa. O fundamento da obrigatoriedade relaciona-se com o dever de veracidade, em que a palavra empenhada tem força normativa própria, porquanto ao homem compete se manter digno da própria palavra.⁴⁹

Esse princípio também se coaduna com a idéia de que o contrato é lei entre as partes, uma vez que os negociantes se vinculam com o objetivo de dar cumprimento a ele. Por ser acordo de vontades, obrigar-se aquilo que se acordou torna-se natural, uma vez que o indivíduo almeja a realização do seu contrato. Entretanto, a obrigatoriedade contratual não é absoluta, uma vez que é possível que as partes se desobriguem do seu cumprimento em duas situações: pela revisão judicial do contrato e pela exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*).⁵⁰

⁴⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.29.

⁴⁸ *Ibidem*, p.29.

⁴⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.25.

⁵⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.42.

1.3.3.1 Revisão Judicial do Contrato

A revisão judicial do contrato não significa, ao contrário do que se pode imaginar num primeiro momento, que as cláusulas contratuais possam ser alteradas judicialmente, em função de razão invocada pelas partes. “Se ocorrerem motivos que justificam a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação da nulidade ou da resolução do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo.”⁵¹ Em contexto normal, esse princípio não admitiria interferência do Estado, pelo Poder Judiciário, em contratos que venham a sofrer a superveniência de acontecimentos que desequilibrem as prestações do contrato, de forma que caberia às partes suportar os possíveis prejuízos decorrentes de sua manifestação de vontade, em que livremente pode acordar. Entretanto, ao longo do tempo, houve uma mudança no pensamento jurídico que tenta relativizar esse princípio, reduzindo seu caráter absoluto. Desse modo, a doutrina adotou uma linha de pensamento retratada na Teoria da Imprevisão, que mais adiante será analisada.

Por enquanto, certo é que:

A ruptura do dogma da completude dos códigos e da vontade absoluta sobrelevou a importância do juiz: *pacta sunt servanda* como compreendido pelo juiz. A nova lógica contratual, ancorada nos valores da ordem pública constitucional, transformou o juiz de mero expectador em agente ativo interventor no conteúdo contratual. Não para garantir uma equivalência total entre as prestações, tampouco para impor conceitos pessoais de justiça, mas para garantir a consecução da operação econômica por meio da promoção do equilíbrio de prestações manifestamente desproporcionais que corrompem a equação matemático-financeira que envolve o contrato, adequando-o aos ditames constitucionais.⁵²

1.3.3.2 Exceção do contrato não cumprido

A exceção do contrato não cumprido (*exceptio nun adimpleti contractus*) pode ser oposta quando uma das partes se recusa a executar o acordo em razão de que a outra parte não tenha realizado a sua obrigação. Isso ocorre em função da dependência recíproca das obrigações, de modo que se um não cumpre a sua obrigação, não pode exigir que o outro cumpra a sua. Essa situação pode ocorrer no

⁵¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.38.

⁵² MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007, p.275-276.

caso de a lei ou o próprio contrato não determinar a quem deve cumprir sua obrigação em primeiro lugar:

Admite-se, porém, em caráter excepcional, que se recuse, se, depois de concluído o contrato, sobrevier à outra parte diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação a que se obrigou. Ocorrendo essa hipótese, a parte a quem incumbe cumprir a prestação em primeiro lugar pode manter a recusa, até que a outra satisfaça a que lhe compete, ou lhe dê garantia bastante de satisfazê-la. A finalidade dessa norma é evitar o perigo a que fica exposto, no caso, o contratante que se obrigou a cumprir antes do outro a obrigação assumida. Por esse motivo, permite-se que a parte a quem assiste o direito de receber primeiramente exija da outra que preste *caução*.⁵³

Está prevista nos arts. 476 e 477 do Código Civil de 2002:

Art.476. No 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.

Essa exceção tornou-se um instrumento eficaz para que se force o devedor a cumprir a obrigação, por meio da recusa da outra parte a executar também a sua obrigação. O art.477 do Código Civil de 2002 apresenta um modo de proteção dos interesses de quem estiver adstrito ao cumprimento da prestação acordada no contrato antes da parte oposta.⁵⁴

A exceção do contrato não cumprida pode ser invocada pela parte independente da sua causa geradora:

Quer a recusa de cumprimento se funde na má vontade do contratante, quer na força maior ou no caso fortuito, em ambas as hipóteses a outra parte pode aduzir a exceção. Porque, tendo uma prestação sua causa na outra, deixando aquela de ser cumprida, seja qual for o motivo, cessa de exigir a causa de cumprimento da segunda.⁵⁵

⁵³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.109-110

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.266.

⁵⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil- Dos contratos e Declarações Unilaterais de Vontade**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.77

Há discussão se a exceção do contrato não cumprido pode ser oposta, inclusive, em face da Administração Pública, em sede de contratos administrativos (mais adiante detalhados). Em Direito Administrativo, o particular não poderia interromper a execução do contrato, porquanto isso violaria o Princípio da Continuidade do Serviço Público e da Supremacia do Interesse Público sobre o particular, devendo requerer por via administrativa ou judicial a rescisão do contrato e exigir pagamento de perdas e danos, continuando a executá-lo até obter ordem da autoridade competente permitindo a paralisação. Entretanto, doutrina e jurisprudência cada vez mais têm suavizado esse entendimento, por entender que a inadimplência do poder público possa impedir de fato e diretamente a execução do contrato e, ainda, em contratos que não tenham como o objeto a prestação de serviço público, por não violarem o princípio da continuidade.⁵⁶

1.3.4 Princípio da Boa-fé

O Direito moderno não aceita os contratos chamados de “direito estrito”, criados pelo Direito Romano, em que a interpretação deveria ser feita literalmente – seguindo um Princípio do Formalismo. Assim, o princípio da boa-fé, em uma análise, refere-se à interpretação do contrato, em que a linguagem literal não pode prevalecer sobre a intenção da declaração de vontade emanada das partes.⁵⁷ Também no Direito Romano, o brocardo *neminem laedere* indicava a idéia de boa-fé como intenção de não lesar o próximo. Para os dias de hoje, a boa-fé é presumida, devendo ser provada a demonstração de má-fé.⁵⁸

Em outra análise, o Direito Alemão apresenta uma noção de boa-fé como lealdade e confiança (*Treu und Glauben*), apresentada como:

A fórmula *Treu und Glauben* demarca o universo da boa-fé obrigacional proveniente da cultura germânica, traduzindo conotações totalmente diversas daquelas que marcaram no direito romano: ao invés de denotar a idéia de fidelidade ao pactuado, como numa das acepções da fides romana, a cultura germânica inseriu, na fórmula, as idéias de lealdade (*Treu* ou

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.262

⁵⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 43.

⁵⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.46.

Treue) e crença (Glauben ou Glaube), as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados.⁵⁹

Devendo as partes agir com lealdade e confiança recíprocas, é necessário que exista uma relação de colaboração entre credor e devedor, para que se atinja a execução do contrato. Em razão do conflito de interesses inerente ao contrato, a boa-fé requer, ao menos, que a ação de um não impeça ou não dificulte a ação do outro intencionalmente.⁶⁰

Modernamente, existe uma distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A primeira diz respeito a “um estado subjetivo ou psicológico do indivíduo, aplicável notadamente no campo do Direito das Coisas (fala-se em possuidor de boa-fé, por exemplo)”.⁶¹

A segunda, a qual os autores mais se detêm, consiste em “regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica”.⁶² Isso significa que os deveres jurídicos anexos ou de proteção – lealdade e confiança, assistência, confidencialidade ou sigilo, informação, entre outros – devem ser observados, tanto pelo sujeito ativo quanto pelo sujeito passivo da relação contratual, pois buscam satisfazer interesses assumidos por eles. Encontra-se prevista no art.422 do Código Civil de 2002⁶³:

Art.113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art.187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

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

Da mesma forma, nota-se que também decorre da boa-fé a proteção ao equilíbrio da relação jurídica obrigacional. A proteção deste equilíbrio revela-se no Código Civil de 2002 pela previsão de disposições em diversos setores. Assim, restam consagrados como defeitos do negócio jurídico a

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.124.

⁶⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.43.

⁶¹ *Ibidem*, p. 43.

⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.65.

⁶³ *Ibidem*, p. 77.

lesão e o estado de perigo, contendo, em si, além de requisito subjetivo específico, o requisito objetivo da desproporção das prestações. Igualmente em matéria contratual, o art.317 – ao permitir a revisão do contrato em razão de desequilíbrio das prestações causado por circunstâncias imprevisíveis – e o art. 478, que prevê a possibilidade de resolução por onerosidade excessiva causada por acontecimentos imprevisíveis e extraordinários, têm por objetivo precípuo, igualmente, a manutenção do equilíbrio.⁶⁴

1.3.5 Princípio da Função Social do Contrato

A liberdade de contratar não é, ao contrário do que se pode primeiramente imaginar, irrestrita e total. O caráter comunitário do direito contratual também é levado em consideração quando se trata da liberdade de contratar, porque não é possível estabelecer uma ordem jurídica que descuide dos interesses do grupo social como um todo. É em razão disso que o Código Civil de 2002 estabeleceu a noção de “função social do contrato”, em seu art.421.⁶⁵ A respeito disso:

Sem descurar da liberdade de contratar o Código Civil coloca em evidência o respeito à pessoa humana. As obrigações assumidas devem ser cumpridas, sem o qual não há se falar em vida em sociedade, mas o código favorece um novo equilíbrio contratual, sem desrespeitar os princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratos. Não obstante, tais princípios são atenuados por dispositivos que visam a proteger a parte mais vulnerável na relação contratual.⁶⁶

No entanto, o Código Civil não define precisamente o que seria a função social a ser observada no exercício da liberdade de contratar. Elementos como a moral e a equidade das relações, porém, parecem relacionar-se diretamente com esse sentido, em atenção ao art.422, que também menciona o princípio da probidade e da boa-fé.

O que se entende é que a função social do contrato vislumbra um prevailecimento do interesse público sobre o privado, impondo o interesse coletivo sobre o individual e sobrepondo a justiça distributiva à retributiva.⁶⁷

⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007, p.216.

⁶⁵ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Método, 2002, P. 37.

⁶⁶ *Ibidem*, p.40.

⁶⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.21.

Foi na Constituição Federal de 1988 que a ideia de função social surgiu, ao tratar, no art.5º, XXII e XXIII, da função social da propriedade, com o intuito de prezar pelos valores sociais em detrimento dos individuais. Não é que a propriedade tenha deixado de ser direito individual. Ocorre que esta deve ser bem aproveitada, bem empregada, devendo ser útil para a sociedade e não somente para o proprietário. Assim, trazer para o direito privado também essa ideia de função social, não perdendo seu caráter particular, mas levando em consideração a sociedade, em todas as fases contratuais, foi passo fundamental para a consolidação das garantias fundamentais coletivas, não se tratando de dar caráter público ao direito privado.⁶⁸

1.4 PRESSUPOSTOS E REQUISITOS

Pressupostos contratuais são condições, elementos extrínsecos, necessários para o desenvolvimento dos contratos: capacidade das partes, idoneidade do objeto e legitimação para realizá-lo.⁶⁹

A capacidade das partes diz respeito à aptidão da pessoa para realizar o negócio jurídico, independente de este ser unilateral ou bilateral.⁷⁰ A capacidade dos contratantes é condição tão importante para a validade do contrato que a incapacidade relativa pode levá-lo à anulabilidade, enquanto a incapacidade absoluta pode levá-lo à nulidade.⁷¹

Não obstante, é interessante distinguir capacidade jurídica de capacidade natural:

Pressuposto do contrato é a *capacidade legal* de agir. A *incapacidade natural* afeta, sem dúvida, a validade do negócio jurídico, mas não porque falte um de seus pressupostos. O aspecto mais interessante sob que se apresenta o problema é o da celebração de contrato por insano mental não interditado. Tem capacidade jurídica, mas lhe falta capacidade natural. Nesse caso há que admitir a nulidade do contrato, já que existe a mesma *ratio juris* determinante da incapacidade dos interditos. Não pode valer contrato que se estipule com pessoa que não está no uso da razão, mas,

⁶⁸ BÉO, Cíntia Regina. **Contratos**. São Paulo: Editora Harbra, 2004, p.37-38.

⁶⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.52.

⁷⁰ *Ibidem*, p.53.

⁷¹ WALD, Arnoldo. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.233.

como o contrato é negócio jurídico bilateral, a invalidade só se justifica se o outro contratante sabia que contratava com doente mental.⁷²

Assim, a capacidade das partes, isto é, o seu grau de discernimento, é regulada pelos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002:

3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I – os menores de dezesseis anos;
- II- os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III- os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II- os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III- os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV- os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

É possível, entretanto, que o contrato firmado pelo relativamente incapaz seja convalidado, bastando a autorização do assistente legal respectivo (detentor do poder familiar, tutor ou curador). Desse modo, o contrato celebrado por uma pessoa relativamente incapaz é também relativamente nulo (anulável), possuindo eficácia *ex nunc*, enquanto o contrato celebrado por uma pessoa absolutamente incapaz é nulo de pleno direito, possuindo eficácia *ex tunc*.⁷³

A idoneidade do objeto, por sua vez, exige que o objeto do contrato seja lícito (não proibido pelo Direito e pela Moral), possível (juridicamente ou fisicamente) e determinado ou determinável (minimamente individualizado para sua caracterização).⁷⁴

O objeto lícito não se confunde com o objeto da obrigação, que é a prestação que o devedor deve fornecer ao credor, tendo este direito de exigir daquele. Por

⁷² GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.53.

⁷³ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.87.

⁷⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.21.

isso, o objeto da obrigação é concreto e singular, enquanto o objeto do contrato é idêntico em estipulações que possuam a mesma natureza.⁷⁵

A licitude que se exige do contrato diz respeito à sua conformidade com a moral, com a ordem pública e com os bons costumes: “Ilícitas serão as convenções que fomentem a usura, a exploração do lenocínio e dos jogos de azar, que favoreçam o concubinato, ou que excluam os direitos de família⁷⁶”. No que tange ao contrário à moral ou aos bons costumes, tem-se proibida, por exemplo, “a alienação livre de substâncias entorpecentes ou a constituição de sociedade que venha a fomentar o proveito pecuniário da prostituição”.⁷⁷

A lei veda, ainda, os pactos sucessórios (art.426) e a venda do bem de família (art.1717):

Art.426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

Art.1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bens de família, não podem ter destino diverso do previsto no art.1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público.

A possibilidade do contrato persegue o brocardo *impossibillum nulla est obligatio*. A impossibilidade pode ser física ou jurídica: a física dá-se quando o contratado objetiva uma prestação que nunca poderá ser obtida ou realizada, por contrariar as leis da natureza, por ser superior às forças humanas ou por ser irreal a sua existência; a jurídica ocorre quando o objeto é condenado pelo Direito, como a alienação dos bens de família, ou o pacto sucessório, por exemplo.⁷⁸

A determinação do objeto do contrato pode ser presente ou futura, de modo que é possível contratar, por exemplo, safras de um bem em vias de formação, como costumeiramente se faz no comércio agropecuário brasileiro.⁷⁹

⁷⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1962, p.6.

⁷⁶ *Ibidem*, p.7.

⁷⁷ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.88.

⁷⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1962, p.6-7.

⁷⁹ *Ibidem*, p.72.

Apesar de a idoneidade do objeto ser elemento extrínseco, a ser verificado na formação do contrato, pode ocorrer a inidoneidade superveniente, sendo que esta também compromete a validade do contrato.⁸⁰

Por fim, mas não menos importante, tem-se a legitimação, que é diferenciada pela doutrina moderna da capacidade. Essa distinção sobrevém do Direito Processual, em que um indivíduo pode ser capaz para propor uma ação, porém não possuir legitimidade *ad causam*. Aqui, a impossibilidade de agir é circunstancial, de modo que o que se discute é a posição do sujeito em relação ao caso concreto, que deve ter interesse no contrato a ser celebrado, a fim de ser considerado parte legítima.⁸¹

Requisitos são elementos intrínsecos e complementares, necessários para conferir validade ao contrato: consentimento, causa, objeto e forma.⁸²

O consentimento recíproco, fundamental para a celebração do contrato, consiste na convergência da declaração de vontade das partes, devendo ser livre, isto é, sem coação, física ou moral, tampouco por erro da vítima, ou mediante dolo, lesão ou em estado de perigo, sob pena de ineficácia judicial. “A manifestação de vontade de uma parte deve ser convergente à da outra, mediante a justaposição dos interesses, a fim de que o vínculo contratual seja estabelecido. Caso contrário, não há contrato.”⁸³

A conceituação do termo causa como elemento do contrato é um tanto controvertida pela doutrina, porém uma corrente objetivista a entende de três modos diversos: como função econômico-social do contrato, como o resultado jurídico objetivo o qual os contratantes perseguem e como a razão da ação que move as partes a celebrarem contrato. Em suma, “identifica-se a *causa*, outrossim, como a unidade teleológica das prestações, isto é, como o reflexo dos interesses que as

⁸⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.54.

⁸¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.54-55.

⁸² *Ibidem*, p.52.

⁸³ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.89.

partes querem satisfazer ou como síntese dos efeitos essenciais do contrato e determinação do seu conteúdo mínimo”.⁸⁴

O objeto do contrato, como já foi mencionado, diferencia-se do objeto da prestação, devendo ser possível, lícito e determinado ou determinável.⁸⁵

A forma do contrato é livre sempre que a lei não exigir forma determinada para celebração de contrato. Exigindo a lei certa forma, essa deve ser seguida, sob pena de nulidade do acordo.⁸⁶ Assim, o Código Civil Brasileiro adota o Princípio da Liberdade da Forma, segundo o qual as partes livremente convencionam a forma contratual a ser adotada, sendo os contratos solenes ou formais a exceção:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei exigir expressamente.

Por isso é que se entende que:

Em tais casos, quando a norma legal impõe determinado revestimento para o ato, traduzido em uma forma especial ou em uma indispensável solenidade, diz que o negócio é *ad solemnitatem*. É o caso do *testamento* (negócio jurídico unilateral), para o qual a lei impõe determinada forma (pública, cerrada ou particular), não reconhecendo liberdade ao testador para elaborá-lo de acordo com a sua vontade. Também servem de exemplo os *contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis acima do valor consignado em lei*, uma vez que a forma pública é indispensável para a validade do ato, consoante acima de demonstrou (art. 108 do CC).⁸⁷

Assim, quando a lei determinar uma forma para o ato, este se torna vinculado a ela, sendo indispensável a sua observância para fins de validade.

1.5 FORMAÇÃO DO CONTRATO

A criação do contrato não se dá somente pela forma escrita, mas pelo encontro de duas declarações convergentes de vontades que venham a constituir, reger ou extinguir uma relação jurídica patrimonial entre os contratantes. “Contrato é,

⁸⁴ GOMES, *op cit.*, p.63.

⁸⁵ GOMES, *op cit.*, p.65.

⁸⁶ LISBOA, *op cit.*, p.91.

⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.26.

assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”.⁸⁸

Como é um acordo de vontades, é necessário o acontecimento de uma proposta, também chamada de policitação, que é feita por uma das partes (o policitante ou proponente) à outra (o oblato ou solicitado). São elementos indispensáveis para a formação do contrato, portanto, a proposta e a posterior aceitação.⁸⁹

Porém, a proposta e a aceitação não são considerados negócios jurídicos, classificando-se meramente como atos pré-negociais.⁹⁰ No entanto, isso não quer dizer que não possa existir uma responsabilidade pré-contratual, porque se uma das partes age culposamente (*culpa in contrahendo*) e causa prejuízo à outra parte, pode ser responsabilizada, porquanto os contratantes devem atuar seguindo o princípio da boa-fé objetiva (consoante o art.422 do Código Civil). Em suma, se uma parte induziu a outra na certeza de que o contrato seria efetivado, porém este não foi, é possível que ela responda por danos provenientes da quebra de formação da relação contratual.⁹¹

Ocorrida a proposta, deve-se observar o Princípio da vinculação ou da Obrigatoriedade da proposta, segundo o qual a proposta obriga o policitante, não podendo este desistir do oferecido (com as ressalvas do art.427 e 428):

Art.427 A proposta do contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Art.428 Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita;

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

III – se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

IV – se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

⁸⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.11.

⁸⁹ WALD, Arnaldo. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.238-239.

⁹⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.68.

⁹¹ WALD, Arnaldo. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.239.

A contraproposta, também chamada de aceitação modificativa, acontece quando o oblato apresenta alterações à proposta inicial, fazendo adições ou restrições ao seu conteúdo, impedindo, dessa maneira, a adesão plena. Nesse momento, há uma troca nas posições: o policitante passa a ser oblato e vice-versa.⁹²

Aqui cabe destacar uma figura importante: a oferta ao público, descrita no art.429 do Código Civil:

Art.429 A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

Parágrafo único: Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.

A única diferença dessa oferta com as demais é que esta se dirige a um grupo indeterminado de pessoas. Ela observa, contudo, os mesmos requisitos gerais de validade da proposta singular, devendo ser revogada, em caso de necessidade, pela mesma via de divulgação, nos termos do art. 429, parágrafo único.⁹³

1.6 A EXTINÇÃO CONTRATUAL

Sendo o contrato um instituto jurídico desenvolvido para o alcance de determinado fim - o objeto do contrato, acordado entre as partes -, é certo que seu ciclo de existência se finalize com o efetivo cumprimento das prestações acertadas por elas. Essa seria a extinção natural do contrato, que pode ocorrer, também, no caso do acontecimento de eventos já previamente determinados, que autorizam a extinção.⁹⁴

A extinção normal do contrato ocorre quando há a consecução de certo fim, sendo executadas todas as cláusulas pelas partes, de modo que se extinguem, conseqüentemente, as obrigações e direitos que originou. Entretanto, pode vir a acontecer de o contrato extinguir-se antes de alcançar o seu fim, sem terem sido

⁹² GOMES, *op. cit.*, p.78.

⁹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.97.

⁹⁴ *Ibidem*, p.230.

cumpridas as obrigações, em razão de causas diversas. Essas causas podem ser anteriores ou contemporâneas à formação do contrato ou supervenientes.⁹⁵

As causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato são **a nulidade ou anulabilidade** (no caso de ofensa a determinados requisitos legais, desfaz-se o vínculo contratual), **a redibição** (no surgimento de um vício redibitório que esteve oculto durante a formação do contrato e que diminua o valor ou prejudique a utilização da coisa recebida em contrato comutativo), e **o direito de arrependimento** (as partes podem ter estabelecido um “período de carência” em que seria possível exercer direito de arrependimento à celebração do contrato).⁹⁶

Entretanto, causas supervenientes à formação do contrato também podem vir a impedir a sua execução, mesmo que no momento de surgimento do vínculo contratual tenham sido supridos adequadamente os pressupostos de existência, validade e eficácia.⁹⁷ Em relação às causas supervenientes, em que há a dissolução do negócio jurídico, sob o ponto de vista de imputabilidade de responsabilidade contratual, é possível fazer uma distinção entre *os fatores não imputáveis às partes*, entre os quais se tem o caso de morte, caso fortuito e/ou força maior, e que não ensejam indenização por perdas e danos, e *os fatores imputáveis às partes*, entre os quais a resolução voluntária e casos de denúncia, em que deve haver indenização por perdas e danos.⁹⁸

Entre as causas supervenientes à formação do contrato, tem-se a **resolução**, que é o descumprimento do pactuado, com inadimplemento culposo ou involuntário, por inexecução absoluta ou relativa da obrigação. A **resilição**, por sua vez, pode ser bilateral (distrato) ou unilateral, referindo-se à extinção do contrato por iniciativa de uma ou ambas as partes.⁹⁹ Já a **rescisão** enseja uma discussão terminológica, sendo identificada por alguns autores como forma de extinção do contrato que tenha sofrido lesão ou celebrado em estado de perigo:

⁹⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.203.

⁹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.237.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 238.

⁹⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.131.

⁹⁹ GAGLIANO, *op.cit.*, p.238-247.

Rescisão é palavra que traz, entre nós, a noção de extinção da relação contratual por culpa. Originalmente, vinha ligada tão-só ao instituto da lesão. No entanto, geralmente quando uma parte imputa à outra o descumprimento de um contrato, pede a rescisão em juízo, e a sentença decreta-a. Os interessados, no entanto, usam com freqüência o termo com o mesmo sentido de resilir, isto é, terminar a avença de comum acordo, distratar o que foi contratado. Nada impede que assim se utilize, num costume arraigado em nossos negócios.¹⁰⁰

A **morte do contratante** é outro exemplo de causa superveniente, mas só é causa de dissolução em contratos *intuitu personae*, contraídos somente em razão da pessoa do contratante, uma vez que esse é insubstituível, não sendo possível que outra pessoa dê continuidade do exercício do contrato. Embora o contrato seja extinto, os efeitos produzidos até a morte permanecem, operando-se efeitos *ex nunc*. Em contratos que não sejam *intuitu personae* as obrigações são transmitidas aos herdeiros legais do *de cuius*.¹⁰¹

Não obstante essa importante análise de outras hipóteses de extinção do vínculo contratual, o presente trabalho tem objetivo de detalhar a extinção contratual por motivo de caso fortuito ou força maior, a seguir apresentada.

1.6.1 A extinção por caso fortuito ou força maior

Caso fortuito e força maior são excludentes da obrigatoriedade do contrato – excluem a sua força obrigatória.

O Código Civil de 1916, em seu art.1058, assim definia:

Art. 1058. O caso fortuito ou força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.

Continua sendo essa a inteligência do art.393 do Código Civil atual (2002):

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

¹⁰⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil- Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.II, p.499.

¹⁰¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.257-258.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Cotidianamente, utilizam-se as duas expressões (caso fortuito e força maior) como quase sinônimos, em razão de ocasionarem as mesmas conseqüências jurídicas. “Essa sinonímia deriva de um caráter comum a ambas, que é a inevitabilidade do evento”.¹⁰²

É um entendimento comum entre a maioria dos autores:

Na realidade, porém, em nosso direito positivo, não havendo base segura para qualquer distinção entre caso fortuito e força maior, nem mesmo em face da legislação especial trabalhista, e estando generalizado o uso das duas expressões como sinônimas, preferimos aceitar também essa equivalência, tanto mais quanto os variados e contraditórios critérios diferenciais propostos aconselham ainda, do ponto de vista prático, a orientação que adotamos.¹⁰³

Contudo, quando bem analisadas, percebe-se uma pequena diferenciação entre os termos, motivo pelo qual se distingue os dois institutos agora.

Tanto o caso fortuito quanto a força maior estão fora dos limites da culpa, quando se fala em responsabilidade civil. “Fala-se em caso fortuito ou força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda a diligência, inteiramente estranho á vontade do devedor da obrigação”.¹⁰⁴

1.6.1.1. Breve histórico sobre os termos caso fortuito e força maior

Apesar de não ser exato, suspeita-se que, para os romanos, o caso fortuito se caracterizava pela impossibilidade de ser previsto, enquanto a força maior seria a impossibilidade de ser vencida. Essa distinção teria sido feita não intencionalmente por Ulpiano: “*fortuitus casus nullum humanum consilium praevidere potest*” e “*vis cui resisti nun potest*”. Porém, não há definição precisa, sendo essa diferenciação

¹⁰² RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.27.

¹⁰³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e Teoria da Imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.129.

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª Ed. São Paulo, Editora Atlas S.A, 2009, p.65.

meramente exemplo figurado que busca indicar a natureza de eventos que o constitui. Não há distinção, no direito romano, entre “*vis major*” e “*casus*”.¹⁰⁵

Contudo, havia no *Corpus Juris* textos que não identificavam a ausência de culpa com a força maior. Como exemplo, vejam-se as observações de Ulpiano ao edito do pretor, no que tange à responsabilidade dos barqueiros e estalajadeiros pela restituição das coisas que lhe houvessem sido confiadas: para o jurisconsulto Ulpiano, deveria haver responsabilidade desses barqueiros e estalajadeiros mesmo que a coisa tivesse perecido sem culpa desses (*etiamsi sine culpa res perit*), não havendo responsabilização no caso de efeito da *vis major*. Havia claramente uma distinção entre força maior e ausência de culpa.¹⁰⁶

Com o período do Renascimento, na Itália, estudos de textos romanos passaram a tentar identificar o sentido das expressões força maior e ausência de culpa, questionando a equidade de significação proposta por Ulpiano – especialmente no caso anteriormente mencionado de responsabilidade dos barqueiros e estalajadeiros. Os glosadores desses estudos sugeriram então, que, não havendo culpa, mesmo que levíssima, devia-se considerar provado o caso fortuito e se desconsiderar a responsabilidade dos barqueiros – *nam si nec levíssima intervenit, ergo fuit casus fortuitus et sic non tenetur*. Essa concepção subjetiva do caso fortuito reconheceu então, a perfeita equivalência dele e da força maior com a completa ausência de culpa, seguindo o princípio *inter levissimam culpam et casum fortuitum nihil est médium*. Objeções, porém, foram feitas por outros glosadores, que admitiam a existência de uma exceção na ausência de culpa, salvo quando se verifica-se a *vis major*.¹⁰⁷

Isso levou ao seguinte:

Desta forma, três correntes diversas apresentam-se no direito comum: os escritores, ou dão de caso fortuito uma *noção objetiva*, independentemente da ausência de culpa, da qual, assim, pelo menos em certos casos, o distinguem; ou adotam um *conceito subjetivo*, fazendo-o começar onde

¹⁰⁵ FONSECA, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e Teoria da Imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.33.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p.34.

cessa responsabilidade por *culpa omnis*; ou finalmente, admitem a figura da responsabilidade por *culpa levíssima*, entendendo por diligência correspondente a esse grau de culpa, permanecendo, portanto, subjetivo o critério de apreciação.¹⁰⁸

Certo é que a conceituação de caso fortuito ou força maior desenvolveu-se ao longo da história, sendo influenciada determinantemente por legisladores e juristas. Porém, de uma maneira geral, exigem-se duas condições essenciais para identificação dessas expressões: ausência de culpa (o inadimplemento deve resultar de causa não imputável ao devedor) e a impossibilidade absoluta ou objetiva de executar a obrigação (a obrigação não consegue ser realizada, diante de fator impeditivo).¹⁰⁹

1.6.2 Conceito de caso fortuito

De modo geral, tanto o caso fortuito quanto a força maior consistem em acontecimentos independentes da vontade do devedor (não culposos), porém no caso da força maior existiriam eventos mais violentos e ostensivos.¹¹⁰

A noção de caso fortuito reflete imprevisibilidade e impossibilidade de evitar o próprio acontecimento (e, conseqüentemente, seus efeitos) ao ponto de impossibilitarem a prestação (obrigação). Seriam acontecimentos inevitáveis, aos quais não se poderia exigir a nenhum homem prudente que prevenisse ou evitasse.¹¹¹

O elemento externo ao caso fortuito é a ausência de culpa: ele não provém de ato culposos, pois tem natureza de acontecimento inevitável, portanto só pode ser causado por um motivo estranho à própria vontade do devedor. Contudo, se o devedor tiver exposto culposamente a obrigação aos efeitos do evento irresistível, não se configura caso fortuito, sob perspectiva jurídica.¹¹²

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.35.

¹⁰⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e Teoria da Imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.38

¹¹⁰ *Ibidem*, p.88.

¹¹¹ *Ibidem*, p.146-147.

¹¹² *Ibidem*, p.148.

O elemento interno do caso fortuito é a inevitabilidade do evento: a impossibilidade de se evitar objetiva (ou absolutamente) o acontecimento dos fatos, novamente levando em conta o homem prudente, em idênticas circunstâncias de tempo, lugar e meio, em relação ao objeto da obrigação. Isto é: deve-se levar em conta os elementos exteriores ao obrigado e seu raio de atividade econômica, em relação à possível conduta de outros indivíduos que se encontrassem em situação análoga:

Às vezes, a *imprevisibilidade* do acontecimento, o modo súbito e inesperado pelo qual se verifique, será a razão determinante de sua *inevitabilidade*. Outras vezes a própria *irresistibilidade* do evento é que o torna *inevitável*. Mas haverá sempre *impossibilidade* de *impedi-lo*, pois ninguém se acautela contra o *imprevisível*, sendo assim a *inevitabilidade* a condição objetiva fundamental exigida para caracterização do caso fortuito.¹¹³

Os autores alemães percebem o caso fortuito como impossibilidade relativa, uma impossibilidade para o agente. O caso fortuito diz respeito a um impedimento com a pessoa do devedor ou sua empresa. Porém, se a responsabilidade do devedor baseia-se em risco, apenas o caso fortuito não o exonera da obrigação.¹¹⁴

No caso fortuito os acontecimentos são previsíveis – não em relação ao momento, ao lugar e ao modo de sua verificação. Para caracterizar caso fortuito, há um incidente produzido por força física ininteligente, em condições imprevisíveis pelas partes”.¹¹⁵

Só deve liberar o devedor ao verificar a impossibilidade absoluta de execução da obrigação, porquanto dificuldade de adimplemento ou onerosidade excessiva não são considerados elementos suficientes para escusá-lo.¹¹⁶

1.6.3 Conceito de força maior

A força maior também é chamada de caso fortuito externo. A exonerariam fatos como: culpa da vítima, ordens de autoridades (*fait du Prince*), fenômenos

¹¹³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e Teoria da Imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.149.

¹¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.27.

¹¹⁵ *Ibidem*, p.27.

¹¹⁶ FONSECA, *op. cit.*, p.142.

naturais (raios, terremotos), ou outras impossibilidades de cumprir a obrigação, por não ser possível evitar o fato derivado de força externa invencível: guerra, revolução, etc. Portanto, força maior é fato externo não ligado à pessoa, ou à empresa, por laços de conectividade.¹¹⁷

Também pode ser assim entendido:

Força maior: é o evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular a execução do contrato. Assim, uma greve que paralise os transportes ou a fabricação de um produto de que dependa a execução do contrato é *força maior*, mas poderá deixar de sê-lo se não afetar totalmente o cumprimento do ajuste, ou se o contratado contar com outros meios para contornar a incidência de seus efeitos no contrato.¹¹⁸

A força maior é ato inevitável, podendo ou não ser imprevisível, sendo chamada também de ato divino (“*act of God*”) e não podendo ser imputada às partes.¹¹⁹

Assim é também visto por outros autores:

A característica básica da força maior é a sua *inevitabilidade*, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto, por exemplo, que pode ser previsto pelos cientistas); ao passo que o caso fortuito, por sua vez, tem a sua nota distintiva na sua *imprevisibilidade*, segundo os parâmetros do homem médio. Nesta última hipótese, portanto, a ocorrência repentina e até então desconhecida do evento atinge a parte incauta, impossibilitando o cumprimento de uma obrigação (um atropelamento, um roubo).¹²⁰

1.7 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

A responsabilidade contratual pressupõe a existência de um contrato válido entre credor e devedor, porquanto os contratantes ficam, por meio da celebração do

¹¹⁷ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p.332.

¹¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.240.

¹¹⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.131.

¹²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.291.

contrato e do princípio da obrigatoriedade contratual, adstritos à observância das estipulações acordadas.¹²¹ Certo é que:

A responsabilidade civil é o dever de reparação do dano causado em virtude do descumprimento da obrigação. Trata-se, pois, de obrigação de natureza subsidiária ou suplementar, a ser imposta em desfavor do devedor, conforme previsto na lei ou no próprio negócio jurídico entabulado entre as partes.¹²²

Contudo, não basta a existência do contrato válido, pois ainda é necessária a inexecução do contrato, isto é, o ilícito contratual, ocasionado pelo inadimplemento ou pela mora da obrigação.¹²³

Se o contrato é uma fonte de obrigações, sua inexecução também o é. Quando ocorre a inexecução, não é a obrigação contratual que movimenta o mundo da responsabilidade. O que se estabelece é uma obrigação nova, que se substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo conseqüente à inexecução da obrigação assumida. Essa verdade se afirmará com mais vigor se observarmos que a primeira obrigação (contratual) tem origem na vontade comum das partes, ao passo que a obrigação de reparar o prejuízo, advém, muito ao contrário, contra a vontade do devedor: esse não quis a obrigação nova, estabelecida com a inexecução da obrigação que contratualmente consentira. Em suma: a obrigação nascida do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução. Assim sendo, a responsabilidade contratual também é fonte de obrigações, como a responsabilidade delitual. Nos dois casos, tem lugar uma obrigação; em ambos, essa obrigação produz efeito.¹²⁴

De fato, havendo danos causados pelo descumprimento do pactuado, surge o dever de repará-los, devendo ser pagos tanto os lucros cessantes quanto os danos emergentes, nos termos do art.402 do Código Civil.¹²⁵

A responsabilidade civil contratual trabalha, em regra geral, com a idéia de culpa no mínimo presumida, porque se relaciona ao descumprimento de uma prestação assumida livremente, de modo que há uma inversão do ônus da prova, cabendo ao credor comprovar apenas que a obrigação não foi cumprida, enquanto

¹²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª Ed. São Paulo, Editora Atlas S.A, 2009, p.277.

¹²² LISBOA, *op. cit.*, p.117.

¹²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª Ed. São Paulo, Editora Atlas S.A, 2009, p.278.

¹²⁴ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.149.

¹²⁵ Art.402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, perdas e danos decididas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

ao devedor cabe o *onus probandi*, em que este deve provar não ter agido com culpa ou, ainda, que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade.¹²⁶

É essa também a disposição da lei:

Art.927. Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A responsabilidade pré-contratual pode acontecer no caso de quebra de negociações preliminares, como já foi mencionado anteriormente, em que, há eliminação de expectativa de contratar, por violação à boa-fé objetiva pré-contratual, podendo ocorrer a responsabilidade civil do infrator. Exemplo disso se dá quando uma das partes já efetivou gastos na certeza da celebração do negócio, mas esse não foi realizado, sem oferecimento de justificativa plausível, incorrendo a parte na chamada *culpa in contrahendo*.¹²⁷

A responsabilidade pós-contratual, por sua vez, gira em torno dos princípios basilares que a relação jurídica exigir, entre eles o da boa-fé objetiva:

Com efeito, não é pelo fato de que terminou a relação de emprego que um trabalhador esteja autorizado a revelar segredos a que somente teve acesso por força da relação contratual mantida. Da mesma forma, a extinção de um contrato de prestação de serviços advocatícios ou médicos não fulmina o dever de sigilo gerado pelo vínculo estabelecido. Tudo gira, pois, em torno da necessidade de se proceder segundo um comportamento ético e probado esperado pelas partes, uma em face da outra.¹²⁸

Entretanto, este trabalho de conclusão pesquisa o caso específico de extinção de contrato por motivo de caso fortuito e força maior, motivo pelo qual agora se abordará a responsabilidade contratual nesta situação específica.

¹²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.293.

¹²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.298.

¹²⁸ *Ibidem*, p.299.

1.7.1 Dever de indenizar no caso fortuito ou força maior

É entendimento pacífico na doutrina que, no decorrer de caso fortuito ou força maior, consoante o art.393 do Código Civil, que reproduz literalmente o art.1.058 do Código Civil anterior, não há falar em responsabilidade do devedor pelos prejuízos:

Art.393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Isso quer dizer que não existe inadimplemento do contrato se o motivo do descumprimento da prestação decorrer de caso fortuito ou força maior, porquanto não há nexos causal e, conseqüentemente, há isenção do devedor da responsabilidade pelo não-cumprimento da obrigação – situação essa que leva à resolução do contrato. As partes retornam ao seu *status quo ante*. Contudo, se o caso fortuito ou a força maior ocasionar um atraso no cumprimento da obrigação, seu efeito liberatório fica adstrito à mora. De qualquer modo, o ônus da prova do caso fortuito ou força maior recai sobre o devedor.¹²⁹ Eis que:

O caso fortuito e a força maior excluem o nexos causal por constituírem também causa estranha à conduta do aparente agente, ensejadora direta do evento. Eis a razão pela qual a jurisprudência tem entendido que o defeito mecânico em veículo, salvo em caso excepcional de total imprevisibilidade, não caracteriza o caso fortuito, por ser possível prevê-lo e evitá-lo através de periódica e adequada manutenção. O mesmo entendimento tem sido adotado no caso de derrapagem em dia de chuva, porquanto, além de previsível, pode ser evitada pelo cuidadoso dirigir do motorista.¹³⁰

A impossibilidade superveniente decorrente de caso fortuito ou força maior deve ser objetiva, isto é, não pode se referir ao próprio devedor, total e definitiva. Aquele que não adimplir a obrigação não fica responsável pelo pagamento de perdas e danos, a não ser que tenha se obrigado a ressarcir os prejuízos decorrentes, ou que esteja em mora, consoante os arts. 393 e 399 do Código Civil.¹³¹

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª Ed. São Paulo, Editora Atlas S.A, 2009, p.278-279.

¹³⁰ *Ibidem*, p.66.

¹³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: direito das obrigações: parte especial. Tomo I – Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.53.

O caso fortuito ou força maior podem ocasionar a total inexecução contratual, impossibilitando que a obrigação seja efetuada pelos contratantes. Opera-se de pleno direito a resolução do contrato, sem o dever de ressarcimento por perdas e danos, uma vez que não há o agir culposo de nenhuma das partes, independentemente, inclusive, de intervenção judicial para tanto. Pode acontecer, no entanto, de o devedor estar em mora, o que autoriza o credor a buscar ressarcimento dos danos sofridos. No caso de contrato unilateral, porém, o credor suporta integralmente os riscos, porquanto é impossível a satisfação da prestação. Já em contratos bilaterais, se uma das partes se encontrar impossibilitada do cumprimento da obrigação, a outra parte exonera-se da sua obrigação, ainda que pudesse satisfazê-la mesmo em face do caso fortuito ou da força maior; mas se a outra parte já houver executado a obrigação, o contraente exonerado é obrigado a restituir o que recebeu.¹³²

O credor pode pedir indenização em hipótese de caso fortuito ou força maior se:

- a) As partes convencionarem expressamente que o devedor responderá pelo cumprimento da relação obrigacional, mesmo ocorrendo força maior ou caso fortuito, de forma que nessa hipótese prevalecerá a vontade dos contraentes;
- b) O devedor estiver em mora (CC, arts. 394 a 399), por não ter efetuado o pagamento no tempo, lugar e forma estipulados, devendo, então, responder não só pelos prejuízos causados pela sua mora, mas também pela impossibilidade da prestação, resultante de força maior ou caso fortuito ocorridos durante o atraso, exceto se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria, mesmo que a obrigação tivesse sido desempenhada no momento oportuno;
- c) O mandatário, não obstante proibição do mandante, se fizer substituir na execução do mandato, pois pelo Código Civil, art.667, §1º, deverá responder ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de força maior ou caso fortuito, salvo se provar que os danos sobreviriam, ainda que não tivesse havido substabelecimento;
- d) O devedor tiver de cumprir obrigação de dar coisa incerta, pois antes da escolha não poderá alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito (CC, art.246).¹³³

¹³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995, p.121.

¹³³ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 194-195.

Em se tratando de impossibilidade temporária, não se opera a resolução, apenas a suspensão do contrato, a não ser que a impossibilidade persista por maior espaço de tempo e o credor se desinteresse da obrigação.¹³⁴

Quando da inexecução da obrigação por caso fortuito ou força maior, há dois elementos a serem provados: um de caráter subjetivo, que é a ausência de culpa, outro de natureza objetiva, que é a inevitabilidade do evento.¹³⁵

Nem sempre a excludente de indenização será vista de forma idêntica, objetiva, até mesmo num único contrato. No caso de incêndio criminoso, o agente que provocou o desastre agiu com culpa. Para o terceiro que não participou do evento, mas que deixou de cumprir a obrigação em razão do incêndio, tal evento é o caso fortuito. Se o incêndio ocorreu pela combustão natural, trata-se de força maior.¹³⁶

1.8 TEORIA DA IMPREVISÃO

A Teoria da Imprevisão tem origem sua base histórica na Idade Média, com a idéia de que o contrato devia ser cumprido conforme as condições que foi contratado, porém se possibilitavam alterações no caso de modificação das condições, seguindo-se o brocardo *contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*. Resumidamente, difundiu-se a cláusula *rebus sic stantibus*, com aplicação em contratos de trato sucessivo e dependentes do futuro.¹³⁷

De acordo com ela [a cláusula *rebus sic stantibus*], as obrigações contratuais não de ser entendidas em correlação com o estado de coisas ao tempo em que se contratou. Em conseqüência, a mudança acentuada dos pressupostos de fato em que se embasaram implica alterações que o Direito não pode desconhecer. É que as vontades se ligaram em vista de certa situação, e na expectativa de determinados efeitos, e não em vista de situação e efeitos totalmente diversos, surtidos à margem do comportamento dos contraentes.¹³⁸

¹³⁴ *Ibidem*, p.195.

¹³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2005, p.356.

¹³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2005, p.357.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 497.

¹³⁸ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p.644.

O contrato visa a uma situação de obrigatoriedade futura, em que as partes acordam para o estabelecimento de um negócio previsível, porém, muitas vezes, situações imprevisíveis ocorrem, o que pode autorizar a uma intervenção judicial na vontade contratual. “A imprevisão deve ser um fenômeno global, que atinja a sociedade em geral, ou um segmento palpável de toda essa sociedade. É a guerra, a revolução, o golpe de Estado, totalmente imprevisíveis”.¹³⁹

Exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias. (...) Mas não basta. Necessário ainda que a alteração imprevisível do estado de fato determine a dificuldade de o contratante cumprir a obrigação, por se ter tornado excessivamente onerosa a prestação. A modificação quantitativa da prestação há de ser tão vultosa que, para satisfazê-la, o devedor se sacrificaria economicamente. Chega-se a falar em *impossibilidade*. Pretende-se, até, criar a categoria da *impossibilidade econômica*, ao lado da física e da jurídica, para justificar a resolução do contrato, mas, se a equiparação procedesse, estar-se-ia nos domínios da força maior, não cabendo, em consequência, outra construção teórica. A onerosidade excessiva não implica, com efeito, impossibilidade superveniente de cumprir a obrigação, mas apenas dificulta, embora extremamente, o adimplemento. Porque se trata de dificuldade, e não de impossibilidade, decorre importante consequência, qual seja a da necessidade de verificação prévia, que se dispensa nos casos de força maior.¹⁴⁰

A teoria da imprevisão, portanto, retrata uma exceção aos Princípios da Intangibilidade e Inalterabilidade do negócio jurídico, porque procura a conservação do contrato por meio de tentativa de restauração do equilíbrio original do ajuste. Os efeitos supervenientes que venham a ocorrer (e aqui se enquadram o caso fortuito e a força maior) e que ocasionariam prejuízos a umas das partes por onerosidade excessiva autorizam à revisão judicial do contrato, com o intuito de mitigação (ou eliminação) dos possíveis efeitos negativos aos contratantes.¹⁴¹

Onerosidade excessiva é o fenômeno pelo qual a obrigação se torna mais gravosa no momento de seu cumprimento do que se poderia esperar, quando da celebração do contrato, em face de acontecimentos externos ou exógenos extraordinários e imprevisíveis, caso em que a resolução contratual somente pode se verificar através de sentença judicial.¹⁴²

¹³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2005, p.494-495.

¹⁴⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 41.

¹⁴¹ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80-81.

¹⁴² *Ibidem*, p. 82.

Já adiantando o tema da Teoria da Imprevisão nos contratos administrativos, a seguir detalhada, tem-se que:

A álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.¹⁴³

A Teoria da Imprevisão pode ser aplicada diante da álea econômica, pois não seria justo que se obrigasse a parte prejudicada a dar cumprimento a um encargo que, se pudesse ter previsto no momento da contratação, não teria a efetivado, porquanto essa álea o torna demasiado oneroso.¹⁴⁴

Distingue-se, não obstante, a álea econômica da força maior, pois na primeira não há impossibilidade de execução do contrato, enquanto na segunda há impossibilidade absoluta do seu prosseguimento. Assim, na álea econômica, a Administração Pública pode dar aplicação à Teoria da Imprevisão, enquanto que na força maior as partes são absolvidas de suas obrigações, sem responsabilidade por seu inadimplemento – nos termos do art.393 do Código Civil de 2002 e do art.78, XVII da Lei nº 8.666/1993.

¹⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.268.

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.269.

2 CONTRATOS DE DIREITO PÚBLICO

Embora o instituto do contrato seja característico do Direito Privado, a Administração Pública também pode, e, muitas vezes, precisa de utilizá-lo para realizar suas atividades. A Teoria Geral do Contrato serve, portanto, para os contratos privados e para os contratos públicos, dos quais são espécies os contratos administrativos e os acordos internacionais. Não obstante, o Direito Privado é observado somente de forma complementar, porquanto os contratos públicos são regidos por normas e princípios próprios do Direito Público, sem que este possa ser substituído por aquele.¹⁴⁵

São considerados contratos da Administração, em sentido amplo, os contratos celebrados pela Administração Pública, em regime de direito público ou direito privado. A Administração Pública, por sua vez, pode ser vislumbrada sob dois sentidos: um subjetivo, que é constituído pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que praticam a função administrativa da atividade estatal; e um objetivo, que significa a natureza da atividade desses citados entes, sendo, então, a Administração Pública a própria função administrativa realizada predominantemente pelo Poder Executivo. Quanto aos regimes adotados pela Administração Pública, tem-se o regime de direito público ou direito privado. É a Constituição Federal ou a lei que, em regra, define a utilização de um ou outro regime. Tome-se, por exemplo, o art.173, §1º da Carta Magna¹⁴⁶, em que a Administração Pública é obrigada a submeter a entidade de que desempenhe função econômica ao direito privado; enquanto o art.175 da Carta Maior¹⁴⁷ autoriza que o Poder Público preste serviços

¹⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p.213.

¹⁴⁶ Art. 173, §1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

- I- sua função social e as formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
- II- a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III- licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- IV- a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
- V- os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

¹⁴⁷ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

públicos ou estabeleça regime de concessão ou permissão ao particular, além de o parágrafo único do mesmo artigo consente que lei ordinária fixe o regime das empresas concessionárias ou permissionárias de serviço públicos.¹⁴⁸ Além disso:

No Direito Privado a liberdade de contratar é ampla e informal, salvo as restrições da lei e as exigências especiais de forma para certos ajustes, ao passo que no Direito Público a Administração está sujeita a limitações de conteúdo e a requisitos formais rígidos, mas, em contrapartida, dispõe sempre dos privilégios administrativos para a fixação e alteração das cláusulas de interesse público e até mesmo para pôr fim ao contrato em meio de sua execução.¹⁴⁹

Isso quer dizer que apesar de algumas semelhanças, os contratos privados e públicos devem ser compreendidos também em suas particularidades. Passa-se, agora, a analisar especificamente com os contratos administrativos, a fim de compreender melhor essas similitudes e diferenças.

2.1 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1.1 Conceito de contrato administrativo

Assim como no capítulo anterior, em que se procedeu à conceituação de contrato, aqui é essencial também a conceituação dos contratos administrativos. A fim de evitar distorção nos conceitos dos principais autores em função de tentativa de resumo dos mesmos, transcreve-se, literalmente, a partir de agora:

Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração. O contrato administrativo geralmente objetiva a obtenção de uma obra ou serviço público, mas pode ter qualquer outro objeto, consubstanciando obrigação de dar ou fazer. Daí

-
- I- o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
 - II- os direitos dos usuários;
 - III- a política tarifária;
 - IV- a obrigação de manter serviço adequado.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.63.

¹⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p.214.

por que na sua conceituação não nos referimos especificamente a obras e serviços, mas aludimos genericamente a “objetivos de interesse público”.¹⁵⁰

O contrato administrativo é um acordo de vontades com efeitos vinculantes, de que participa a Administração Pública e cujo objeto consiste numa prestação de dar, fazer ou não fazer algo economicamente avaliável. O aperfeiçoamento do contrato administrativo deve observar um conjunto de formalidades.¹⁵¹

O contrato administrativo é um acordo de vontades, de que participa a Administração e que, tendo por objetivo direto a satisfação de interesse públicos, está submetido a regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum.¹⁵²

É um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.¹⁵³

De plano, convém entender os contratos públicos ou administrativos como aqueles que se aperfeiçoam pela presença da Administração Pública num dos polos da avença formal, dotada de aptidão para promover alterações justas e por interesse público, estabelecendo, no geral das vezes, acordos de vontades relativamente autônomas e regidos por princípios publicistas (nesse aspecto, transcendendo o chamado, com imprecisão, Direito Comum). Com objeto público (obras, serviços, compras, alienações, concessões e permissões, entre outros) e sob o controle alargado no tocante à licitude, devem observar – quando houver dispêndio – a previsão orçamentária e a responsabilidade fiscal e, salvo nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade (devidamente motivadas), precisam ser precedidos de procedimento administrativo endereçado à escolha, com impessoalidade e de modo razoável, da proposta mais vantajosa par o interesse público.¹⁵⁴

2.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

O contrato administrativo, por ser instituto de Direito Administrativo, deve respeitar os mesmos princípios dessa disciplina. São princípios fundamentais não só do Direito Administrativo, mas de todos os ramos do Direito Público: o princípio da legalidade e o da supremacia do interesse público, porque desses derivam todos os

¹⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p.214.

¹⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ªEd. São Paulo: Editora Dialética, 2008, p.11.

¹⁵² CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v.1, p.391.

¹⁵³ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p.615.

¹⁵⁴ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.294-295,

demais. Na Constituição Federal de 1988, art. 37, *caput*¹⁵⁵, é feita menção expressa a alguns princípios aos quais deve se submeter a Administração Pública Direta e Indireta. Já em outras leis, como a Lei n° 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), a Lei n° 8.666/1993 (Lei das Licitações e Contratos Administrativos) e a Lei n° 8.987/1995 (Lei sobre o regime de concessão e permissão de serviço público), por exemplo, há referências a princípios específicos. Dessa forma, os princípios são ponto de referência que devem ser observados nessa disciplina, a fim de resguardar os interesses individuais e coletivos. A seguir, destacam-se os mais importantes deles.¹⁵⁶

2.2.1 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade reflete a sujeição do administrador público, em sua atividade funcional, aos mandamentos da lei e exigências do bem comum, devendo manter sua prática sem desses objetivos desviar, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e criminal. O respeito ao Princípio da Legalidade é ensejado pelo atendimento à Lei e ao Direito, não havendo liberdade nem vontade pessoal, isto é, o particular pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, enquanto o administrador público só pode fazer o que a lei autoriza ou ordena. Nas leis administrativas, a ordem pública não pode ser desconsiderada nem mesmo por acordo ou vontade conjunta dos aplicadores e dos destinatários, porquanto contém um poder-dever, o qual a Administração Pública não pode renunciar. No entanto, não basta o cumprimento fiel ao texto, levando-se “ao pé da letra” tudo aquilo que está legislado. É nesse âmbito que encontra espaço o Princípio da Moralidade, o qual a seguir será analisado, porque esse também orienta a busca pelos interesses da sociedade no momento da interpretação da Lei.¹⁵⁷

Este princípio possui um aspecto objetivo, que é a “sujeição do agir à lei” e um aspecto subjetivo que é “a garantia da supremacia do interesse juridicamente

¹⁵⁵ 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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e também ao seguinte.

¹⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.67.

¹⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.90.

protegido”.¹⁵⁸ O primeiro é a sujeição integral ao ordenamento jurídico, sem dele se afastar e sem violá-lo. Já o segundo procura que existam mecanismos de controle que tutelem o interesse juridicamente protegido.¹⁵⁹

Além de estar presente no art. 37, *caput* da Constituição Federal, este princípio também se encontra no art.5º, II da Constituição Federal.¹⁶⁰ Significa que a lei realiza uma atividade dupla: ao mesmo tempo define os direitos individuais e cria limites para a atuação administrativa, de modo que esses direitos possam ser restringidos em benefício da coletividade.

2.2.2 Princípio da Moralidade Administrativa

O Princípio da Moralidade Administrativa é, atualmente, pressuposto de validade para os atos da Administração Pública, nos termos do art.37, *caput*, da Constituição Federal. Significa que o administrador público deve atuar de maneira ética, honesta e moral (comum e juridicamente). A Lei nº 9.784/1999 também consagra o Princípio da Moralidade Administrativa, em seu art.2º, parágrafo único, IV.¹⁶¹ É possível estabelecer linha comparativa entre este princípio e a boa-fé objetiva de Direito Privado, pois as duas são vistas como um modo de conduta que o próprio indivíduo deve perseguir.¹⁶²

Este princípio é decorrente do art.3º, I da Constituição Federal¹⁶³, porque é impraticável a existência de uma sociedade “livre, justa e solidária” sem respeito por parte da Administração Pública aos postulados éticos.¹⁶⁴

¹⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p.214.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.216.

¹⁶⁰ Art.5º, II. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

¹⁶¹ Art.2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
V- atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

¹⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.90-93.

¹⁶³ Art.3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁶⁴ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p.54.

2.2.3 Princípio da Impessoalidade ou Finalidade

O Princípio da Impessoalidade também é chamado de Princípio da Finalidade, pois orienta que o administrador público atue perseguindo o fim legal, isto é, aquilo que a norma do Direito considera como objetivo do ato, de maneira impessoal, sem se influenciar por seus interesses ou convicções pessoais ou de terceiros. O fim legal é, por conseguinte, o interesse público, o qual deve ser almejado, sob pena de invalidação do ato por desvio de finalidade. A vedação, portanto, é da prática de administrativo que somente satisfaça a interesses privados, seja por favoritismo ou por perseguição dos agentes governamentais – o que configuraria a figura do abuso de poder.¹⁶⁵

Assim, é a finalidade pública a norteadora do comportamento do agente público, não podendo esse agir com intuito de prejudicar ou beneficiar determinadas pessoas, pois com isso estaria incorrendo em violação ao interesse público.¹⁶⁶

Exemplo de aplicação desse princípio é no caso do art.100 da Constituição Federal¹⁶⁷, no que tange ao pagamento de precatórios judiciais. Também no art.2º, parágrafo único, III da Lei nº 9.784/1999¹⁶⁸, é encontrado implicitamente, sendo vedada a “promoção pessoal de agentes ou autoridades”.¹⁶⁹ Também serve de exemplo o fato de que é possível reconhecer validade de atos praticados por um funcionário investido em cargo ou função pública de maneira irregular, uma vez que os atos exercidos são do órgão e não do agente público pessoalmente.¹⁷⁰

¹⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 93-94.

¹⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.71.

¹⁶⁷ Art.100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

¹⁶⁸ Art.2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: III- objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.71.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p.71.

2.2.4 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade

O Princípio da Razoabilidade ou Proporcionalidade é de interpretação implícita na Constituição Federal, sendo entendido como o “princípio da vedação de excesso”.¹⁷¹ Significa que a Administração Pública deve fazer um julgamento de compatibilidade entre meios e fins, evitando que os direitos fundamentais sejam feridos. Isso não significa que a razoabilidade ou a proporcionalidade substitua a vontade do legislador – ocorre que o que se deve observar é se não há exagero por falta ou excesso naquilo que se interpreta da lei. “Deve haver, pois, uma relação de pertinência entre a finalidade e os padrões de oportunidade e de conveniência”.¹⁷²

Novamente, a Lei nº 9.784/1999, em seu art.2º, parágrafo único, VI¹⁷³, determina que se observe “adequação entre os meios e os fins”, porquanto a proporcionalidade evitar que os meios sejam distorcidos em relação ao fim buscado, isto é, que se utilize de instrumentos demasiadamente grandiosos para atingir um fim, enquanto poderiam ser utilizados meios mais “econômicos”.

Este princípio visa a impedir que a Administração Pública tome medidas que ofereçam conseqüências além da relação estabelecida; isto significa dizer que se devem buscar os menores prejuízos possíveis aos direitos individuais, quando da realização de um fim público.¹⁷⁴

2.2.5 Princípio da Publicidade

O Princípio da Publicidade indica que, para fins de conhecimento público e eficácia dos atos e contratos administrativos, ou seja, para que esses possam começar a ter conseqüências jurídicas para toda a população, é imprescindível a

¹⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.94.

¹⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.95.

¹⁷³ Art.2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

¹⁷⁴ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p.53.

sua divulgação oficial, sendo essa um elemento indispensável, não sendo possível convalidação ante sua ausência. Só é admitido sigilo em casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração (nos termos da Lei nº 8.159/1991 e pelo Decreto nº 2.134/1997).

A Lei nº 9.784/1999 também prevê atendimento a esse princípio, em seu art.2º, parágrafo único, IV, em consonância com o art.37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.¹⁷⁵

Isso fica claro, pois:

A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art.37, *caput*), abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnico e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais.¹⁷⁶

2.2.6 Princípio da Eficiência

O Princípio da Eficiência requer que o administrador público atua com “presteza, perfeição e rendimento funcional”.¹⁷⁷ O que se procura, nesse princípio, é a resolução satisfatória do serviço público e o atendimento das necessidades da comunidade, buscando-se sempre resultados positivos naquilo que se produz.

Este princípio possui duas perspectivas: a primeira diz respeito ao modo de atuação do agente público, em relação ao desempenho de suas atribuições, que deve objetivar sempre alcançar os melhores resultados, já a segunda diz respeito ao

¹⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.95-97.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p.97.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p.98.

modo de organização, estruturação e disciplina da Administração Pública, também em busca dos melhores resultados aos administrados.¹⁷⁸

Consoante a Lei nº 9.784/1999, art. 50, §2º¹⁷⁹, é possível, por exemplo, a utilização de meio mecânico a fim de reproduzir fundamentos de decisões no âmbito dos processos administrativos, racionalizando o mesmo e produzindo com eficiência.¹⁸⁰

2.2.7 Princípio da Segurança Jurídica

O Princípio da Segurança Jurídica procura assegurar aos administrados estabilidade nas situações jurídicas, em função de uma proteção de confiança necessária para o pleno desenvolvimento da sociedade.¹⁸¹ A Lei nº 9.784/1999 também determina o cumprimento deste princípio, em seu art.1º.¹⁸²

É sábia a lição que diz:

O princípio da segurança jurídica determina a busca dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade no Direito. Esses ideais (porém, e com a permissão para o emprego de uma metáfora) compõem apenas a parte da segurança jurídica que pode ser vista acima do mar, tal qual um *iceberg*, cuja ponta esconde uma imensa, extensa e profunda base submersa. Como o princípio da segurança jurídica delimita os contornos daquilo que é indispensável para que o cidadão possa, de acordo com o Direito, plasmar o seu presente e planejar, livre e autonomamente, sem engano ou justificada surpresa, o seu futuro, inquiri-lo é, a um só tempo, investigar, de um lado, os direitos de liberdade, de igualdade e de dignidade e, de outro, os princípios relativos à atuação estatal. Mais do que isso: os ideais que o integram revelam, indiretamente, o tipo de sociedade que se visa constituir, pelos tipos de Estado e de cidadão que resultam da sua configuração. A exigência de cognoscibilidade permite que o cidadão possa “saber” aquilo que “pode ou não fazer” de acordo com o Direito. Essa exigência, dentro de um estado de confiabilidade e de calculabilidade, capacita-o, com autonomia e com liberdade, “fazer ou não fazer”, de modo que possa “ser ou não ser” aquilo que deseja e que tem condições de ser. A

¹⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.83.

¹⁷⁹ Art.50. Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

¹⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.98.

¹⁸¹ *Ibidem*, p.100.

¹⁸² Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

segurança jurídica, em outras palavras, é um instrumento para que o cidadão possa saber antes, e com seriedade, o que pode fazer, de modo que possa melhor ser o que pode e quer ser. (...) Em suma, a segurança jurídica é instrumento de realização da liberdade, e a liberdade é meio de realização da dignidade.¹⁸³

Isso quer dizer que a preservação da confiança, da estabilidade e da legalidade aos administrados deve ser salvaguardada, a fim de garantir uma segurança jurídica na relação entre Estado e administrados.¹⁸⁴

2.2.8 Princípio da Motivação

O Princípio da Motivação determina que todo ato do Poder Público deve apresentar uma fundamentação com base legal e os motivos pelos quais se está tomando determinada atitude. “Assim como todo cidadão, para ser acolhido na sociedade, há de provar sua identidade, o ato administrativo, para ser bem recebido pelos cidadãos, deve patentear sua legalidade, vale dizer, sua identidade com a lei¹⁸⁵.” A motivação é a justificativa da Administração Pública com indicação dos pressupostos de fato e os de direito (preceitos jurídicos) que autorizam a realização de certo ato ou contrato. Em se tratando de poder discricionário, a motivação é dispensável, sendo suficiente a comprovação de competência para o exercício de tal poder e a pertinência do ato com o interesse público. Quando for necessária para o exercício de ampla defesa e do contraditório, a motivação é compulsória.¹⁸⁶

Esse princípio é encontrado nos art. 2 e 50 da Lei nº 9.784/1999¹⁸⁷. Em regra, a motivação não exige forma específica, podendo ser efetivada por órgão diverso daquele que proferiu a decisão, por exemplo.¹⁸⁸

¹⁸³ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica. Entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p.89.

¹⁸⁴ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p.54.

¹⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.102.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p.103.

¹⁸⁷ Art.2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão.

Art.50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I- neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

2.2.9 Princípio do Interesse Público

O Princípio do Interesse Público, também chamado de Princípio da Supremacia do Interesse Público, determina uma primazia do interesse público sobre o interesse privado, devendo ser essa a finalidade da atuação estatal: a busca pelo interesse geral. Isso também ocorre quando os serviços públicos são delegados aos particulares. Disso resulta, portanto, que a Administração Pública não pode dispor do interesse público, uma vez que não é titular desse interesse, e sim o Estado. É nesse sentido a justificativa para uma desigualdade jurídica entre Administração e administrados, em que são assegurados privilégios e prerrogativas ao Poder Público¹⁸⁹. Isso ocorre, especialmente, porque ao ingressar na função ou no cargo público, o agente assume um compromisso com a coletividade, com a sociedade, que é o seu bem servir – como o povo é o legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses, que somente é administrado pelo Estado, cabe ao agente público zelar por todo esse montante.¹⁹⁰

É nesse sentido que se entende:

Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social. Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente

-
- II- imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
 - III- decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
 - IV- dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
 - V- decidam recursos administrativos;
 - VI- decorram do reexame de ofício;
 - VII- deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
 - VIII- importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentais de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou termo escrito.

¹⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.83.

¹⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.106.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 86.

do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional.¹⁹¹

Prova dessa supremacia do interesse público é o fato de que a Administração Pública “pode constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais”, pode, por si própria, executar pretensão de ato, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário (auto-executoriedade) e pode revogar os próprios atos ao reconhecê-los inconvenientes ou inoportunos (auto-tutela), etc.¹⁹²

2.3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Como já foram bem conceituados o contrato administrativo e o contrato de direito privado, agora é importante destacar algumas das principais características desse segundo instituto jurídico.

O regime jurídico administrativo é caracterizado por algumas prerrogativas e algumas sujeições, ao passo que são conferidos alguns poderes à Administração, ficando esta em supremacia sobre o particular, e são impostos alguns limites à atuação administrativa, para se atingir as finalidades públicas. As sujeições impostas à Administração são semelhantes às impostas aos contratos de direito privado e aos administrativos, devendo esses observarem forma (deve ser escrita), procedimento (deve cumprir os requisitos da lei), competência (também resulta da lei) e finalidade (que deve ser pública).¹⁹³

¹⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.69.

¹⁹² DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p.96.

¹⁹³ DI PIETRO, *op. cit.*, p.246.

Foi o art.37, XXI¹⁹⁴ da Constituição Federal que demandou a elaboração da Lei nº 8.666/1993, a Lei das Licitações e dos Contratos Administrativos, que veio a regular a matéria:

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, local bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação.

Licitação – em suma síntese- é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de *competição*, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.¹⁹⁵

Deve-se ressaltar que essa exigência Constitucional de um procedimento que promova a igualdade de participação entre os interessados decorre basicamente do Princípio da Igualdade, de acordo com o art.5º da Constituição Federal. Ela visa à promoção de dois objetivos: que as entidades governamentais protejam os interesses e recursos públicos, escolhendo a oferta mais vantajosa, e que se respeitem os Princípios da Isonomia e da Impessoalidade (previstos nos art.s 5º e 37 da Constituição Federal), permitindo que os particulares possam participar da realização dos negócios com as entidades públicas.¹⁹⁶

A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas assaz de vezes nominadas de “exorbitantes”, quer assim se qualifiquem por serem apenas insuetas no Direito Privado, quer assim se designem por serem, sobre incomuns, também inadmissíveis nas relações entre particulares, em absoluto representa aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual.

Pelo contrário: a outra face do problema, contraposta às prerrogativas da Administração, assiste precisamente no campo das garantias do particular ligado pelo acordo. Cabe-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados. Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público,

¹⁹⁴ 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 da 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 assegura 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.

¹⁹⁵ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora

Malheiros, 2009, p.616-617.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p.517-518.

enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodoá-la com jaça, por pequena que seja.

Como privilégios (ou prerrogativas) da Administração Pública, tem-se as cláusulas exorbitantes, que são “aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra”.¹⁹⁷

Também é assim entendida:

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sobre aos interesses particulares. É, portanto, a presença dessas cláusulas exorbitantes no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam “la marque Du Droit Public”.¹⁹⁸

São cláusulas exorbitantes previstas na Lei nº 8.666/1993:

(i) Exigência de garantia: a Administração Pública possui a faculdade de exigir garantia em contratos de obras, serviços e compras, consoante o art.56,§1º da Lei nº 8.666/1993¹⁹⁹, desde que isso esteja previsto no instrumento convocatório da licitação.²⁰⁰ Já o contratado tem o direito de escolher entre as modalidades de garantia: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária. Após a execução do contrato a garantia é devolvida ao contratado, porém

¹⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.246.

¹⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.216.

¹⁹⁹ 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.

§ 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.

²⁰⁰ DI PIETRO, *op. cit.*, p.256.

na eventualidade de rescisão contratual, esta for devida à ato do contratado, o Poder Público pode reter a garantia a fim de ressarcir-se dos prejuízos.²⁰¹

(ii) Alteração e rescisão unilateral do contrato: é inerente à Administração o poder de alterar a rescindir unilateralmente o contrato administrativo, independentemente de previsão expressa em lei ou em cláusula contratual. O particular não possui, portanto, direito à imutabilidade do contrato ou à sua execução integral, em função da supremacia do direito público ao privado, que seria violada caso isso ocorresse. Tal atributo é manifestação do *jus variandi* que incide sobre a Administração Pública.²⁰²

O princípio básico do poder de alteração unilateral do contrato pela Administração é de que toda modificação que agrave os encargos do contratado obriga a mesma Administração a compensar economicamente os novos encargos, a fim de restabelecer o *equilíbrio financeiro* inicial. Bem por isso, a própria Lei de Licitações, ao mesmo tempo em que admite a possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração, no art. 58, I, condiciona-a à revisão das cláusulas econômico-financeiras do ajuste, para que se mantenha o equilíbrio contratual, no §2º do mesmo dispositivo. Na mesma direção o §6º do art.65.²⁰³

A rescisão unilateral do contrato também é preceito de ordem pública e decorre do princípio da continuidade do serviço público. Essa rescisão pode ocorrer por inadimplemento do contrato (por parte do contratado) ou por interesse público na cessação da execução normal do contrato, sendo exigida a justa causa em ambos os casos, uma vez que se tratam de atos vinculados aos motivos que a norma legal ou as cláusulas contratuais atribuam ao contrato.²⁰⁴

(iii) Equilíbrio econômico e financeiro: A relação “encargo-remuneração”, que nada mais é do que o equilíbrio financeiro e econômico do contrato administrativo deve ser mantida durante toda a execução do contrato, com o intuito de que o contratado não passe a sofrer indevida redução nos livros normais do empreendimento. Isso impede que a Administração, ao alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato administrativo, não venha a violar o “direito do

²⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.257.

²⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p.203-204.

²⁰³ *Ibidem*, p.205.

²⁰⁴ *Ibidem*, p.206.

contratado de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida”.²⁰⁵ Isso significa dizer que “qualquer circunstância especial capaz de alterar a margem de lucro do contratado autoriza uma modificação na remuneração a ele devida”.²⁰⁶

(iv) Inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido: a oponibilidade da exceção do contrato não cumprido já foi analisada anteriormente ao se tratar dos contratos de Direito Privado. Nos contratos administrativos, acontece que esta exceção não poderia, em regra, ser aplicada em face da Administração Pública, quando essa não cumprisse sua obrigação. No entanto, o art. 78, XV da Lei nº 8.666/1993²⁰⁷ regulamentou uma prática que já vinha sendo realizada pela jurisprudência e defendida pela doutrina, permitindo que o particular suspenda o cumprimento de sua obrigação quando a Administração incidir na hipótese do referido artigo, isto é, quando atrasar por prazo superior a noventa dias os pagamentos devidos ao contratado, porquanto não deve (nem pode) este assumir o financiamento do objeto do contrato, suportando os prejuízos decorrentes disso.²⁰⁸

(v) Aplicação de penalidades: A Administração Pública pode aplicar penalidades contratuais e legais, em função do atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, consoante o art. 87 da Lei nº 8.666/1993.²⁰⁹ Pode também

²⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.218.

²⁰⁶ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.399.

²⁰⁷ Art.78 Constituem motivo para rescisão do contrato:

XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela 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 previstas 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.

²⁰⁸ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 219.

²⁰⁹ Art.87 Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I – advertência;

II- multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

IV- suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

V- declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

relevar penalidades, apresentando motivação, quando considerar a relevação conveniente para o interesse contratual.²¹⁰

(vi) Ocupação provisória: A Administração Pública pode ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, nos termos do art.58, V da Lei nº 8.666/1993²¹¹. Essa prerrogativa visa a garantir a apuração administrativas de faltas contratuais por parte do contratado e em hipótese de rescisão do contrato.²¹²

2.4 PRELIMINARES SOBRE A EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Sabe-se que “licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se ampla participação dos interessados”²¹³ e de sua imprescindibilidade, disciplinada em lei, para a efetivação dos contratos administrativos. Sendo a licitação uma série preordenada de atos, são a Lei e o edital os responsáveis por determinar o procedimento como um todo.²¹⁴

A licitação pode ocorrer por meio de várias modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão. Qualquer uma dessas modalidades, entretanto, desenvolve-se a partir do edital, que visa a dar publicidade ao procedimento, findando com a adjudicação do objeto ao vendedor. São princípios norteadores da licitação o do procedimento formal (a licitação é vinculada às prescrições legais que regem seus atos e fases), o da publicidade dos atos (não pode haver licitação sigilosa), o da igualdade entre os licitantes (seguindo o princípio constitucional da isonomia), o do sigilo na apresentação da proposta (também

²¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.220.

²¹¹ Art.58 O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

²¹² MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.401.

²¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ªEd. São Paulo: Editora Dialética, 2008, p.11.

²¹⁴ *Ibidem*, p.96.

decorrente do princípio da igualdade entre os licitantes), o da vinculação ao edital (Administração e licitantes são adstritos aos termos do pedido ou do instrumento convocatório), o do julgamento objetivo (o julgamento deve ser realizado pelos critérios indicados no edital e nas propostas), o da adjudicação compulsória ao vencedor (o vencedor tem direito subjetivo à adjudicação, uma vez vencida a licitação), além de todos os outros princípios de Direito Público.²¹⁵

A atual Lei de Licitações preocupou-se em fornecer disciplina minuciosa e exaustiva para todas as possíveis hipóteses às quais se aplicasse. Visou a reduzir ao mínimo a liberdade da Administração Pública na sua aplicação. Como consequência, o diploma se caracteriza por seu formalismo exacerbado e pela impossibilidade de soluções adotáveis ao sabor das circunstâncias. Diante desses pressupostos, é necessária enorme cautela no âmbito hermenêutico. Se o intérprete olvidar os princípios jurídicos fundamentais, acabará perdido diante das palavras da lei. Será inviável encontrar a solução para os problemas práticos sem um método hermenêutico adequado.

Afirma-se, com isso, que as palavras através das quais se exterioriza o texto legal não podem ser interpretadas em termos meramente gramaticais – ou melhor, não se pode restringir a interpretação à exclusiva tarefa vernacular. As palavras de um específico dispositivo legal retratam manifestação da vontade legislativa. Mas essa vontade legislativa é muito mais ampla do que a exteriorizada em um único dispositivo isolado. Cada palavra e cada artigo de um diploma legal consistem em, por assim dizer, indícios da vontade legislativa. (Marçal 75)

Interessa nesta monografia, entretanto, analisar não a formação dos contratos administrativos e sim a sua extinção por motivo de caso fortuito ou força maior.

A extinção do contrato administrativo segue o mesmo padrão do já analisado nos contratos de Direito Privado. A extinção contratual ocorre com o término do vínculo obrigacional entre as partes, seja pela conclusão do seu objeto ou pelo término do prazo, seja pelo rompimento através de rescisão ou anulação. Via de regra, os contratos administrativos são extintos pela conclusão de seu objeto, que ocorre de pleno direito quando do cumprimento das partes de todas as cláusulas celebradas. No momento em que isso ocorre, a Administração recebe o objeto mediante termo, ou recibo, o que dá fim ao acerto e implica o reconhecimento da conclusão do contrato. Também pode acontecer a extinção pelo término do prazo, porém somente nos ajustes por tempo determinado. A anulação é exceção, só

²¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.28-42.

podendo ser declarada mediante ilegalidade na formalização do contrato ou em cláusula essencial.²¹⁶

2.5 EXTINÇÃO POR CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR E RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

O contrato administrativo segue um ciclo de existência pré-determinado que visa ao alcance de um fim (público), porém pode acontecer de motivos o levarem à inexecução, que pode ser parcial ou total, incluindo-se aí as conseqüências naturais da inadimplência – o que levaria à rescisão contratual.²¹⁷

Inexecução (ou inadimplência) significa o descumprimento parcial ou total das cláusulas contratuais. Tais hipóteses podem ocorrer por ato ou omissão culposa ou sem culpa do contratado. Essas situações podem ocasionar responsabilidade jurídica e administrativa àquele que inadimplir, propiciando, inclusive, a rescisão contratual.

No Direito Administrativo, todavia, há incidência de regras mais rigorosas quando se trata da inexecução parcial ou total do contrato. No Direito Privado, em regra, a inexecução parcial do ajuste não leva à rescisão do contrato, com as ressalvas da lei, já no Direito Administrativo, a inexecução parcial se equipara à total, a fim de não violar os interesses fundamentais ao ocasionar incerteza e insegurança da continuidade ou não do contrato. Isso também não quer dizer que qualquer descumprimento de prestação contratual autorize a rescisão, que só deve ocorrer mediante evento sério o suficiente para colocar em risco os interesses fundamentais, nos termos do art.78 da Lei nº 8.666/1993.²¹⁸

Segundo o art.78, XVII da Lei nº 8.666/1993²¹⁹, o caso fortuito e a força maior são causas extintivas do contrato administrativo, extinguindo o vínculo jurídico. Não

²¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p.244-245.

²¹⁷ *Ibidem*, p.249.

²¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ªEd. São Paulo: Editora Dialética, 2008, p.764.

²¹⁹ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

é o caso, aqui, de inexecução culposa, já que o não-cumprimento ocorre em função de motivos além da vontade do devedor, independentemente, inclusive, da sua adoção de medidas que evitem e previnam o acontecimento do fato.

O caso fortuito e a força maior para os contratos administrativos possuem o mesmo entendimento já abordado em relação aos contratos de Direito Privado, não havendo necessidade de repetir os fundamentos que os baseiam.

O que caracteriza determinado evento como *força maior ou caso fortuito* são, pois, a *imprevisibilidade* (e não a imprevisão das partes), a *inevitabilidade* de sua ocorrência e o *impedimento absoluto* que veda a regular execução do contrato. Evento imprevisível mas evitável, ou imprevisível e inevitável mas superável quanto aos efeitos incidentes sobre a execução do contrato, não constitui *caso fortuito* nem *força maior*,²²⁰ cujos conceitos, no Direito Público, são os mesmos do Direito Privado.

A simples ocorrência de evento superveniente que seja imprevisto e inevitável não é suficiente, porém, para fomentar a rescisão contratual, porquanto as duas partes devem agir com cautela. Danos derivados de atuação culposa, mesmo diante de caso fortuito ou força maior, são indenizáveis. Por exemplo: uma das partes toma conhecimento de que um caso fortuito está prestes a ocorrer, porém permanece omissa, não informando a outra parte, então se torna responsável pelos prejuízos decorrentes disso, porque os poderia ter evitado. Além disso, as partes têm dever de se comunicarem diante da iminência de um evento de caso fortuito ou força maior, podendo ser responsabilizadas civilmente pelos prejuízos sofridos pela outra parte, caso não o façam. Também é necessário que se verifique se o contrato pode ou não continuar, com a realização de pequenos ajustes contratuais, ou se deverão ser feitas alterações com o intuito de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. Entretanto, caso nenhuma dessas hipóteses seja possível, o contrato deve ser rescindido.²²¹

Assim, uma greve que paralise os transportes ou a fabricação de um produto de que dependa a execução do contrato é *força maior*, mas poderá deixar de sê-lo se não afetar totalmente o cumprimento do ajuste, ou se o

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

²²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.241.

²²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ªEd. São Paulo: Editora Dialética, 2008, p.791-792.

contratado contar com outros meios para contornar a incidência de seus efeitos no contrato.

Caso fortuito é, p. ex. um tufão destruidor que cubra o local da obra; ou qualquer outro fato, com as mesmas características de imprevisibilidade e inevitabilidade, que venha a impossibilitar totalmente a execução do contrato ou retardar seu andamento, sem culpa de qualquer das partes.²²²

Quando há inexecução (ou inadimplência) culposa – que resulta de ato ou omissão de qualquer das partes – em função de negligência, imprudência, imprevidência ou imperícia, fala-se em violação a dever de diligência, o que, seguindo orientação de responsabilidade civil, enseja sanções contratuais e legais proporcionais à falta cometida pelo inadimplente.²²³

Porém, o que ocorre quando há inexecução ou inadimplência sem culpa?

A inexecução ou inadimplência sem culpa é a que decorre de fatos ou atos estranhos à conduta do contratado, caracterizadores de *força maior*, de *caso fortuito*, de *fato do príncipe*, de *fato da administração* ou de *interferências imprevistas*, que retardem ou impeçam totalmente o cumprimento do contrato. Nesse caso, embora ocorra inadimplência e possa haver rescisão do contrato, não haverá responsabilidade alguma para o contratado, porque aqueles eventos atuam como *causas justificadoras da inexecução do contrato*.²²⁴

Se o evento que retarde a execução do contrato ou a impeça for enquadrável no conceito de caso fortuito ou força maior, nos termos do art. 393§único do Código Civil Brasileiro, pode a parte invocá-lo para não sofrer as conseqüências da mora ou para obter a rescisão do ajuste, porém sem receber ou dever indenização e respeitando o ônus da prova. Isso só pode ser utilizado como causa justificadora da inexecução contratual quando não tiver existido culpa da parte, não tendo essa contribuído para se colocar em tal situação. Se, porém, uma das partes já estiver em mora no momento em que ocorrer o caso fortuito ou de força maior, não pode se utilizar dessa escusa, a não ser que comprove que o dano independia da pontualidade de suas obrigações, isto é, a não ser que demonstre que, mesmo que estivesse adimplente, o resultado seria o mesmo para ambas as partes.²²⁵

²²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.240.

²²³ *Ibidem*, p.250.

²²⁴ *Idem*. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p.250.

²²⁵ *Ibidem*, p.241.

A doutrina é pacífica ao afirmar que no caso de inexecução contratual em razão de ato ou omissão culposa que seja imputada ao inadimplente, cabe a este, naturalmente, arcar com as conseqüências da mora ou do descumprimento do ajuste. Nisto não há diferença dos contratos de direito privado, sendo a Teoria Geral dos Contratos adotada também para o contrato administrativo. Porém, ocorrendo causas que justifiquem a inexecução, o contratante é liberado de qualquer responsabilidade, uma vez que as partes só podem responder por encargos contratuais **previstos** ou **previsíveis** em condições normais do acordo, “levando-se em consideração as áleas comuns do contrato e os riscos próprios do empreendimento”.²²⁶ Na presença de eventos extraordinários, imprevistos e/ou imprevisíveis, onerosos, retardadores ou impeditivos da execução, a parte que é atingida por isso se torna absolvida dos encargos originários. O contrato é, então, rescindido ou revisto, aplicando-se a Teoria da Imprevisão²²⁷, analisada no capítulo anterior.

2.6 DEVER DE INDENIZAR O CONTRATADO

Segundo o art.79, §2º da Lei Nº 8.666/1993, se a rescisão do contrato ocorrer em razão de caso fortuito ou força maior, regularmente comprovada, que impeça a execução do contrato, contudo sem que haja culpa do contratado, este deverá ser ressarcido dos prejuízos comprovados que houver sofrido – tendo direito, inclusive, à devolução da garantia (inciso I), aos pagamentos devidos pela Administração da execução até a rescisão (inciso II) e a pagamento do custo da desmobilização. “Em qualquer caso em que a rescisão não se fundamente no seu inadimplemento, o particular deverá ser amplamente indenizado”.²²⁸

Como não é possível falar em caso fortuito ou força maior com culpa do contratado, uma vez que, como já foi profundamente analisado, esses fatos independem de culpa, pois são imprevisíveis e imprevistos, este parágrafo cria uma discussão muito interessante. Quer dizer que, se o contratado comprovar que o caso

²²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p.250.

²²⁷ *Ibidem*, p.250.

²²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ªEd. São Paulo: Editora Dialética, 2008, p.798.

fortuito ou força maior impedirá a execução do contrato, este deverá ser ressarcido, pela Administração, obviamente, pelos prejuízos (também comprovados) que houver sofrido. Todavia, os prejuízos foram causados por caso fortuito ou força maior, acontecimentos totalmente estranhos à vontade e ao domínio das partes, inclusive do Poder Público. Por que deve ele ser o responsável pela indenização da outra parte? Esse raciocínio desconstitui integralmente a Teoria Geral dos Contratos, que se firma no entendimento, como já foi mostrado, de que **em caso fortuito ou força maior, a nenhuma das partes cabe indenização.**

Na inexecução do contrato administrativo a responsabilidade civil surge como uma de suas primeiras conseqüências, pois, toda vez que o descumprimento do ajustado causar prejuízo à outra parte, o inadimplente fica obrigado a indenizá-la. Essa é a regra, só excepcionada pela ocorrência de causa justificadora da inexecução, porquanto o fundamento normal da responsabilidade civil é a *culpa*, em sentido amplo.

A responsabilidade civil decorrente do contrato administrativo rege-se pelas normas pertinentes do Direito Privado, observado o que as partes pactuaram para o caso de inexecução e atendidas previamente as especificidades do Direito Administrativo no que concerne ao objeto do ajuste, cuja contratação tem regência própria em cada entidade estatal (União, Estados e Municípios) e seus desmembramentos autárquicos.²²⁹

O parágrafo 2º do art. 79 da Lei nº 8.666/1993, ao se referir a prejuízos comprovados não os restringe aos danos emergentes, incluindo nesse cálculo, também, os lucros cessantes:

Ou seja, o particular não terá direito de receber o valor integral da prestação que o contrato impunha à Administração. Tem direito de receber o valor 'dos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de rescisão' (inc. II). Mas quanto ao remanescente do contrato, o particular tem direito ao valor do lucro que auferiria se o contrato fosse mantido. Isso se impõe porque a proposta formulada pelo particular e aceita pela Administração tinha em vista a execução da prestação como um todo. Se o particular soubesse, de antemão, que o contrato se restringiria a um montante mais reduzido, sua proposta seria diferente. Eventualmente, não teria sequer participado dessa licitação. A Administração, através da faculdade de rescisão unilateral, não pode subtrair do particular o lucro que ele obteria através da execução integral.²³⁰

Disso se observa que o parágrafo 2º do referido artigo concebeu o mesmo entendimento para duas situações distintas: para o caso de rescisão unilateral

²²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.244.

²³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ªEd. São Paulo: Editora Dialética, 2008, p.798.

contratual, em face de interesse público (art.78, XII) e para o caso fortuito ou a força maior (art.78, XVII):

Não tem sentido a norma do art.79, §2º, dar idêntico tratamento à rescisão por motivo de interesse público e à rescisão por motivo de caso fortuito ou força maior, no que se refere ao ressarcimento dos 'prejuízos regularmente comprovados'; o caso fortuito ou de força maior corresponde a acontecimentos imprevisíveis, estranhos à vontade das partes e inevitáveis, que tornam impossível a execução do contrato. Não sendo devido a nenhuma das partes, o contrato se rescinde de pleno direito, não se cogitando de indenização; não tem qualquer sentido a Administração indenizar o particular por um prejuízo a que não deu causa. A norma contida nesse dispositivo reverte toda a teoria do caso fortuito e de força maior que, embora consagrada no artigo 1.058 do Código Civil, pertence à teoria geral do direito, abrangendo todos os ramos do direito.²³¹

Em suma, apesar de a Teoria Geral dos Contratos, a qual os contratos administrativos se incluem por pertinência temática, afirmar categoricamente que em hipótese de extinção de vínculo contratual por razão de caso fortuito ou força maior não há dever de indenizar de nenhuma das partes, por se tratar de eventos supervenientes imprevisíveis e não imputáveis às partes, a Lei das Licitações, nº 8.666/1993, em seu art.79, §2º imputa à Administração Pública o dever de indenizar o contratado em caso de extinção de contrato administrativo por caso fortuito ou força maior. O que se sabe é que, não havendo culpa omissiva nem comissiva de nenhuma das partes, não se deveria falar em indenização por prejuízos causados em função de eventos supervenientes imprevisíveis e incontroláveis, consoante bem se demonstrou ao longo desta pesquisa, entretanto, a inteligência da Lei nº 8.666/93 aponta para esse entendimento, devendo ser, pois, respeitada.

²³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p.258-259.

CONCLUSÃO

Este trabalho de conclusão preocupou-se com a extinção dos contratos administrativos por motivo de caso fortuito ou força maior e sua derivada responsabilidade contratual.

Por meio da apresentação das principais características da Teoria Geral dos Contratos no que tange ao assunto, apresentou-se a conceituação de contrato de Direito Privado, seus princípios fundamentais, principais aspectos e teorias referentes ao tema e, mais especificamente, conceituação de caso fortuito e força maior, para posterior compreensão da possibilidade ou não de indenização na hipótese de extinção de contrato de Direito Privado por esses motivos.

Em seguida, passou-se a um apanhado sobre os principais aspectos dos Contratos Administrativos, espécie de gênero contrato de Direito Público, também delineando-se os princípios basilares e outras características fundamentais. Por fim, procedeu-se a uma análise das similitudes e diferenças no que se refere à extinção dos contratos administrativos por motivo de caso fortuito ou força maior.

Esta monografia é especialmente interessante porque trata de um assunto atual e extremamente importante para o Estado Democrático de Direito. Ocorre que licitações e contratos administrativos fazem parte do cotidiano da Administração Pública Brasileira, estando essa cada vez mais empenhada em desenvolver seus institutos de modo que se atinja um grau de evolução, de eficiência e produtividade no desempenho das funções públicas.

A problemática, em resumo, é que no Direito Privado, a Teoria Geral dos Contratos, desenvolvida em todas as sociedades, ao longo da história, entende que na hipótese de extinção de um contrato por motivo de caso fortuito ou força maior, por serem essas situações de imprevisibilidade e inevitabilidade, diante da impossibilidade de continuidade do ajuste contratual, ocorre a extinção deste, com conseqüente ausência de indenização por qualquer das partes pelos danos ocasionados à outra, quando não houver ato culposo, justamente por se tratarem de situações extraordinárias e distantes da vontades das partes.

Entretanto, apesar de muitas proximidades entre os contratos de Direito Privado e de Direito Público, especialmente os contratos administrativos, a Lei nº 8.666/1993, ao estipular a extinção de contrato administrativo por motivo de caso fortuito ou força maior, disciplina que, não havendo culpa por parte do contratado, este deve ser indenizado pelos danos sofridos, incluindo os danos emergentes e os lucros cessantes. Isso, porém, contraria fortemente a Teoria Geral dos Contratos, na qual os contratos administrativos se enquadram.

Não é compreensível por que motivo a Lei nº 8.666/1993 regulou dessa maneira, porém é devida a sua consideração. É possível tomar um exemplo a fim de ilustrar a importância do assunto tratado nesta monografia. Por exemplo: A Administração Pública celebra contrato administrativo (com um particular), cujo objeto é a uma obra de construção de um prédio público, à qual já foi dada início, tendo-se realizado as primeiras etapas da construção. Inesperadamente, não obstante, ocorre na cidade um ciclone extratropical (como já ocorreu no Brasil, recentemente) que destrói o pouco que já havia sido construído, não deixando nenhum resquício de construção. Não tendo o particular contratado agido com negligência, imperícia ou imprudência, tampouco incidindo em culpa pelo ocorrido e, ainda, estando esse em situação de adimplemento de sua obrigação contratual, pode requerer pagamento de indenização pelos danos sofridos (danos emergentes e lucros cessantes) em face da Administração Pública, nos termos do art.79, §2º da Lei nº 8.666/1993, alegando a ocorrência de força maior (em outro exemplo, caso fortuito). Em relação à Teoria Geral dos Contratos, seria acertada essa indenização? A Administração Pública, nesse caso, é tão inocente quando o particular, tendo sofrido também prejuízos em função do ocorrido, de forma que, se acontecesse de aplicar a Teoria Geral dos Contratos, sem observância da Lei nº 8.661/993, não se poderia falar em indenização para o particular, porquanto inexistente nexos causal e, conseqüentemente, responsabilidade contratual do Poder Público.

Enquanto trabalho de conclusão de curso de graduação, esta monografia limita-se a apresentar esta situação peculiar e vislumbrar os principais aspectos apresentados pela doutrina no que toca ao assunto, porém, se necessário for refletir acerca da utilidade deste assunto, seria interessante e totalmente cabível dar continuidade a este tema em uma dissertação mais aprofundada.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica. Entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.
- BÉO, Cíntia Regina. **Contratos**. São Paulo: Editora Harbra, 2004.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª Ed. São Paulo, Editora Atlas S.A, 2009.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2007.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e Teoria da Imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civi - Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: direito das obrigações: parte especial. Tomo I – Contratos.** São Paulo: Saraiva, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 12ªEd. São Paulo: Editora Dialética, 2008.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil.** São Paulo: Editora Método, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópico no processo obrigacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. **A nova crise do contrato.** São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo.** 14ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações.** São Paulo: Saraiva, 1962.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos.** 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEGREIRO, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro; Renovar, 2006.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos Contratos.** Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tulio. **Manual Prático das Licitações.** São Paulo: Saraiva, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Dos contratos e Declarações Unilaterais de Vontade**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil – Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.