

## Aspectos da rescisão dos contratos administrativos



### Heraldo Garcia Vitta

Mestre e Doutor em Direito do Estado (Direito Administrativo) na PUC-SP. Juiz Federal em Campo Grande (MS). Diretor do Foro da Justiça Federal de Mato Grosso do Sul. Juiz-membro do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul. Diretor-Presidente da Escola do Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul. Professor da Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e da Nova Dimensão Jurídica (NDJ-SP). Membro do Instituto de Direito Administrativo Paulista (Idap).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Regime jurídico. 3. Execução. Considerações gerais. 4. Inexecução. Linhas gerais. 5. Rescisão dos contratos administrativos. 5.1. Aspectos gerais. 5.2. Formas de rescisão: a) rescisão unilateral: modalidades; sanções; indenizações. b) rescisão amigável: o ato administrativo de controle. c) rescisão judicial: a *exceptio non adimpleti contractus*; o fato da Administração. d) rescisão de “pleno direito”. 6. Conclusões. Bibliografia.

### 1. Introdução.

Os cultores da ciência do Direito Administrativo e, em geral, os administradores e servidores da Administração, têm se debruçado no estudo da *rescisão de contratos administrativos*, pois, não é incomum, como se desejaria, haver desrespeito às normas contidas nas leis, nos atos administrativos e nos instrumentos de contratos firmados entre o Poder Público e o particular.

Assim, a não observância, infelizmente constante, dos preceitos relativos ao cumprimento das obrigações contratuais e legais leva à necessária análise percuciente do arcabouço jurídico-normativo, especificamente quanto às *consequências da violação de dever jurídico*.

Por isso, sobejam dissensões e opiniões dos mais variados matizes, comumente voltadas para solução de casos concretos, ou seja, visam à “prática administrativa”. Logo, os textos sobre contratos administrativos contêm – de forma inarredável – uma ideia, quiçá aspectos não abordados, não vistos, ou, ainda, não sistematizados. Enfim, há sempre largo espectro a ser analisado sobre o tema.

Daí a importância destes excertos; trata-se de abordagem sistemática de “alguns aspectos” da rescisão contratual. Evidentemente, não se pretende, neste singelo estudo, esgarçar o tema; esgotá-lo. Absolutamente; pretende-se que o leitor possa refletir a respeito dele, tirando suas próprias conclusões.

## 2. Regime jurídico.

1.) Conforme se sabe, o *fundamento jurídico* dos contratos administrativos e das licitações tem *base constitucional*, sobretudo nos artigos 22, XXVII, e 37, XXI, da Constituição. O primeiro dispositivo refere-se à competência da União para editar *normas gerais* (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e alterações posteriores); o segundo, à necessidade de prévio procedimento licitatório para obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública.<sup>1</sup>

2.) O contrato administrativo é um *acordo de vontades*, mas no bojo do qual os interesses das partes estão *contrapostos*; cada qual almeja seus interesses – no caso da Administração, o *interesse público*. Já, *convênios e consórcios*, embora também sejam acordos de vontades, têm regimes jurídicos específicos, justamente pelo fato de os interesses das partes serem *comuns*, numa *mútua colaboração*.<sup>2</sup>

3.) Finalmente, o contrato administrativo é firmado no exercício de *função administrativa*; assim, a Administração

detém *prerrogativas*, incomuns no âmbito do Direito Privado (algumas delas estão no artigo 58 da Lei nº 8.666/1993).<sup>3</sup> Essas prerrogativas advêm do *princípio da supremacia do interesse público*, um dos pilares do Direito Administrativo, conforme doutrina abalizada de Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>4</sup>

4.) Portanto, o contrato administrativo submete-se às normas (*princípios e regras*) do *Direito Administrativo*. Ao contrário, contratos de *Direito Privado* da Administração (doação, locação de imóveis, seguro etc.) regem-se pelas *normas* dessa seara jurídica. Apesar disso, as “formalidades”, ou os aspectos extrínsecos do ato de Direito Privado, praticados pelo Poder Público, são de *Direito Administrativo*; daí a necessidade da verificação da *competência* do agente; a possibilidade de *licitar, ou dispensar a licitação*; a *autorização* de autoridade superior para a prática de certos atos, e assim por diante.<sup>5</sup>

5.) De acordo com a doutrina em geral, os contratos administrativos têm as seguintes *características*: *consensual* (acordo de vontades); *formal* (de regra, escrito – art. 60, parágrafo único; e com “requisitos especiais” – art. 55, ambos da Lei nº 8.666/1993); *oneroso* (pode haver contratos gratuitos, como no uso especial de bem público); *comutativo* (compensações recíprocas e equivalentes às partes; no *fomento*<sup>6</sup> pode haver situações

1 “Art. 22: Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecendo o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (com redação da EC 19, de 4.6.1998)”. Assim, Estados e Municípios podem elaborar normas específicas, peculiares, a respeito de licitações e contratos, obedecendo as *normas gerais* editadas pela União; art. 37, 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 propostas, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

2 A respeito da distinção: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 681; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 347 e ss; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 221 e ss.

3 A Administração pode, unilateralmente, sem ordem judicial: modificar, ou rescindir, o contrato administrativo, nos *termos e condições legais*; fiscalizar a execução do contrato; impor penalidades ao contratado; no caso de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens, pessoal e serviços do contratado.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 98.

5 Escrevemos: “Aliás, na feliz expressão do mesmo professor [H. Berthélemy], ‘os governantes não têm direitos; eles têm funções’ [‘Méthode applicable a l’étude Du droit administratif’, in Collège Libre des Sciences Sociales en 1910, *Les Méthodes Juridiques*, p. 74]. Por consequência, o intérprete deverá compreender os *deveres* do agente público, sua *competência*, vinculada à lei, bem como seus correlatos *poderes*, os quais são apenas instrumentais (...)”. (VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 106, destaques nossos)

6 Sílvio Luís Ferreira da Rocha explica: “À atividade admi-



em que a comutatividade fique arrefecida); e *intuitu personae* (deve ser executado, em princípio, pelo próprio contratado – art. 72 da Lei nº 8.666/1993). Além disso, concordamos com Márcio dos Santos Barros e com Reynaldo Sant’Anna, quanto ao fato de os contratos administrativos serem de *adesão*, isto é, a contratante estabelece as regras, as cláusulas pertinentes, e o contratado as aceita.<sup>7</sup> Nesse sentido, o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.<sup>8</sup>

6.) Os estudiosos, ainda, costumam mencionar, como espécies básicas de contratos administrativos, os de *atribuição* e os de *colaboração*. Referida classificação apoia-se nas *distintas funções* que cumprem as partes, em vista de suas *prestações essenciais*.<sup>9</sup> Nos primeiros, a Administração confere vantagens ou direitos ao particular, como no uso especial

de bem público; nos últimos, o particular realiza, presta algo à Administração, visando ao interesse público (obras públicas, serviços públicos etc.).

Com isso, estes, os contratos de *colaboração*, em que o particular “colabora” com a Administração na realização da atividade pública, têm *rigorismo* maior, acentuado, em comparação aos contratos de atribuição. Além disso, na *dúvida quanto à interpretação* de cláusulas contratuais, nos contratos de *colaboração*, resolve-se em favor da Administração, em virtude da natureza da atividade desenvolvida pelo contratado, pois realiza atividade pública (serviço, obra etc.) objeto do contrato. Já, nos contratos de *atribuição*, o problema resolve-se em favor do *contratado*.<sup>10</sup>

De todo modo, este estudo limita-se aos *contratos de colaboração*.

7.) Dispõe o artigo 54 da Lei nº 8.666/1993:

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

A nosso ver, as normas do Direito Privado têm aplicação nos contratos administrativos por meio da *analogia*;<sup>11</sup> ou seja, há

nistrativa indireta denominamos *fomento*, que pode ser definido como a ação da Administração com vistas a promover as atividades dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos.” (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 579)

7 Márcio dos Santos Barros expõe: “Na feliz conceituação do douto Cons. Reynaldo Sant’Anna [*Aspectos do Direito Público no Tribunal de Contas*, Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, 1999, p. 142], ‘contrato administrativo é, de fato, um pacto de adesão, em que a Administração impõe normas – respeitada a legislação pertinente – a fim de resguardar o interesse público, e a contratada as aceita.’” (BARROS, Márcio dos Santos. *Comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2011, p. 408)

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 275.

9 CASSAGNE, Juan Carlos. La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas. In: *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 119.

10 *Ibidem*, p. 119-120.

11 Oswaldo Aranha Bandeira de Mello explica: “A analogia consiste em método de aplicação da lei aos casos por ela regulados, nos quais há identidade de razão a justificar a sujeição da hipótese ao seu preceito, ante a semelhança de situações que as unificam por traço comum, entre o objeto de consideração da lei e o outro por ela cogitado.” (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I, p. 354). Escrevemos: “Deixando de lado as questões controvertidas acerca do fato de haver ou não lacunas no Direito (...), resolve-se o problema com a ‘auto-integração’ da or-

aplicação do Direito Privado quando as normas dessa área do Direito não entrarem em conflito com *princípios ou regras de Direito Administrativo*. O autor argentino Cassagne ensina:

La diferencia entre un procedimiento y otra estriba precisamente en que la aplicación de normas civil e sal derecho administrativo mediante la *analogia* no se realiza supliendo el vacío com la aplicación directa de la norma, como aconteceria de aceptar se el criterio de la *subsidiariedade*, sino que por el contrario, su aplicación requiere una labor de integración y de adaptación com los principios y normas que estructuran el derecho administrativo.<sup>12</sup>

Há autores, a exemplo do jurista e professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que realçam a necessidade de *expressa disposição de lei*, quanto à aplicação de normas de *Direito Privado, por analogia*, nas relações de Direito Público.<sup>13</sup>

7-A.) De outra parte, há “cláusulas gerais” do Direito Civil aplicáveis nos contratos administrativos: boa-fé objetiva, lealdade, segurança, dever de informações, de atuar conforme padrões sociais, função social do contrato etc. No Direito Administrativo, essas “cláusulas”, na verdade, decorrem dos princípios da *segurança jurídica* e da *moralidade administrativa* – e devem ser observadas *pelos partes do contrato*, pena de *indenização por perdas e danos*.

8.) Ao contrário dos contratos privados, os contratos administrativos regem-se

por normas e cláusulas especiais, contidas nos respectivos instrumentos, indicadas, por *amostragem*, na legislação (art. 55 da Lei nº 8.666/1993). Assim, dentre as *prerrogativas* da Administração, há a imposição de *sanções ao contratado, por inexecução total ou parcial* do objeto (art. 58, IV, da Lei nº 8.666/1993), *sem ordem judicial*, devido à *executoriedade* dos atos e contratos administrativos.<sup>14</sup>

Após essas sucintas anotações, passemos ao estudo, propriamente, dos contratos administrativos.

### 3. Execução. Considerações gerais.

9.) Como todo acordo de vontades, os contratos administrativos contêm regras que devem ser observadas pelas partes, nos termos da avença (*lex inter pars*); nesse sentido, o artigo 66 da Lei nº 8.666/1993.<sup>15</sup> Sem embargo, há situações “excepcionais”, decorrentes da *teoria da imprevisão* [cláusula *rebus sic stantibus*],<sup>16</sup> previstas no artigo 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993, com base nas quais o contratado poderá pleitear a *devida recomposição patrimonial*, se acaso tiver ocorrido aumento de encargos.<sup>17</sup>

dem jurídica; as normas completam-se a partir do interior do sistema, através da analogia e dos princípios gerais do Direito.” (VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 137)

12 CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo: teoría y régimen jurídico*. Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 15, destaca-nos.

13 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I, p. 416.

14 Quanto à Administração, a Súmula nº 205 do Tribunal de Contas da União tem a seguinte dicção: “É inadmissível, em princípio, a inclusão, nos contratos administrativos, de cláusula que preveja, para o Poder Público, multa ou indenização, em caso de rescisão.”

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

16 Arnoldo Medeiros da Fonseca explica: “A cláusula *rebus sic stantibus*, pela qual o vínculo obrigatório, em certa categoria de contratos, entendia-se *subordinado à continuação daquele estado de fato existente ao tempo de sua formação*, foi obra, como dissemos, dos juristas do direito canônico e da jurisprudência dos tribunais eclesiais, assim como dos pós-glosadores ou bartolistas. O direito romano não parece ter formulado nenhum princípio geral e constante a tal respeito.” (FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 198, destaques nossos)

17 Estabelece o artigo 65: “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicial-

10.) Porém, cada parte do contrato deve cumprir com suas obrigações, legais e contratuais. Dentre as primeiras, compete ao contratado *reparar e corrigir os defeitos* do objeto do contrato (art. 69 da Lei nº 8.666/1993); e à Administração manter um representante para fiscalizar e acompanhar a obra ou serviço (art. 67 da Lei nº 8.666/1993). Apesar disso, a responsabilidade daquele não é excluída por indicação do representante da Administração (art. 70 da Lei nº 8.666/1993), exceto, a nosso ver, se esta se *omitiu* no cumprimento de seu dever, ou agiu sem cautelas necessárias, ao *induzir o contratado a erro, que não lhe possa ser imputado*. Numa palavra: é preciso *dolo ou culpa* do contratado, para ser responsabilizado (art. 70 da Lei nº 8.666/1993), quer na órbita *civil*, quer na seara *administrativa*, inclusive na hipótese de imposição de *penalidades administrativas* impostas pela Administração ao contratado.

11.) A Administração tem *dever* de *rejeitar, no todo ou em parte*, o objeto do contrato, devido a não-observância, pelo contratado, das cláusulas contratuais (art. 76 da Lei nº 8.666/1993), sobretudo quando o desrespeito for às *normas técnicas*. Comumente, isso ocorre quando a Administração procede ao recebimento *provisório* do objeto do contrato, no qual ela faz *vistorias e avaliações*, antes de recebê-lo *definitivamente* (arts. 73-75 da Lei nº 8.666/1993). A Administração, naquele instante, pode determinar, ao contratado, alterações, ou modificações necessárias, nos termos do instrumento firmado.<sup>18</sup>

mente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustados, ou ainda, em casos de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

18 Essa situação não se confunde com aquela outra referente ao *jus variandi*; isto é, o direito da contratante *instabilizar* o vínculo, mediante *alterações* do próprio instrumento de contrato firmado.

#### 4. Inexecução. Linhas gerais.

12.) A *rescisão* (desfazimento) do contrato administrativo (art. 77 da Lei nº 8.666/1993) só pode ocorrer durante o prazo de sua vigência; não se *rescinde* contrato cujo prazo já se exauriu, assim como não se pode *prorrogá-lo*, nessas mesmas circunstâncias. Fazemos essa advertência, pois não é inco mum sobretudo *prorrogações* de contratos extintos, ou seja, cujo prazo de vigência já transcorreu.

13.) Há as seguintes modalidades de *rescisão*: (a) *unilateral*, por *culpa/ dolo* do contratado (*penalidade administrativa*)<sup>19</sup> ou *sem culpa* do contratado (*de regra*, por *interesse público*); (b) *rescisão amigável*; (c) *judicial*; e (d) de *pleno direito*, estudos que faremos logo a seguir.

14.) Porém, o desfazimento do contrato deve pressupor a prática de atos *graves, sérios*; aplica-se o postulado ou princípio da *razoabilidade/proporcionalidade*. No entanto, conforme explica Gaston Jèze, as *negligências persistentes ou os retardamentos prolongados*, devem ser considerados graves.<sup>20</sup>

15.) No Direito Brasileiro, mesmo a *inexecução parcial* origina a *rescisão* do contrato; de acordo com Marçal Justen Filho, “no Direito Administrativo, a inexecução parcial pode ser assimilada à total;”<sup>21</sup> essa é a dicção do artigo 77 da Lei nº 8.666/1993.<sup>22</sup> Portanto, observada a *razoabilidade/proporcionalidade*, a Administração tem competência para rescindir o contrato administrativo, no caso de inexecução *total ou parcial*.

19 Não há necessidade de ato formal para constituir em mora o contratado, pois esta decorre da lei.

20 JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. 3. ed. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950, v. VI, p. 29

21 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 572.

22 “Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.”

## 5. Rescisão dos contratos administrativos.

### 5.1. Aspectos gerais.

16.) Conquanto algumas palavras já tenham sido ditas a respeito da rescisão do contrato administrativo, procuramos nos ater, mais uma vez, a esse tema, devido à importância dele no dia a dia da Administração.

17.) Os autores franceses Laubadère, Venezia e Gaudemet referem às seguintes formas de rescisão contratual: 1) rescisão pronunciada pela Administração a título de sanção administrativa;<sup>23</sup> 2) rescisão demandada pelo contratado, devido às novas exigências administrativas, excedentes dos “limites normais”;<sup>24</sup> 3) rescisão demanda pelo contratado por “falta” da Administração;<sup>25</sup> 4) rescisão de *pleno direito*, resultante do desaparecimento do objeto do contrato.<sup>26</sup>

18.) No Direito Brasileiro, o artigo 78 da Lei nº 8.666/1993, elenca situações, ou motivos, autorizadores da rescisão contratual; porém, o dispositivo é meramente *exemplificativo*. Assim, nos termos do artigo 55, XIII, da Lei nº 8.666/1993, uma das cláusulas necessárias nos contratos administrativos é a “obrigação do contratado de *manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.*” (destaques nossos).

18-A.) Contudo, a exigência da qualificação, *durante a execução do contrato*, adstringe-se ao montante *a ser adimplido pelo contratado*; isto é, a exigência da qualificação do contratado ocorre *à medida* das obrigações *restantes a serem cumpridas* por ele; é preciso *compatibilidade* entre a qualificação e as obrigações restantes do contratado. Assim é porque o artigo 37, XXI, parte final, da Constituição exige qualificação econômica e técnica que sejam *indispensáveis ao cumprimento da obrigação*. Trata-se do princípio ou postulado da *razoabilidade/proporcionalidade*.

### 5.2. Formas de rescisão.

a) *rescisão unilateral: modalidades; sanções; indenizações.*

19.) O primeiro caso de rescisão mencionado na lei (art. 79, I, da Lei nº 8.666/1993), é a *unilateral ou administrativa*.<sup>27</sup> De acordo com a norma legal, essa espécie de rescisão ocorre nas hipóteses do *artigo 78, I a XII; e XVII, da Lei nº 8.666/1993*.<sup>28</sup> Deve ser *formalizada* por despacho, ou decreto; posteriormente, lavra-se *termo de rescisão*, no qual descreve-se, dentre outros dados, o estado em que se encontra o objeto do contrato.<sup>29</sup>

20.) Assim como na *rescisão amigável* (consensual, art. 79, II, da Lei nº 8.666/1993),

23 Neste caso, segundo nosso entendimento, é preciso demonstração de dolo ou culpa do contratado.

24 Como exemplo, no direito brasileiro, a hipótese de rescisão contratual referida no artigo 78, XIII, da Lei nº 8.666/1993: “a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei.”

25 No Brasil, seriam as hipóteses do artigo 78, XIV, XV e XVI.

26 LAUBADÈRE, André (de); VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14. ed. Paris: LGDJ, 1996, t. I, p. 771. Os autores franceses, na mesma obra, referem à rescisão *unilateral, por interesse público*: “Il faut du reste soigneusement distinguer la résiliation prononcée comme sanction de la résiliation prononcée dans l'intérêt general.” (*ibidem*, p. 768, destaques nossos).

27 “Rescisão administrativa é a efetivada por ato próprio e unilateral da Administração, quando se verificam os motivos que a ensejam, estabelecidos em norma legal (Estatuto, art. 69, I [*rectius* – art. 79, I]), no contrato, ou exigidos pelo interesse público.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 247, destaques originais).

28 Foge dos propósitos deste trabalho a análise de cada uma das hipóteses legais.

29 Diógenes Gasparini expõe: “Dita rescisão formaliza-se por decreto e concretiza-se por termo. Pelo decreto veiculam-se o ato rescisório e as condições e prazos da reassunção do objeto da avença pela Administração Pública. (...) Ao reassumir o objeto do contrato, lavra-se um termo, descrevendo-se o estado em que este se encontra, no que concerne à execução, e anotando-se outras informações relacionadas genericamente com a contratação, necessárias para dirimir dúvidas futuras e para caracterizar o momento da atuação da Administração Pública.” (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 862)

a *rescisão administrativa* ou *unilateral* presuppõe *autorização escrita e fundamentada* da autoridade competente (art. 79, § 1º, da Lei nº 8.666/1993), nos termos das leis e atos da Administração – no caso de *rescisão unilateral*, por *interesse público*, é preciso *justificação e determinação, quanto às razões de interesse público, pela máxima autoridade* da esfera administrativa a que está subordinado o contratante (art. 78, XII, da Lei nº 8.666/1993).

21.) A *rescisão amigável* e a *unilateral* têm “efeitos para frente” (*ex nunc*), cuja eficácia conta-se da *publicação* do ato administrativo (decreto ou despacho) que rescinde o contrato (conforme veremos, a *rescisão unilateral*, por *caso fortuito ou força maior*, tem eficácia *retroativa*). Ademais, nada impede, na *rescisão amigável*, as partes acordarem, resolverem, *situações pretéritas*.

22.) O artigo 78, I a XI, da Lei nº 8.666/1993 refere-se aos casos (motivos) nos quais o contratado *dá causa à rescisão contratual*; por isso, nessas hipóteses, a *rescisão unilateral* tem natureza jurídica de *penalidade administrativa*, exigindo-se, por conseguinte, a demonstração de *culpa ou dolo* do contratado.<sup>30</sup>

De fato, o íncrito jurista e professor Celso Antônio Bandeira de Mello expõe as modalidades de sanções administrativas, dentre as quais, “a extinção de relação jurídica entretida com o Poder Público – como as cassações de licença de funcionamento ou a decretação de caducidade de uma concessão de serviço público.”<sup>31</sup>

23.) Embora a *rescisão*, nos casos indicados, tenha *natureza de penalidade administrativa*, não impede a Administração

impor outras penalidades, a exemplo da multa, da suspensão temporária, ou da declaração de inidoneidade (art. 87, II, III e IV, da Lei nº 8.666/1993).<sup>32</sup>

23-A.) Porém, a *rescisão contratual* é a *ultima ratio*;<sup>33</sup> por isso, em princípio, a Administração, ao rescindir o contrato, por culpa ou dolo do contratado, por conta da *gravidade* da situação que originou a extinção da relação, pode, em algumas situações bem demarcadas, impor as penas de suspensão temporária, ou de declaração de inidoneidade, *sem prejuízo da multa*, que pode *cumular-se* com aquelas penalidades (art. 87, § 2º, da Lei nº 8.666/1993).<sup>34</sup>

Todavia, tanto a suspensão quanto a declaração de inidoneidade devem pautar-se em “fatos suficientemente graves”, como conluíus, dolo, infrações criminais, inadimplência prolongada, desleixo acentuado no cumpri-

32 No sistema brasileiro, quando houver, por parte do contratado, *atraso injustificado* na execução do contrato, a Administração imporá a *multa moratória* (art. 86 da Lei nº 8.666/1993); no caso de *inexecução total ou parcial* do contrato, cabem as seguintes espécies de penalidades: advertência, multa [compensatória], suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos; e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração (art. 87 da Lei nº 8.666/1993). A multa *compensatória* comporta cumulação com as demais penalidades do artigo 87 (§ 2º). Logo, em tese, pode haver a imposição de *multa moratória*, por atraso do contratado (art. 86 da Lei nº 8.666/1993); já, verificada a *inexecução*, total ou parcial, a imposição de uma das penas do artigo 87, com possibilidade de cumulação da multa compensatória (art. 87, § 2º, da Lei nº 8.666/1993). A imposição das multas e das outras penalidades (contidas no artigo 87 da Lei nº 8.666/1993) não impede a *rescisão unilateral* do contrato [por culpa do contratado] (art. 86, § 1º, da Lei nº 8.666/1993). Na modalidade licitatória *pregão*, cf. artigo 7º da Lei nº 10.520, de 17/07/2002.

33 Roberto Dromi afirma: “Las sanciones rescisórias son las de mayor gravedad, pues dan lugar a la extinción del contrato administrativo. Proceden únicamente ante faltas especialmente graves, y la Administración recurre a ellas solo cuando no hay otro medio para lograr la ejecución de las obligaciones contractuales debidas por el contratista.” (DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 7. ed. atual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 396, destaques originais).

34 Além disso, o artigo 80, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 permite à Administração tomar providências ou medidas administrativas.

30 O *dolo* ou a *culpa* é pressuposto da *infração administrativa*. A pena será imposta sempre no bojo de um processo administrativo, com contraditório e defesa. (VITTA, Herald Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 41 e ss; *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153 e ss)

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 866.

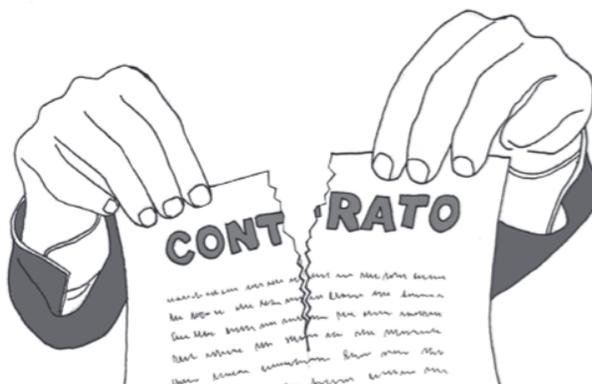
mento das obrigações etc, praticados pelo contratado. Não é porque a Administração rescindiu o contrato, por “culpa” do contratado que, necessariamente, haverá imposição de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade. É preciso verificar a *gravidade* dos fatos, a situação concreta, mediante critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Já, quanto à advertência (art. 87, I, da Lei nº 8.666/1993), extinta, antecipadamente, a relação, ela é incabível, pois não tem sentido admoestar o contratado quando a relação já se extinguiu por ato da *própria Administração*.

24.) É possível *rescisão unilateral de contrato* cuja execução ainda *não tenha sido iniciada*; a *constatação de inadimplência em ajuste anterior* com o contratado é exemplo disso.<sup>35</sup> De todo modo, o Tribunal de Contas da União entende, de forma correta, que nem todas as hipóteses do artigo 78 da Lei nº 8.666/1993 comportam, necessariamente, rescisão contratual (TCU, Plenário, Processo TC 009.985/2004-0, Acórdão nº 1.517/2005, Relator Auditor Lincoln Magalhães da Rocha, Revisor Ministro Benjamin Zymler, j. 28/09/2005).

25.) O segundo caso, mencionado na lei, de rescisão contratual unilateral, é aquela proveniente de *interesse público* (art. 78, XII, da Lei nº 8.666/1993), na qual a Administração, no uso da competência *discricionária*, rescinde o contrato administrativo, sem que o contratado tenha dado causa à extinção do liame.

De acordo com Laubadère, Venezia e Gaudemet, o *regime jurídico da competência* para rescindir, *unilateralmente*, os contratos administrativos, tem os seguintes “princípios”: 1) cuida-se de “rescisão geral”, pois existe em todos os contratos administrativos; 2) a rescisão por interesse público constitui para a Administração uma competência *discricionária*; 3) a rescisão *discricionária* é de



ordem pública; mesmo quando não prevista no contrato, a Administração pode exercê-la; 4) a rescisão contratual *discricionária* tem o condão de propiciar ao contratado direito à indenização, ante os prejuízos causados.<sup>36</sup>

26.) No direito nacional, dentre os requisitos, mencionados no artigo 78, XII, da Lei nº 8.666/1993, destacamos a necessidade das razões de *interesse público* serem *justificadas* (comprovação dos *motivos*) e *determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa* a que está subordinado o contratante (não é quem firmou o instrumento de contrato, exceto se esta seja a mais alta autoridade); e devem ser exaradas no bojo do *processo administrativo a que se refere o contrato*.

27.) A nosso ver, mesmo no caso de *rescisão unilateral* por interesse público [com maior razão, na rescisão por culpa do contratado], é preciso *contraditório prévio*, isto é, o contratado deve ter oportunidade de manifestar-se, antes da decisão administrativa a respeito da extinção do liame. E a *decisão administrativa* deve ser *motivada*, fundada nos elementos probatórios que justifiquem a medida tomada.<sup>37</sup>

36 LAUBADÈRE, André (de); VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14. ed. Paris: LGDJ, 1996, t. I, p. 771.

37 “Se não houvesse a necessidade de motivar o ato administrativo, em determinadas hipóteses, não haveria como a sociedade controlar a conduta dos administradores; poderiam descumprir a lei de forma expressa ou – pior – cumprir-la sob a forma, não a atendendo, porém, no seu fim

35 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 249.

28.) A *motivação* contém: (a) a exposição dos motivos (pressuposto de fato); (b) a causa (relação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, na qual se observa a razoabilidade proporcionalidade da decisão); e (c) a regra de Direito em que se estribou o agente público para editar o ato.

Não podemos olvidar a conhecida *teoria dos motivos determinantes*, segundo a qual “os motivos integram a validade do ato – uma vez enunciados, se acaso forem infundados, inverídicos, isto será causa de nulidade do ato.”<sup>38</sup> Como expõe Weida Zancaner, essa teoria “está a demonstrar que o administrador se vincula ao motivo por ele elencado, o que mostra que o refazimento, com efeito retroativo, do ato eivado por essa espécie de vício é impossível.”<sup>39</sup>

28-A.) Expõe o autor italiano Pietro Virga, ao referir à motivação tendo em vista a *natureza do ato*:

L'obbligo della motivazione può considerarsi imposto dalla natura dell'atto, quando la motivazione sia indispensabile ad identificare il potere esercitato o quando l'incidenza sulle posizioni giuridiche dei soggetti privati esiga che l'interessato sia messo nella migliore condizione per difendersi in via amministrativa o giurisdizionale contro l'eventuale eccesso di potere, in cui sia incorsa l'autorità amministrativa nell'emanare l'atto.<sup>40</sup>

(...). (VITA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 77)

38 *Ibidem*, p. 81.

39 ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 74.

40 VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1972, p. 209: “A obrigação da motivação pode considerar-se imposta pela natureza do ato, quando ela seja indispensável a identificar o poder exercido, ou quando a incidência sobre as posições jurídicas dos sujeitos privados exija que o interessado seja posto na melhor condição para defender-se na via administrativa ou jurisdicional contra o eventual excesso de poder em que incurra a autoridade administrativa ao emanar o ato.”

29.) No Brasil, a motivação<sup>41</sup> e o contraditório prévio, nesses casos, decorrem do *princípio do devido processo legal* (art. 5º, LIV e LV, da CF),<sup>42</sup> ou por conta do artigo 78, XII (citado), ou do artigo 78, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.666/1993.<sup>43</sup> Na mesma linha, o artigo 49, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, quanto ao “desfazimento do processo licitatório” (revogação ou nulidade), o qual assegura o contraditório e ampla defesa [prévios].

30.) Também haverá *rescisão unilateral do contrato*, na ocorrência de caso fortuito (força da natureza, um tufão insuspeitado), ou força maior (evento humano, uma greve), regularmente *comprovada, impeditiva da execução* do contrato. (art. 78, XVII, c.c. o art. 79, I, da Lei nº 8.666/1993).<sup>44</sup>

Como ocorre na hipótese de rescisão de *pleno direito* (a ser estudada logo mais), o ato administrativo que determina a rescisão *retroage* aos fatos qualificados de *caso fortuito ou força maior*. O ato administrativo tem efeitos meramente *declaratórios*, com eficácia *ex tunc*, pois “reconhece apenas” aquelas situações excepcionais.

31.) No caso fortuito ou na força maior,

41 A motivação decorre do Texto Constitucional; afirma Lúcia Valle Figueiredo: “É o que se colhe do art. 93, inciso X, que obriga sejam as decisões administrativas do Judiciário motivadas. Ora, se quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa – deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta?” (FIGUEIREDO, Lúcia. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51)

42 Dispõe o artigo 5º da CF: “LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recurso a ela inerentes.”

43 Estabelece o parágrafo único do artigo 78 da Lei nº 8.666/1993: “Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.”

44 Quando houver meras *dificuldades* à execução do contrato, a lei autoriza alteração contratual, por acordo, a fim de restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 65, II, “d”), ou a prorrogação dos prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega, igualmente mantendo-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 57, § 1º, II).

o legislador adotou a fórmula de rescisão unilateral, *com direito ao ressarcimento ao contratado* (art. 79, § 2º, da Lei nº 8.666/1993), em vista da *ausência de falta contratual deste*.

Com efeito, tanto na *rescisão unilateral por caso fortuito ou força maior* (art. 78, XVII, da Lei nº 8.666/1993), quanto na *rescisão unilateral por interesse público* (art. 78, XII, da Lei nº 8.666/1993) e nas demais situações elencadas no artigo 78, XIII, XIV, XV e XVI, da Lei nº 8.666/1993 (rescisão por “falta” da Administração), o contratado deve ser indenizado (na dicção legal: “ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados”), tendo direito, ainda: à devolução da garantia; aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; ao pagamento do custo da desmobilização (art. 79, § 2º, da Lei nº 8.666/1993).

32.) Como regra básica, o ressarcimento deve ser amplo, ao contratado, quando ele não der causa, motivo, à rescisão.<sup>45</sup> Por isso, além dos *danos emergentes* (comprovados, inclusive as despesas financeiras do contratado, na obtenção de empréstimos bancários), são devidos *lucros cessantes*, quanto ao *remanescente* do objeto do contrato não executado (o que o contratado deixou, razoavelmente, de ganhar).<sup>46</sup>

Estes são devidos até o momento em que haveria o *advento do termo contratual*, exigindo-se, no entanto, *provas concretas quanto à probabilidade de danos*, mediante análise das *condições atuais* da execução do contrato.<sup>47</sup>

45 No Direito francês, segundo Laubadère, Venezia e Gaudemet, nos *contratos administrativos*, a indenização, ao contratado, *por falta da Administração*, ocorre nos termos do *direito comum*. (LAUBADÈRE, André (de); VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14. ed. Paris: LGDJ, 1996, t. I, p. 775)

46 Dispõe o artigo 402 do Código Civil brasileiro: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.” Já o artigo 389 do Código Civil tem a seguinte redação: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

47 O Superior Tribunal de Justiça decidiu no sentido de apli-

33.) Apesar dessas considerações gerais, ressalvamos, o caso fortuito ou força maior, no qual as *partes* do contrato (portanto, também a Administração) não deram causa à extinção do liame e, assim, as respectivas *responsabilidades ficam liberadas*. Por isso, não há pagamento de lucros cessantes; a Administração arca apenas com *danos emergentes* do contratado, que sejam *comprovados* (art. 79, § 2º), e devidos *até o momento da rescisão contratual*. Haveria verdadeiro *enriquecimento sem causa*, se a Administração se dispusesse a pagar os lucros cessantes ao contratado, sem ter dado *causa à rescisão*.<sup>48</sup>

34.) Deve-se ressaltar, ainda *no caso fortuito*, a “falta do aparelho administrativo”, ou descúria de coisas a cargo da Administração, seu serviço ou sua guarda; neste caso, o ressarcimento ao contratado ocorrerá pela *teoria da culpa ignorada do serviço*;<sup>49</sup> a nosso ver, incluem-se os *lucros cessantes*.

b) *rescisão amigável; o ato administrativo de controle*.

35.) Já, a *rescisão amigável* (art. 79, II, da Lei nº 8.666/1993), a qual demanda *autorização escrita e fundamentada* (art. 79, § 1º, da Lei nº 8.666/1993), é reduzida a

cação supletiva das normas de direito privado (o art. 402, do CCB); são devidos *lucros cessantes* (AgRg no REsp 929.310/RS, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, j. 20/10/2009, DJe 12/11/2009).

48 Nas ótimas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: “*Enriquecimento sem causa* é o incremento do patrimônio de alguém à custa do patrimônio de quem o produziu sem que, todavia, exista uma causa juridicamente idônea para supeditar esta consequência benéfica para um e gravosa para outro.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 675, destaques originais). Explica, esse autor, tal fenômeno não é exclusivo do Direito Privado; indica o velho brocardo romano, universalmente proscrito: *nemo locupletari potest cum aliena jactura*: “ninguém deve se locupletar com o dano alheio” (*Ibidem*, mesma página).

49 Edmir Netto de Araujo expõe: “Já o *caso fortuito*, que não é excludente de responsabilidade estatal (e também está contemplado nos citados arts. 78, XVII, e 79, § 2º), poderá ocasionar ressarcimento principalmente se tiver por base falhas no aparelhamento da Administração ou descúria de coisas a seu cargo, seu serviço ou mesmo à sua guarda, pela *teoria da culpa ignorada do serviço*.” (ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 645, destaques originais).

termo, nos autos do processo licitatório, desde que haja *conveniência ao interesse público*. Logo, nessa espécie de rescisão, a Administração deve *demonstrar*, por documentos e outros elementos probatórios, a vantagem ao interesse público. Cuida-se de *competência discricionária* da Administração, na qual esta atua mediante critérios de *oportunidade e conveniência*.

36.) A *autorização prévia* da autoridade competente, exigida na *rescisão amigável e na administrativa* (unilateral),<sup>50</sup> é ato de controle do ato administrativo rescisório; a autoridade, mediante critérios de conveniência e oportunidade, no uso da competência discricionária, aprova, ou *libera*, ato administrativo a ser editado na rescisão contratual, de competência de outra autoridade.

36-A.) Assim, a “autorização”, contida na Lei nº 8.666/1993, nada tem a ver com o ato administrativo homônimo da Administração, exarado no exercício do *poder de polícia*;<sup>51</sup> a primeira, na verdade, tem “sentido específico” de *aprovação*, conforme ensinamento da doutrina italiana, capitaneada, no Brasil, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello; de acordo com o autor brasileiro:

*Aprovação* é o ato administrativo discricionário, unilateral, de controle de outro ato jurídico, pelo qual se faculta

50 A Lei nº 8.666/1993, no artigo 79, § 1º, refere-se à “rescisão administrativa ou amigável”; parecem palavras sinônimas. Porém, a primeira é a *rescisão unilateral* da Administração; a segunda, *por acordo*. Além disso, o artigo 78, XII, da Lei nº 8.666/1993 exige, na *rescisão unilateral, por interesse público*, que as razões de interesse público sejam *justificadas e determinadas* pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante. Finalmente, as *razões de interesse público*, conforme os termos legais, ditadas, *determinadas*, pela autoridade superior, *vinculam, em princípio*, a autoridade que firmou o instrumento do contrato. Como regra fundamental, a autoridade inferior não pode questionar, ou deixar de reconhecer, as razões de interesse público, justificadas e determinadas pela autoridade superior.

51 A respeito dessa espécie tipológica de ato administrativo (*autorização na polícia administrativa*), cf. VITTA, Herald Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 197, rodapé 219. Quanto à distinção entre *autorização e licença* (*Ibidem*, p. 107, rodapé 272).

sua prática ou, se já emanado, se lhe dá *eficácia*. Aprecia a conveniência é a oportunidade da manifestação jurídica do ato controlado.<sup>52</sup>

37.) Conforme esse competente jurista:

Modernamente, acha-se ultrapassada essa orientação, que incluía a aprovação como participante do ato complexo juntamente com o ato controlado. Na realidade, não se integra na formação deste. Constitui elemento de sua *eficácia*, jamais de sua *perfeição*. A perfeição do ato controlado não nasce da fusão da vontade deste com a do ato controlador. Decorre tão-somente do ato controlado, embora sua eficácia dependa do ato controlador.<sup>53</sup>

De efeito, afirma Lafayette Pondé:

Quando a norma de organização administrativa estabelece que a ação de um órgão deve ser precedida de outros atos da própria administração, ou de um outro sujeito de direito, todos porém articulados em um nexo comum, diz-se que existe um processo administrativo. Esses atos assim coordenados condicionam o exercício do poder jurídico atribuído àquele órgão de tal modo que se ele atua sem este processo, ou em termos de um processo nulo, sua ação é viciada de “incompetência”. A expressão tem sido também usada, na teoria geral dos atos administrativos, para indicar o ciclo de formação de alguns desses atos – os de elaboração continuada, como o ato complexo e o ato colegial. Neste caso, ela diz da “perfeição” desses atos, isto é, da presença dos seus elementos conceituais, não uma seriação de atos diversificados entre si. O ato complexo, o ato colegial, cada um deles resulta de sucessivas manifestações de vontade,

52 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I, p. 562, destaques nossos.

53 *Ibidem*, p. 564, destaques nossos.

da mesma natureza e de finalidade comum, à base de uma norma que lhes dá relevância jurídica, mas nenhuma delas exprime, por si só, a vontade da administração, nem configura um ato jurídico específico. O ato complexo, o ato colegial, cada um deles é um ato único, indivisível, embora na sua formação se destaquem os seus momentos estruturais, um dos quais faltando ele não existe.<sup>54</sup>

37-A.) Os aspectos concernentes à *perfeição*, à *validade* e à *eficácia* do ato não se confundem;<sup>55</sup> sendo planos distintos, distintas são suas consequências. Em suma, esgotadas as operações necessárias para a existência jurídica do ato (perfeição), estando ele de acordo com o ordenamento jurídico (validade), pode ocorrer a necessidade de “providências instrumentais ou de eventos futuros, o que faz permaneça [o ato] em estado de pendência, enquanto não se verifiquem, e mesmo requer atividade administrativa material da sua execução.” (eficácia).<sup>56</sup>

37-B) Vale lembrar, na lição de Olguin Juarez, que a *eficácia* é *pressuposto da executoriedade*;<sup>57</sup> enquanto aquela não se verificar, o ato não pode ser cumprido, exigido, pois a Administração não pode cumprir um ato sem que esteja em condições de *produzir todos os seus efeitos*.<sup>58</sup>

Logo, na Lei nº 8.666/1993, onde se lê “autorização”, leia-se: “aprovação”. São atos distintos, de naturezas jurídicas diversas.<sup>59</sup>

*c. rescisão judicial; a exceptio non adimpleti contractus; o fato da Administração.*

38.) A *rescisão judicial* (art. 79, III, da Lei nº 8.666/1993), como a nomenclatura indica, é aquela proferida por magistrado, na *função jurisdicional*. O contratado, a fim de obter a *rescisão contra a vontade da Administração* [ela pode ser amigável], *deve* buscar as vias judiciais;<sup>60</sup> a Administração, ao contrário, tem faculdade, opção, para propor ação judicial (ela pode rescindir o contrato de forma unilateral), a fim de o magistrado determinar a rescisão do contrato.

39.) Enquanto a Administração, por encarnar o interesse público, detém meios para invocar a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido),<sup>61</sup>

*ministrativo*: teoría y régimen jurídico. Bueno Aires: La Ley, 2012, p. 257).

54 PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o processo administrativo. *Revista de direito administrativo*, n. 130. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1977.

55 A respeito da distinção: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 345.

56 VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 87, com citação de MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I, p. 534.

57 JUAREZ, Hugo Augusto Olguin. *Extinción de los actos administrativos - revocación, invalidación y decaimiento*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 24.

58 Consequência disso é a afirmação de Cassagne: “En este último caso [aprobación], si existiera un vicio en el acto que la dispone, tal defecto no incide en la validez del acto aprobado, si bien para que éste produz ca efectos jurídicos es necesario que se subsaneel vicio o defecto existente en el acto aprobación.” (CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto ad-*

59 O mesmo raciocínio se faz do artigo 80, § 3º, da Lei nº 8.666/1993: “Na hipótese do o inc. II [ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade...], o ato deverá ser precedido de *autorização* expressa do Ministro de Estado competente, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso.” (destaques nossos) Trata-se de *aprovação prévia*, ou de controle, do ato a ser editado.

60 No âmbito das concessões de serviços públicos, a Lei nº 8.987, de 13/02/1995, artigo 39, e parágrafo único, tem a seguinte redação: “O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante *ação judicial* especialmente intentada para esse fim. Parágrafo único. Na hipótese prevista no *caput* deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial *transitada em julgado*.” (destaques nossos). Um dos corolários da *indisponibilidade do interesse público* é a *continuidade dos serviços públicos*: “o serviço público não pode parar, ele é contínuo, pois essencial à comunidade.” (VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 67)

61 Na singela e precisa explicação de Clóvis Bevilacqua: “O contrato é, sempre, um ato bilateral, porque pressupõe acordo de vontades; mas, por sua vez, pode ser bilateral ou unilateral, segundo há, ou não, reciprocidade de prestações. Esta reciprocidade de prestações é da essência dos contratos bilaterais. Dela resulta a exceção *non adimpleti*

o contratado, ao contrário, só pode fazê-lo nas hipóteses demarcadas na lei (art. 78, XIV e XV, da Lei nº 8.666/1993).

39-A.) A leitura correta desses incisos do artigo 78 adstringe-se ao seguinte: o contratado poderá *suspender, sem ordem judicial, o cumprimento de suas obrigações*, bastando *notificar*, judicial ou extrajudicialmente, a Administração; já, para obter a *rescisão contratual*, deverá propor a competente *ação judicial (rescisão judicial)*.<sup>62</sup>

40.) Há outros casos, em que o *contratado* pode deixar de cumprir com a sua obrigação, por conta do *não cumprimento de obrigação da contratante*. Assim o artigo 78, XVI, da Lei nº 8.666/1993 autoriza a rescisão do contrato “a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto”.

Trata-se de um dos casos do *fato da Administração*, referido pela doutrina; de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, há situações em que a *contratante*, por “ato irregular, viola os direitos do contratado (violação contratual);<sup>63</sup> que dá ensejo, à (a) *recomposição patrimonial* do contratado (manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato); (b) *prorrogação do contrato* (art. 57, § 1º, VI, da Lei nº 8.666/1993) e do *cronograma de execução* (art. 79, § 1º, da Lei nº 8.666/1993); ou à *rescisão* (art. 78, XV,



XVI, da Lei nº 8.666/1993, dentre outros), com a devida *indenização* (art. 66 e 79, § 2º, da Lei nº 8.666/1993).

41.) Afora os *casos legais*, ante o *princípio da continuidade do serviço público*, o contratado – como regra básica – tem dever de executar o objeto do contrato. Gaston Jèze ensina:

*Solamente en caso de imposibilidad del contratante para proseguir su colaboración em el servicio público, es excusable la suspensión de la prestación prometida en el contrato administrativo. En caso de simple dificultad, el cocontratante no debe dejar de prestar su colaboración: esta cesación tendría consecuencias sobre el funcionamiento regular del servicio público.*<sup>64</sup>

42.) Contudo, ninguém está obrigado a fazer o *impossível*. Não se pode exigir do contratado contrair obrigações insuportáveis, a fim de continuar a obra ou o serviço, a ponto de levá-lo à falência, ou comprometer, drasticamente, a sua situação financeira. Nesses casos, insuperáveis, ou *insuportáveis*, o contratado pode *suspender* o cumprimento de suas obrigações, notificando a contratante; ou propor a ação judicial competente.<sup>65</sup>

*contractus*, em virtude da qual, se uma das partes, sem ter cumprido sua prestação, exigir o cumprimento da outra, esta se defende, alegando que não pode ser coagida, porque o outro contraente também não cumpriu o prometido.” (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 7. ed. atual. por Achilles Bevilaqua: Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946, v. IV, p. 264)

62 A ação judicial de rescisão contratual também pode ser proposta pelo Ministério Público, na defesa do interesses públicos difusos (ação civil pública); ou por terceiro, um cidadão, ao ingressar com a competente ação popular, igualmente para proteger interesses difusos da sociedade.

63 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 662.

64 JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. 3. ed. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950, v. VI, p. 4, rodapé 1, destaques originais.

65 Carlos Maximiliano: “*Deve o Direito ser interpretado inteligentemente*; não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis.” (MAXIMILLANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 166, destaques originais)

*d. rescisão de “pleno direito”.*

43.) A derradeira forma de rescisão contratual é a de *pleno direito*. Como o nome indica, ocorrido o fato, ou a situação jurídica, o liame extingue-se, *automaticamente*. Dessa forma, o ato administrativo apenas limita-se a reconhecer, *declarar*, a ocorrência do fato que originou o fim do contrato. Então, o ato administrativo tem efeitos meramente *declaratórios*, pretéritos: *retroagem* à data da situação da qual originou a extinção do contrato. Hely Lopes Meirelles cita os seguintes exemplos: dissolução da sociedade, falência da empresa, perecimento do objeto do contrato.<sup>66</sup>

## 6. Conclusões.

Após esses sucintos delineamentos, podemos estabelecer alguns pontos comuns – conclusivos – a respeito dos aspectos abordados, quais sejam:

1.) O contrato administrativo é elaborado no exercício de *função administrativa*; logo, a Administração detém *prerrogativas*, incomuns no Direito Privado; essas prerrogativas, embora elencadas, algumas delas, na Lei nº 8.666/1993, advém do *princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. Por decorrência, o contrato administrativo contém *cláusulas especiais*, normalmente contidas, enunciadas, na Lei nº 8.666/1993.

De outra parte, podem ser aplicadas normas do Direito Privado, no contrato do Direito Administrativo; porém, mediante aplicação da *analogia*; aquelas não podem ir de encontro aos princípios e normas deste ramo do Direito.

2.) Embora o contrato, por ser acordo de vontades, contenha a “cláusula” *lex inter pars* – assim, as partes têm dever de cumprir as normas do contrato –, submete-se à cláusula *rebus sic stantibus*, com base na qual o contratado poderá, dentre outras providências, pleitear a devida *recomposição patrimonial*, devido ao aumento de encargos, desde que tenha havido “circunstâncias extraordinárias” que a justifiquem.

3.) A rescisão contratual é a *ultima ratio*, porque pressupõe atos graves, sérios; mas negligências persistentes, retardamentos prolongados, devem ser considerados graves, e justificam a rescisão. Também a inexecução *parcial e grave*, pode originar a rescisão.

4.) A rescisão *unilateral ou administrativa* e a *amigável* pressupõem autorização escrita e fundamentada de autoridade competente (segundo as leis e atos da Administração). Ademais, na hipótese de *rescisão unilateral, por interesse público*, deve haver razões justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa. Trata-se de *atos liberatórios*, de controle (*aprovação*), de outro ato, a cargo de autoridade. Há, por assim dizer, *aprovações prévias*, que liberam a prática de outro ato, a ser praticado por outra autoridade.

5.) A *rescisão unilateral, como penalidade administrativa* imposta ao contratado, pressupõe dolo ou culpa deste, que deve ser demonstrado no bojo de processo administrativo. No entanto, a imposição dessa pena pode cumular-se com outras penalidades (multas, suspensão temporária, declaração de inidoneidade). Finalmente, a rescisão, a suspensão e a declaração de inidoneidade devem ser impostas apenas em *situações graves*, praticadas pelo contratado.

6.) Em virtude da *natureza do ato*, a *rescisão unilateral, por interesse público*, exige o *prévio contraditório* ao contratado, e deve ser *motivada* (teoria dos motivos determinantes). Com maior razão, a rescisão unilateral, por penalidade do contratado.

<sup>66</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 252. Incluímos as hipóteses de *caso fortuito e força maior*.

7.) A *rescisão unilateral e a amigável* têm efeitos para frente, a partir da publicação do respectivo ato administrativo. Devem-se ressaltar as hipóteses de caso fortuito ou de força maior – que constituem também motivos para a rescisão unilateral –, cujos efeitos *retroagem* àquelas circunstâncias excepcionais. Nessa linha, os casos de *rescisão de pleno direito* retroagem, têm eficácia retroativa – o ato da Administração apenas reconhece dada situação (efeitos declaratórios).

8.) Quando o contratado não der causa à rescisão unilateral, deve ser *ressarcido*, indenizado: são devidos danos emergentes e lucros cessantes, estes a respeito do que remanescer, até o advento do termo contratual, observando-se a probabilidade efetiva de danos, por meio de verificação das condições atuais da execução do contrato.

9.) Contudo, na rescisão unilateral, por caso fortuito ou força maior, são devidos, ao contratado, somente os danos emergentes, devidos, em princípio, até o momento da

ocorrência do fato impeditivo da execução do contrato. A Administração não pode responsabilizar-se por situações que não deu causa, e nem concorreu para sua eclosão. Ressalte-se, no caso fortuito, a “falta” do serviço, a ausência de cuidado de coisas a cargo da Administração – aqui são devidos também os lucros cessantes.

10.) Linhas gerais, a Administração pode sempre invocar a *exceção de contrato não cumprido* pelo contratado; porém, este pode invocá-la, em seu favor, somente nos casos legais, ao *suspender*, sem ordem judicial, o cumprimento de suas obrigações. No entanto, tudo dependerá do caso concreto, pois o contratado não está obrigado, juridicamente, a *comprometer, drasticamente, a sua situação financeira*.

11.) Já, para *rescindir o contrato*, nessas hipóteses – inclusive quando houver *fato da administração* –, o contratado deverá propor a ação judicial competente, visando à *rescisão judicial*.

## Bibliografia.

ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROS, Márcio dos Santos. *Comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2011.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 7. ed. atual. por Achilles Bevilacqua: Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946. v. IV.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASSAGNE, Juan Carlos. La sustantividade del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas. In: *Estudios de derecho público*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

\_\_\_\_\_. *El acto administrativo: teoría y régimen jurídico*. Buenos Aires: La Ley, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 7. ed. atual. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. 3. ed. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950. v. VI.

JUAREZ, Hugo Augusto Olguin. *Extinción de los actos administrativos - revocación, invalidación y decaimiento*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LAUBADÈRE, André (de); VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14. ed. Paris: LGDJ, 1996. t. I.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I.

PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o processo administrativo. *Revista de direito administrativo*, n. 130. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1977.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1972.

VITTA, Heraldo Garcia. *Aspectos da teoria geral no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.