

Inadimplemento contratual por culpa da Administração: o direito de o particular rescindir o contrato independentemente de recurso ao Poder Judiciário

Autor(a): Bernardo Strobel Guimaraes

Publicado em: 18 de outubro de 2016

Publicação: Coluna direitodoestado.com.br

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/bernardo-strobel-guimaraes/inadimplemento-contratual-por-culpa-da-administracao-o-direito-de-o-particular-rescindir-o-contrato-independentemente-de-recurso-ao-poder-judiciario>

Fonte original: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/bernardo-strobel-guimaraes/inadimplemento-contratual-por-culpa-da-administracao-o-direito-de-o-particular-rescindir-o-contrato-independentemente-de-recurso-ao-poder-judiciario>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/bernardo-strobel-guimaraes/inadimplemento-contratual-por-culpa-da-administracao-o-direito-de-o-particular-rescindir-o-contrato-independentemente-de-recurso-ao-poder-judiciario #ep-89cc47b0

Resumo

A Lei de Licitações em seu art. 79 prevê três modalidades de extinção do contrato administrativo: a rescisão unilateral por iniciativa da Administração nas hipóteses previstas em lei (associadas ao inadimplemento do...

Texto integral

A Lei de Licitações em seu art. 79 prevê três modalidades de extinção do contrato administrativo: a rescisão unilateral por iniciativa da Administração nas hipóteses previstas em lei (associadas ao inadimplemento do particular); a amigável (que apela à ideia de conveniência administrativa) e, ainda, a judicial. Sobre essa a Lei limita-se a indicar rebarbativamente que ela deve ser exercida nos termos da lei. Ao seu turno, o art. 78 contempla diversas hipóteses em que se prevê a possibilidade de rescisão do contrato, inclusive em caso de inadimplementos da Administração (como nos casos, v.g., de atraso de pagamentos superior ao prazo de noventa dias, assim como suspensão da execução por mais de cento e vinte dias). Nestes casos, o direito de rescindir o contrato surge de circunstâncias razoavelmente objetivas, associadas à implementação das condições previstas na Lei. Contudo, evidente que não são apenas essas as hipóteses que autorizam a resolução por falta contratual da administração. Isso porque o tema se avalia caso a caso, a partir das disposições contratuais. Em regra, qualquer inadimplemento contratual pode conduzir à extinção do vínculo, devendo-se, todavia, especialmente a partir dos influxos da moderna civilística, buscar preservar a conservação do vínculo obrigacional. Embora o tema usualmente não seja colocado em perspectiva, fato é que o centro de gravidade das obrigações das partes é o instrumento do contrato. Quem o declara é a própria Lei nº 8.666/93, que diz com clareza no seu art. 54 que “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”. Note-se que o legislador colocou no mesmo patamar como fonte das

obrigações contratuais suas cláusulas e os preceitos de direito público, o que serve para destacar o caráter eminentemente obrigacional do vínculo que se celebra ente a Administração e o particular. Enfim, nem só de exorbitâncias vive o direito contratual administrativo. Com base nas prescrições legais indicadas acima, a doutrina indica que caso a Administração inadimpla suas obrigações, o particular só pode extinguir o vínculo contratual depois de obter tutela judicial nesse sentido. A proteção do particular nesse caso se daria por meio da possibilidade de suspender a execução do contrato, mas não alcançaria a possibilidade de rescisão. Segundo essa linha de pensar, o contrato poderia perder a eficácia, mas não deixaria de existir, salvo quando houvesse pronúncia judicial que o desconstituísse. Mais grave, não seria dado à Administração pronunciar a extinção do contrato, pois isso seria atribuição do Judiciário. Com o devido respeito, a ideia de que em caso de inadimplemento o particular esteja, necessariamente, obrigado a obter tutela judicial constitutiva negativa para extinguir o vínculo não só é equivocada, mas perniciosa ao interesse público. É que além de penalizar de modo ilegal o particular, ela imporia maiores custos à Administração (quando menos os ônus de sucumbência). Isto porque a Administração está obrigada a reconhecer o seu inadimplemento e exonerar o particular do vínculo no caso de ela ter descumprido o contrato. Não lhe cabe negar esse direito em havendo o inadimplemento de sua parte. Não há discricionariedade de ordem alguma aqui, mas sim vinculação ao dever de reparar a legalidade. Afinal, não existe interesse público que possa ser exercido à revelia da Lei. Logo, não há interesse juridicamente tutelável pela Administração em preservar um contrato em relação ao qual já se implementaram as condições que permitem ao particular pleitear sua desconstituição. Respeitosamente, seria rematado paradoxo permitir que a Administração deixasse de prestigiar a legalidade e, mais do que isso, trouxesse ainda maiores ônus para si (i.e. ao erário, a toda a coletividade), além dos já decorrentes de seu inadimplemento. Não há qualquer discricionariedade que permita à Administração pretender preservar vínculo que deve ser extinto. Sendo certos os fatos que permitem ao particular demitir-se do vínculo, a Administração está obrigada a rescindir administrativamente a avença e indenizar o que for de direito. Implementada a condição material que a lei descreve como necessária e suficiente para a rescisão do contrato, fato é que se impõe ao administrador reconhecer os efeitos jurídicos dessa circunstância. Não há escolha alguma aqui. Inclusive, eventuais valores afetados à execução do contrato devem ser utilizados, necessariamente, para compor os referidos prejuízos, que devem ser arbitrados com seriedade, englobando não só os danos emergentes, mas também os lucros cessantes. Nesta perspectiva de se repelir a discricionariedade, a hipótese de rescisão amigável deve ser compreendida nalguns casos como vinculada. Aliás, isso não deve causar surpresa nenhuma aos que atuam no ambiente dos contratos públicos. Essa ideia de solução consensual também é repetida para outros campos em que a atuação da Administração é reconhecidamente vinculada, como no que toca, e.g., ao reequilíbrio do contrato (cf. art. 65, II, d da Lei 8.666/93). Nada obstante a Lei diga que o reequilíbrio se dará por acordo, fato é que o dever de reequilibrar impõe-se à Administração. Não é dado à Administração negar-se a alterar o contrato, invocando o suposto caráter bilateral desse dever. Como cediço, havendo os requisitos para implementar o reequilíbrio, ele é cogente para a Administração. O caráter bilateral da modificação não atenua a existência de um dever. Segundo a Lei 8.666/93, há deveres da Administração que devem ser satisfeitos pela via consensual. É dizer: bilateralidade não é sinônimo de faculdade, mas sim de dever de se buscar soluções preliminarmente na via consensual. Disto decorre a percepção de que mesmo a lei não prevendo explicitamente o direito de o particular demitir-se do contrato por iniciativa sua, essa prerrogativa existe, pois a ela está associado um dever da Administração, derivado da legalidade. E esse dever não pode ser afastado sob a invocação de que o particular está obrigado a procurar o

Judiciário numa espécie de solve et repete . Logo, a rescisão amigável prevista na Lei não significa que exista a opção em rescindir ou não o contrato. Quando a lei fala em conveniência do administrador, não está criando regra que preveja competência discricionária, mas sim indicando uma análise que apela à economicidade. Afinal, não há dúvida de que é vantajoso para a Administração rescindir o vínculo por ato bilateral, de modo a evitar a instalação de um processo em que ela não tem razão. Mais do que isso, percebe-se que qualquer outra solução seria inócua. Isso porque, no caso em que se admite a resolução em favor do particular, já lhe assiste o direito de suspender a execução. Fato é que isto significa que a ele é dada a faculdade de despir o contrato de seus efeitos concretos. Logo, o argumento de que a preservação do vínculo em caso de inadimplemento se dá em prestígio à ideia de continuidade é contraditório com o que prescreve à Lei, pois ela reconhece o direito de o particular suspender suas obrigações nas hipóteses nela previstas. Do ponto de vista material, o contrato administrativo ordinário pode ter sua execução suspensa implementados os prazos previstos na Lei. Tanto é assim que nos contratos em que se faz presente a nota de continuidade, está clara a obrigação de manter o serviço no curso do processo (cf. art. 39, Parágrafo único da Lei 8.987/95). Inclusive, é perfeitamente cabível a tutela mandamental nesse caso para que se reconheça o direito líquido e certo do particular à rescisão do contato. Daí que aqueles que exigem o concurso obrigatório às vias judiciais para rescindir o contrato pretendem tutelar apenas a existência formal de um vínculo, que já não tem qualquer substância material. Note-se que é direito potestativo do particular retomar ou não a execução do contrato, o que torna sem sentido qualquer intenção de adiar a extinção formal do vínculo em caso de inadimplemento da Administração. É que entre a pronúncia judicial que se exige e a suspensão das atividades pelo particular, nada se lhe poderá exigir, o que cria a curiosa figura de um contrato administrativo que não se destina a tutelar qualquer interesse da Administração. Feitos estes esclarecimentos, percebe-se que a disposição que indica que a rescisão em favor do particular deve ser feita judicialmente só se aplica nos casos em que a Administração recusa a incidência dos eventos que conduzem à rescisão, isso sempre a partir da dinâmica do *due process of law* . Isto é, o Judiciário deve ser chamado para compor os litígios em que a Administração se recusa a admitir a ocorrência do fato ou negue os efeitos dele derivados. Jamais, contudo, ela caberá quando for inequívoco o fato do inadimplemento, pois nessa hipótese a Administração está obrigada a reparar por si só a legalidade e rescindir o contrato. Como corolário disso decorre que a negativa dos direitos do particular exercida por razões caprichosas ou fúteis deve submeter o administrador aos efeitos patrimoniais derivados de seus atos (*non facere quod debeatur*). Se havia razões para rescindir o contrato e o administrador não as quis reconhecer, o custo da postergação dos direitos do particular deve correr à conta, pessoalmente, daquele que optou por conduzir a discussão ao Judiciário de modo indevido. Em suma e para arrematar, é chegada a hora de compreender que as prerrogativas da Administração servem à efetiva tutela do interesse público, e não para negar direitos aos particulares, protegendo os maus administradores. Se o contrato for inadimplido pela Administração, impõe-se ao administrador reconhecer essa circunstância e declarar o contrato encerrado administrativamente, arcando com os efeitos econômicos de suas condutas. A previsão normativa para tanto é a de resolução amigável (que aqui significa extrajudicial) na precisa medida em que não há dúvida de que para a Administração é mais conveniente utilizar-se dessa via do que ser compelida a litigar numa causa em que não lhe assiste razão.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

GUIMARAES, Bernardo Strobel. Inadimplemento contratual por culpa da Administração: o direito de o particular rescindir o contrato independentemente de recurso ao Poder Judiciário. *Direito do Estado — Colunistas*, 18 out. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/bernardo-strobel-guimaraes/inadimplemento-contratual-por-culpa-da-administracao-o-direito-de-o-particular-rescindir-o-contrato-independentemente-de-recurso-ao-poder-judiciario>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/bernardo-strobel-guimaraes/inadimplemento-contratual-por-culpa-da-administracao-o-direito-de-o-particular-rescindir-o-contrato-independentemente-de-recurso-ao-poder-ju>. Acesso em: 11 ago. 2026.

APA 7ª edição

Guimaraes, B. S. (2016, October 18). Inadimplemento contratual por culpa da Administração: o direito de o particular rescindir o contrato independentemente de recurso ao Poder Judiciário. **Direito do Estado — Colunistas**. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/bernardo-strobel-guimaraes/inadimplemento-contratual-por-culpa-da-administracao-o-direito-de-o-particular-rescindir-o-contrato-independentemente-de-recurso-ao-poder-judiciario>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

GUIMARAES, Bernardo Strobel. 2016. "Inadimplemento contratual por culpa da Administração: o direito de o particular rescindir o contrato independentemente de recurso ao Poder Judiciário." **Direito do Estado — Colunistas**, October 18. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/bernardo-strobel-guimaraes/inadimplemento-contratual-por-culpa-da-administracao-o-direito-de-o-particular-rescindir-o-contrato-independentemente-de-recurso-ao-poder-judiciario>

BibTeX

```
@article{bernardo-strobel-guimaraes-inadimplemento-contratual-por-culpa-da-a-2016,
author = {Guimaraes, Bernardo Strobel},
title = {Inadimplemento contratual por culpa da Administração: o direito de o particular rescindir o contrato independentemente de recurso ao Poder Judiciário},
journal = {Direito do Estado — Colunistas},
year = {2016},
url = {http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/bernardo-strobel-guimaraes/inadimplemento-contratual-por-culpa-da-administracao-o-direito-de-o-particular-rescindir-o-contrato-independente-de-recurso-ao-poder-judiciario},
urldate = {2016-10-18}
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

