



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

LORIESSA MARIA SIQUEIRA BUENO SILVA

**EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO:
*PARALELO ENTRE CONTRATOS PÚBLICOS E PRIVADOS***

Assis
2015

LORIESSSE MARIA SIQUEIRA BUENO SILVA

**EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO:
*PARALELO ENTRE CONTRATOS PÚBLICOS E PRIVADOS***

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial de aprovação no curso de Direito ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Orientador: Professor Ms. Gerson José Beneli

Assis
2015

FICHA CATALOGRÁFICA

SILVA, Loriesse Maria Siqueira Bueno

Exceção de Contrato não cumprido: Paralelo entre contratos públicos e privados /
Loriesse Maria Siqueira Bueno Silva. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA
– Assis, 2015.

72 páginas

Orientador: Professor Ms. Gerson José Beneli

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis –
IMESA.

Palavras chave: 1.exceção 2.contratos 3.públicos 4.privados

CDD: 340
Biblioteca da FEMA

**EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO:
*PARALELO ENTRE CONTRATOS PÚBLICOS E PRIVADOS***

LORIESSÉ MARIA SIQUEIRA BUENO SILVA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito do Curso de Graduação, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Prof. Ms. Gerson José Beneli

Analisador:

Assis
2015

DEDICATÓRIA

A Deus, que me deu capacidade, sustento nas horas de angústias e coragem para solucionar os desafios em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu querido professor Gerson Beneli que tanto me ajudou no desenvolvimento deste trabalho.

Também aos meus pais e irmã pela compreensão, incentivo e paciência pelas vezes que deixei de estar com eles para me dedicar a este projeto.

Ao meu namorado que sempre me apoiou e me ajudou mesmo que ele tivesse que deixar de lado sua própria família para estar comigo.

Não poderia esquecer ainda, das minhas amigas de anos e das que fiz ao longo destes últimos tempos, como aquelas cujo todo sábado nos encontramos, pelo carinho, correções e conselhos.

RESUMO

Através desse trabalho, buscou demonstrar que as cláusulas inerentes aos contratos privados, como aquela estipulada no Código Civil artigo 476, conhecida como Exceção de Contrato não cumprido, pode ser estendida a outros ramos do Direito, como no caso, o de caráter Público, haja vista as relações negociais, independente da seara jurídica em que se encontram as partes, se adapta conforme as necessidades destas logo, seria viável inserir normas, ora predominante de outra ramificação do Direito à acordos que mais que qualquer outro pacto, visa tutelar interesses coletivos por entender que determinada estipulação será igualmente benéfica a todos.

Pensando nisso, foram feitos apontamentos de normas e princípios usados em cada área do Direito, sendo aqui a de caráter Público e Privado, no que tange ao querer mostrar suas evoluções bem como atestar que ambas as diretrizes legais no decorrer do tempo acabam se envolvendo de forma a até se confundirem, como bem se verá em contratos onde a própria Administração usa de regras privadas, mas, com preponderância de princípios públicos e a ponto de um ser passível de sobreviver com preceitos do outro, ainda que a lei escrita demonstre outro parecer, graças à relativização dos contratos e instrumentos como as jurisprudências e doutrinas.

Palavras-chave: exceção, contratos, públicos, privados.

ABSTRACT

This work demonstrate that inherent Private contract clauses such as the one stipulated in the Civil Code article 476, known as Contract exception not met, can be extended to other areas of law, as in the case, the public character, considering the business relationship, regardless of the legal harvest in which they are parties, as fits the needs of these soon, it would be feasible to insert rules, now prevalent in another branch of law to agreements that more than any other covenant seeks to protect collective interests , on the grounds that certain stipulation will be equally beneficial to all.

Thinking about it, compared norms and principles used in each area of law, public and private, in regard to wanting to demonstrate its evolution and testify that both legal guidelines over time become involved in so to be confused as well be seen in contracts where management uses own private rules, but with a preponderance of public principles, to the point of being capable of surviving with the other precepts, although the written law demonstrates another opinion thanks to relativity of contracts and instruments such as jurisprudence and doctrines.

Keywords: exception, contracts, public, private.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 CONCEITO DE CONTRATOS.....	11
1.1 CONTRATOS NO ÂMBITO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	11
1.1.1 Definição de contrato e parte histórica.....	11
1.1.2 Princípios Gerais Contratuais.....	13
1.1.3 Função Social do contrato.....	18
1.1.4 Elementos constitutivos e meios de validade.....	20
1.1.5 Obrigatoriedade do contrato e a cláusula “ <i>rebus sic stantibus</i> ”.....	22
1.1.6 Modernização do direito contratual e a rotulada crise negocial.....	23
1.2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	25
1.2.1 Natureza jurídica.....	25
1.2.2 Contratos administrativos em sentido amplo.....	26
1.2.3 Princípios basilares.....	27
1.2.4 Necessidade da Administração Pública.....	28
2 LIMITES E ALCANCES DOS CONTRATOS NA ESFERA PÚBLICA E PRIVADA.....	30
2.1 PARTICULARIDADES LIMITADORAS E GERAIS DO CONTRATO CIVIL.....	30
2.1.1 Uso solidário do pacto.....	30
2.1.2 Estipulação em favor de terceiros.....	31
2.1.3 Resilição e Resolução Unilateral.....	33
2.2 PRERROGATIVAS CONTRATUAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	36
2.2.1 Do Poder Discricionário do Estado.....	36
2.2.2 Processos Licitatórios.....	38
2.2.3 Diversidade nas decisões de aplicação das penas em caso de descumprimento do contrato.....	40
2.2.4 Adimplemento contratual.....	41
3 EFETIVIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS E A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO (CÓDIGO CIVIL, ARTIGO 476).....	43
3.1 DAS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS PRIVADOS.....	43
3.1.1 Teoria Geral das Obrigações.....	43
3.1.2 Elementos Indispensáveis a Formação do Contrato.....	48

3.1.3 Cláusulas Contratuais e a Exceção de Contrato não cumprido (Código Civil, artigo 476).....	52
3.2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A VONTADE PARTICULAR.....	57
3.2.1 Direito Privado nos Contratos Administrativos	57
3.2.2 Pactos Administrativos e os Pactos da Administração	59
3.2.3 As alterações dos Contratos Administrativos e a Exceção do Contrato não Cumprido (Código Civil, artigo 476).....	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

Em face da atual relativização do Direito, surgiu a necessidade de estudar principalmente as mudanças inerentes aos pactos Públicos com viés Privado. Muitos são os julgados, em várias esferas, os quais abrem discussões da aplicação de normas, a priori pertencentes a um ramo frente a outro e suas consequências.

Não podia, então, deixar de trazer para o campo da pesquisa tais indagações, haja vista, nos bancos das faculdades vemos um direito posto, estático e é pela jurisprudência e doutrina que se defronta com todo um entrelaçar de regramentos.

Desta forma, este trabalho priorizou a discussão da aplicação de uma norma prevista no Código Civil frente a contratos Público, qual seja a Exceção de Contrato não cumprido, postulada no artigo 476 do mencionado código.

Mediante o Capítulo 1, procurou se apresentar, por meio de pontos cruciais a cada área trabalhada, a parte histórica dos contratos ao que dizem respeito aos dispositivos principiológicos, naturezas jurídicas, da onde advém tais acordos, sendo ora pela necessidade de um agente Público, ora pela vontade particular bem como, as modernizações dos intitutos.

Mostraram-se também as fontes dogmáticas que de certa forma limitam o uso de cada ramo do Direito, como o caso da Solidariedade e Função Social do Contrato, a Resilição unilateral ou ainda, o Poder Discrecional do Estado e, de igual modo examinou os alcances de cada regulamento, no que se refere não só ao seu condão de barreira, mas de certo benefício aos contratantes, por meio do Capítulo 2 desta pesquisa.

Por fim, tratou-se de fato da Exceção de Contrato não cumprido nas esferas do Direito, demonstrando, no Capítulo 3, a proporção deste instrumento em acordos que envolvam só a Administração e particulares ou apenas entre entes privados. Além do mais, como maneira de atestar que não só o cunho Civil que transforma as regras Públicas fora trazida a esse trabalho uma pequena pontuação do Direito Processual Penal que assim também o faz, como o atual sistema do Acordo de Leniência.

Em suma, abordou-se nessa discussão que o Direito esta sujeito à relativização de suas normas na medida em que a própria sociedade evolui, ainda que não seja permitida de forma expressa na lei a livre persuasão na aplicação de dada regra pública.

1 CONCEITO DE CONTRATOS

1.1 CONTRATOS NO ÂMBITO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

1.1.1 Definição de contrato e parte histórica

Desde os primórdios de nossa existência, o homem pactua, seja para fins de sobrevivência ou pela mera vontade de possuir algo. Contudo, a relação de contrato tem origem predominantemente do Direito Romano, no caso, do Império Romano. A civilização Romana teve início no Século VIII A.C. e se dividiam entre plebeus, patrícios (ou na Europa Ocidental, os nobres) e que, respectivamente, nos dias de hoje seria o equivalente, a grosso modo, as classes baixas e ricas (ressaltando alguns privilégios da época), sendo que os nobres eram aqueles que detinham o poder político e eram os formadores de regras daquele tempo.

Foi essa civilização, que nasceu numa pequena península itálica, em meio ao mar mediterrâneo, que se tornou umas das maiores fontes artísticas, culturais e legislativas do tempo moderno, mesmo após ser tomada pelos turcos. Hoje, historicamente, tal civilização Romana é inserida na nomeada “*antiguidade clássica*” conforme bem expõe Cesar Baldon, em seu artigo nomeado “Obrigações e contratos no Direito Romano” (2010).

Não se pode afastar também a importância deste Império no que tange a divisão entre Direito Público e Privado, uma vez que a própria fonte organizadora das relações daquele tempo delimitava-os na medida em que surgia o Estado. No mesmo diapasão, Jhering (1943, p. 161) diz:

Segundo uma opinião propagada, que a primeira vista parece sedutora, o direito privado, nos tempos antigos, dependia completamente do Estado e só se libertou pouco a pouco dessa escravidão. Mas as considerações, acima desenvolvidas, conduzem a aceitar, precisamente, o contrário, isto é, a completa independência que em sua origem teve o direito dos particulares relativamente ao Estado. A aparência de verdade, que aquela opinião contém, consiste nas formas públicas de que se rodeava o direito privado da época mais antiga e na ausência de oposição das diversas partes do direito, do qual já tivemos frequentes vês de falar. Mas estas formas provam precisamente, que o Estado, como tal, nada tinha a ver com o direito privado, porque se empregavam para criar, entre ambos, uma relação, que anteriormente não existia. A falta de oposição, que acabamos de mencionar, não

consiste em que o Estado domine o direito privado, senão em que este domina aquele; isto é, que o direito particular não se edifica, segundo os princípios do direito público, senão que o Estado está constituído, segundo os princípios do direito privado. Seria contrariar completamente a história, admitir que o direito privado tenha tido origem no próprio Estado. O sentimento da independência individual é a noção primária absoluta. Só depois de luta penosa, e grande, o princípio do Estado triunfa.

Em tempos modernos, é fato que o direito Público nada tem a ver com o direito privado principalmente no que diz respeito à constituição das relações jurídicas entre os mesmos, já que, no primeiro há um poder exclusivamente coercitivo, quanto que, na esfera privada, depende, na sua grande maioria, da vontade jurígena que é composta por uma solicitação interna de vontade mais a exteriorização desta, no caso, a deliberação, e uma ação, ou seja, depende apenas da pessoa e não de um todo.

Mas, independente do meio é fato que, toda relação disposta no intuito de gerar efeitos jurídicos, cria um contrato e que, por conseguinte, este representará uma espécie do gênero negócio jurídico, com o fim de, como dito, expor o desejo de alguém quanto ao querer possuir algo, bem ou até mesmo direito de uso como é previsto nos contratos reais de Servidão (Código Civil, artigo 1.378 e seguintes).

Numa breve comparação com o Código Civil Brasileiro de 1.916, ao que refere o chamado negócio jurídico, este apenas o definiu de forma simplória, ou seja, o artigo 81 ao falar “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico” demonstra que o legislador o abordava, de forma genérica frente os acordos de vontade, quanto que o Código Civil reformado pela Lei 10.406 de 2.002, também alude tal abrangência, porém de maneira concentrada aos negócios jurídicos do que meros atos jurídicos que assim trazia o antigo Código, em seu o Livro III, nos artigos 104 e seguintes, nas palavras de Venosa (2.014).

Nessa mesma seara do Novo Código Civil, é válido que tal abrangência se estende a qualquer tipo contratual e suas inúmeras consequências, como o fato de haver vícios, incapazes, validade das declarações de vontade e afins.

Os contratos no âmbito Civil tendem a regular as relações privadas, estas que, no Código de 1.916, carrega muito da cultura dos Códigos Franceses – não é em vão que mediante a cultura francesa, ou mais precisamente o Código Civil Francês, que se tem o uso dos vocábulos contrato e convenção, que, naquele tempo, os tratavam com significados distintos pois, contrato seria destinado a regular apenas os pactos que criavam obrigações e

convenções todo acordo entre duas ou mais pessoas sob um objeto jurídico; atualmente, as expressões são consideradas sinônimas, no entender de muitos doutrinadores tais como Silvio Rodrigues (1.993, p.10) - e alemães, que por sua vez são banhados pelo direito romano e não deixam de ter a preponderância da vontade no direito obrigacional, e por decorrência o reiterado negócio jurídico, que advém de ideais de um tempo moderno de revoluções, assim como a Revolução Francesa de 1.789 e a Revolução Industrial, quando a sociedade exigiu o reconhecimento dos direitos inerentes à liberdade, igualdade e fraternidade, em torno do liberalismo econômico e contratual.

Por fim, é de grande relevância definir o contrato, sob a ótica de dois elementos fundamentais, no caso, aquele de caráter *estrutural* – o fato de possuir a alteridade, já que, por se tratar de um negócio jurídico bilateral ou plurilateral exige a fusão de outras vontades contrapostas. É fato que, esse meio jurídico, como bem alude à doutrinadora Maria Helena Diniz (2.014), o contrato é um negócio jurídico bilateral ou unilateral e não o conjunto de pactos unilaterais, pois os contratantes ficarão sujeitos às delimitações de ambas as partes e não sob o poder de uma única pessoa, assim, não se admite que apenas um deles altere, por si só, os ditames contratuais (salvo quando o pacto contiver como objeto um autocontrato, ou seja, um contrato consigo mesmo, onde uma pessoa em seu nome negocia algo para o seu próprio proveito, como por exemplo a ordem de compra e venda de um mandante ao mandatário; contudo, apesar de o Código Civil de 2.002, no seu artigo 653, que remete ao instituto das procurações, permitir tal feito, este deverá ser repellido por motivos éticos, principalmente se houver suspeitas acerca da real exigência daquele que outorga a ordem a outrem e seu cumprimento) – e *funcional* - ligado a proporção desse direito contraposto frente a área econômica, tendo em vista a função social do contrato.

Em suma, com o decorrer da história, pode se deduzir que os contratos de caráter civilistas, tem o condão de criar, modificar e extinguir direitos e obrigações, a partir da vontade de duas ou mais pessoas, embasadas estas a luz da legislação vigente, a fim de estabelecer diretrizes aos seus interesses pactuados.

1.1.2 Princípios Gerais Contratuais

Os princípios são vistos como a base de qualquer ramo jurídico ou cultural de um povo e os entendem como um ditame jurídico quando os trazemos para a esfera normativa, do

direito. Todas as nossas relações, por mais corriqueiras que sejam, estão alicerçadas em éticas principiológicas ora, do levantar ao dormir, somos guiados por regramentos como “isso não é certo”, “como seu ato romperá determinada norma” entre outras.

A teoria contratual, como todo ramo jurídico que é e presente em nossos cotidianos, não poderia estar distante de diretrizes que o embassem, desse força como lei. Pensando nisso, se faz de suma importância pontuar alguns alicerces contratuais como da Boa-fé Objetiva, Autonomia da vontade e outros a seguir expostos e exemplificados:

1.1.2.1 Princípio da autonomia da vontade

A vontade das partes em contratar se dá mediante mera liberalidade das mesmas, de forma livre, invocando apenas as regras jurídicas para validá-las de fato. A Autonomia da vontade é um princípio inspirado no Código Civil Francês, que, num passado distante, fazia da vontade o elo de todos os pactos e que deveria este ser supremo, ainda que mais tarde, eles se arrependessem da celebração do feito. Com o tempo, a questão de o pacto ser lei entre os pactuantes fora sido relativizada, mas não de forma plena (Silvio Rodrigues, 1993, p.341).

Esse princípio se desdobra na liberdade contratual, que remete a escolha do conteúdo, objetivo do pacto, bem como a criação de contratos típicos e atípicos, já que as partes poderão celebrar qualquer feito desde que lícito independente de estar pré-disposto no ordenamento, e a liberdade de contratar, que alude à liberdade de contratar ou não contratar, ou seja, mediante a sua vontade, ou quem sabe necessidade, terá a plena autonomia de relacionar-se juridicamente com outrem; entretanto como mencionado, a vontade não é livre de todos os comandos estatais, pois o princípio que garante a abstenção de contratar sofre exceções quando esta ordem emana de um poder superior, como é o caso da obrigatoriedade de contratar seguros em razão de uma lei que assim dispõe (p. ex. o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres, ou por sua Carga, a Pessoas Transportadas ou Não (Seguro DPVAT), criadas pela Lei nº 6.194/74); liberdade de escolher quem contratar, salvo quando o objeto do negócio jurídico seja insuscetível de escolha, como por exemplo, serviços públicos; liberdade de fixar o conteúdo do contrato, em que as partes poderão livremente estipular o objeto a ser contratado, dentre os contratos dispostos na lei, os chamados contratos nominados ou típicos, ou ainda de forma distinta a estes, como aqueles inominados e atípicos, segundo os seus interesses, logo ampliando, diminuindo, acrescentando cláusulas e disposições.

Destarte, o princípio da Autonomia da vontade contratual apenas encontra barreiras, quando confrontado com uma regra de ordem Pública, cuja ideia desta ordem é não permitir certos pactos em razão da moralidade, bons costumes que incube a sociedade preservar, e até por imposições econômicas, comerciais.

Assim, dispõe o artigo 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, de modo a conservar a função social do contrato, e que, por conseguinte, estes conceitos determinados de ordem Pública, não poderão ser contrafeitos a mercê dos particulares, ou seja, *jus publicum privatorum pactis derogare non potest* - os princípios de ordem Pública não podem ser alterados por convenção entre particulares.

Apesar da supremacia da vontade de pactuar estar tão arraigada nas relações jurídicas, houve em 2.011 um Projeto de Lei nº 699 para mudar a locução “liberdade de contratar” que é inerente a qualquer homem médio, desde que tenha capacidade de negociar, por “liberdade contratual”, pelo fato de entenderem ser mais técnica, geral e que irradiaria melhor efeitos em todo o ordenamento contratual, bem como retirariam os termos “em razão” pelo fato de que o pacto esta limitado pela função social, logo a frase ficaria “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”, doutrinadores como Vicente Arruda, rejeita tal Projeto de Lei, por entender que a mudança de nada mudaria a semântica da frase, apenas pioraria o texto de lei, que já é confuso, no seu ponto de vista, como bem expõe Maria Helena Diniz sob a ótica do doutrinador Vicente Arruda (2.014, p. 42): “contrato não tem liberdade, quem tem liberdade é a pessoa, cuja liberdade de contratar esta vinculada à função social do contrato, imposta pelo o ordenamento jurídico”.

Como dispõe Venosa, sob a ótica de Orlando Gomes (Venosa, 2.013, p. 342) no século passado, o contrato baseava-se apenas na manifestação de vontades, na observação de vícios de consentimento, onde analisariam se este era ou não pleno e sem coações, quanto que atualmente a discussão esta envolta as cláusulas serem injustas para as partes e se valorizam a superioridade jurídica pregada a uma destas, com fulcro no fato de serem hipossuficiente. Mas a intervenção a todo tempo do Estado à ordem privada e por consequência a vontade individual, se torna preocupante por entender ser desestimulador aos pactos quando se tem proteção apenas a uma parte e não tornando o pacto igualitário, linear – como, por exemplo, é o caso da Lei no 8.245/91, Lei do Inquilinário que protege demasiadamente o inquilino de modo a constranger o locatário, não o proporcionam mesmas condições de igualdade, no que

remete a tutela estatal de garantias, ao vender. Além de que, uma vez levado ao judiciário, esse tem o poder de reajustar todo o corpo do contrato, e não meramente as suas cláusulas, pois como aborda tal diploma normativo, o feito não se sujeita apenas a vontade das partes e sim qual será a sua utilidade à coletividade.

Isto posto, haverão leis tidas como intocáveis a vontade dos contratantes, como a referida ordem Pública ou Princípio Cogente e aquelas que poderiam ser relativizadas, mas estão sob os cuidados da sociedade, ou seja, os princípios dispositivos, mas que só vigoram no silêncio dos interessados; logo, numa análise fria, a vontade das partes não passa de mera utopia jurídica, a julgar por seu ponto crucial de liberdade aos contratantes ter se perdido com o tempo.

1.1.2.2 Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos

Este princípio reafirme a ideia que o contrato só traz direitos e deveres para aqueles que dele usufruírem, não estende sua aplicação a terceiros, o contrato é *res inter alios acta alis neque potest*, ou seja, só obriga aqueles que tomaram parte em sua formação não prejudicando e nem se aproveitando de outrem, já que ninguém pode tornar-se devedor ou credor sem sua plena aquiescência.

Contudo, é fato que quanto as consequências internas do contrato, se afeta somente os partícipes mas, dadas situações específicas geram o que chamamos de efeito externo, em que se vinculam determinados objetos de terceiro a um pacto entre outras pessoas que não possuam tal bem (Ex.: Estipulação em favor de terceiro - Código Civil, artigo 436 a 438; dos herdeiros universais - Código Civil, artigo 1.792).

Vale ressaltar que, todas as exceções que levam um pacto a estipular algo em favor de terceiro provem de prévia regulação legal, bem como quando em determinados casos chama-se terceiro estranho ao feito primitivo a fim de esclarecer divergências contratuais.

Conclui-se que este princípio, como bem aponta Silvio Rodrigues (2013, p. 18), é uma segurança, garantia de que ninguém ficara sob a égide de uma convenção se não mediante uma determinação normativa ou pela vontade espontânea, deliberação da pessoa em questão, do contrário geraria demasiada preocupação a coletividade em se questionarem se estão sendo, mesmo contra suas vontades, alvo de acordos que resultariam em obrigações as mesmas sem ao menos visumbrarem algum benefício de fato.

1.1.2.3 Princípio da boa-fé objetiva nos contratos (Código Civil, artigo 422).

A Boa-fé objetiva esta ligada principalmente aos casos de interpretação de contratos e quanto à função social dos mesmos, mas não deixa de ser um elemento muito importante para a chamada fase pré-contratual, que é inerente à formação dos pactos.

Inspirado por Códigos Italianos, o princípio remete a conduta das partes pois, uma vez invocado espera-se que estas tenham uma boa conduta éticamente aceita durante e depois do pacto, já que, talvez possa restar a partes efeitos residuais, como o caso de eventuais ações judiciais, isto é, ver-se-a conduta objetiva das partes juntamente com o elemento subjetivo, visto que, cabe o juiz analisar se o feito foi previamente produzido com má-fé, no intuito de golpe ou se em meio ao feito a parte não tem mais condições de cumprir-lô.

O novo Código Civil de 2.002, diferente dos anteriores, possui maior amplitude como fora mencionado, em especial quanto as ciências sociais, que envolvem toda uma dinâmica interpessoal, ligada ao caráter das partes, suas atitudes contratuais e que, por resultante, trazem bastantes referências, advertências aos contratantes no sentido de que um ato qualquer, mesmo sem intenção de gerar problemas de ordem jurídica (como por exemplo, o que traduz o artigo 186 do Código Civil ao mencionar os atos ilícitos) podem surtir sequelas a todo o acordo. Desta forma, se tem como paradigma a teoria contratual da Boa-fé objetiva, fundamentada no disposto no artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Devido a sua tamanha proporção, doutrinadores a tem, em tese, como uma cláusula aberta, já que permite ao juiz uma vasta interpretação em razão dos seus termos serem genéricos, gerando diversos entendimentos acerca do que é ter boa-fé contratual, o *quantum* da conduta das partes tem sido realizado sob os aspectos morais, leais, de honra, conforme o caso concreto e a pessoa a quem se esta aduzindo, debatendo determinada coisa e sanção.

É válido dizer que o ideal é que nenhuma pessoa inicie seu pacto sem a chamada boa-fé, com adimplemento absoluto do contrato, almejando sua realização porquanto, se vislumbrada a má-fé, onde uma das partes não cumpre com o seu dever, esta deve ser de pronto punida, em razão de estar afetando a conclusão do feito, independente de culpa (Maria Helena Diniz, 2.014, p. 53), mas para tal, mais uma vez, se invoca o parecer do magistrado para apontar desvio da esperada boa conduta e para isso remete a uma interpretação conforme o tempo e local que foi firmado o pacto.

Outro aspecto de suma importância é distinguir a boa-fé objetiva, tratada com grande frequência no Código Civil, da boa-fé subjetiva. A primeira é comum ao homem médio que se julga probo com fundamentos nos aspectos sociais ao seu redor, padrões conhecidos e reconhecidos, e por consequência, se torna uma grande regra de conduta, têm-se como exemplos os artigos 113 (remete a maneiras interpretativas do contrato), 187 (contratos no limite do exercício de um direito) e o 422 (integração do negócio jurídico) do Código Civil. Já a forma subjetiva, a parte acredita que seu agir é correto como base no íntimo conhecimento que possui de um negócio, nas palavras de Venosa (2013, p. 31993): “para ele [homem médio] há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado”.

Por fim, interpretar um contrato é analisá-lo de forma a atestar o que fora pactuado, bem como por meio desse princípio, se reconhece a conduta das partes, uma vez que esta é essencial à realização da obrigação, não só durante o pacto, mas após sua execução também ou enquanto houver um trâmite judicial, uma vez que pode se levar ao judiciário um contrato que fora quebrado em virtude da parte ser desonesta à relação e, vale ressaltar que, as partes devem se auxiliar mutuamente para a boa realização do contrato e em prol do interesse social das relações jurídicas.

1.1.3 Função Social do contrato

O instituto contratual em questão está intimamente ligado ao Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato, sendo que, o pacto só produz efeitos entre os contratantes, não gerando consequências a terceiros, mas, para tanto, a função social se trata de uma exceção e em suma, essa seria a maior expressão do uso social do contrato. Está presente no Código Civil, artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A função social advém de um direito europeu, mas já era aceito antes do Código Civil de 2.002 por meio da doutrina e jurisprudência. Permite que terceiro, que não participou da formulação do contrato se manifeste a relação privada, desde que prove judicialmente o prejuízo a função social do contrato, ou seja, que o pacto esta ferindo uma pessoa, grupo de pessoas ou coletividade.

Antigamente o que se importava receber dos contratos era apenas o enriquecimento, quanto que no novo século a autonomia da vontade clássica é substituída pela autonomia privada, sob égide de um interesse social (Venosa, 2013, p. 397).

Esse interesse social não advém apenas do Estado ao iniciar o movimento do dirigismo contratual, cujo próprio ente tinha livre acesso aos ditames particulares visando, a seu ver, tutelar interesses coletivos, e sim da própria cultura e momento histórico o qual foi se vivendo, já que a todo tempo, independente de lei prévia, se esta comprometido, mesmo que de forma implícita, não só aos benefícios individuais, mas, ao fato da utilidade social ser amoldada aos interesses das partes; um exemplo claro da existência dessa cláusula no cotidiano mercantil, é quando usam os contratos de *leasing* de veículos de maneira muito mais ampla as necessidades sociais, quanto que, num passado, este era restrito as partes contratantes.

Não se pode esquecer que a função social ou o interesse social como dito, compreende uma norma aberta, genérica, pois a lei não define a intenção contida na locução, dependendo a sua aplicação da situação real, podendo, sob a análise do julgador, anular determinada cláusula ou até todo o pacto.

Pautando-se no exposto acima, não é em vão que mediante esta cláusula, nenhuma convenção prevalecerá se deturpar os interesses sociais e da propriedade, e que estes direitos são assegurados pelo Código Civil, inclusive no seu artigo 2.035, parágrafo único: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Qualquer um poderá estipular obrigações, porém, serão limitados a questão de boa-fé (Código Civil, 422) bem como as normas de ordem Pública a que se firma o interesse da coletividade, as ordens econômicas, de liberdade e igualdade dos cidadãos e aos bons costumes que remetem a moralidade social.

Sendo assim, o artigo 421 do Código Civil, ou a Função Social expressa no dispositivo legal, é uma norma principiológica, que se desdobra numa regra geral, devendo ser observada para que não ocorram deturpações em direitos coletivos, mesmo que implícitos aos contratos individuais, além de que deve ser preservada para não por risco a segurança jurídica inerente ao bom desenvolvimento das relações sociais e ensejando ao fim anômalo ao convencional tal qual ocorre ao alegar a Exceção de Contrato não cumprido em face de um rompimento negocial e que, sem embargos, será analisado mais adiante.

1.1.4 Elementos constitutivos e meios de validade

Toda relação jurídica precisa de, além de princípios, pressupostos inerentes à criação destas. A formação do contrato está presente no Código Civil, artigos 427 a 435, contudo a doutrina se mostra bastante divergente acerca dos pressupostos, elementos e requisitos do contrato. Para tanto, pressuposto é um ato que antecede outro, requisitos são as condições necessárias para que se realize algo e elemento, por sua vez, é tudo aquilo que rodeia um mesmo evento. A doutrina emprega, na sua grande maioria, o termo elemento para definir tudo aquilo que compõe algo. O artigo 104 do Código Civil alude acerca dos elementos essenciais para a composição do negócio jurídico, entretanto quando cita o agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não proibida em lei, entende-se que esses são formadores genéricos a qualquer pacto.

O contrato possui além dos mencionados requisitos do artigo em tela, outros de maneira mais particularizada e que, apesar de inconscientemente já terem sido abordados, se faz necessário frisá-los para melhor entender a formação do contrato até chegar ao ponto crucial desse trabalho, relativo à escolha de cláusulas pelas partes e, por sua vez, a Exceção de Contrato não cumprido.

Este só começa a existir quando há a exteriorização da vontade das partes (ocorre pela declaração de vontade), já que o mesmo se trata de um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, pode se dizer então que este ato caracteriza um dos elementos que origina o pacto. Esta se dá pela chamada proposta e pode ser feita a pessoa presente ou não.

Entretanto, antes de se chegar a vontade jurígena (consenso e elaboração do feito) é necessário antes haver uma deliberação, solicitação interna do desejo de firmar elos, advindos de cada membro do acordo, e claro que, observando a capacidade das partes. Essa deliberação seria um desdobramento do primeiro requisito de validade. Haverá também, para então chegar a real consolidação do trato, uma ação que por fim, tem o condão de exteriorizar essa vontade e que é recepcionada com o aceite do outro, sendo esse ato o que interessa ao mundo do direito, que fixará obrigações e vantagens mútuas.

Vale frisar que, se houver deliberação de apenas uma das partes, se notará um feito sem necessária força vinculante, pois, como dito, para se formar um contrato necessita da resposta de outrem. É aceite qualquer meio, desde que legal, para se exteriorizar tal sentimento, de forma oral, escrita ou quando a lei assim o dispuser (Código Civil, artigos 104,

III e 107) e, se não observados corre-se o risco de não dá-los como válidos. No geral, é possível até a forma tácita. O silêncio em si, entende-se concordância com o pacto, mas, desde que deste se evidencie a real vontade de firmá-lo, a exemplo o artigo 539 do Código Civil onde da doação se a parte se mantiver em silêncio, pressupõe aceite da modalidade Doação pura.

Tem-se também como outro valioso ponto de constituição do contrato a liceidade do objeto, que no caso leva aos dizeres do Código Civil, artigo 104, o qual o negócio jurídico como um todo deve ter como causa do pacto algo possível, determinado ou determinável e que vá ao encontro à lei, esta licitude do objeto deve ser verificada no momento de formação do contrato, se sua inidoneidade é válida, do contrário acarretará a nulidade deste.

Aqui, é importante frisar que, o pacto em si traz inúmeras obrigações, ou seja, prestações, realizações de atos para que se concretize o objeto, que se trata da coisa a ser alienada, doada... Logo, tais nomenclaturas obrigacionais não são sinônimas e sim decorrência uma da outra.

Como outro elemento, existe a forma que nada mais é que a real expressão das partes quanto as cláusulas, estipulações contratuais. Hoje não há uma forma definida como padrão, salvo estipulação em contrário, quando a lei exigir algo, como é o caso dos contratos solenes, e que quando não observada, sobre a luz do artigo 166, V do Código Civil, pode considerar o negócio jurídico nulo (a exemplo o artigo 108 do Código Civil, onde a transmissão de bens acima de trinta salários mínimos deve ter escritura pública). Como dito o usual é eles serem não solenes, que vai de pactos verbais, por sinais a mímica, gestos, contudo o bom é tê-los sempre escritos como um meio de segurança. Há também os consensuais que envolvem unicamente o querer mútuo das partes para realizar o contrato, exemplo do artigo 840 do Código Civil e por fim, os nominados reais, nesse caso referem-se a entrega do bem mais o consentimento das partes para então nascer o pacto.

Essa estrutura moderna se mostra muito diferente das origens do Código Civil romano, onde exigia inúmeras formalidades e que no menor descumprimento a elas já culminaria na invalidade do feito, mais uma vez, é a concordância entre as carências pessoais e a lei que gera ao direito a necessidade de adequar até as formas como validar dados feitos, ainda que contrarie preceitos antigos como mencionados.

1.1.5 Obrigatoriedade do contrato e a cláusula “*rebus sic stantibus*”

Em geral, como regra básica, um contrato feito nos termos dos tópicos acima expostos, deve ser obrigatoriamente seguido pelas partes, salvo nas hipóteses de revisão, caso fortuíto, força maior entre outros. Todavia, muito se fala da questão do chamado *pacta sunt servanda* o qual implica, por uma questão histórica, que uma vez pactuado o contrato age como norma entre as pessoas, é imutável.

Hoje, ainda se tem as obrigações mútuas como leis entre contratado e contratante, em razão da segurança jurídica, pois, ainda que se preze o interesse social, este querer não pode contrariar de todo a vontade negocial, o desejo das partes, do contrário, como bem expõe Venosa (2.013, p. 393), não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos.

O convencional é que o elo uma vez firmado não pode ser desfeito pela mera vontade de um dos estipulantes do acordo, salvo se assim fixarem, sendo que isto apenas ocorre quando os contratantes entram num consenso, ou como se diz, mediante um distrato (Código Civil, artigo 472) devendo este ser feito da mesma forma que se contratou. Vale frisar que não cumprida às estipulações feitas, acarreta em execução patrimonial em face do inadimplente.

Conquanto, apesar de inúmeras ressalvas e exposições o pacto nem sempre é absoluto entre as partes, isso se dá em razão do, como outrora falado, dirigismo contratual, ou seja, a relação do Estado para com os contratantes e o equilíbrio contratual que por sua vez, abarca a teoria da imprevisão, no caso a cláusula nomeada como *rebus sic stantibus*. Essa cláusula tutela situações de imprevisibilidade contratual, tais como um desequilíbrio financeiro superveniente e conseqüente enriquecimento ilícito de uma das partes e afins, logo, mediante este instituto, o magistrado tem autonomia para revisar o contrato, com fulcro no artigo 478 e seguintes do Código Civil.

Em síntese, pode se falar que a cláusula *rebus sic stantibus*, é uma exceção a regra de que o pacto selado entre as partes faz lei, deve ser cumprido no seu inteiro teor, pelas mesmas, pois quando presentes situações como as expostas poderá se amoldar o contrato de maneira diversa ao obrigado para seu melhor fim, êxito da obrigação, observado seus limites morais como a boa-fé, complexidade entre outros.

1.1.6 Modernização do direito contratual e a rotulada crise negocial

Os contratos no Brasil, em razão da sua base normativa ser de cunho Romano, Alemão e Francês, são segmentados por notas de autonomia das partes, do momento em que se fará o pacto até o findar deste. Entretanto, muito se tem pregado a título de atualização do contrato, uma autonomia um tanto quanto relativizada haja vista, mais que impor o seu querer ao trato, é permitir que o outro assim também o faça cada qual nas mesmas proporções.

Sob esse prisma, podemos dizer que se vive numa era de contratos onde ambas as partes têm a liberdade de estipularem cláusulas, receber, ganhar na medida destas. Entretanto, assim como o povo passou a ser menos egoístas, mais igualitários, ao decorrer do tempo e em face dos anseios e novas preocupações como aquelas envoltas da própria autonomia das convenções, bem como na obrigatoriedade das mesmas no que refere-se o regime capitalista, a sociedade deixou em segundo plano aquilo que estavam formado como alvo, ou seja, a igualdade das partes.

Essa mudança de pensamento, ora individualistas, ora parceiros, ocorre quando se avista que todo o desejo de isonomia infelizmente não passa de mera fantasia, porque a todo tempo os ideais têm sido soterrados mediante as ideias, astúcias das partes pois, imagina-se que os contratantes agiriam em pé de igualdade, seriam livres para aceitarem e rejeitarem inúmeras situações concernentes ao pacto, como dito, prevendo do próprio consensualismo este escalonamento linear, mas há a triste realidade que aquele que tem pouco conhecimento de causa, ou o digamos mais fraco, padece ao feito, e por não ter como se abster das necessidades de contratar, deixa que o mais forte, o mais astuto, absorto leve uma, ainda que pequena, vantagem no negócio, já que é ele quem ditará as condições dos ajustes, em razão da melhor formação intelectual (Rodrigues, 1.993, p.10).

Além disso, atualmente, ocorre uma massificação dos contratos, como algo a ser feito a todo minuto, de modo até que em série, como ocorreu em décadas atrás na montagem de veículos, e o resultado é que mal se consegue abrir espaço para que a outra parte também mostre seus interesses. Talvez, isso ocorre pelo fato de não se ver tantos contratos particulares, entre o homem que possui a casa e o comprador que a deseja, por exemplo, e sim muito mais contratos particulares entre empresas ou até entre o poder público, que são hoje os maiores fornecedores de serviços à população.

É pela necessidade de fechar negócios que surgem cláusulas contratuais idênticas a inúmeros outros feitos e firmados entre diversas pessoas desconhecidas, mas que, como dito, devido à massa, procuram os mesmos bens, serviços. O exemplo seria o caso da telefonia, as empresas oferecem contratos de adesão, sendo os mesmos dizeres para Maria que comprou o pacote “X” e para o José, que acabara de adquirir o pacote “Y”, mas o que importa é que ambos estão na mesma loja e não o pacote em questão. Infelizmente, como bem alude Venosa (2013, p. 384), não há outra solução para a economia de massa e para a sociedade de consumo.

Por consequência, as novas gerações se tornam cada vez mais sedentas de imediatismo, adquirem algo para serem de pronto usados, e em geral, descartados logo após. Raros são os casos de tratos com bens duráveis. Isso não quer dizer que não exista, mas uma vez identificado pessoas individuais que abordam tais necessidades de pacto, deve ser analisada com zelo quanto a sua posição no ato, para que, não seja esse confundido como mero consumidor e passar como tantos outros feitos massificados, sem interesse, sem voz.

Independente se de massa, se uno, o contrato tem ganhado força, mais ainda que a própria posse do bem. Diga-se de passagem, o contrato trata-se de um instrumento fundamental da economia, de modo a impulsiona-la, gerar recursos. Não obstante, o contrato tem se moldado as inúmeras relações jurídicas que se cria todos os dias. Não seria a toa dizer então, que mais se exige dos profissionais do direito, pois o desejo do uso das coisas de forma instantânea, de certa forma se transfere a necessidade de tê-las para si, ou seja, de contratar.

Daí se fala na modernização do contrato. Passou da autonomia das partes para a igualdade dos contrantes e agora para os acordos em massa. Esses surgem exigindo dos juristas soluções prontas, rápidas, amoldadas a diversificação da sociedade. Diferente mesmo dos nossos pactos antepassados, que pouco se fazia e que pouco se exigia.

Isso não quer dizer que os contratos por carecerem de inovações constantes coloquem em crise os primeiros contratos criados. A cada momento histórico que se vive os adequam, ora para fins dos particulares unicamente, ora pela sua função social. Tampouco o fato de a população ser aterrada por empresas de pequeno, médio ou grande porte, e que diga-se de passagem, sugam as economias globais, que contratos em massa põem em risco a base contratual.

Nem o próprio Estado que se vê atrelado à necessidade de pactuar, e que entende que deveria ditar regras, tais como no que concerne a determinadas cláusulas com o fim de cortar

o que chamamos de liberalismo econômico, afeta ou reprime a indispensabilidade da convenção.

Assim, é fato que o contrato toma a roupagem de ser algo funcional e instrumental em geral das empresas ou em prol a coletividade e até do Estado. Na medida em que as relações pessoais evoluem, faz com que a cada dia empresas de quem se compra, adquire serviços, seja ela pública ou privada ou mero particular, autônomo tornem-se reféns de um pacto, sua estrutura esta embasada por um contrato, mas, não pode se abominar num todo os contratos impessoais e padronizados ou com preponderâncias da autonomia da vontade, elevando os contratos uniformizados a uma forma de crise aos pactos pois, paralelamente o individualismo acirrado das relações negociais tornaria a sociedade inviável, a julgar pela modernização dos contratos se fazerem necessárias até em momentos de direitos e vontades iguais sem ao menos conhecer seus possuidores de fato.

1.2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.2.1 Natureza jurídica

Para diversos doutrinadores, entre eles, Maria Helena Diniz (2.014) natureza jurídica significa demonstrar a essência de um instituto para então, classifica-lo dentro do universo de figuras existentes do Direito. A nível contratual Administrativo, muito se discute quanto à natureza jurídica deste pacto, uma vez que o mesmo se faz mediante imposição de uma das partes, apesar da necessidade de outrem. Deste modo a essência nesse acordo é a imposição que aqui, remete as cláusulas, objeto, que não podem ser, a critério do particular, alterados. Neste sentido afirma Marçal Justen Filho (2.013):

A natureza contratual ou não dos ajustes entre a Administração Pública e os particulares é uma disputa secular no Direito Administrativo (...). A Administração Pública não pode ser atada e tolhida na consecução do interesse público. O regime de direito público impõe a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. Ao admitir a pactuação de acordos entre a Administração e os particulares, o Direito pretende viabilizar e facilitar a consecução do interesse público. Significa que uma avença pactuada não pode ser um esquema rígido, rigoroso e imutável - sob pena de frustrar-se a própria função do 'Contrato Administrativo'.

Em geral, quando a administração realiza um contrato, a própria traz modelos de pacto ou, conforme a situação observa prescrições que disciplinam o caso. Porém, ainda que use de regulamentos próprios, no fim, será amparado pelo Código Civil e por consequência, faz com que, dados doutrinadores o eleve a ato administrativo ou norma jurídica, ao classificarem sua natureza jurídica.

Vale salientar que, o ato administrativo no seu íntimo, apenas imprime dizeres de caráter unilateral, sem qualquer chance de que outrem dialogue algo relativamente diferente, quando estamos na seara dos contratos Administrativos, esse permite ao particular contrair direitos e obrigações frente ao Órgão Público, ou seja, dá-se ao mesmo um poder em contrapartida, já que, ainda que o objeto, momento e afins dos pactos sejam estabelecidos exclusivamente pela administração. Ela não lhe emprega algo senão mediante a anuência do contratado. Do contrário, não se dá o feito. Daí se distingue e muito dos atos administrativos.

Mas, o fato de a administração fixar unilateralmente os ditames para com o particular, não o retira da classificação de ato, e ainda que precária tal afirmativa há tantos outros doutrinadores que o apontam como norma jurídica, mesmo que seus efeitos não estendam a terceiros, que suas regras sejam imperativas.

Após as divergências expostas e, pautando-se em várias diretrizes jurídicas, conclui-se que, para a maioria dos mestres em direito, o pacto Administrativo se enquadra perfeitamente em contrato, por mais que aborde cláusula impositiva, etc. Contudo no seu todo, não pode negar, que abarcam acordos de vontades contrapostas que convergem para formação de uma vontade contratual uniforme, criando direitos e obrigações recíprocas, produzindo efeitos jurídicos para ambas as partes inclusive no momento da sua extinção.

1.2.2 Contratos administrativos em sentido amplo

Demonstrado a natureza jurídica do contrato Administrativo, o ideal é abordar, então seu sentido amplo para melhor entender o arbitramento de cada cláusula frente a esse pacto. Conforme dispõe a Lei n.º 8.666 de 21 de Junho de 1.993, que tutela os contratos da Administração e as licitações públicas, no seu artigo segundo, parágrafo único, Contratos Administrativos é “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Usa-se, portanto, desse artigo para expor contratos administrativos de uma forma ampla, o qual se exprime mera realização de obrigações, modificação de direitos ou extinção dos mesmos, por meio de um acordo de vontades, sendo que ao menos uma das partes atue no exercício da função da administração, no entender do doutrinador Marçal Justen Filho (2013).

De modo geral, um contrato, como visto na parte dos Contratos Cíveis, é a manifestação de um acordo de vontades, cujo as partes se unem para produzir um ato jurídico. Este ato pode ser a fim de criar direitos, obrigações que estão previamente autorizadas (haja vista o que dispõe o Princípio da Legalidade dos atos da administração) e apenas na medida em que dispõe a lei. O Contrato Público não pode se sobrepor a vontade da norma e vincula os contratantes na medida desta, sendo, portanto, relativo os dizeres de que o contrato faz lei entre as partes inerente aos princípios gerais contratuais.

Cabe aos pactos que ao menos uma das partes, como dito, atue no exercício da função pública, ou seja, não necessariamente a todo tempo terá a presença do Estado num contrato, pois o próprio, conforme o caso pode realizar meros atos administrativos sem que particulares o realize por ele, contudo na maioria das vezes é necessário que este opere como parte integrante ao feito, logo o fundamental é identificar a qualidade jurídica a qual se encontra o agente e não apenas na sua figura simplória, como um simples contratante.

Em razão da disposição de um contrato administrativo em sentido amplo, este acaba gerando outras espécies contratuais, tais como os acordos de vontades da Administração, contratos de direito privado praticados pela Administração e os contratos em sentido Restrito e que apesar de suma importância para a composição dos contratos Públicos não se faz necessário, frente a esta linha de pesquisa, tamanha abrangência ao tema. Por fim, concluindo que o contrato em sentido amplo na esfera Administrativa é de caráter sinalagmático, ambas as partes terão direitos e obrigações ainda que uma mais restrita que a outra, é plausível admitir ordenamentos que impliquem em maior ou menor sanção as partes como quando se aplica a Exceção de Contrato não cumprido em caso de rompimento do contrato que, não obstante, será posteriormente tratada bem como todas suas disposições ao acordo Público.

1.2.3 Princípios basilares

Princípio é toda base de um procedimento, seja ele de cunho meramente moral ou jurídico. Segundo o doutrinador Hely Lopes Meirelles (2015), os princípios de caráter

contratual Administrativo podem ser divididos em duas ordens, tais como de forma expressa, que abrange os princípios dispostos no artigo 37 da Constituição Federal, e que são usados em qualquer forma de administração, seja ela de ordem Municipal ou da União, devem ser obrigatoriamente seguidos, como o caso do Princípio da Legalidade que só cabe à administração pública realizar aquilo que a lei prevê ou que autoriza; Princípio da Impessoalidade, não pode a pessoa do agente público atuar como se a gerencia do órgão público fosse sua, cabe a ele estar como representante do povo, logo, devendo atuar de forma igualitária e sem que seja movido por suas vontades particulares.

Fala-se também no Princípio da Moralidade, esse significa que o administrador público deve agir segundo a boa-fé, costumes moralmente aceitos da sociedade ao que tange a sua atuação como ora funcionário público, independente se na sua vida provada ele não é um homem probó, mas frente a administração assim o deve ser; Princípio da Eficiência, cabe ao mesmo agir de forma mais enérgico possível a fim de solucionar as questões públicas e embasado pela lei, bem como de forma mais efetiva e por fim o Princípio da Publicidade o qual todos os atos da administração devem ser públicos, com isso se efetiva uma maior fiscalização por parte do povo e dá maior credibilidade as atuações governamentais, todavia essa publicidade não é para promover políticos e sim com o intuito de cientificar a população dos ocorridos na esfera da administração.

A doutrina traz ainda os princípios de segundo grau, como o Princípio do Interesse Público (como a própria Constituição diz, todo poder emana do povo, logo todas as atitudes da administração deve visar um interesse coletivo, geral e este deve sobressair ao interesse privado); Princípio da Finalidade (cabe ao administrador público realizar os resultados mais práticos e eficazes em prol ao interesse público); Princípio da Igualdade (a nossa Carta Magna em seu artigo 5º estabelece que todos somos iguais perante a lei. Inclusive no que se refere a administração onde o seu agente deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais conforme a situação) e tantos outros.

1.2.4 Necessidade da Administração Pública

Necessidade pública, como bem se sabe, é tudo aquilo de que o Poder Público ou a sociedade precisa para um fim comum. Conforme alude Celso Antonio Bandeira de Mello

(1.982) em seu artigo publicado na Revista dos Tribunais, e se apossando das palavras de Hely Lopes Meirelles:

O contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas, por parte do particular contratante, objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Este lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o modo e forma da prestação contratual, para melhor adequação às exigências do serviço público.

Isso significa que, mais que mera necessidade da Administração Pública, o contrato nasce também pela vontade de enriquecimento do ente privado, mas frisa-se que este é de caráter legal, lícito e mediante uma teia de normas juridicamente postuladas para esse fim. Todavia, não podia ser diferente ao contrato particular ao que tange ao consensualismo haja vista, esse prega um acordo de vontades e não, como já mencionado, um ato por si só.

Destarte, ainda que benéfico, sem grandes pormenores, ao particular, a Administração Pública fará um contrato toda vez que sentir necessidade de atender a coletividade e que, por ela sozinha não ter condições de suprir tais reivindicações, aciona ao ente privado, mediante um pacto (claro que observado todas as regras para tanto), a fim de então atender ao povo e seus carecimentos.

2 LIMITES E ALCANCES DOS CONTRATOS NA ESFERA PÚBLICA E PRIVADA

Nesse ítem deseja demonstrar que não só a Exceção de Contrato não cumprido limita o uso regular do pacto com uma espécie de desitência pactual anormal como há, em cada segmento do Direito, diversas maneiras de delimitar o pleno gozo destes por meio dos tópicos abaixo expostos, quais sejam a licitação no ramo Público, a resilição de caráter particular e outros.

2.1 PARTICULARIDADES LIMITADORAS E GERAIS DO CONTRATO CIVIL

2.1.1 Uso solidário do pacto

Consoante ao exposto no capítulo anterior, muitos são os princípios que rodeiam a esfera contratual a nível Particular e Público. Posto que os pactos particulares, um em especial, de certa forma delimita a liberdade de contratar conquanto respeite os interesses da coletividade e da justiça social, ou seja, a função social deste. Tendo esse paradigma como base é que se explicam os limites e alcances do contrato à luz do Código Civil.

Como pode ser notado, estaria aqui repetindo tudo o que já foi exposto no capítulo anterior quando mencionamos a Função Social como princípio contratual, porém, o que se pretende nesse tópico em questão é explorar essa cláusula aberta com o fim de ser muito mais que disposições gerais, interpretativas e sim de demonstrar que se tornou realmente uma barreira às vontades particulares dos contratantes o que implicaria em relativização do que a priori se estipulara num contrato face ao massante uso solidário do pacto.

Ora, se o feito é inerentes àqueles que o estipulam, não seria, a grosso modo, cabível a intervenção de toda uma coletividade, mas, é o inverso. Em face de constante constitucionalização dos códigos, com a esfera civil não seria diferente, "ontem os códigos, hoje as Constituições" como bem diz, Bonavides (1.998).

Atualmente é corriqueiro sistematizar a função social frente a um olhar econômico, observado seus efeitos num todo, e ao contrário do passado com o império da autonomia da vontade, se espera muito mais daqueles que realizam o acordo, já que têm como aparatos

princípios como a Boa-fé e da implícita Solidariedade Social, mudando completamente a forma de contratar.

É nítido que o Código Civil de 2.002 visa a socialização do direito contemporâneo, e que nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2.013, p. 25): “O princípio da solidariedade por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana”, deixando para trás o individualismo que condicionava o antigo código de 1.916.

A Função Social, a qual deságua no uso solidário do pacto, tem nítida relação com a função social da propriedade prevista na Constituição Federal no seu artigo 5º, XXIII na medida em que esta se moderniza conforme a interpretação dos acordos. É pautado na função social que surgem princípios para amparar as relações mercantis, como a estipulação em favor de terceiros, de modo a mudar seus reflexos econômicos. Afinal, os interesses da sociedade também rondam a seara financeira, haja vista nossa Carta Magna preceitua em seu artigo 170, *caput*, a livre iniciativa e a ordem econômica, ainda que como cláusula geral onde se constitua como diretrizes aos juízes, trazendo valores que os vinculam, mas dá-lhes liberdade de decidir na medida em que se deparam a insuficiência de regras legais e aplicam-se princípios gerais inerentes à organização jurídica e econômica da sociedade, motivando ao caso concreto, com fulcro na probidade e, mencionada, boa-fé.

E como instituto contratual, vem a romper as barreiras do interesse individual e buscará o equilíbrio econômico entre as partes e a sociedade, não se esquecendo de que o maior meio de circulação da riqueza são os contratos e, na medida em que os transfere uns aos outros, cumpre sua efetividade de função social.

Enfim, a função social é dotada de eficácia *erga omnes* tal quais os direitos reais e os da personalidade, tendo a esta uma interpretação extensiva, por se tratar, como reiteradamente se demonstrou, como uma cláusula geral aos pactos, se aliando, portanto, a princípios também de ordem geral a exemplo da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, na medida em que os limitam, não afastando completamente com estalões individualistas, mas, impede que a liberdade individual se manifeste sem medidas.

2.1.2 Estipulação em favor de terceiros

2.1.2.1 Evolução histórica e natureza jurídica

Instituto que surgiu no Direito Romano que, apesar de inovador, era repleto de cortes como a não possibilidade de terceiro pleitear o cumprimento da ação por não ter capacidade legítima ao contrato. Com o tempo, este fora mitigado dado que foram se firmando outras relações patrimoniais, por exemplo, a possibilidade de reaver dotes pagos após dissolução da sociedade conjugal.

O Código Alemão de 1.896 deu mais força a essa cláusula ao proteger terceiro quanto ao seu interesse econômico ou moral frente ao feito. O Código Civil Brasileiro não foi diferente, uma vez que, até no revogado instituto já o previa (Código Civil/1.916, artigo 923).

Entretanto, acerca do atual sistema jurídico brasileiro, foi em 2.002 com a reforma do Código Civil, que efetivou tal preceito, pois, deixava de lado o contrato como instrumento de satisfação, interesse pessoal, mas, lhe reconhecerá uma função social. Com esse pensar é que permitiu a terceiros a prerrogativa de influir sobre o feito, fulcrando-se na sua relação indireta para com esse contrato.

Quanto a natureza jurídica desse instituto, não é fácil demonstra-la, uma vez que a própria doutrina se diverge, pois uns entendem como sendo mera oferta, sem vincular de fato a terceira pessoa ao contrato e, para outros como Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 54), é uma espécie de ato *sui generis* porque a prestação não é realizada em favor do próprio estipulante, como seria natural, mas em benefício de outrem que não participa da avença.

Independente da corrente a que se segue, é fato que essa intervenção terá fim, também, de cláusula geral ao contrato, haja vista ao contrário da sua origem, sem muita autonomia, ainda que se mudem os pactos ao qual se irá emprega-la, esta terá efeito de relativização do objeto, sendo que, mais que se amoldarem as vontades particulares, se visa aperfeiçoar o avençado na medida em que as normas estipuladas incluem vontades de outrem distinto a obrigação primitiva das partes.

2.1.2.2 Definição

Em linhas gerais, os pactos apenas vinculam ao feito àqueles que o fizeram, não se estendendo a terceiros nem a seus patrimônios. Pode se falar que, no antigo código, os contratos apenas produziam efeitos quando advinham de obrigações personalíssimas e

somente aos seus sucessores, do contrário, se restringiam as partes (Código Civil, 1.916, artigo 982).

No entanto, como se sabe, nem tudo no direito é absoluto. Tal diploma aludia exceções como em caso de seguro de vida, separações judiciais que beneficiariam pessoas alheias ao negócio, mas ligadas a uma das partes. Hoje essa regra ainda permanece no Código Civil de 2.002.

A estipulação em favor de terceiro se desdobra na fase de execução do contrato. Uma vez definida as partes, a triangularização do pacto só se efetiva com o regular aceite do estranho a relação, ainda que na pessoa de seu curador, tutor, pois, é fato que o pacto pode surgir sem qualquer consentimento deste, mas, se o recusar não lhe gera benefícios.

Enfim, o pacto gera uma atribuição patrimonial gratuita ao favorecido, já que sempre haverá uma recompensa suscetível de valor econômico, contudo, sem contraprestação deste, do contrário invalida a estipulação, que há de ser, em regra em favor do beneficiário, caracterizando, portanto, um meio de limitar o contrato e alcançar pessoas distintas ao feito com direitos presentes neste acordo.

2.1.3 Resilição e Resolução Unilateral

2.1.3.1 Conceito, consequências e limites

Como se verá mais a diante com a Exceção de Contrato não cumprido, a resilição também é uma forma de extinguir o contrato, e que, mediante a vontade de uma das partes assim o faz, independente de causa externa ao contrário da resolução que, apesar de ser outra hipótese de fulminar, acabar com o acordo, a fará com base em fatos, situações externas como por culpa dos contratantes ou perecimento do objeto.

Em face de concepções reiteradas no ordenamento jurídico, aborda-se com constância o da obrigatoriedade e que, em razão deste, uma vez celebrado um contrato, o mesmo deve ser cumprido. Do contrário, geraria insegurança jurídica, econômica e, conforme o caso, até social (pensando na questão da extensão do pacto a terceiros ou as próprias partes).

O comum é que os contratos findam-se com o adimplemento da obrigação, todavia outros são os institutos que dão encerramento ao mesmo, como o caso da resilição unilateral. Ela pode ser arguida pela simples vontade das partes mediante cláusula contratual ou por

meio de lei, de forma unilateral ou por ambas, como ocorre com o, mencionado em tópicos anteriores, distrato.

No entanto, vive-se uma relativização da lei (*juris et de jure*), isto é, nada em nosso direito se mostra estático. Assim, não poderia ser diferente ao que tange as normas daquilo que serve para justamente regular vontades de pessoas distintas frente a uma mesma coisa. Daí falar que, em dada situações, é possível admitir a rescisão unilateral principalmente aos contratos de execução que se prolongam no tempo.

Conforme enuncia o Código Civil, artigo 473, "a rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada a outra parte". Como exemplos ao dispositivo em tela, temos os casos de contratos de locação por tempo indeterminado, que podem ser, a qualquer tempo, suscitada pela parte o seu fim.

É importante frisar que esse meio se difere de rescisão, na medida em que esse se relaciona com o inadimplemento – como no previsto no Código Civil, artigo 476, quanto que aquele é pela mera vontade da parte que o provoca e a distinção ocorre na medida em que ninguém deve ficar eternamente vinculado a um contratante. Pode a parte se desvencilhar do acordo mediante comunicação prévia de ao menos 30 (trinta) dias antes da real quebra do contrato.

Todavia, mais adiante, o próprio artigo apresenta algumas surpresas como o seu parágrafo único: “Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

Isso demonstra ser uma cerceada, mais uma vez, as regras da lei. Uma vez que havendo cláusula nesse sentido, a parte não pode a seu querer rescindir o contrato senão observada a função social do contrato e a boa-fé, ora, é nitido o poder dos particulares em realizarem contratos, desfazê-los a qualquer tempo, mas, desde que, não afete tais ditames.

Não é em vão falar que o contrato particular se limita até no momento da sua finalização a vontade de outrem ou da própria coletividade. O estado aparece nas relações a fim de evitar que a liberdade plena retire do contrato a sua principal função, a social (Ferriani, 2.012).

Destarte, o ideal é que os contratantes, prevendo uma situação de eventual rescisão em seus pactos, se precavesses a possíveis problemas de interesse, por meio de estipulação de prazos relativos ao tempo necessário para reaver seus montantes investidos para então

possibilitar tal instituto, uma vez que o artigo em questão é vago e mais certo é aqueles que, envoltos à situação negocial, saberão o tempo certo para recuperar aquilo que investira (Ex.: Dado contratante “A” só poderia pleitear a rescisão no terceiro ano do pacto, uma vez que seria tempo razoável para que o contratado revisse seus investimentos). Infelizmente, como bem se sabe isso não impediria de fato discussões judiciais, no entanto, seria uma forma de minimiza-las.

Consequentemente, ainda que as partes os apontem, seja por força da lei ou do pacto, o próprio juízo pode declará-las ineficazes por certo período até que se transcorra tempo razoável de recuperação de investimentos pela parte então passiva no litígio, que teve seu contrato fulminado pela livre escolha do requerente. Caso a via judicial não seja suficiente a ponto de vista dos contraentes, e uma delas findar o contrato sem expressa permissão da lei, mediante atitude egoísta, poderá culminar a parte que deu causa ao término do pacto em abuso de direito, uma vez que, em tese, essa rompeu com a expectativa de direito da outra quanto ao possível tempo hábil para ressarcir-se dos gastos, gerando-lhe, ao autor do término contratual, até o dever a indenização pelo ato. E, se de fato, houvesse tal indenização, caberia à responsabilização pelas perdas e danos no montante do prejuízo sofrido, dentre os limites da lei, até para não gerar um enriquecimento ilícito a outra parte e por consequência ferimento a princípios, reiterados, como a boa fé.

Portanto, alegada a rescisão unilateral, legal ou por distrato, sem observância ao tempo para ressarcimento de eventuais investimentos pelo demandado da ação, será perfeitamente cabível o ajuizamento de uma lide para dar seguimento à execução do contrato, ou, ainda, de caráter indenizatória com o objetivo de condenar a outra parte a ressarcir os valores faltantes para a obtenção do retorno dos investimentos, como bem explica o advogado Gabriel Teixeira Ludvig, em seu artigo "Encerramento contratual unilateral sem ressarcimento dos investimentos realizados" (2.012).

Em relação ao alcance deste instituto, não se fala aqui das partes, mas em relação ao próprio poder do magistrado ao julgar um caso em que contenha tal cláusula. Considerando que o próprio artigo se mostra de uma extensa amplitude ao usar termos como "*dada a natureza do contrato*", "*investimentos consideráveis*" dentre outros, faz com que o nobre juiz, pautado na justiça, resolva o mérito mediante eventuais perícias, investigações aos fatos concretos o que, concomitantemente, restringiria a real intenção do disposto no feito para melhor prover uma solução jurisdicional.

2.2 PRERROGATIVAS CONTRATUAIS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

2.2.1 Do Poder Discricionário do Estado

Não há como falar de contratos frente ao ente Público sem ao menos mencionar uma das maiores prerrogativas dado a este, que seria o Poder Discricionário. Ele está embasado no princípio constitucional da separação dos Poderes, que prevê a existência de atos reservados a cada um dos órgãos Públicos, havendo a reserva judicial (Judiciário), a reserva legislativa (Legislativa) e a reserva administrativa (Executivo) (Moreira, 2011).

É pelo uso dessa prerrogativa que o ente público deverá optar pela melhor forma de realizar um serviço a sociedade, visando o interesse coletivo, pela mera escolha de meios a partir de ditames legais, permitidos em direito. Pode-se falar que, se trata de uma liberdade na escolha mediante critérios de conveniência, oportunidade e justiça inerentes a sua posição pública.

Todavia a liberdade ora exemplificada não é plena, haja vista que a discricionariedade se amolda às limitações legais que rondam a competência para tanto ao interesse coletivo, sob pena, na não observância a estas hipóteses, de rejeitar-se o ato, o tornar nulo, através de parecer da própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

A discricionariedade é empregada pela lei, seja na sua expressa determinação, pela competência ou na própria omissão desta. Como ato legal, deve-se mencionar que, pelo arbítrio do administrador, esse escolherá o conteúdo do ato, seu destinatário e a oportunidade como se realizará, a exemplo, os casos em que há nomeação a cargo de comissão - nomeia para tanto aquele de sua confiança.

Daí falar que, tal instituto, apesar de ser empregado mediante o livre convencimento do Administrador oficial, deve ser analisado sob o aspecto da legalidade, no que remete a norma e de mérito. Nesse caso, nada mais é que o atender os interesses sociais em conformidade com a lei. O Estado tem como dimensões a oportunidade (elemento motivo) e a conveniência (elemento objeto), que compõem o mérito do ato administrativo. E a discricionariedade é o meio para que essa função - de atender os interesses públicos

específicos – possa ser exercida pela Administração, como bem exprime o artigo de Flávia Martins André da Silva, Poder Discricionário da Administração Pública (2.006).

Assim, interpreta-se que conveniência remete as condições que irá agir o agente e oportunidade ao momento em que a atividade ocorrerá - são as bases para o poder discricionário.

Porém, deve se falar que a esse poder, rondam algumas limitações, reduções ao seu uso pleno a julgar que, para real utilização é necessário adequação entre conduta existente com a lei em questão que o autoriza. A liberdade que a lei possibilita ao administrador para escolher a melhor opção não pode justificar o desvio de poder (Moreira, 2.011). Bem como, deve se analisar os motivos a que levou tal decisão do livre arbítrio, caso em que, se o agente público não permitir a averiguação por parte de outros entes acerca dos fundamentos de sua deliberação ou escolha, muito provavelmente se notará, posteriormente, má utilização deste poder e seu desvirtuamento.

Podem se tomar, ainda, como ponto central nesse tópico que, apesar de o ente Público ter amplos poderes para decidir algumas coisas conforme expressa determinação legal, esta prerrogativa não se estende aos ditames contratuais de maneira una, uma vez que, contrato nada mais é que um ato bilateral onde, duas partes se relacionam com objetivos diversos, pois o particular, mais que oferecer um serviço público, deseja auferir lucros quanto que, o Órgão Estatal visa a realização de uma atividade, serviço de interesse coletivo. Ato, no tocante a sua essência, se trata de uma ação do ente Público de caráter unilateral, que independe de vontades diversas a sua, basta querer algo, dentro da regularidade normativa, que o fará. Ele, assim, apenas empregará deste poder-dever quando frente às irregularidades contratuais, em relação a não observância de cláusulas pelos particulares, poderá aplicar-lhes sanções administrativas.

Tais penalidades administrativas estão regulamentadas na Lei nº 8.666/93 - Lei de licitações- nos artigos 86 a 88, e podem ser aplicadas nas formas de multa prevista no ato convocatório ou no contrato (arts. 86 e 87, II), advertência (artigo 87, I), suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração pelo prazo de até dois anos (arts. 87, III, e 88), e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (arts. 87, IV, e 88).

Mas, o ordenamento não estipulou critérios fixos para a aplicação de cada sanção, havendo divergências doutrinárias quanto à possibilidade do exercício do poder discricionário

do agente da Administração Pública para com essas prerrogativas; como exemplo, entende-se que o atraso injustificado na execução do contrato administrativo enseja inicialmente a aplicação de multa, apenas.

Em suma, é uma prerrogativa constituída à Administração que serve como meio de usar de seu poder de escolha independente de prévia permissão de outros órgãos contudo, não se estende aos contratos em espécie por esses serem de caráter sinalagmático.

2.2.2 Processos Licitatórios

Uma vez sendo preciso a realização de dado serviço ou adquirir bens, por parte do poder Público, será necessária a realização do chamado processo licitatório, procedimento administrativo, cujo condão é contratar empresas do ramo privado, conforme critérios objetivos para que, então, realize o objeto do acordo.

É de grande relevância o uso da licitação uma vez que, a própria Constituição Federal determina-a em relação aos contratos Administrativos, de forma anterior a estes, mediante o seu artigo 37, inciso XXI da Carta Magna brasileira, além do disposto no artigo 175 da Lei nº 8.666/93.

Pode requerer a licitação qualquer ente Público, mediante comprovada a necessidade pública, tendo em vista um prévio planejamento interno por parte do Órgão a que se refere, definindo meios de contratar, qual modalidade será adequada e o próprio conteúdo da avença. Posteriormente, tida como fase externa, é a publicação do chamado Edital, que dará publicidade ao ato de modo a também possibilitar que as empresas privadas participem deste. Ocorrida tais etapas, termina-as com o objetivo central, o Contrato, cabendo à contratada executá-lo e a Administração fiscalizar seu cumprimento.

Como dito, o Edital é a publicização do instituto, constarão nele todas as regras a serem observadas pelos particulares e pela própria entidade através da Comissão de Licitação ou do Pregoeiro. Na visão de Helly Lopes Meirelles (2.015), o Edital é a lei interna da Licitação. Este seria forma de alcance à coletividade proporcionada pelo contrato administrativo.

Muitas são as modalidades de licitação, entretanto o foco das variantes desta não é este, haja vista se discutirá o contrato em si e sua criação por meio da Licitação e eventuais

consequências dessa modalidade contratual para fins de aplicação da Exceção de Contrato não cumprido.

Pois bem, em se tratando dos limites contratuais a nível administrativo, o pacto em questão só ocorrerá quando do Edital não constarem cláusulas que comprometam a competição bem como, se for genérico, impreciso ou omissivo em circunstâncias essenciais ou em caso de exageros na determinação dos objetos, já que, se porventura constarem tais hipóteses, este será nulo, cabendo impugnação ao Edital ou pedido de esclarecimentos.

Além disso, se tem como forma de cercear seu pleno gozo quando ocorrer inexecução por parte do particular, como dispõe o artigo 87 e seus incisos da Lei nº 8.666/93, as penalidades quais sejam, advertência, multa conforme estipulado no contrato, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por até dois anos e declaração de idoneidade para contratar com a Administração enquanto perdurar os motivos da sanção ou até que seja promovida a reabilitação frente a própria entidade, mediante ressarcimento à Administração de eventuais prejuízos lhe causados pela não execução do contrato e ainda, nos termos da Lei 10.520/02, que regula a modalidade licitatória pregão (temos concorrência, tomada de preços, concurso, convite, leilão que são reguladas por leis tais como a 8.666/93), terá como medida de repressão, a impossibilidade de o particular contratar com a Administração por um prazo de até cinco anos e demais sanções.

Todavia, em face ao *caput* do artigo, será aplicada apenas uma dessas hipóteses havendo inexecução parcial ou total do pacto. Mas o grande problema que se encontra nas hipóteses em epígrafe é que a própria lei não diferenciá-las no *quantum* de gravidade que cada uma deve ser aplicada em relação ao dano, prejuízo ora causado, ou seja, não se extrai pelo texto normativo se determinada infração a cláusula é mera multa ou se cabe suspensão de licitação com a entidade. Não se estipula também, quais circunstâncias se enquadrariam em cada alternativa para quem sabe, dar luz ao problema.

Não se pode, entretanto, usar do poder discricionário, já expressado nesse trabalho, para fins de solucionar tal omissão da lei, pois não se vê cabível a discricionariedade no caso em se pautando ao respeito à legalidade, não seria tangível admitir que a pessoa do administrador determine quais penas são boas ao caso sendo que a própria lei, ainda que de forma precária, determina-as. A sua intuição por si só, não é o bastante.

Deve se preservar igualmente o Princípio da Proporcionalidade, ao que se remete a infração, terá uma penalização a altura, não maior nem menor, por mais que não se abarque

aqui a livre escolha do administrador. Para tanto, cabe ao Edital de contratação definir critérios norteadores a tais penas, não se baseando apenas na "inexecução total ou parcial" que alude a lei, como bem expressa o artigo 86, II no que remete a multa que na qual será aplicável nos termos do referido instrumento.

Sem contar que, além do Edital é de suma importância que a Administração ao aplicar a penalidade, use da referida imparcialidade na identificação da conduta e da ponderação das penas ao fato, levando-se em conta um prévio processo administrativo para fins de garantir direitos básicos empregados pela nossa Carta Magna, quais sejam o Contraditório e a Ampla Defesa, durante a investigação e até o encerramento deste, além de submeter suas decisões ao Poder do Judiciário, do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público, com o intuito de preservar direitos constitucionais, processuais e a real adequação das medidas impostas.

2.2.3 Diversidade nas decisões de aplicação das penas em caso de descumprimento do contrato

Como mencionado, muitas são as divergências quanto à aplicação de sanções ao particular, mas uma em especial gera demasiada dúvida, no caso o inciso III (*suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos*) e IV (*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*) do artigo 87 da Lei n. 8.666/1993.

A própria Lei admite que no caso de penalidades a serem aplicadas, a do inciso III remete a Administração, sem qual quer outro sujeito que a qualifica, quanto que no inciso IV, menciona Administração Pública, daí a dificuldade de saber o que ambas significam.

Para alguns julgados, Administração de forma isolada refere-se à entidade que declarou a penalidade, tal como se a ocorrência fora no Estado de São Paulo, nada obsta que a mesma empresa seja passível de contratação no Estado de Santa Catarina, por outro lado,

aquela Administração que agrega a sua forma Pública, terá como sanção extensiva a qualquer ente da federação ou órgão independente de quem a proferiu.

Apesar de não ser razoável tal interpretação, pois, de pronto entenderíamos que ambas as expressões são inerentes a um mesmo sujeito, seriam meramente sinônimos, não é assim que a jurisprudência tem agido, com igual equidade, como se nota no julgado abaixo:

MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 8.666/93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/OU ATO CONCRETO. DANO INEXISTENTE. 1. O prazo decadencial conta-se a partir da data da ciência do ato impugnado, cabendo ao impetrado a responsabilidade processual de demonstrar a intempestividade. 2. A Controladoria Geral da União é parte legítima para figurar em mandado de segurança objetivando atacar a inclusão do nome da empresa no PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, por ela administrado. 3. O writ impugna ato concreto, oriundo do Ministro dirigente da CGU, inexistindo violação de lei em tese. 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no artigo 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional. 5. Segurança denegada. (STJ - MS: 1199357 DF 2013/0008046-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 14/08/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 23/08/2013)

Enfim, total é a incongruência jurisprudencial de modo a até acarretar efeitos aos contratos Administrativos em geral e por serem, estas penalidades, limitadoras de seu exercício na medida em que fere as disposições avençadas, não garante harmonização às sanções impostas, gerando ao particular relevante insegurança jurídica para com a Administração no ato de contratar, já que, é fato que ninguém almeja não cumprir um pacto mas não se espera, por outro lado, que a sua ação negativa causará efeitos piores do que suportar a própria realização do encargo.

2.2.4 Adimplemento contratual

A Lei nº 8.666/93 regula o adimplemento contratual uma vez que a entidade particular tenha cumprido com seu ônus. A priori, a norma determina que o contrato deve ser executado pelas partes no tempo, local e em conformidade as regras estabelecidas conforme o artigo 66 da referida Lei, além de que, em princípio deverá o particular primeiro realizar, executar de

fato o objeto do pacto e aprovada a prestação pelo ente contratante, então receberá da Administração.

Uma vez realizada determinada obra ou entregue certo produto, este será passível de fiscalização pela Administração, de modo a analisar suas especificações e termos, se estão compatíveis ao acordo e normas técnicas lá aduzidas. Isso se faz necessário, em razão de que a mera tradição não importa aceitação da Administração, à qual incumbe adotar todas as cautelas necessárias para evitar recebimento de objetos defeituosos, como bem explica o doutrinador Marçal Justen Filho (2.013).

Estando perfeita e em conformidade com o exposto acima, a Administração realizará o devido pagamento nos termos no artigo 40, XVI, "a" da Lei 8.666/1993, em até 30 (trinta) dias sob pena de o decurso do tempo lhe produza, de forma automática, sem qualquer medida judicial, mora ao devedor e embasando-se, para tanto, também no Decreto Lei n. 1.054/94, em esfera federal, que alude aos pagamentos pela Administração.

Esse tema, adimplemento contratual, refere-se muito na Exceção de Contrato não cumprido uma vez que, como se verá, essa só é invocada em casos de termos estranhos ao que se esperava com o contrato ao passo que, como demonstrado, ocorrendo todas as etapas de cumprimento do acordo, com a real realização do objeto nos termos do Edital, a aprovação da avença por parte do Órgão fiscalizados e demais condições inerentes ao pleito, o comum é que se respeitando as cláusulas do acordo tão logo se obterá o adimplemento do contrato de forma amigável entre as partes, contratante e contratado e que, se não observado suas previsões normativas e contratuais, o apagamento em si pode ser um limite ao êxito do contrato e se, justo um resultante de grande importância para o elo obrigacional.

3 EFETIVIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS E A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO (CÓDIGO CIVIL, ARTIGO 476)

Acabado o pacto ao que remete a sua formação, exteriorização se pensará nas cláusulas abarcadas por este, uma vez que o contrato possui corpo quando neste ato se inclui verdadeiramente todos os desejos das partes através das então, estipulações. No decorrer deste trabalho se analisou e muito todos os pontos pertinentes a uma condição de igualdade entre os contratantes na seara Pública e privada ora demonstrando princípios, ora explorando seus variados alcances e limites. Assim, como tema central a pesquisa, se trará ao longo do disposto a seguir a *exceptio non adimpleti contractus*, instrumento valioso no Direito principalmente do ponto de vista jurisprudencial, cujo objetivo é proporcionar isonomia das partes e como fundamento de ato de vontade das mesmas para que não sejam perpetuados os abusos da inadimplência negocial, o que se mostra, novamente, a relevância do tema e a relativização dos contratos ao usar normas de um ramo a outro.

3.1 DAS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS PRIVADOS

3.1.1 Teoria Geral das Obrigações

3.1.1.1 Definição, partes e objetos das obrigações

As obrigações são negócios jurídicos ligados umbilicalmente não só ao Direito das Obrigações, mas a todo um arcabouço negocial. Como bem explica Venosa (2013, p. 04) através das *Institutas* de Justiniano: “a obrigação é um vínculo jurídico que nos obriga a pagar alguma coisa, ou seja, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa”.

Entanto, não é fácil a tarefa de definir obrigações como se é por no papel e ao mesmo tempo, deve se falar desta para posteriormente entender o nascimento de fato do contrato. Para muitos a sua definição não consiste em um tema de tamanha importância, e por consequência a delimita como mero vínculo jurídico, se esquecendo da parte da responsabilidade do seu não cumprimento. Daí, num consenso geral, a luz de inúmeros pensadores do direito, é fato que obrigações se tratam de um elemento inerente ao próprio

negócio jurídico, pelo qual se estabelecem relações entre aquele que deseja comprar algo (credor) ao que quer vender, entregar (devedor), sendo este liame de característica transitória, uma vez que nasce e é certo que se fulminará com a entrega das suas devidas prestações. Entretanto, tal característica mencionada a faz diferente dos direitos reais, no caso, direitos que se prolongam no tempo.

O direito obrigacional em si, se faz parte fundamental de um contrato ora, se não houvesse obrigação, não haveria um pacto que as regulassem, por isso a importância desta dentre a propositura do acordo de forma formal.

Em resumo, obrigação em sentido extensivo pode até ser aquele dever de caráter moral, como a obrigação de se ter boa-fé frente a seus atos, ou seja, de forma moral, mesmo que não se tenha um credor ou, em sentido mais estrito, no campo negocial, um título creditício emitido por uma instituição ou particular, e que, independente da forma, expressão, se desprenderá a um acordo.

São participantes das obrigações de um lado, credor e do outro devedor. Em qualquer polo poderão ser compostos por várias pessoas, sendo estas naturais ou jurídicas e ainda, poderão ser representadas, onde seus representantes agirão em nome dos sujeitos da obrigação, sem interesse direto no acordo, mas, suas declarações de vontades vinculam o representado.

Chama-se de sujeito ativo aquele que espera receber algo da relação obrigacional, ou seja, o credor. A este é dado poderes diversos como dispor do seu crédito por meio da cessão (artigo 286, Código Civil) ou formas para exigir o cumprimento da avença, como a imposição do artigo 331 igualmente do Código Civil. Por outro lado, passivo é o devedor o qual será cobrado dado fazer, cumprir.

Em ambos os casos, como menciona Venosa (2013, p. 14), devem ser seres determináveis, ainda que possuam indeterminação transitória no curso da realização da obrigação – como, por exemplo, os casos de promessa de recompensa (artigo 854, Código Civil) cujo credor não é certo, porém, apenas o devedor - no seu ato, concretização é fato que precisam ser conhecidos, determinados, os sujeitos do pacto, do contrário, se até a data do cumprimento da avença não souber de quem se trata o sujeito ativo ou passivo, caberá a parte usar da lei, de modo a aplicar a consignação em pagamento, meio pelo qual se deposita em juízo a obrigação, cabendo ao juiz, por fim, declarar o direito àquele que poderá levantar a obrigação.

Vale frisar que, havendo a confusão entre credor e devedor, situação em que se tornam uma só pessoa na obrigação, gera a extinção desta nos termos do artigo 381 do Código Civil.

Uma vez definida as partes da obrigação, estipular-se-á o objeto da relação obrigacional. Nesse caso, nada mais é que a prestação a ser cumprida por uma das partes, de forma imediata, a ser realizada pelo devedor, ou mediata, objeto que se introduz na obrigação. Poderá ser de dar, fazer ou de forma negativa, não fazer algo, entregar.

A prestação deve ser possível juridicamente ou física, conforme alude o Código Civil, artigo 166, inciso II. Em sendo impossível á luz do ordenamento jurídico o contrato será nulo, se parcialmente impossível ou se no início da prestação era inviável e no seu decorrer tornou-se possível, será, então, aceita e passível de cumprimento. O artigo em epígrafe, menciona também que a obrigação deve conter um objeto lícito, que remete aos preceitos morais, dos bons costumes e da ordem pública, sob risco, mais uma vez, de nulidade e, por resultante, desfazimento da obrigação.

Além disso, nos termos no artigo 166 do Código Civil, ainda, o objeto deve ser determinado ou determinável, isso significa que, se distingue o objeto da prestação ou ao meno, se use de critérios legais ou de convenção entre as partes de maneira a individualizar o bem de outros semelhantes.

Por fim, toda obrigação para ser apreciada a títulos judiciais e afins, deve ter caráter patrimonial, como determina a doutrina majoritária, de forma direta ou indiretamente, esta deve exalar uma apreciação pecuniária, já que, novamente, nos dizeres de Venosa (2.013, p. 17), ficando a obrigação no campo da moral, não será jurídica, no tocante ao direito obrigacional no seu sentido estrito, entretanto, para outros, havendo uma prestação predominantemente de forma moral, deverá ser igualmente protegida juridicamente, como se vê no trecho apontado por Venosa, nas palavras de Pontes de Miranda (Venosa, 2.013, p. 19): “qualquer interesse pode ser protegido, desde que lícito, e todo interesse protegível pode se objeto de prestação (...)”.

Assim, apesar de a maioria da doutrina entender que todo o contrato deve ter como objeto algo valorativo, nada impede que questões morais sejam igualmente estipuladas, atribuindo-as de forma semelhante um valor para fins de discussão e realização do mesmo, como vemos em ações de danos morais, ainda que seja inimaginável o dano sofrido, pelas regras do Código de Processo Civil, deve se estipular um valor de causa.

3.1.1.2 Pagamento da Obrigação

3.1.1.2.1 *Natureza Jurídica do Pagamento*

A doutrina define o pagamento de vários prismas, como sendo um fato jurídico, quando, por exemplo, o pedreiro termina a casa a que fora contratado. Mediante esse fato jurídico passa a entendê-lo como ato jurídico quando o mesmo pedreiro informa a seu contratante o fim da obra e se coloca a disposição e por fim, o eleva a negócio jurídico quando, da comunicação se realiza o pagamento de um para o outro.

Contudo, o que mais visto é a forma final do pagamento, que o torna negócio jurídico. Por isso o elenca como um tipo de contrato, quando bilateral, já que há casos em que este não é bilateral, quando não se existe o concurso de vontade entre o que paga e que recebe, como nas obrigações negativas.

Entretanto, se eleva-lo a negócio jurídico de fato, deverá se observar todas as condições impostas a esse no ato do pagamento, como agentes capazes e afins. O mais cabível então, é o determinar como fato jurídico, que é gênero do ato e do negócio jurídico como expões Venosa (2.013, p. 175).

Deve contrapo-lô também a obrigação determinada, isto é, o pagamento precisa conter relação com o objeto da demanda, do contrário, um pagamento sem causa dará ensejo à repetição do indébito nos termos do artigo 940 do Código Civil.

3.1.1.2.2 *Forma Convencional de Extinção das Obrigações*

Como já dito, a obrigação, que é o nascedouro do todo acordo, surge com prazo certo, diferente, pois, dos direitos pessoais. Estando correta a obrigação acerca do seu cumprimento, partes e objeto ela se fulminará com o pagamento, ainda que desta surjam outros deveres ou outras obrigações iguais a essas, pois, frisa-se, em dado tempo, ela acabará.

Nas palavras de Venosa (2.013, p.173), o pagamento seria a espécie do gênero solução das obrigações. Pagamento por sua vez, como no artigo 304 do Código Civil e demais, não remete só a entrega de dinheiro de uma parte à outra e sim, a todo cumprimento da avença.

Paga-se em qualquer obrigação determinada, como a de fazer algo, no momento em que termina a obra ou atividade encomendada; na compra e venda, com a entrega do bem e, em qualquer pacto, se verá recebimentos recíprocos, haja vista o contrato, como ora abordado,

é um acordo bilateral, daí falar que da entrega do bem, se terá a paga em dinheiro, da coisa entre outros percepções.

As formas supra são maneiras convencionais de se encerrar uma obrigação, no qual as partes sozinhas acordam e se pagam. Diferente, e podemos dizer incomum, é quando desta obrigação o pagamento deve ser feito mediante intervenção judicial ou por meio de formas especiais como, a título de exemplo, a novação, dação em pagamento ou da própria Exceção de Contrato não cumprido.

Aquele que não cumpre a obrigação no tempo, local estipulado é rotulado de inadimplente, salvo se esta não se deu por culpa da parte, que culminará na mera extinção da obrigação, do contrário, havendo comprovação de culpa, caberá à outra parte pedir além da obrigação principal, indenização a título de perdas e danos.

3.1.1.2.3 Quem deve pagar, a quem se pagará e o caso de mora

Como expresso ao longo dos tópicos anteriores, toda obrigação exprime um dever de cumprir entre as partes, porém paira a dúvida quanto a quem deve pagar, moras e demais derivações. Pois então, pagará aquele que se encontra como credor da relação contratual. Podendo até, em caso excepcional, que outrem proceda ao cumprimento da obrigação por parte do credor.

Aquele que paga tem o direito de concluir a obrigação mediante o pagamento, não é mera manifestação natural do acordo e sim deliberalidade sua pois, em linhas gerais, este é o maior interessado no pagamento para não lhe ser lançado moras e afins. Ao sujeito passivo é permitidos meios legais, como mencionados, para que o credor aceite, ainda que de forma coercitiva, o pagamento em caso de negação por parte deste.

Em consonância ao artigo 304 do Código Civil, qualquer interessado ao contrato, poderá arcar com o pagamento do ajuste. Mediante esta afirmação, o próprio credor, seu representante ou até o fiador pode ser a pessoa que irá proceder ao pagamento bem como, terceiros não interessados se o fizer em nome ou por conta do devedor, sob a luz do parágrafo único do artigo 304 do referido código.

Nos termos do artigo 308 do Código Civil, o pagamento deve ser feito ao credor, ou seja, o sujeito passivo paga ao credor, quanto que esse entrega sua obrigação, cumpre-a, também, para com a pessoa do devedor.

Entretanto, o pagamento será válido ainda que na pessoa do representante do credor ou a terceiros, quando o *solven* constituído anteriormente já for falecido - caso em que se fará o pagamento a seus herdeiros - ou em sendo uma obrigação indivisível, pagando a um só credor. Pode também se estipular, da realização da obrigação, que seja pago a um terceiro diverso da relação jurídica, por mais que não tenha nenhuma relação direta com a dívida, desde que tal determinação conste em cláusula no contrato.

Se houver um pagamento diverso, não a essas pessoas aqui mencionadas, este será ineficaz, logo, conforme o dito popular, quem paga mal, pagará duas vezes. Conquanto, o Código Civil, no seu artigo 394, estipula que, aquele que não realizar a obrigação no tempo, lugar e da forma anteriormente convencionada, será passível de aplicação do instituto da mora.

A mora, por sua vez, é o cumprimento defeituoso da obrigação, se não em conformidade com os termos do pacto. Não deve compará-la ao atraso simplesmente, mas ao não cumprimento correto do contrato, uma vez que esta é de cunho jurídico e não temporal. A mora cabe tanto ao credor como ao devedor na medida de suas irregularidades, salvo quando suas ações decorrerem de caso fortuito ou força maior, caso em que, havendo tais hipóteses cabe a parte prova-lo, sob pena de, existindo culpa, responder pelos prejuízos a que sua ação der causa além de juros, correções monetárias e, sendo inútil a satisfação da obrigação, lhe imputará também o pagamento de perdas e danos (Código Civil, artigo 395 e demais).

Enfim, fixado as partes, o acordo em si, o que fazer, cumprir e todas as demais consequências advindas dos desejos mútuos de contratar, esse alcançará seu fim com o pagamento e que, ressalvada as condições de procedibilidade do contrato como ao que remete a sua formação, cláusulas abordadas e da própria condição da avença, ele terá um término satisfatório a ambas as prtes.

3.1.2 Elementos Indispensáveis a Formação do Contrato

3.1.2.1 Teoria do Negócio Jurídico aplicado nos Contratos

Tratou-se de inúmeras minúncias inerentes aos contratos privados para que então, se dê o seu regular prosseguimento. Abordou acerca das pessoas capazes de contratar, objeto e até da forma de pagamento normal de um pacto, qual seja com o certo cumprimento do feito. Entretanto, não podia deixar de mencionar para fins de melhor entender a estipulação das

cláusulas contratuais e quiza da Exceção de contrato não cumprido, os elementos indispensáveis à formação do acordo.

Como bem alude Silvio Venosa (2.013, p. 457), os contratos não são definidos na íntegra quanto a seus pressupostos, elementos e requisitos tais como os negócios jurídicos. Tãmanha é a abrangências de significados aos elementos indispensáveis á formação do contrato que se dá margem as confusões quanto a dado elemento ser de caráter natural, essencial e acidental.

Ademais, sabe-se que o contrato esta embasado pelo artigo 104 do Código Civil, momento em que se definem os pressupostos de validade do negócio jurídico onde, não havendo agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não proibida em lei, este contrato sera passível de nulidade com fulcro nos mesmos elementos gerais dos negócios jurídicos.

Mas, nada impede que as partes formulem outros elementos de caráter essencial, os definam de forma expressa no contrato, como a própria Exceção de Contrato não cumprido (Código Civil, artigo 476) ou que a estes pactos sejam de pronto inseridos elementos que decorram da própria essência do negócio, como a evicção (Código Civil, artigo 447) ou elementos acidentais, que veem ao contrato para modificar-lhe condições naturais, como o termo ou encargo e que, quando assim dispuserem, são de cunho obrigatório entre as partes.

Por fim, menciona-se aqui a Teoria do Negócio Jurídico aplicada nos contratos em razão de que o pacto pode existir, isto é, possuir aspecto material de um negócio, mas não ter validade por lhe faltarm, por exemplo, agente capaz ou ainda ele pode existir e ser válido, mas ineficaz, caso em que for pendente de implemento de uma condição suspensiva, na fala de Venosa (2.013, p. 458), logo, as disposições do negócio jurídico se faz presente como, similarmemente, os pressupostos de validade dos contratos.

3.1.2.2 Capacidade dos Contratantes

Muitos são os elementos de formação do contrato, porém, este item se limitará a capacidade das partes, uma vez que, validar-se-a um contrato apenas quando for formulado por agente capaz isto é, por pessoas que têm plena consciência de seus atos da vida civil.

Em face de uma pessoa que não possui incapacidade absoluta ou relativa atestadas de forma clara e visível, lhe permitirá gozar plenamente de seus direitos, contudo há determinados casos que ainda assim a essas pessoas poderão ser restringidas as suas atuações

negociais por decorrência de normas da própria lei processual e que acarretam ao direito material, consequências.

Seria uma incapacidade específica, quando um conjugê para a concretização do negócio precisará da anuência do outro, ascendente não pode vender coisas aos descendentes senão mediante o consentimento dos demais interessados (Código Civil, artigo 1.648 e seguintes), por exemplo. Caso falte a legitimação para o contrato, este não se dará por válido.

Vale frisar que, essa incapacidade não necessariamente é permanente, ela perdura enquanto se existir a incapacidade das partes, como por exemplo, o artigo 1.647 e subsequentes do Código Civil só valerão enquanto contratante ou contratado for casado, do contrário, não precisa observar tal regramento.

3.1.2.3 Objeto dos Contratos

Uma vez definida as partes da avença, passa-se a analisar o objeto do contrato, ou seja, o que foi estipulado pelas partes e não quanto ao direito obrigacional, haja vista que, nessa situação é uma obrigação de dar, fazer e outras, naquela é o que se irá fazer, dar. Vale ressaltar que, essa matéria era de grande confusão até a vinda do Código Civil de 2002, momento em que se pacificou a distinção entre direito obrigacional e obrigações do contrato.

Podem-se falar que a obrigação contratual consiste sempre numa prestação que recairá sobre um bem econômico, coisa ou serviço e que, em razão do contrato, torna-se matéria de alienação, fruição e gozo. Lembrando que esse pode ser material ou imaterial. Por exemplo, quando alguém compra algo, este tem o dever de pagar e outro de receber e entrega-lhe a coisa, logo, a coisa será o objeto do pacto.

Não se pode esquecer que, o objeto deve ser determinado ainda que de cunho imaterial e possível como reportado no tópico *3.1.1.1 Definição, partes e objetos das obrigações*. Mesmo que não seja determinado do momento do pacto, ao seu decorrer deve ser ao menos determinável, pois não é possível obrigar o devedor a pagar alguma coisa, ou a exercer alguma atividade se ela é de forma indeterminada (Venosa, 2013, p. 463).

Da mesma forma, as prestações do acordo devem ser plausíveis tanto de forma física como jurídica, ou seja, quando o contratante tem condições de realizá-lo e não proibida por lei ou aos bons costumes e a ordem pública, respectivamente, incorrendo no castigo de arcar, a parte, por danos caso este se torne impossível de realizar. E mesmo que se trate de bens a

serem dispostos de forma futura, litigiosas ou alheias, se tais aspectos foram conhecidos pelas partes de forma prévia ao contrato, não gera a nulidade do feito.

É fato que a impossibilidade de realizar a obrigação pode surgir do próprio berço desta, quando ela nasce ou no decorrer do contrato, mas, quando o impedimento daquele que tem a obrigação de realizar o objeto, como já mencionado em tópicos anteriores, advém pela culpa do agente ou por caso fortuíto ou de força maior, o mais correto é majorar as eventuais perdas e danos sob o propósito do contrato para fins de reparação daquele que não obteve sua parte do contrato concretizada.

Por fim, é de substancial importância pontuar que a alienabilidade do objeto também se faz necessária para fins de caracterização do contrato, deve analisá-lo, de forma geral, perante o prisma da comercialidade, senão não será reconhecido de fato, o que colocaria em risco todo acordo por mais que houve objeto existente, determinado e possível.

3.1.2.4 Formação dos Contratos

Deveras, como de forma reiterada já abarcada nesse trabalho, o contrato surge mediante uma solicitação interna daquele que deseja realizar algo e uma ação, que dará ensejo a declaração de vontade que, se aceita pelo outro, formará o pacto.

Entretanto, ele se desmembra em fases de formação, como ocorre com as negociações preliminares, situações em que as partes buscam informações, formulam hipóteses de supostos contratos. Esta fase, de certa forma inicial, não cria direitos, logo, não se vincula as partes, pois não passa de mera especulação de uma pessoa com a outra (porém, havendo o aceite, poderá gerar-lhes vínculos e até eventuais ações de obrigação de fazer como a de Responsabilidade Aquiniana).

Após, se passará a segunda fase, qual seja a minuta contratual, que apesar de estar em desuso, doutrinadores como Orlando Gomes (2.007) a inclui como tal por entenderem ser uma redação prévia ao que se fará por concreto no contrato. Também não vinculam as partes, salvo se se encontrarem em estágio avançado de negociação.

Como terceira e última fase, há a proposta que, culminará na efetivação do pacto. Nessa ocasião têm-se partes, objetos de maneira mais definida já que, se pretende por certo realizar um contrato com pessoa específica e determinada, e que, mediante sua aceitação conclui-se o acordo. Esta prevista no artigo 427 do Código Civil e deve ser ponderada quando vislumbradas exceções quanto a sua exteriorização, como em razão da natureza do negócio -

propostas ao público, produto em estoque - ou quando enviada a pessoa ausente, por prazo determinado bem como, ao que ronda a sua obrigatoriedade – já que deverá se manter a proposta conforme tempo razoável ou expresse no trato. Vale frisar que por ser elemento inicial do contrato, deve ser séria, completa, precisa e inequívoca.

Uma vez ocorrida a policitação, nos termos do artigo 435 do Código Civil, não definido o foro de competência para dirimir quaisquer problemas, este será o local onde ocorreu a proposta ou, conforme o artigo 113 do mesmo Código, pelo uso e costume da realização do acordo.

3.1.3 Cláusulas Contratuais e a Exceção de Contrato não cumprido (Código Civil, artigo 476)

3.1.3.1 Cláusulas Gerais no Código Civil

Como abordado nesse trabalho, os contratos são formados também por Cláusulas Gerais, que nada mais são que, meios de cunho generalizado que servirão de base para interpretação aos magistrados, tal qual a Função Social do contrato. Mas, tem a se destacar nesse momento o seu uso para fins de concretização da vontade das partes ao realizarem um pacto.

É sabido que uma das relevantes mudanças advindas do novo Código Civil para com os contratos foi a inserção das Cláusulas Gerais. Elas são dirigidas, na maioria das vezes, aos juízes com o intuito de decidir determinada cláusula, pacto mediante disposições legais, mas, de caráter genérico e abstrato que cujos valores deverão ser preenchidos por tais autoridades, conforme bem explica Carlos Eduardo (2.013) em seu artigo sobre tal tema.

A partir do momento que se insere no acordo inicialmente dirigido entre dois particulares regras de cunho geral, mesmo aquelas advindas da própria consciência dos povos como os princípios renovados aqui, revelam-se como cláusula geral e não mero princípio geral, haja vista passarão a ter significância mais restritiva àqueles que a introduziram, daí o nome de cláusula.

Cabe, portanto, a doutrina e aos julgadores, quando se defrontarem com essa situação, aplicar tais segmentos de forma restrita ao contrato e deixar de lado seus sentidos de conselhos, ainda que, posteriormente se deparem com condições semelhantes, cada caso deve

ser analisado sob a vontade das partes em questão em consonâncias com as regras impostas na avença destes.

Mediante essa disposição, explica Nelson Nery Junior (2.003, p. 161), utilizando-se do exemplo do artigo 2.035, parágrafo único do Código Civil, ao mencionar que o contrato deve estar amoldado sob a ordem pública, o juiz pode usar de cláusulas gerais para preencher as lacunas interpretativas aos artigos baseando-se em pontos econômicos, sociais e morais.

Vale ressaltar ainda que, apesar de esta cláusula geral não for requisitada pelas partes num eventual litígio, o magistrado pode *ex officio* utilizar-se dela para fins de equilíbrio ao contrato uma vez que a doutrina e a própria lei frente as suas brechas assim o permitem, sem ser rotulado ou condenado, observado excesso, por ser imparcial.

Assim, numa singela comparação, a Exceção de Contrato não cumprido poderá ser tomada como cláusula geral ao entender que ela esta disposta como regramento universal no Código Civil e que, frente às condições de inexecução do contrato poderá adota-la com fim particular ao mesmo, ou seja, a elevar como verdadeiramente uma cláusula sem contar que, estaria aqui, amoldando as circunstâncias de um caso concreto a lei para que possa, enfim, usar deste preceito de maneira mais restrita e então lograr o êxito da não execução do feito como defesa face a inobservância da contraprestação obrigatória da outra parte relacionada ao contrato mesmo que, como será sucessivamente analisado, sem prévia fixação ao acordo.

3.1.3.2 Das Cláusulas Contratuais e o artigo 476 do Código Civil

Bem vimos que, os contratos são formados mediante inúmeros princípios, formas, limites. Entretanto, o primordial destes se encontra na autonomia da vontade, ora se as partes têm vontade em realizar algo, assim o farão mediante um acordo expresso, que por sua vez, dará ensejo ao contrato.

De forma contínua foi falado acerca da pré-disposição das cláusulas contratuais, pois, haverá a legitimidade das partes, o objeto e por consequência, as medidas cabíveis a fim de executar a vontade dos contratantes, sem as quais não faria sentido o instituto do contrato, tão pouco sua tutela jurisdicional.

De igual maneira, o contrato nasce conforme desejo dos contratantes e ele se finda a mercê destes mesmos ideais. É nesse momento, da extinção do contrato, que surge o tema da Exceção de Contrato não cumprido (*exceptio non adimpleticontractus*).

3.1.3.3 Direito Privado e a Exceção de Contrato não cumprido

A Exceção de Contrato não cumprido, como se percebe, é algo contra a normalidade, exceção, pois o que vige em nosso ordenamento é o princípio francês do *pacta sunt servanda*, o contrato faz lei entre as partes. Porém, na medida em que a população, num todo, foi evoluindo, as relações negociais modificando-se, analisou-se que certas situações advindas do próprio negócio seriam impossíveis de serem concretizada, daí a exceção para fins de extinção do feito.

A doutrina se desdobra em inúmeras teorias no sentido de explicar os fundamentos dessa exceção, para uns, como resultado, entendem ser inerente a teoria da causa, ao que tange a idéia de equilíbrio das prestações, com intuito de evitar enriquecimentos ilícitos, para outros, a Exceção de Contrato não cumprido se dá no ato de vontade dos contratantes onde, ao estipularem um acordo, entende-se que se obrigam as partes as prestações devidas e que, mediante essa vontade, fornecer a prestação ajustada sem receber a contraparte seria uma afronta a própria deliberação destes.

Deixando de lado as teorias que deram origem a *exceptio non adimpleti contractus*, focando-se na atualidade, prevê o artigo 476 do Código Civil Brasileiro: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Destarte, contratos bilaterais são aqueles que produzem efeitos, ônus e vantagens a ambas as partes, como num contrato de compra e venda, nos termos do Código Civil, artigo 481.

Como bem explica Silvio Rodrigues (1.993, p. 83) sendo contratos bilaterais e nada tendo sido previamente estipulado entre as partes, as prestações advindas do pacto são devidas de forma simultânea, por ambos, "de modo que nenhuma das partes pode exigir o cumprimento da obrigação cabente à outra, sem que tenha cumprido a sua".

E nas palavras de Pablo Stolze (2.006), “justamente porque a prestação de um contratante tem como causa ou razão de ser a prestação do outro é que a lei concebeu a defesa consistente na *exceptio non adimpleti contractus*”. Daí, tal circunstância acaba sendo um meio de defesa processual, invocada pela parte, em geral ré na demanda, para paralisar a investidura do autor, que promoveu a ação, além de ser um instrumento útil de coação moral para obrigar o devedor a quitar seus débitos, uma vez que o não pagar pela parte pode gerar preocupação a outra ao que remete o seu benefício do acordo.

Pode conceitua-la, nas palavras de Carvalho de Mendonça, constante na obra de Silvio Rodrigues (1.993, p.83): “Consiste, esta exceção, em que uma parte demanda pela execução do contrato pode excluir a ação invocando o fato de não ter a outra também satisfeita a prestação”. Todavia, esse instrumento com o fim de deter a ação do autor, mediante alegações do réu em não entregar o que foi prometido por inadimplência concorrente do próprio credor, não tem o condão de discutir o mérito, muito menos negar a obrigação, somente é uma forma de contestar a lide em face de não ter o excepto adimplido o contrato.

Essa modalidade de cláusula é inerente aos contratos sinalagmáticos, com prestações simultâneas, como ditas, e correlatas, onde uma deve ser fundamento da outra, pois, se diferente o momento de exigibilidade, ainda que concomitantes ou em razão da natureza do negócio, como por exemplo os contratos de consórcio ou financiamento, não se tornará meio de defesa para as partes.

Inclusive, ela pode ser invocada de forma autônoma ao inadimplemento contratual, seja pela simples má vontade da parte em concretizar a avença, quer mediante causa de força maior ou caso fortuíto, isso se dá por se entender que, independe da condição que perturbou a entrega do feito por um dos contratantes, é digno que cesse o cumprimento do outro, afinal, esse não terá as vantagens daquele, seria injusto obrigar uma entregar algo sem nada receber.

Entretanto, o disposto acima se faz válido desde que, conforme alude a doutrinadora Maria Helena Diniz (2.007, p. 118 e 119), as partes ou a lei não determine a quem competirá a obrigação em primeiro lugar, ou seja, a entrega da sua parte de forma inicial antes da contra prestação de fato, não podendo este recusar-se a fazê-lo sob pretexto de o outro não cumpriu com a sua.

Não obstante a regra acima mencionada, o Código Civil em seu artigo 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.

Nesse caso, se percebe uma exceção a Exceção de Contrato não cumprido, pautando-se na insegurança da parte que fará a obrigação em primeiro lugar, por temer que seu patrimônio diminua, pode recusar-se a assim prosseguir, pedindo a outra caução, fiança ou outros meios, que comprove a sua execução posterior sob pena de rescisão do vínculo. Ocorre

antes mesmo do efetivo descumprimento do pacto por um dos contratantes, tendo como base a possibilidade real e séria de inadimplemento pelo outro.

Em síntese, o contrato surge para fins de suprir uma ânsia das partes, devendo ser realizado da maneira em que foi estipulado logo, reitera-se, se uma delas não cumpre sua obrigação elencada, não é justo exigir que a outra assim proceda, então é mister que a parte lesada se use dessa defesa legal para impedir abusos a seu direito quanto igualmente interessada no êxito, conclusão do pacto.

3.1.3.4 Julgados e Jurisprudências sobre o artigo 476 do Código Civil

Em consonância ao disposto no tópico anterior, é de se falar que inúmeros órgãos jurisdicionais entendem que, não adimplida a obrigação por uma das partes, a outra não convém efetuar sua obrigação.

Têm-se como veredicto tais fatos, em análise aos julgados abaixo:

Ação declaratória de inexigibilidade de título - Duplicata emitida sem lastro comercial - Contrato particular de dação em pagamento e outras avenças celebrado entre as partes - Contrato bilateral e sinalagmático - Exceção do contrato não cumprido - Inteligência do artigo 476 do atual Código Civil - Duplicata emitida indevidamente - Incerteza do título e inexigibilidade do crédito reconhecido - Protesto indevido - Ação julgada procedente - Sentença mantida - Recurso Desprovido.

(TJ-SP - APL: 00092779020128260011 SP 0009277-90.2012.8.26.0011, Relator: Irineu Fava, Data de Julgamento: 06/09/2013, 17ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/09/2013)

bem como:

APELAÇÃO CÍVEL Interposição contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de cobrança de honorários advocatícios. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Exegese do artigo 476 do Código Civil. Apelante que não cumpriu o estipulado em contrato, deixando de representar seu patrono até solução definitiva da demanda. Sentença reformada.(TJ-SP - APL: 00126503220128260011 SP 0012650-32.2012.8.26.0011, Relator: Mario A. Silveira, Data de Julgamento: 20/10/2014, 33ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/10/2014)

ou

Ação declaratória de inexistência de obrigação c. c. indenização por dano moral - reconvenção proposta pela ré - emissão e protesto indevido de duplicata requerida não poderia exigir o pagamento dos serviços prestados enquanto não apresentasse à autora documentação relativa à quitação de obrigações fiscais e trabalhistas, conforme expressa disposição contratual - aplicação do artigo 476 do CÓDIGO CIVIL/02 - danos morais caracterizados - manutenção da multa aplicada na rejeição dos declaratórios opostos pela requerida - demanda principal procedente - pedido reconvenicional extinto - provido recurso da autora - improvido o da requerida. (TJ-SP - APL: 00083126820068260320 SP 0008312-68.2006.8.26.0320, Relator: Jovino de Sylos, Data de Julgamento: 23/09/2014, 16ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/03/2015)

e ainda

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NOTA PROMISSÓRIA. PREVISÃO CONTRATUAL EXPRESSA DE INCIDÊNCIA DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA, DESDE A EMISSÃO DO TÍTULO. PAGAMENTO DO VALOR PRINCIPAL, SEM OS ACESSÓRIOS. OBRIGAÇÃO NÃO CUMPRIDA INTEGRALMENTE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 476 DO CÓDIGO CIVIL. EMBARGOS PROCEDENTES. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70029780897, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em 18/10/2012)(TJ-RS - AC: 70029780897 RS , Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Data de Julgamento: 18/10/2012, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/10/2012).

Enfim, existem vários acórdãos a respeito do tema, de caráter favorável, significando que, tal tema ainda é corrente nos tribunais em nosso país e seus julgadores aplicam tal cláusula na medida em que o contrato não fora de todo realizado pela outra parte.

3.2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A VONTADE PARTICULAR

3.2.1 Direito Privado nos Contratos Administrativos

É sabido, como bem já foi exposto nesse trabalho que, o direito privado muito se distingue do direito público na medida em que estes se entrelaçam.

Para tanto, aquele que atua na seara do direito, independente da posição em que se encontra, não pode ter uma visão particularizada da ciência jurídica, pois, como bem se mencionou acima, tais direitos de ordem pública ou privada apesar da prevalência, conforme

o ato de um ou outra esfera, deverá ter uma visão global, correlacionando os direitos em questão.

Entretanto, várias fontes doutrinárias tendem a explicar cada ramo do direito, como o Público aquele inerente ao Estado frente ao povo e, particular, a relação entre duas pessoas distintas, mas que nada envolvam o próprio ente de forma direta.

Silvio Venosa, usando-se das palavras de Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 588), define direito público como:

(...) composto de normas prevalentemente imperativas [que] tem por objeto a proteção dominante do interesse coletivo, tem por sujeito as pessoas jurídicas públicas ou as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que agem em seu nome, numa posição de supremacia sobre as demais pessoas, em decorrência da parcela de poder público que estão investidas.

Não é tarefa fácil aplicar os interesses do caso concreto em conformidade com determinado direito. É de suma importância destacar suas diferenças, mas há horas em que os próprios são tão próximos que dificulta tal interpretação, isso porque, por vezes o órgão público age como se fosse ente privado, de modo a adaptar tais normas particulares ao direito público, quando o Estado as entende serem mais pertinentes para realização de determinados fins, e logo, deveria ser tratado com igual preponderância – fato que não acontece. Porém, é de se ressaltar que o direito privado igualmente se desdobra em Direito Público em razão da atuação Estatal sob estes pactos, de maneira a criar regras, comportamentos, entretanto, isso não torna o feito público e passível de análise sobre os ditames governamentais e seus desdobramentos.

A inserção de regras públicas é uma maneira de diferenciar o ramo do direito a que se firma a avença, mas, não é meio principal para distinção, como bem enfoca Venosa (2013, p. 588).

Estabelecido, o direito público e privado, daquele nasce o direito administrativo e que dará vazão aos contratos públicos e nesse, aos contratos em geral. Por conseguinte, o Direito Público tem o condão de reger as relações do Estado, sendo uns com os outros ou particulares e esse, quanto que o direito privado, mais uma vez, de tutelar as relações entre particulares e seus interesses, na maioria dos casos, de forma singular.

3.2.2 Pactos Administrativos e os Pactos da Administração

A partir do momento em que se vê a necessidade de um dado bem ou serviço, de interesse coletivo, a Administração realizará contratos, de caráter público. Até aqui, nada se difere dos acordos particulares quando esses, por meio de suas meras deliberações, realizam determinados feitos. Porém, os pactos Administrativos se vinculam a entidades estatais ou equiparadas a pessoas de direito privado.

Existindo um contrato de cunho privado, a Administração nivela-se ao particular, apesar de nunca ser tratada de forma exclusiva fora dos princípios do direito público (Venosa, 2.013, p. 588).

No mesmo diapasão, princípios inerentes as pessoas privadas também se estendem aos pactos da Administração, como de que o contrato faz lei entre as partes, *pacta sunt servanda*, levando em consideração que, o ente Público se reveste de uma legalidade pertinente a sua posição, e que apesar de possuir rigidez aos seus atos, estes não podem vir em prejuízo dos particulares que com ele contratam, mas, deve harmoniza-los com a finalidade última do Estado, que é a de caráter pública.

Para tanto, há doutrinadores que aludem não existir pactos administrativos por compreenderem que, mediante privilégios pré-dispostos à Administração e sua manifestação unilateral seria contrário ao entender do contrato em si, que emana uma relação bilateral e demais requisitos, apesar de haver no ordenamento pátrio pactos que surgem pela mera vontade de uma das partes, como contratos de adesão que, em tese, teriam as mesmas condições. Em razão de tais fundamentos absurdos face a nítida relação, de certa forma, bilateral – levando em consideração que uma parte só contrata por que outra assim quer - dos contratos Administrativos, fala-se que essa parte da doutrina se encontra minoritária.

Nada impede que a administração inclua em seus acordos cláusulas e pareceres de caráter privado e, por consequência do Direito Civil, dando ensejo aos pactos da Administração, pois como declarado, poderá se firmar mútuas cláusulas (observado Princípios e regras administrativas), como quando celebra contratos tipicamente de direito privado, exemplo o de compra e venda, comodato e outros, ou aqueles de forma mista, onde as atribuições decorrem inicialmente do Direito Civil entretanto, com princípios públicos.

A esse respeito, Venosa menciona o parecer de Gabino Fraga (2.013, p. 589):

(...) as cláusulas de um contrato devem ser interpretadas e executadas razoavelmente, segundo a intenção das partes; as obrigações das partes não são somente as que estão formalmente expressas no contrato, senão todas as que resultem da natureza do contrato e dos usos admitidos para esses contratos (...)

Em síntese, incube ao intérprete, no caso concreto de pacto Administrativo e pactos da Administração, diferenciar e escolher as disposições aplicáveis de Direito Privado e de Direito Público, o que nem sempre será fácil porque existe uma interpenetração de normas (Venosa, 2.013, p. 590), quando este for resolver um conflito contratual de caráter público, independente da preponderância de um ou outro ramo destes ordenamentos jurídicos.

3.2.3 As alterações dos Contratos Administrativos e a Exceção do Contrato não Cumprido (Código Civil, artigo 476)

3.2.3.1 Alterações do Contrato Administrativo

Foi visto em tópicos anteriores as formas de relativização dos contratos, seus limites e alcances, porém, não teria como entrar no ponto crucial deste trabalho sem mencionar as alterações feitas pelos entes Públicos e que, por consequência, gerará efeitos na Exceção de Contrato não cumprido, cláusula esta que pode ser existentes nos contratos em questão ou pleiteados em juízo pela parte lesada.

Pois então, ao que tratou-se dos contratos privados, as alterações advindas ao objeto da avença não são muito utilizáveis, principalmente aquela de cunho unilateral, uma vez que, se necessária tais modificações, virão de acordo recíprocos entre os contratantes, além da preponderância do princípio *pact sunt servanda* o que dificulta a modificação das cláusulas por mera deliberalidade da parte (conforme abordado no ponto 1.1.5 *Obrigatoriedade do contrato e a cláusula “rebus sic stantibus”*). No pacto administrativo, se aceita com mais flexibilidade esse tipo de modificação, em razão de ser institucionalizado tal regramento e não agrega rompimento a princípios, conforme se vê em lei própria como a de nº. 8.666/1993.

A alteração a ser feita pela Administração, apesar de depender do seu poder discricionário, não lhe gera uma prerrogativa propriamente dita, como bem explica Marçal (2.013, p.544). Por isso, fala-se que, essa não pode criar modificações por sua livre manifestação sem a observação de requisitos tais como as "razões de interesse público

decorrente de fato superveniente" no que tange aos processos contratuais, tais como a licitação, meio que o antecede, conforme ditames da lei supra.

Marçal (2013, p. 544) alude que, “como princípio geral, não se admite que a modificação do contrato, ainda que por acordo entre as partes, importe em alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e isonomia”.

Não se pode negar também que, a Administração não pode realizar modificações que agravem a situação do particular que com essa contrata, como forma de puni-lo, apenas se permitirá tais mudanças, a grosso modo, ruins as pessoas privadas, desde que represente benefícios para o interesse público.

Por fim, há o que se falar que pode ocorrer mudanças consensuais, por acordo entre as partes, onde possibilita a qualquer dos contratantes a faculdade de recusar alguma modificação apontada pela outra, entretanto, isso não significda medir poderes com os entes Públicos, uma vez que, esse tipo de modificação, vista como convencional, igualmente será, em inúmeros casos, obrigatória, pois prescindirá conconância á lei, como a de n. 8.666/1993 e artigo 65, inciso II e dantes, quanto que, as mudanças unilaterais, advinda de necessidade justificável, vinculam o particular de forma semelhante, permitindo a ele, caso encontre-se em dúvida ou se ache lesado, a concomitância de um devido processo legal para aplicação e apuração de tais modificações, cláusulas.

3.2.3.2 Da Exceção de Contrato Não Cumprido (Código Civil, artigo 476) nos Contratos Administrativos

3.2.3.2.1 *Cláusulas Exorbitantes*

De forma reiterada se aduziu que os contratos Administrativos têm o escopo de firmar pactos entre particulares e/ou entidades públicas cujos objetos se amoldam ao interesse coletivo e também confeccionar contratos particulares, que, salvo exceções, são acordos de vontades que originam-se da necessidade mútua, do órgão com o obeitivo de atender o povo e do contratado em auferir lucro mas, com obrigações recíprocas.

Assim, aparentemente, ambos os contratos, públicos e privados, têm o mesmo fim, que seria a produção, entrega, recebimento de algo. No entanto, além das pessoas serem outras o que mais os dintinguem, é a presença, nos Contratos Administrativos, das chamadas Cláusulas Exorbitantes, que se caracterizam por serem cláusulas além das previstas no artigo

55 da Lei n. 8.666/1993 tais como o objeto e seus elementos característico (alínea “a”), o regime de execução ou a forma de fornecimento (alínea “b”)...e que traduzem a força da Administração quanto poder Público, haja vista impõe ao particular determinads condições inerentes a sua função, aliada principalmente a princípios como o da Supremacia do Interesse Público.

Estas exprimem ao particular a exigência de garantia, impõe-lhes a possibilidade de rescisão unilateral, como explicado e detalhado em ponto anterior, poder de fiscalização, ocupação temporária, acompanhamento e restrição ao uso da cláusula da Exceção de Contrato não cumprido além, da aplicação direta de penalidades contratuais (tema igualmente já exposto).

Tais cláusulas que reportam ao querer público, podendo ser usadas a seu favor contra o contratado, quando comparadas com a órbita privada, seriam as chamadas Cláusulas Leoninas, cujo propósito é dar privilégio de forma unilateral a uma das partes, situação essa vivenciada com constância nos contratos Administrativos e que ainda estando certo em face da Supremacia do Interesse Público, paralelamente tem sido, mesmo que de forma pequena, disvirtuado tal poder ou em razão dos interesses coletivos para com o particular que lhe presta serviço, como é o caso de questões delicadas como a imposição de cumprimento do contrato, mas por outro lado, a Administração se quer tem orçamento para pagamento do objeto.

Em síntese é necessária à observância a tais pontos, mas, conforme se verá em análise de forma especial a Exceção de Contrato não cumprido, objeto desse trabalho, a própria vontade suprema da Administração Pública tem sido relativizada em decisões nos Tribunais no Brasil, ora não há como obrigar ao particular determinadas obrigações se nem o Órgão contratante tem condições de arcar com a prestação inerente a avença.

3.2.3.2.2 Aplicação da ‘*Exceptio Non Adimpleti Contractus*’ e seus desdobramentos

Na Teoria Geral dos Contratos, não se permite a existência de nenhuma cláusula ou princípio que fira o equilíbrio das partes, de maneira a favorecer uma em detrimento da outra. No Contrato Administrativo, por outro lado, mediante as Cláusulas Exorbitantes tratadas acima, é possível a proteção da Administração em desfavorecimento ao particular por tutelar, segunda esta, um interesse maior, coletivo.

Todavia, em ambos os casos cláusulas de igual teor são debatidas com maior ou menor evasão em face ao caso concreto, assim como a Exceção de Contrato não cumprido.

É notório que tal cláusula prevista no artigo 476 do Código Civil, é cabível aos pactos particulares quando uma das partes não cumpre com o ajuste, na medida em que esta pleiteia a inexecução da outra. Instrumento que é, como regra, inviável à Administração Pública logo, não é permitido ao particular desvincular-se ao contrato na justificativa de que o Órgão Público não contraprestacionou o objeto do contrato, sendo a obra ou serviço, amparando-se, a entidade, em princípios como o da continuidade dos serviços públicos, e do já frisado, interesse público.

Essa cláusula é demasiadamente rigorosa para com o particular, haja vista esse se encontra como parte mais vulnerável num contrato com a Administração, pensando sob o prisma que a ela lhe é garantida vantagens tamanhas que assegure o cumprimento do disposto no contrato independente de ressalvas em contrapartida, como foi dito, como exemplo, a própria forma unilateral de desistência do contrato, mediante motivo justo.

Entretanto, a Lei n. 8.666/1993 moderou de forma considerável a *exceptio non adimpleti contractus* de maneira a, atualmente, falar na relativização ou temporária inoponibilidade desta, como bem enfoca o artigo “Exceção de Contrato não cumprido e os contratos Administrativos” escrito por Ricardo Nogueira, Rafael C. Fortes e José Luiz M. Junior (2.011).

A mencionada Lei em seu artigo 54 informa que “supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado” poderão ser aplicados a categoria dos Contratos Administrativos, de modo a entendermos então que, o mesmo abre espaço a aplicação da Exceção constante no Código Civil.

Além do mais, esta real possibilidade esta apoiada na referida Lei, no seu artigo 78, incisos XIV e XV, Seção V, Da Inexecução e da Rescisão dos Contratos:

Artigo 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

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

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da

ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação; [...]

Destarte, mediante suspensão por escrito da Administração por prazo maior que 120 dias (inciso XIV) ou em atraso de pagamento superior a 90 dias (inciso XV) é entendível que a o particular use deste instrumento previsto no artigo 476 do Código Civil como meio de paralisar o cumprimento do contrato ou ao menos a suspensão deste pela eventual rescisão judicial ou amigável, levando em análise a culpa da Administração para tal pleito, conforme também prescreve o artigo 79 da Lei n. 8.666/1993, que tutela Licitações e Contratos Administrativos.

Vale frisar que, em caso de rescisão contratual por parte do particular, nos termos do artigo 79 da Lei n. 8.666/1993, esse será ressarcido de danos que houver sofrido, desde que comprovado – chamado danos emergentes – bem como, direito a devolução de garantia, pagamentos devidos da execução do contrato até o momento da rescisão e o pagamento do custo da desmobilização.

Não se pode esquecer de mencionar que novas interpretações doutrinárias e jurisprudências ganham força no sentido de apontarem novas possibilidades de aplicação da Exceção. Uma delas seria quando a inadimplência da Administração não permite que de fato ou ainda que indiretamente ocorra a execução do objeto do contrato e a outra, quando o avençado no pacto não se trata de serviço público de modo a não caber o princípio da continuidade da obrigação.

Há quem diga ainda que, a cláusula de exceção de contrato possa ser aplicada antes mesmo de transcorrido os 90 dias expressos no artigo 78, inciso XV, quando constatado ser impossível ou extremamente oneroso para o particular a prestação do serviço em razão do ato ou omissão do ente público.

Existindo o não adimplemento por parte da Administração antes mesmo do prazo ora mencionado, o Superior Tribunal de Justiça, pronunciou em outras vezes, que o particular não necessariamente precisa ir à Juízo para então, após decisão judicial, suspender seu contrato, já que a ele é garantido, de pleno direito tal prerrogativa na medida em que esta sendo lesado, mas, é claro que a ele é advertido que, caso não seja aceito tal apontamento pela Administração, de forma posterior, mediante um processo judicial poderá sofrer sanções com a sua atitude, haja vista, estaria inadimplente frente ao pacto, no entender dos escritores do artigo acima.

Para reafirmar tal posição, alude a seguinte decisão do REsp nº 910.802/RJ, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, também transcrito no artigo mencionado:

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

4. Com o advento da Lei 8.666/93, não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração, ante o teor do artigo 78, XV, do referido diploma legal. Por isso, despicienda a análise da questão sob o prisma do princípio da continuidade do serviço público. 5. Se a Administração Pública deixou de efetuar os pagamentos devidos por mais de 90 (noventa) dias, pode o contratado, licitamente, suspender a execução do contrato, sendo desnecessária, nessa hipótese, a tutela jurisdicional porque o artigo 78, XV, da Lei 8.666/93 lhe garante tal direito. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (REsp 910.802/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 06/08/2008)

Nessa mesma linha de pensamento, temos a posição do Relato José Maria Câmara Junior na Apelação nº 00769562620118260114 SP 0076956-26.2011.8.26.0114 julgada no Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE REFORMA DA SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO MEDIATO. PRESSUPOSTOS RECURSAIS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. Inocorrência. A recorrida sustenta que o recurso não reúne fundamentação e, por isso, não atende pressuposto extrínseco recursal (regularidade formal). O cotejo entre a motivação empregada pela sentença e os argumentos manejados pelo recurso revela que o pedido de reexame da matéria pelo tribunal "ad quem" compreende a impugnação acerca dos fundamentos da sentença. A minuta recursal sustenta a falta de interesse de agir e o vício atinente ao "error in judiciando" do provimento judicial que não considera a supremacia do interesse público sobre o particular. CARENCIA DA AÇÃO. Não configurada. A Administração sustenta a ausência de qualquer ato administrativo contrário aos interesses da autora e, com isso, capaz de repercutir na esfera jurídica da contratada. Objeção rejeitada. Interesse de agir identificado. O exercício da prerrogativa contida no inciso XV do artigo 78 da Lei n. 8.666/93 pressupõe a suspensão da execução do contrato em contraposição ao princípio da continuidade dos serviços públicos e, por conseguinte, a instauração de procedimento administrativo para coagir a contratada a retomar a execução do contrato. A "causa petendi" informa situação fática que qualifica, em tese, o manejo da prerrogativa que se abre para a Administração exigir

o exaurimento da obrigação contratada. Ora, se a autora anuncia o descumprimento da obrigação contraída pela Administração, certamente se apresenta para ela o interesse em buscar o controle jurisdicional para obter provimento que venha cancelar a suspensão do dever de fornecer os medicamentos. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. FORNECIMENTO DE PRODUTOS MÉDICO-HOSPITALARES. Inadimplemento da Administração Pública. Mora configurada por mais de 90 dias. Exercício do direito previsto no inciso XV do artigo 78 da Lei n. 8.666/93. Possibilidade. Oponibilidade da "exceptio non adimpleti contractus". Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Exceções legais. Guerra e calamidade pública. Inocorrência. O simples fato de o produto ser considerado essencial não obriga a contratada a fornecer os produtos sem a respectiva contraprestação. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Todavia, como forma de se precaver a autoaplicabilidade da Exceção e eventuais consequências de atos negativos por parte da Administração, aqueles tidos como mais cautelosos, exprimem a idéia de que o melhor seria que o particular recorresse ao Judiciário e, através de uma ação cautelar, a fim de obter uma liminar para tanto, se salvaguardasse de eventuais riscos de inadimplência em face do órgão público, segundo aborda José dos Santos Carvalho Filho (2.015).

Por fim, não menos importante, deve se frisar que é cabível o inverso de tal situação, quando o contratado se encontra em total inadimplemento ou quando, pelo seu livre arbítrio, ainda que o Órgão não esteja arcando com seu papel de contratante, desiste do pacto sem maiores justificativas, a Administração poderá arguir, de forma igualitária, o convencionado no artigo 476 do Código Civil, como explanado no tópico referente as Cláusulas Exorbitantes (3.2.3.2.1 *Cláusulas Exorbitantes*), haja vista essa cláusula tem a intenção de dar maior proteção ao Ente Público frente às relações contratuais por, de forma redundante ao já exposto, tutelar direitos sociais, visando um bem maior.

3.2.3.2.3 *Relativização do Contrato Administrativo*

Foram mencionados inúmeros meios de se usar a Exceção de Contrato não cumprido frente à Administração Pública quando esta é a maior causadora do inadimplemento de um pacto para com o particular. Todavia, mais formas de relativizar os Contratos Administrativos surgem na medida em que a as relações e casos vão se construindo.

Pensando nisso, o presente ponto vem a abordar uma relação do tema ora explorado com o chamado Acordo de Leniência, uma vez que se tratará de um benefício predominantemente, ou se não diríamos, apenas, de uma das partes vinculadas ao contrato público.

Pois bem, há que se fazer uma breve menção sobre esse Acordo, ao que remete a possibilidade da pessoa física ou jurídica, autora contra infrações à ordem econômica, que, através de um pacto celebrado entre a Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SDE – atuante em nome da União, garante a esse a extinção da ação punitiva da Administração ou redução de penalidade imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – se colaborar com o curso da investigação de processos criminais ou trazer novas provas passíveis de condenação aos demais envolvidos na suposta infração (LFG, 2.009).

Mesmo que envolto a seara do Direito Penal, esta atitude trará reflexos ao campo Administrativo, ao que remete a livre concorrência e a ordem econômica, prevista inclusive na Constituição Federal, artigo 170, inciso IV.

De maneira semelhante, assim é a proporção da aplicação do disposto no Código Civil artigo 476, pois, a partir do momento que a entidade pública se torna inadimplente significa que muitos irão perder com aquele contrato, bem como, a não permissão que empresas de grande porte não efetuem serviços em nosso país, por mais que estão sob os olhos da justiça por serem alvo de corrupção, a sua falência trará prejuízos possivelmente avassaladores a nível econômico e, por consequência, geral.

O Acordo em tela está previsto e regulamentado pela Lei 8.884 /1993, nos seguintes termos:

Artigo 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: (Artigo incluído pela Lei nº. 10.149, de 21.12.2000) I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Essa previsão na Lei Anticorrupção, e medida de delação premiada nos termos da Lei n. 9.807/1999, permite que as empresas que forem aceita, cumprido os requisitos da norma, possam continuar a contratar com a Administração além das regalias acima mencionadas.

O tema veio à tona, com a recente Operação Lava Jato que investiga desvios de dinheiro com a Petrobras. Este recebeu duras críticas, até mesmo do delegado investigador da época, alegando que a negociação para tanto ocorridas na Controladoria-Geral da União

(CGU) geraria uma aplicação genérica a empreiteiras investigas de crimes de lavagem de dinheiro, fraude em licitações e outros, conforme entrevista ao portal de notícias G1.

Após passar por um crivo de órgãos como o CADE, a empresa SOG - Óleo e Gás e Setal Engenharia e Construções foi uma das contempladas com a medida.

Como último confronto, da mesma forma que o termo leniência deve ser usado para com particulares, que significa brandura, mansidão e no texto de lei remete a repressão às infrações conta a ordem econômica e por consequência dá às sanções contra práticas anti-concorrenciais a qualidade de lene, isto é, o abrandamento da punição a ser imposta, nas palavras de Luiz Flávio Gomes, em seu artigo “O que se entende por acordo de leniência?” (2.008), assim deve ser a proporção das medidas impostas pela a Administração ao perceber que suas cláusulas vantajosas proporcionarão ao particular mazelas irrecuperáveis que também agredem o interesse coletivo tão protegido pelo Direito Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desse trabalho, pode se ver os contratos particulares e públicos no tocante as suas limitações e abrangências e, simultaneamente o que cada um possui do outro, ao que se referem os princípios, cláusulas e demais disposições.

Analisou-se ambas as formações históricas até que chegamos ao seu delinde final que seria a cláusula da Exceção de Contrato não cumprido, inerente ao Código Civil, artigo 476.

O trabalho teve como fundamento analisar a aplicação desta norma principalmente ao que remete os Contratos Administrativos, de maneira a deixar sua visão conexa a de tantos outros doutrinadores de que essa é possível em meios públicos, na medida em que as relações contratuais se amoldam as necessidades no transcorrer do pacto.

Da mesma forma, trouxe apontamentos a temas extremamente atuais como o nomeado Acordo de Leniência que, por mais que seja inerente a esferas específicas do direito como o de cunho Processual Penal ou até mesmo Penal, pode demonstrar que todas as órbitas do direito estão sujeitas a modificações por mais que tragam em si ordenamentos rígidos tais como as Cláusulas Exorbitantes do Contrato Administrativo.

Assim, a Exceção de Contrato não cumprido alegada pelo particular em face a Administração Pública, pautando-se na lei como a de n. 8.666/1993, na doutrina e jurisprudência, se torna cada vez mais presente na atual realidade contratual observada os requisitos supra e mantendo ao menos o serviço público tido como suficiente, como forma paralela de solução da extinção dos contratos públicos.

REFERÊNCIAS

BALDON, Cesar. **Obrigações e contratos no Direito Romano**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17115/obrigacoes-e-contratos-no-direito-romano>>

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/con1988_05.10.1988/con1988.pdf>

Brasileiro. Código Civil. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>

Brasileiro. Código Civil. **Código Civil Brasileiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>

CARVALHO, Bianca Spinola Almeida. **Natureza Jurídica Do Contrato Administrativo**. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_agosto2001/corpodiscente/graduacao/natureza.htm>

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Atlas. Edição 28ª/2015.

CHAGAS, Carlos Eduardo N. **Cláusulas gerais do direito civil**. Disponível em: <<http://caduchagas.blogspot.com.br/2012/07/clausulas-gerais-no-direito-civil.html>>

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - 3 - Teoria Das Obrigações Contratuais e Extracontratuais - 30ª Ed.** 2014.

FERRIANI, Adriano. **Os limites da resilição unilateral do contrato e o art. 473 do CC**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Civilizalhas/94,MI150128,101048Os+limites+da+resilicao+unilateral+do+contrato+e+o+art+473+do+CC>>

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo - 9ªEd** - Editora: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por acordo de leniência?** Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/101157/o-que-se-entende-por-acordo-de-leniencia>>

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6 : direito de família — 9. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012

JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**, Vol 01- Alba, 1943.

JUSBRASIL. **TRE-RN - RECURSO ELEITORAL: REL 37812 RN**. Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Exce%C3%A7%C3%A3o+de+Contrato+n%C3%A3o+cumprido>

LICITAÇÕES, Lei de. **Lei de Licitações Contratos da Administração Pública e outras providências**. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8666cons.htm>

LUDVIG, Gabriel Teixeira. **Encerramento contratual unilateral sem ressarcimento dos investimentos realizados**. Disponível em:
<<http://zna.adv.br/artigos/2013/06/04/encerramento-contratual-unilateral-sem-ressarcimentos-dos-investimentos-realizados/>>

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** - 41ª Ed. 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Revista dos Tribunais RT 562/37 ago./1982.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Poderes Discricionário e Vinculado**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110114163142284>

NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. Revista dos Tribunais. 2003

ORTIZ, Igor Machado. **A função social do contrato e sua perspectiva na legislação brasileira**. Disponível em:
<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13314>

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes ; Rafael Costa Fortes; José Luiz Melo Júnior. **A exceção do contrato não cumprido e os contratos administrativos**. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/19569/a-excecao-do-contrato-nao-cumprido-e-os-contratos-administrativos>>

Princípios Constitucionais da Administração Pública. Disponível em:
<<http://www.tudosobreconcursos.com/materiais/direito-administrativo/principios-constitucionais-da-administracao-publica>>

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil 3 - Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade - 21ª Ed. Editora Saraiva, 1993.

SILVA, Flávia Martins André da. **Poder Discricionário da Administração Pública.** Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2635/Poder-discricionario-da-Administracao-Publica>>

VENOSA, Silvio de Salvo – **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** São Paulo, Ed. Atlas, 13ª Ed., 2013, Vol.II.

VENOSA, Silvio de Salvo – **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** São Paulo, Ed. Atlas, 14ª Ed., 2014, Vol.II.