



# PERSPECTIVAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

João Parente Muniz e Sá Filho

*Professor Assistente da Faculdade de*

*Direito da UNICAP e*

*Procurador do Estado de Pernambuco*

**Resumo:** Perspectivas dos contratos administrativos. O artigo a seguir contesta, no âmbito do Direito Administrativo moderno, a prevalência de um regime unitário com base no qual são celebrados os contratos pela Administração Pública. O autor define esse regime com caracterizações que implicam desnivelamento das partes contratantes; poder unilateral de alteração das bases; poder de sancionar auto executoriamente; poder unilateral para rescindir; predominância da equação econômico-financeira em função do interesse público, em detrimento do cumprimento daquilo que foi assentado no contrato.

**Palavras-chave:** direito, fato, contrato, público e privado.

**Abstracts:** In the scope of modern Administrative Law, this paper contests the prevalence of an unilateral rule by which the Public Service makes agreements. The author defines this regime with characteristics that imply unequal differences between the parties to the contract, such as: unilateral power to alter the bases; the power to sanction by auto-ex-

ecution; unilateral power to rescind; prevalence of the economic and financial equation for the sake of the public interest to the detriment of fulfilling what was agreed in the contract.

**Key words:** Law, fact, contract public and private

Habermas considers that total and consistent development of the theoretical basis of psychoanalysis would demand a general theory of communicative competence. Ethical unfoldings of self-reflection.

**Key words:** Freud, Habermas, Philosophy, Psychoanalysis, self-reflection.

Para Ricardo Costa Pinto

*In memoriam.*

- I -

“Haja orçamento! O que quer dizer haja impostos inscritos nos orçamentos estaduais e da União para pagar megaprecatórios - quantias astronômicas que o Poder Público deve pagar a título de indenização por ordem da Justiça para corrigir erros de governos passados”.

.....

Recentemente, houve decisão sobre uma gleba na Serra do Mar - o Governo do Estado foi condenado a pagar indenização bilionária que os entendidos dizem ter sido superior aos preços do mercado” (Editorial de “O Estado de S. Paulo”, quinta feira, 25 de setembro de 1997, A-3).

Não há e nem pode haver, no estágio em que se encontra o direito administrativo, nos países a ele menos resistentes<sup>1</sup>, um regime unitário para todos os contratos celebrados pela Administração Pública. Em síntese lapidar, Lúcia Valle Figueiredo<sup>2</sup>, relativamente a esses, aponta como traços mais característicos dos contratos regidos pelo Direito Privado a autonomia da vontade e o “*pacta sunt servanda*”. De seu turno, as notas características dos contratos regidos pelo Direito Público são: *a)* o desnivelamento das partes; *b)* o poder de alterar unilateralmente; *c)* o poder de sancionar auto



executoriamente; *d*) o poder de rescindir unilateralmente; *e*) o respeito à equação econômico-financeira em função do interesse público, contrapondo-se ao princípio da cláusula “*pacta sunt servanda*”.

Respeitante aos contratos administrativos propriamente ditos, enquadráveis, por certo, entre os últimos, aponta-se a consubstanciada participação da Administração “com supremacia de poder”, extroversa nas cláusulas exorbitantes e no fato de dever o *public interest*<sup>8</sup> sobrepor-se ao privado, caso contrário não subsistiria lógica alguma em aplicar-se regime jurídico próprio e muito menos atribuir-se prerrogativas a uma das partes contratantes.

Outra peculiaridade é o antecedente lógico-jurídico do contrato substanciado no procedimento seletivo prévio cuja ausência o nulifica e que existe para dar conseqüência ao princípio da indisponibilidade do interesse público, consectário da forma do governo acolhida pelo Constituinte de 1988, e chancelada por eloqüente maioria do povo brasileiro, a *res publicae*.<sup>2</sup>

Pois bem. A supremacia e a indisponibilidade do interesse público<sup>4</sup> são fatores marcantes na elaboração, na própria execução, na interpretação e na aplicação de suas cláusulas e demais normas reitoras dos contratos administrativos. E é partindo desses supostos que se há de ferir o tema da presente dissertação

A idéia básica da indisponibilidade dos interesses públicos traduz-se no princípio da adscrição à lei, do agir administrativo, no princípio da obrigatoriedade - o interesse público, fixado em lei, há de ser perseguido -, no princípio do controle<sup>5</sup> - o dever de prestar contas inere ao gestor público -, no princípio da isonomia - que afasta favoritismo, mas profliga perseguições - e no princípio da inalienabilidade - que vergasta o despojamento de direitos, pelo administrador.

Da supremacia do interesse público deflui a posição do órgão encarregado de velar pelo interesse público e de expressá-lo nas relações entretidas com os particulares, para isso dispondo do dever-poder de autotutela, (revogação e anulação) e dos atributos da exigibilidade e da auto-executoriedade de ofício.<sup>6</sup>

- II -

“O Governo de São Paulo conseguiu ontem à noite fechar a proposta de orçamento de 1988 uma vez que livrou-se do superprecatório de 786 milhões. Ontem foi acatado pelo Tribunal de Justiça o pedido da Procuradoria Geral do Estado de efeito suspensivo que desobrigou o Estado a pagar à empresa Aragon Engenharia Viária a dívida principal”

.....

Resolvemos um caso escabroso de uma indenização indevida, disse Márcio Sotelo Felipe, Procurador Geral do Estado.

.....

“Havia vários erros graves de cálculos da perícia. Por exemplo, calcularam o lucro médio da empresa com base nos três melhores balanços que foram projetados para o resto da vida da empresa”. (Gazeta Mercantil, de 25 de setembro de 1997, pág. A-8).

- A quem interessa o predomínio da cláusula *rebus sic stantibus* sobre o princípio *pacta sunt servanda*, nos contratos administrativos?

- Consoará com o **interesse público** a compensação das prerrogativas de *i*) alterar unilateralmente; *ii*) sancionar auto executoriamente; *iii*) rescindir unilateralmente, com o “respeito à equação econômico financeira em função do interesse público”, posta em segundo plano *pacta sunt servanda*?

Com efeito, o respeito aos direitos, aos interesses patrimoniais do contratado, substanciado em rigorosa, em eloqüente observância da “equação econômico financeira do ajuste” é objeto de iterativo

acolhimento pela doutrina brasileira, que radica, na prevalência de *rebus sic stantibus* sobre *pacta sunt servanda*, a identificação dos contratos administrativos, ao lado das indigitadas prerrogativas de “mutação unilateral”!

Não destoam da asserção *retro*, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Carlos S. de Barros Junior, Diógenes Gasparini, entre outros.

Deveras, a ressalva sempre presente dos *interesses patrimoniais do contratante privada*, nas avenças administrativas, afasta às completas a álea que inere à atividade negocial, ao exercício de toda e qualquer atividade econômica, mormente a sufragada pelos contratos.

Probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro não podem, sob pena de atentado à ética (do mercado, inclusive), ser objeto de *seguro* bancado exclusivamente pelas burras do Erário, que recebe, em contrapeso, o “privilegio” de, unilateralmente, alterar, sancionar, rescindir...

- III -

Antes, todavia, de verticalizar o exame da questão, tal como introduzida em angustas pinceladas, partamos de caso concreto que, de resto, sobre haver ocorrido em (liliputiana) unidade federativa, não constitui novidade, ao oposto, reproduz-se com monocórdica freqüência em todo o país. Com a escusa da transcrição, vejamos o caso concreto, substanciado na apelação cível em seqüência referida.

- I -

### Fundamentos de Fato e de Direito

1. A presente apelação cível tem origem na sentença de fls., prolatada no processo epigrafado, a qual teve origem na ação ordinária de cobrança promovida pela prestadora de serviços e fornecedora de alimentos “y” contra a autarquia fundacional ré, entidade sem nenhuma finalidade lucrativa incumbida de prestar gratuitamente serviços de

saúde à comunidade, como participe do SUS que é.

2. Na ação de cobrança em foco, a empresa fornecedora e prestadora de serviço objetivava a condenação da entidade autárquica *a)* ao pagamento de *correção monetária* por suposto devida “*sobre as quantias relacionadas nos Anexos ... por estar em mora*” (?), bem como *b) multa de 10% (dez) por cento sobre todas as prestações mensais* (notas fiscais constantes dos autos), *c) juros moratórios* de 1% sobre os valores das “notas fiscais atualizadas” e *last but not least, d) honorários advocatícios no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação.*

3. Por tratar-se de ação submetida ao procedimento ordinário, uma vez ultimadas as providências preliminares (art. 323 do CPC), três atitudes restavam ao Juiz: ou *i)* sentenciar pela extinção do processo (art. 329) ou *ii)* expedir decisão de saneamento (art. 331), marcando antes audiência de conciliação (art. 331, letra “l”) ou *iii)* prolatar sentença de julgamento antecipado da lide (art. 330).

4. Pois bem, o que houve nos autos?

- Inexistiu audiência, inexistiram tentativa de conciliação, realização de provas; inexistiram debates. Apresentadas as contestações da entidade “x” como do Estado, ambas com protestos para produção de provas, abre o Juiz oportunidade para réplica, pela autora, das contestações; ouvese, em seqüência, o *parquet* para, moto contínuo, sem despacho algum, sem sequer o convencional - e indispensável -, de que, adrede, iria julgar antecipadamente a lide, edita o julgador monocrático a sentença hostilizada, que, sobre atentar contra os versículos apontados do Código Buzaid, trará, se mantida, extraordinária repercussão financeira para a escassa Fazenda Estadual.

5. Desconsiderada, em suma, a regra de que “*não é lícito conhecer diretamente o pedido se milita a favor do*



*autor, em decorrência do direito invocado, presunção relativa que admite, por sua natureza, prova contrária. Caso em que o réu protestava por provas, devendo-lhe ser assegurada a oportunidade de sua produção” (RSTJ 32/390).*

6. É que, Colenda Câmara, extremamente frágeis, se se olha com olhos de ver, foram as provas acostadas pela postulante à exordial, consistente assaz das vezes em **meros boletins confeccionados pela própria empresa privada**, junção desconexa de notas fiscais-futuras, profusão de cópias de depósitos bancários, anotações etc. representativas por suposto de ambicionados valores devidos de correção monetária e outros incabíveis e intoleráveis acréscimos.
7. Ademais - e aí o fato assume conotação de plena exacerbação e ofensa aos magnos princípios informadores do direito público e a texto expresso de lei, inclusive -, a sentença recorrida é toda ela lastreada, no que se traduz, por incrível que pareça, como **confissão e revelia** da entidade pública descentralizada “x” como do **Estado**, citado este para compor a lide como litisconsorte.
8. Com efeito, a fundamentação do aresto em testilha é toda ela fulcrada “na **confissão**” de que “**as verbas seriam repassadas muitas vezes com atraso e disso sabia e sabe a autora**” e, quanto aos inusitados e juridicamente inconsistentes **boletins confeccionados pela própria autora**, rotulados de “**demonstrativos** que se encontram às fls...”, mereceram do Juízo monocrático a seguinte exegese:

“Nem a entidade “x”, ré, nem o Estado, em momento algum deste processo, impugnaram de forma específica aqueles demonstrativos e o que neles se contém, ou seja, as declarações de ciência referentes a datas dos vencimentos das faturas acostadas aos autos e (as datas) dos respectivos pagamentos (sempre em atraso), o que importa dizer que, a ré, não se desincumbindo do ônus a que se refere o art. 302 do Código de Processo Civil, **hãõ de ter-se por verdadeiros os fatos alegados na inicial e**

**declarados nos supra citados demonstrativos, cujo teor, repito, não foi de nenhum modo impugnado especificamente pela ré”** (destacou-se).

9. Ou seja:, **confissão e revelia** servem de supedâneo à decisão guerreada que se completa com duas pérolas de desatenção ao **princípio da indisponibilidade do interesse público** e ao princípio da submissão do Juiz à lei e ao Direito (art. 35, I, da LOMAN):
- **a uma**, a colmatação de inexistente lacuna contratual, quando o Juiz condena o ente público ao pagamento de multa de 10% (dez por cento) sobre o total das prestações mensais, **não havia, como não há previsão contratual**, cláusula contratual, cláusula que autorize o desabusado ônus; muito menos lei alguma permite pretensão como essa;
  - **pior**: a idéia dos 10% (dez por cento) adveio de deformação, de distorção ou transgressão de cláusula que nenhuma pertinência guarda com o desiderato;
  - os 10% (dez por cento) referem-se à obrigação de a empresa contratada não negligenciar a prestação de serviços, atrasando-lhes o cumprimento, desde que se cuida de alimentos fornecidos a pacientes de hospitais públicos em sua grande maioria; não é, portanto, lícito que, contra a letra do contrato, venha, num processo de inversão, beneficiar-se a empresa privada; o **decisum** deslocou cláusula contratual de **dever** para a empresa em **direito**, em vantagem para essa mesma empresa; tudo isso em nome de leitura transversa do princípio da igualdade contratual.
  - **a duas**, porquanto - e o quadro é de desalento quando se volta para o todo, para o coletivo - a condenação em honorários advocatícios prendeu-se **não** ao comando hospedado no § 4º do art. 20 do CPC, mas, pelo visto, ao inaplicável § 3º desse mesmo art. 20, pelo máximo de 20%, **quando vencida é e foi a Fazenda Pública**. Nem se pode afirmar primorosa a exordial e exauriente o labor profissional, **venia concessa**.

10. Não houve, ao final, a citação de União Federal como litisconsorte passiva necessária, ainda que o r. **decisum** acolha a premissa maior da “**confissão**” de que as verbas eram repassadas pelo SUS, transferidas, destarte, pelo **Governo Federal**,

“... com atraso e disso sabia a autora...”

11. A entidade pública descentralizada “x”, como é ressabido, como o próprio Estado compõem ou integram o Sistema Único de Saúde, incumbindo à União a sua regulamentação, fiscalização e controle; trata-se de sistema descentralizado, mas hierarquizado (arts. 196, 197 e 198 da CF), sob tutela ou comando da União, que, como impõe e arrecada as denominadas **contribuições sociais** do art. 195 da **Lex Prima**, é instância, por excelência, financiadora da seguridade social (tributos como a CONFINS, a C.S.L., a CPMF, “quotas” de previdência dos empregadores, dos empregados etc., muito expressivos financeiramente, pertencem ao Governo Federal, que repassa os produtos arrecadados para os demais partícipes do SUS).

12. Se o sistema de saúde é único, **ex-vi** do que estabelece a **Lex Mater**; se os atrasos “confessados”, como admite a sentença, advieram da mora em transferi-los da União; se esta, é hierarquicamente, o ente maior do SUS, se as verbas são do SUS, apenas repassadas ou transferidas aos Estados e Municípios, por que não citá-la a compor a lide como litisconsorte passiva necessária?

- II -

### Razões de Reforma da Sentença

a) Na categoria de direitos que estão fora da disposição de seus títulos, encontram-se os da Fazenda Pública: direitos indisponíveis. “**Sentença que empresta validade à confissão de fato ou de se conferir o efeito do art. 319 do CPC, consoante se tem previsto nas normas do art. 351 do Diploma Processual Básico e do art. 1035 do Código**

**Civil, é nula de Pleno Direito”**

13. Com efeito, embora não haja declinado **expressis verbis**, o v. aresto recorrido adveio de julgamento antecipado da lide em face de haver emprestado efeito à **confissão**,

4

1. da entidade descentralizada “x”, desde que a ilustre causídica “**confessa**” que as verbas seriam repassadas com atraso e disso sabia e sabe a autora (fls. 02 da sentença); e

2. do Estado, que, em momento algum, impugnou de forma específica os **boletins** - confeccionados pela credora - ou **demonstrativos** e o que neles se contém, suas datas de vencimentos e respectivos pagamentos; e para bem caracterizar a omissão estatal, consigna:

“o que importa dizer que a ré não se desincumbindo do ônus a que se refere o art. 302 do CPC, não ter-se por verdadeiros os fatos alegados e declarados nos supracitados demonstrativos, cujo teor, repito, não foi de nenhum modo impugnado especificamente pela ré”.

14. Ilustrada Câmara: não havendo **efeitos da revelia** para o Estado como para fundação pública de sua administração indireta, nem **confissão**, inadmissível, coerentemente com o princípio da indisponibilidade do interesse público e com o da supremacia do interesse coletivo, com o próprio CPC, é o **julgamento antecipado da lide, como ocorrente in casu, ilegítima restrição ao que preceitua o art. 475, II do CPC pois que o Tribunal apreciaria o processo sem a fase instrutória da instância inferior, o que não se compadece com o sistema legal vigente**. Nesse caso, necessariamente incumbe ao Juiz monocrático a instrução processual. Isso não ocorreu. Nulo, insanavelmente, o **decisum** profligado, sob pena de violação frontal, direta e imediata do disposto nos arts. 319, 320, II, 351 e 334, V, todos do Código Buzaid.



Não divergem a jurisprudência de escol (RJTJESP 88/246; RTJ 84/631; RTFR 90/31, 121/133, 125/42 e RJTJESP 92/221) e a doutrina de boa cepa (Wellington Moreira Pimentel, Comentários ao CPC, RT, pág. 333 e 334; Darcy Arruda Miranda, CPC nos Tribunais, Brasiliense, SP, 2ª edição, 1990, arts. 286 a 485; pág. 1787; Milton Flaks, Comentários à Lei de Execução Fiscal, Forense, Rio, 251, pág. 238 e José Olímpio de Castro Filho, Revista Forense, vol. 246, pág. 208).

15. Até mesmo os **créditos fiscais** - imaginem-se os recursos do sistema único de saúde, administrados por entidade autárquica fundacional, pessoa jurídica de direito público que é - anota o **Ministro Carlos Mário Velloso** - são **indisponíveis**. Ouça-se o hoje membro do S.T.F.:

“Processual Civil. Revelia. Confissão. Créditos Fiscais. Direitos Indisponíveis. CPC 319, 320, II e 351. I. Referentemente às pessoas públicas, não se produzirão os efeitos da revelia, vale dizer, não serão reputados verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (CPC, art. 319). É que incide, na espécie, a regra do art. 320, II CPC, a dizer que a revelia não induz o efeito do art. 319, se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.

II. Os créditos fiscais são indisponíveis (CTN, art. 141, Lei 6825/80, art. 5º, Parágrafo Único. (...) Ac. TER, 4ª T., Remessa Ex-offício, 67773 - RJ - Rel. Carlos Mário Velloso, DJ 27.06.85, fls. 10.565).

16. É que os representantes das pessoas jurídicas de direito público, para satisfação dos objetivos de interesse coletivo, moldurados em lei, não têm disponibilidade dos direitos daquelas pessoas jurídicas. Da entidade “x” como do próprio Estado. Não havendo confissão nem os efeitos da revelia, inadmissível é o julgamento antecipado da lide por ilegítima restrição ao art. 475, II do CPC,

*pois o Tribunal apreciaria o processo sem a fase instrutória da instância inferior: O que não se compadece com o sistema legal vigente.. (!)*

17. Nesse caso, recorde-se, necessariamente seria obrigação - dever do Juízo singular a instrução

processual. Que não houve, *sic et simpliciter*.

**b) Manifesta subversão do procedimento ordinário pela decisão monocrática recorrida.**

18. Como é de tradicional sabença, o procedimento ordinário é o mais completo e o mais adequado à realização do conhecimento pela amplitude com que permite às partes e ao Juiz pesquisar a verdade real e a justa composição da lide (cf. Humberto Theodoro Junior, Curso de Direito Processual Civil, Forense, Rio, 1993, vol. I, pág. 332).

Para sua consecução, desdobra-se nas fases postulatória, de saneamento, na instrutória e na decisória.

A fase instrutória destina-se à coleta de material probatório que deverá dar suporte à decisão de mérito, no entanto, nos casos de revelia (art. 319), bem como de suficiência de prova documental e de questões meramente de direito (art. 330), a fase instrutória é eliminada, e o julgamento antecipado da lide ocorre logo depois da fase postulatória, no momento em que normalmente seria realizado o saneamento do processo.

- Como agiu o juízo solitário?

19. Das três alternativas possíveis, *i)* julgamento antecipado da lide (art. 330), incabível pelas razões expostas **retro**; *ii)* extinção do processo na forma do art. 329, o que não é a hipótese; *iii)* a única, a exclusiva conduta possível, a harmônica com o Diploma Processual Civil Básico era a de **sanear o processo**, determinar a realização de perícia, desde que necessária (art. 331); e *iv)* afinal, audiência de instrução e julgamento (arts. 444 - 457), para, só então, validamente, sentenciar.

Manifesta, em consequência, a nulidade da v. sentença recorrida, maltratados, de resto, os versículos aportados do CPC.

**c) Pacta Sunt Servanda.** Não pode o juiz transformar penalidade que apenas poderia incidir sobre

a prestadora de serviços por previsão contratual expressa, contra a letra mesma do pactuado, inverter penalidade, aplicando-a à Fazenda Pública.

20. Nas declarações de vontade - preconiza o Código Civil, arts. 85, 1090, 1027, 1483 -, se atenderá mais à intenção que o sentido literal da linguagem .

Todavia - é esse o entendimento da doutrina mais conseqüente e séria sobre hermenêutica dos contratos - deve-se tomar por base o teor das declarações para, a partir de então, buscar-se a intenção ou a *vontade real objetivada*, intenção essa, como é óbvio, *contida na declaração*.

- O que aconteceu na hipótese dos autos?

Há, no contrato, anexado pela ora recorrida, cláusula expressa dispondo no sentido de que, em ocorrendo (fato gerador) atraso ou negligência na prestação de serviços pela fornecedora “y”, seria esta passível de sofrer (mandamento) multa de 10% sobre o valor mensal do contrato (cláusula alfa).

- O que faz o juízo e sua douta sentença?

Inverte, ferindo disposição expressa do pactuado, a previsão contratual e aplica a multa de 10% contra a Fazenda Pública.

Não é assim, poder-se-ia contestar. Na cláusula “h”, não há a previsão de pagamento da multa de 10% em desfavor da parte inadimplente?

Não há, ao que se responde. Tal cláusula (...) diz respeito à hipótese de **resolução** por inadimplemento total ou parcial ou por mora, **resolução** que poderia ser promovida por qualquer uma das partes, mas não o foi.

Nem se afirme que a **inexistência** de cláusula pode ser objeto de **criação**, pelo magistrado, de norma “**integradora**”, em nome, inclusive, do princípio da igualdade das partes, que, aliás, não existe no

âmbito dos contratos administrativos. A coletividade não se ombreia ao particular, e ao juiz não é dado **acrescer** cláusula contratual, inverter o que foi adrede pactuado. O interesse público, sobre ser indisponível, prevalece sobre o interesse privado. Esse, o princípio informador básico do direito público, do direito administrativo.

**d)** Desconsideração para com o disposto no § 4º do art. 20 do CPC. Honorários fixados pelo máximo de 20% do total da condenação.

21. A r. sentença despreza às completas os princípios estabelecidos nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC. Incidível, como parte é fundação pública, espécie do gênero autarquia, é o comando hospedado no § 4º (STJ, 1ª T., R.Esp. 12.077-RJ - Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 4.09.91, DJU 21.10.91, pág. 14.732, 1ª col.; RTFR 126/143); repudiado este, mesmo com muito boa vontade, constata-se descuido também para com os parâmetros do § 3º. Tudo isso contra o Erário Público, contra a coletividade, em desconsideração aos seus desígnios.

**e)** As quitações dadas pela entidade privada são destituídas de significado jurídico?

Na documentação que se apensa (que, aliás, consta dos autos, fls.), há **quitações**, pela empresa privada “y”, das quais, naturalmente, hão de ser extraídas conseqüências as mais sérias, como as iterativamente consignadas pela jurisprudência (**Revista Forense** nº 240, págs. 240 e seguintes.; **Revista dos Tribunais** nº 372, págs. 70 segs.; nº 389, págs. 234 e segs.; nº 415, pág. 204 e segs., nº 422, pág. 231 e segs., nº 465, pág. 235 e segs.; nº 479, págs. 210 e segs.).

**Quitação**, ensina Maria Helena Diniz (Código Civil Anotado, Saraiva, 3ª edição, 1997, pág. 691), “é o documento em que o credor ou o seu representante, reconhecendo ter recebido o pagamento de seu crédito, **EXONERA O DEVEDOR DA OBRIGAÇÃO**”.

Nesta linha, dispõe o art. 939 do Código Civil que “O devedor que paga, tem direito à quitação regu-



lar (art. 940) e pode reter o pagamento enquanto lhe não for dada”. (7)

No art. 940, doutra feita, requisitos formais da quitação são fixados, e bem assim o art. 941 disciplina os efeitos da recusa do credor em dar quitação.

Quitação, portanto, exonera o devedor da obrigação e quando o pagamento for em quotas periódicas,

“... a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores”. (8)

Nas obrigações de prestações sucessivas e no pagamento em quotas periódicas - lembra **Maria Helena Diniz** (*in* Curso de Direito Civil Brasileiro, Saraiva, S. Paulo, vol. 2, 10ª edição, 1996, pág. 228):

“... o cumprimento de qualquer uma faz supor que o das anteriores também se deu e o da última cria a presunção *juris tandum*, até prova em contrário, de que houve extinção da relação obrigacional, uma vez que não é comum o credor receber sem que as prestações anteriores tenham sido pagas” (RT, 174:676, RF 195:122). (9)

- Indaga-se: são destituídas de expressão jurídica as quitações dadas pela credora?

- Serôdia correção monetária?

- 10% (dez por cento) não previstos no Edital de licitação e muito menos no contrato?

- 20% (vinte por cento) de condenação em honorários, sobre o total da condenação?

- 1% (um por cento) de juros ao mês, quando o art. 1062 do Código Civil consigna 0,5%?

22. Na realidade, ferida de morte foi, outrossim, a regra hospedada no art. 331 do Código de Processo Civil.

f) Premissa maior da sentença, a *confissão* da entidade pública descentralizada “x” consubstanciada na frase (repetida à exaustão): “As verbas são repassadas com atraso e disso sabia e sabe a autora”, razão por que “deveria ter pleiteado a rescisão do contrato” (fls., da sentença). “*Renúncia tácita*” da credora (“*Verwirkung*”), do direito alemão; “*lanches*”, “*estoppel*” e “*acquiescence*”, do direito norte-americano; plena adequação ao direito pátrio; precedentes.

23. É, evidentemente, inaplicável ao direito pátrio a tese da **aceitabilidade da confissão** como dos **efeitos da revelia**, quando envolvidos se encontram interesses indisponíveis como os versados nos autos.

Feita a advertência, não é despiciendo que se perquiria acerca do seguinte: se sabia e ressabia a empresa “y” que as verbas eram repassadas com atraso por que tolerou, por tanto tempo, que infringência contratual se repetisse com frequência inarredável? - Já que “o pagamento não era corrigido”, por que não pleiteou “rescisão contratual”, como repete a decisão hostilizada?

É ausente de efeito jurídico a sua omissão?

Sim, porquanto - com a escusa do recurso ao direito comparado - estivéssemos na Alemanha, viria em nosso socorro Karl Larenz (*apud* José Lamartine Corrêa de Oliveira, *in* A Dupla Crise da Pessoa Jurídica, Saraiva, São Paulo, 1979, pág. 346), para pontificar no sentido de que “*Verwirkung*”:

“... ocorre de modo especial (...) quando o titular do direito permitiu que surja e se fortaleça na outra parte a impressão de que não mais exercerá seu direito”.

24. Quando essa impressão é suscitada em razão de atos repetitivos, como a percepção, a cada mês do *quantum* pago com atraso - e sem protesto algum, com quitação plena a cada pagamento, repetitivamente, meses e anos a fio - representa verdadeira *consequência* de comportamento contraditório do titular. Continua, respeitante ao

tema, o incomparável **Larenz**:

“Porém a simples omissão do titular pode levar a outra parte à convicção de que o titular do direito não mais o fará valer. Não é tanto a duração no tempo que importa - pois ao contrário da prescrição, não há prazo legal de *Verwirkung* - mas a convicção suscitada na parte contrária, a confiança (*Vertrauen*) em que o direito não mais se exercerá. A consequência da *Verwirkung* é, segundo a doutrina alemã, o *desaparecimento* do direito mesmo”.

25. No direito anglo-americano existem como institutos análogos à *Verwirkung* - esclarece José Lamartine Corrêa de Oliveira, ob. cit., págs. 280 - 281 -, “lanches”, “*acquiescence*” e “*estoppel*”. Os tribunais de *equity* recusaram (cita, Oliveira, o Judge Siebert):

“... recusaram sempre o seu auxílio à parte que tenha “dormido sobre seus direitos e aquiescido durante grande período de tempo”. Só consciência, boa fé e razoável diligência podem colocar esta Corte em atividade; quando tais requisitos estão faltando, a Corte permanece passiva e nada faz”.

26. Quando alguém age de tal forma “que se pode razoavelmente de sua conduta inferir que induziu outras pessoas a crer que ela não faria objeção ao que essas pessoa estejam fazendo”, há de extrair-se significado dessa conduta que se harmonize com o **princípio da boa-fé, da lealdade**, a ofuscar a pecha de “reserva moral”, da carta guardada no bolso. Trata-se de afirmar uma espécie de preclusão do direito de ação de quem tinha inertemente tolerado um agir contrário a seu direito.

27. No direito luso-brasileiro, a “*renúncia tácita*” tem assento não apenas no âmbito do direito privado. Há, à guisa de ilustração, disposição expressa no vetusto Código de Propriedade Industrial, art. 94, onde se lê:

“Salvo motivo de força maior, caducará o registro, *ex officio* ou mediante requerimento de qualquer interessado, quando o seu uso não tiver sido iniciado no Brasil dentro de dois anos contados da con-

cessão do registro ou se for interrompido por mais de dois anos consecutivos”.

28. No direito do trabalho, a jurisprudência tem clara e reiteradamente admitido a preclusão, por “*renúncia tácita*” do direito potestativo de despedida do empregado.

Assim, por exemplo, decidiu o TRT da 2ª Região (Revista de Direito do Trabalho, m/ab. 77, pág. 60):

“A continuidade da prestação laboral do empregado, após o cometimento de falta grave, implica em perdão tácito, vez que a reclamada tinha conhecimento da reincidência das faltas, pelo que se dá provimento ao apelo, para decretar a procedência do pleiteado” (Proc. 2952/76).

29. No âmbito do direito privado, aí sim o mundo civilizado curva-se à “*Verwirkung*”, a “lanches”, a “*acquiescence*”, ao “*estoppel*”, à “*renúncia tácita*”, para incluirmos o nosso país nesse seletivo grupo.

30. No Brasil, por exemplo, o prestigioso 1º Tribunal de Alçada Civil do Rio de Janeiro, versando precisamente sobre **correção monetária**, deixou insculpida (Boletim ADCOAS nº 67.880/79):

“Compra e venda - Promessa - Cláusula de Correção Monetária - Recebimento das prestações não atualizadas - Efeito. Tratando-se de compra e venda de imóvel com pagamento parcelado e sujeito à correção monetária, tolerando o credor, por largo tempo, o pagamento não atualizado das prestações, inobstante expressa previsão contratual, não pode surpreender o devedor com a recusa ao recebimento dos pagamentos pelo valor antigo, sem notificá-lo de sua intenção de exigir o fiel cumprimento do contrato”.

31. Como *in casu sub judice*, não aconteceu, o magistério extraído do julgado *supra* repele o *venire contra factum proprium* e a idéia de proteção à confiança suscitada na parte contrária.



32. A empresa particular “y” recebia a cada mês e dava quitação a cada parcela. Quitações são despidiendas de efeito no âmbito do direito privado?

33. Persistindo na mesma linha de considerações, enfileira-se copiosa séria de julgadas como os que vedam ao promitente vendedor a utilização de resolutoria expressa quando prolongada tolerância com os atrasos do promitente comprador tenha suscitado neste a convicção de que a resolutoria expressa não mais seria invocada.

34. Teria atuado a empresa “y” com “reserva moral”, com a má-fé típica dos que fingem concordar - dos que quitam “*de mentirinha*” para, depois, aniquilar o devedor? Quando nem mesmo dependia deste o repasse das ambicionadas transferências?

35. Que dizer do julgado que, além de acolher exemplaríssimo exemplo de má-fé, ainda agrava a situação do devedor, impondo ônus não previsto no contrato, em nome de uma isonomia ou igualdade inexistente entre as partes? - E ônus de 10% (dez por cento) do total da condenação? E mais 20% (vinte por cento) de honorários? E 1% de juros? É, com as vênias de praxe, relegar o interesse público à vala do desvalor.

Assim, do 1º Tribunal Alçada do Rio de Janeiro vem a orientação (Boletim ADCOAS, Ementa nº 59.367/78):

“Pagamento - Mora - Tolerância do credor. Restabelecimento de cláusula contratual resolutive - Credor que tolerou reiterados atrasos no pagamento das prestações periódicas não pode, repentinamente, invocar a existência de cláusula para dar por rescindido o contrato. Cumpre-lhe sim, notificar o devedor para restabelecer *ex nunc* a plena eficácia da cláusula em questão”.

36. A empresa particular “y” manteve-se silente todo o tempo para, na ocasião subjetivamente oportuna, vir a juízo não só alvitrar “atrasados” e 10% (dez por cento), e mais 20% (vinte por cen-

to), numa “*bola de neve*” contrária à idéia mínima de ética, justiça e Direito (no veraz significado do termo).

Para concluir, traz-se à balha Acórdão Unânime da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 69.577, Boletim ADCOAS nº 39.277/76) e acórdão unânime da 2ª Turma do Pretório Excelso Boletim ADCOAD nº 39.007/76). Ainda, do Tribunal de Alçada Civil do Rio de Janeiro:

“Mora Reiterada - Notificação prévia - cláusula resolutoria - O prazo para o cumprimento da obrigação, quando desnaturado pela reiterada mora com tolerância do credor, só convalesce após prévia notificação do devedor. A jurisprudência dos nossos tribunais já se tranqüilizou no sentido da notificação prévia para propositura da ação resolutoria expressa”.

E, ao final, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 63.129, 2ª Turma, do STF:

“Promessa de Venda - A tolerância do promitente vendedor, admitindo o atraso no pagamento das prestações devidas, impõe seja previamente interpelado o promitente devedor”.

37. O que não admitem a ética e o Direito (do 1º mundo como do nosso) é sancionar a má-fé e o comportamento malicioso de alguns credores que se comportam de modo a armar verdadeiras ciladas aos parceiros da vida contratual.

Corre obrigação de advertir que não se está a pregar que só o puro retardamento no exercício do direito ensejaria a “*renúncia tácita*”. Não, o que se postula é a adequada valorização da fundamentação ética do exercício dos direitos, o que, como é evidente, torna necessária a adequada ponderação das circunstâncias do caso concreto, aptas a revelar os níveis e finalidades da conduta das partes. Tudo isso para concluir pela inalegabilidade de direito em face da pessoa em quem a prolongada inércia do título tenha criado a justificável confiança em que o direito não mais seria exercido.

- IV -

“O Judiciário (...) julgou que o Direito estava ao lado do reclamante, mandou seu perito fazer a avaliação do devido, os contadores dos cartórios fazem as contas – levando em consideração planos e mais planos, correção monetária, juros de mora e juros compensatórios, lucros cessantes etc e tal e mandou o Estado pagar”. (O Estado de S. Paulo, idem, ibidem).

“Em 1973, o DER fez um contrato para reforma de 60 km de estrada de rodagem pelo valor, hoje, de 13,6 milhões”.

.....

A indenização passou de 1973 a 1993 para R\$ 568.650 milhões, aos quais se acrescentaram, tendo como base este ano de 1997, R\$ 200 milhões de juros e correção monetária.”.

#### - CONCLUSÕES -

- É inaceitável a tese de que *os interesses econômicos assentados no contrato administrativo são direitos absolutos do contratado postos fora do alcance da Administração Pública enquanto parte* (10). Não que seja direito desta “amesquinhar, seja como for, o que se ajustou em relação à parte econômica do contrato”. De sorte que se a esfera pública “descumpra prazo ou paga com atraso”, é de se cogitar sobre a causa ou origem do ocorrido. Não é, como verbera a doutrina provinciana, automático e pelo máximo ônus o reconhecimento do *munus*, em nome seja de *rebus sic stantibus*, seja em nome de equação ou equilíbrio – que equilíbrio, o descrito em “o Estado de S. Paulo, ?! – econômico financeiro” (11)

- Os arts. 940, 941, 943, 944 e 945 do Código Civil Brasileiro imprimem à quitação presunção muito próxima da outorgada pelo art. 1908 da legislação francesa, quando refere à expressão “et en opere la liberation”. Colhem subsídios no Direito Suíço (Código Suíço das Obrigações – art. 89), no Direito Italiano (Código Civil, art. 1834), no Direito Mexi-

cano (art. 2089, 2091, C. Civil), no Direito Venezuelano (art. 1822 do C. Civil), entre outros.

- Quando uma das partes assume atitude que entre em contradição com seu comportamento anterior de modo a tornar-se inconciliável com o princípio da boa fé e com os bons costumes, é contra ela invocável a exceção de dolo geral.

- Quando o titular do direito permite que surja na outra parte a impressão de que não mais o exercerá; quando essa impressão é robustecida em virtude de atos ou declarações – ou com reiteradas quitações dadas sem reserva pela contratante privada –, **Verwirkung** representa consequência inafastável do comportamento contraditório do titular.

- É inaceitável a tese do saudoso Hely Lopes Meirelles (ob cit., pág. 186, arrimado em Celso Antônio Bandeira de Mello) de que “a Administração contratante não exerce direito algum quando retarda pagamentos devidos ... de modo que ... se esta se mostra impuntual... terá violado o contrato, será inadimplente e por isso, expõe-se à responsabilidade pelo comportamento ofensivo ao direito da outra parte”... A ênfase dos autores há de sopesar-se com as circunstâncias de cada caso; afinal, há direito do público contratante, não só encargos.

- É perfeitamente harmônica – tem base científica ou foros de civilização – a tese agasalhada no Acórdão do STF, publicado na RDA nº 16, ab/jun 1949, pág. 89: “As influências do direito público nos contratos em que é parte o Estado não o exoneram do dever de indenizar quando descumpra o convencionado”. Serve de bom complemento o julgado dado a lume na Jurisprudência Brasileira 7/123: “Firmado regularmente contrato com entidade pública, acha-se esta obrigada a cumpri-lo, salvo motivo legal de rescisão. Se o não cumprimento se dá arbitrariamente, a parte prejudicada tem direito a perdas e danos, segundo a compreensão do direito”. Só, portanto, se o não cumprimento se der **arbitrariamente**, ponha-se ênfase.

Felizmente, ao fim do túnel, vislumbra-se clareira insistente a ponto de vergastar a primazia que a doutrina mais festejada imprime à defesa dos interesses



patrimoniais do contratante privado. Assim, na RSTJ nº 95, (9) julho 1997, pág. 441, lê-se na ementa do Acórdão proferido no R.Esp. 39065-SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernechiaro, DJ 07.02.97:

“o princípio *pacta sunt servanda* é coordenado com a cláusula *rebus sic stantibus*. Só assim alcançar-se-á o direito justo”.

- Do contrário, a quem interessará a submissão dos contratos celebrados pelo Estado, ao “regime jurídico administrativo”?

- Não consoará como interesse público – da grande, da imensa maioria das pessoas ... – a submissão dos contratos “administrativos” ao direito comum? Com o que restará melhor protegido?

## NOTAS

(1) O registro é quanto ao repúdio, no século XIX, do direito anglo-saxão, ao direito administrativo, por identificá-lo com o sistema francês de dupla jurisdição, julgado incompatível com a supremacia do Parlamento e do Judiciário. A defesa do constitucionalismo oriundo da Magna Carta, exemplarmente por Dicey Blakstone, conf. Coelho Motta, Curso de Direito Administrativo, Jurídicos Lê, Belo Horizonte, 1991, 2ª edição, pág. 27.

(2) Figueiredo, Lúcia Valle – Contratos Administrativos em Espécie, Revista Arquivo do Ministério da Justiça, 153, pág. 62.

(3) “No último quarto do Século XIX”, nos E.U.A, registra Coelho Mota (ob. cit., pág. 28), advém progressiva presença do controle administrativo na atividade privada; noção de **public interest**, intensa construção dos direito e limitações constitucionais”.

(4) Bandeira de Melo, Celso Antônio – Curso de Direito Administrativo -, Malheiros, 9ª Edição, S.Paulo, 1997,

(5) “Absolutamente, não basta o direito público de

escolher os governantes e de impor leis à Administração; é necessário controlar o processo de aplicação da lei” (Sundfeld, Carlos Ari - A Importância do Procedimento Administrativo, RDP nº 84: págs. 64 a 74, out/dez. 1987, pág. 65).

(6) Coelho Mota, idem, ibidem.

\* “Quando há circunstâncias da causa a esclarecer, as quais o serão através de prova pertinente que nesse caso é necessária; quando houver questões dependentes de provas, não se admite o julgamento antecipado da lide” RTJ 113/416.

\*\* “Revelia - prova necessária - mesmo no caso de revelia, se a decisão de mérito está presa à prova a produzir, necessária e pertinente, é nulo o julgamento antecipado da lide” (STJ Resp. 5388-SP, 4ª T., DJU-1 20.05.91, pág. 6534)

(7) pág. 13. Miguel M. Serpa Lopes (Curso de Direito Civil, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 6ª Edição, vol. II, 1995, pág. 185) anota: “No sentido jurídico, quitação é o escrito pelo qual um credor reconhece ter recebido o pagamento de seu crédito”. Constitui, assim, um direito do devedor que pode exigir-la passada em forma regular (CC.939. “Quitação como forma de pagamento” – a palavra origina-se do latim medieval, **quietare**, alteração de **quietare**, significado **deixar tranquilo**.

Ainda o clássico Serpa Lopes, sobre os “Casos de Presunção de Quitação” (ob. Cit., pág. 189): “A prova do pagamento é facilitada por algumas presunções legais, consoante se vê dos arts. 943 a 945 do Código Civil: I- pagamento em quotas periódicas – Quando o pagamento consistir em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores; II- Presunção de pagamento de juros – Se a quitação se referir ao capital sem reserva de juros, estes presumem-se pagos (CC. 994). É uma presunção que conta com um duplo motivo: de um lado, de acordo com o art. 993, havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro aos juros vencidos, depois ao capital, salvo estipulação em contrário ou se o credor passa a quitação por conta do capital; por outro lado, salvo disposição em contrário, os juros só não devidos após o vencimento da dívida ou após a mora do devedor.

(8) pág. 12. O saudoso Orlando Gomes registra no seu “Curso de Direito Civil”, Forense, 11ª edição, Rio, 1997, vol. II, pág. 109: “Devido o pagamento consistir em prestação que corresponda integral e precisamente ao objeto do direito de crédito, ocorre, algumas vezes, que o credor o aceite na suposição de que foi incompleto ou inexato. A aceitação não preclui seu direito de exigir que se complete ou se aperfeiçoe. Algumas legislações prescrevem que, nesse caso, incumbe ao credor a prova de que a prestação de devedor não corresponde ao conteúdo da obrigação”.

(9) Caio Mário da Silva Pereira (Instituições de Direito Civil, Forense, Rio, 1997, vol. II, 15ª edição, pág. 135) com todas as letras insculpe: “O pagamento do capital faz presumir a quitação quanto

aos juros, *salvo recebido com reserva dos outros* (art. 944). Essa presunção é tida por irrefragável por numerosos escritores, entre os quais o nosso *Bevilacqua*. ***A quitação do principal faz presumir a dos acessórios. Registra, ainda, Caio Mário: “(1) Daí estabelecer-se que o instrumento particular, munido das qualidades que a quitação deve revestir (art. 940) prova o pagamento e extingue a obrigação, tendo esta sido constituída por instrumento particular ou por escritura pública. (2) O instituto da quitação adquiriu autonomia formal, relativamente à obrigação, o que é certo, pois que se trata de um ato jurídico independente, com fim liberatório. – Há conveniência em que se facilite a prova da quitação, seja no interesse do devedor seja no da paz social, razão por que a lei está mais disposta a facilitar a extinção do que a criação de vínculos (plus faremus liberationibus quam obligationibus). Por isso vale a quitação qualquer que seja a sua forma (art. 1093 do C. Civil).***

(10) cf. Diógenes Gasparini, BLC, dez. 1989, pág. 517.

(11) cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, RDP, vol. 74, cit., pág. 114.

