

A INADIMPLÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Ensaio sobre moralidade política e administrativa nos contratos

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

A Função Econômica do Contrato e a Proteção do Interesse Público - O Contrato Administrativo e seu Equilíbrio Econômico-Financeiro - Antijuricidade do Comportamento dos Entes Públicos Inadimplentes - O Abuso de Direito - O Locupletamento Ilícito - Apreciação das Consequências - Consequências.

A FUNÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO E A PROTEÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

Segundo ENZO ROPPO (*O Contrato*, Coimbra, Livraria Almedina, Portugal, 1988, pp. 9 a 15), "O contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas", concluindo que "onde não há operação econômica, não pode haver também contrato". Existe "operação econômica" onde ocorre transferência, atual ou potencial, de riqueza (dinheiro ou outras utilidades suscetíveis de avaliação econômica). Não necessariamente reduz-se esse conceito ao de troca, mas, "no âmbito dos ordenamentos capitalistas, onde as relações entre os homens assumem, em longa medida, o aspecto de relações de mercado: nestes, por necessidade intrínseca do sistema econômico, prevalecem largamente a lógica e a exigência da corresponsividade, da "troca de equivalentes" ".

Essa "transferência de riqueza" pode visar a atender tanto a interesses particulares como a interesses públicos; nesta última hipótese, tem-se o Contrato do Estado, que, no dizer de JOSÉ IGNACIO MONEDERO GIL (*Doctrina del Contrato del Estado* - Estudios de Hacienda Publica - Instituto de Estudios Fiscales - Ministério de Hacienda - Madrid, Espanha, 1977, p. 94) surge da necessidade que sentem todas as Administrações Públicas de adquirir no mercado bens e serviços para atendimento das finalidades inseridas em suas competências.

É que, por força do *dever de eficiência* que cabe ao Administrador Público, no exame das vantagens comparativas, muitas vezes o Estado vai buscar com o particular bens e serviços que não pode produzir ou não o faz no mesmo padrão de produtividade que a empresa privada.

Num regime que privilegia a livre iniciativa e a autonomia da vontade, a colaboração do particular é formalizada, então, no *contrato*.

Por óbvio, o *consenso* entre a Administração e o particular, que dá ensejo ao ato obrigacional e à conseqüente responsabilidade das partes contratantes, não será idêntico àquele firmado entre particulares; a razão disso está na própria relevância do fim a ser atendido pela Administração, que é inteiramente diverso daquele perseguido pelo particular. Enquanto a Administração busca atingir o bem estar geral, o particular age, tão somente, em seu benefício.

Tal situação de desigualdade levou a doutrina a buscar, no Direito Público, uma disciplina das peculiaridades das contratações que envolvessem interesses públicos, *sem*, contudo, *dissociar-se da teoria geral dos contratos*, sob pena de descaracterizá-lo como

instrumento de captação de bens e serviços junto aos particulares, que, então, se afastariam dessa indispensável colaboração.

Nesse passo, vale transcrever a advertência de MONEDERO GIL (*ob. cit.* pp. 90-91):

"Las peculiaridades de esta institución dimanán precisamente de la necesidad de conciliar el ser de la Administración como poder ejecutivo del Estado con el ser de los contratos, a fin de que el império de aquélla no destruya a éstos. La experiencia demuestra y los planteamientos económicos generales aconsejan que los contratos del Estado para que sean eficaces en el ámbito administrativo, deben ser de naturaleza semejante a los contratos entre particulares y que la incidencia del interés público y el ejercicio de los poderes para su defensa deben articularse sin perjudicar la filosofía íntima de la figura. De no actuarse con esta ponderación se esfumará la idea de contrato y la Administración perdería un instrumento magnífico para la captación de los bienes y servicios que precisa y para otras múltiples finalidades donde quiebran los métodos coactivos, sin que sea fácil imaginar por cual otro se podría sustituir en una sociedad baseada en la libertad individual y la economía de mercado. No existe, pues, fórmula jurídica más eficaz y transparente para regular las relaciones voluntarias de prestación entre el Estado y los particulares que la figura del contrato."

Uma dessas características, que o Contrato do Estado teve que absorver do contrato de Direito Privado foi o da comutatividade ou equivalência das prestações. Como lecionam ANDRÉ DE LAUBADÈRE e FRANCK MODERNE PIERRE DEVOLVÉ (*Traité des Contrats Administratifs*, 2ª ed. Tomo 1º, France, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 558):

"Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque partie a pour cause l'obligation de l'autre. Cette formule, que les civilistes emplacent couramment et considèrent comme "la conception classique" de la cause, doit être également appliquée aux contrats administratifs."

Mais do que essa utilização de aspectos da teoria geral do negócio jurídico, alertam os autores, em preciosa síntese do que será exposto adiante, que nos contratos com a Administração os co-contratantes estão muito mais expostos a riscos do que nos contratos civis, daí a necessidade de se buscar, no ordenamento jurídico, uma maior proteção, como forma de se evitar, ainda, um prejuízo maior aos interesses públicos envolvidos. Confira-se a lição:

"Du fait de l'existence dans les contrats administratifs de certains facteurs de mutabilité, notamment du fait des pouvoirs d'intervention unilatérale de l'administration dans l'exécution du contrat, le cocontractant se trouve exposé, beaucoup plus que dans les contrats civils, a voir se situation aggravée sans qu'il y soit pour rien. C'est en raison de cet élément d'insécurité, qui pourrait être du reste indirectement aussi préjudiciable aux intérêts du service public lui-même, que la théorie du contrat administratif fait une place, en contrepartie, à la notion de l'équilibre financier, ou, comme l'on dit encore, de l'équation financière du contrat. Elle admet que, dans certaines conditions, le cocontractant puisse faire valoir un véritable droit au rétablissement de cet équilibre lorsque certaines causes ont entraîné sa rupture." (os negritos não são do original. *ob. cit.* p. 716).

Concluem, então, com a necessidade de ser estabelecida uma equivalência entre os encargos e vantagens que foram considerados no momento da celebração do negócio, que, segundo JÈZE, envolvem, ao menos, as despesas de exploração (onde incluímos os tributos), remuneração do capital investido e um benefício normal. Trata-se de um balanço razoável, elemento determinante de qualquer contrato, não afastado, assim, pelas peculiaridades do chamado "contrato administrativo" a seguir expostas.

Preservar os objetivos do contrato, público ou privado, através do ordenamento jurídico é, pois, dever do Estado (CF, art. 1º, IV); sendo ele a expressão máxima da autonomia da vontade, através do qual as empresas desempenham seu papel na ordem econômica, gerando empregos e receitas fiscais, caracteriza-se como um dos mecanismos de realização dos objetivos fundamentais do Estado (CF, art. 3º).

Não cabe, então, a qualquer dos Poderes do Estado ou qualquer de suas entidades descentralizadas desconhecer os princípios e objetivos a serem observados.

Destarte, como primeiras conclusões parciais temos que:

- É vedado ao Estado-Legislador, ao Estado-Jurisdição e, principalmente, ao Estado-Administração não atender, nas suas esferas, à força vinculante dos contratos;

- Se há inadimplência, caracterizada pelo não pagamento, não há transferência de riqueza; logo a operação não denota aquisição de capacidade econômica; traduzindo-se o fato aos olhos do Direito Tributário, poder-se-ia construir o argumento de que não surgindo da operação capacidade econômica não se adquire capacidade contributiva, logo, ilegítima (ainda que legal, no texto frio da norma) a imposição tributária sobre a mesma.

O CONTRATO ADMINISTRATIVO E O SEU EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O CONTRATO ADMINISTRATIVO

O contrato, enquanto gênero, objeto privilegiado da Teoria Geral do Direito, qualquer que seja o sistema jurídico de que se cogite, é instituto fundamental e condição indispensável para a existência de regimes livres de economia de mercado.

Seu objeto, a constituição de uma relação jurídica de caráter obrigacional entre as partes contratantes, é o elemento comum a todas suas inúmeras espécies, como a civil, a comercial, a trabalhista e, no caso aqui tratado, a *administrativa*.

Apenas mencionando, sem intenção de aprofundar, as clássicas polêmicas, travadas em doutrina, sobre a natureza jurídica do *contrato administrativo*, em que se confrontavam, rejeitando a existência do contrato público, nomes como OTTO MAYER, GIANNINI, BONNARD e CAMMEO e, aceitando-a, os não menos autorizados LABAND, FLEINER, JELLINEK, JÈZE, LAUBADÈRE e tantos mais, pode-se, hoje, tranquilamente, afirmar que, no Brasil, a disputa foi ultrapassada.

Entre nós sempre foi dominante a admissão do contrato administrativo como espécie pública do gênero contratual, alinhando-se tanto os administrativistas mais antigos deste século, como THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, MÁRIO MASAGÃO, TITO PRATES DA FONSECA, quanto os mais modernos, como JOSÉ CRÉTELLA JÚNIOR, C.A. BANDEIRA DE MELLO, CAIO TÁCITO e o saudoso epígono HELY LOPES MEIRELLES; mas hoje, positivou-se o conceito a nível constitucional, de vez que reservou-se privativamente à União legislar plenamente sobre contratos em geral (art. 22, I), enquanto limitou-se-lhe, no mesmo artigo, a competência para legislar sobre contratos administrativos, à edição de normas gerais (art. 22, XXVII), deferindo-se às demais unidades da

federação, Estados, Distrito Federal e Municípios, exercerem sua autonomia político-administrativa para legislar em nível de normas específicas (art. 18).

Por ser uma figura distinta, por certo, apresenta características próprias, que não estão presentes no gênero.

Entre os clássicos, que propuseram dezenas de diferenciações e caracterizações, destacamos a contribuição de GEORGE PEQUIGNOT, jurista que nos legou duas clássicas obras sobre a matéria: *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, 1945 e *Des contrats administratifs*, 1953. Aponta ele as seguintes características:

- 1º - que o contrato se refira a um serviço público e
 - 2º - que contenha cláusulas exorbitantes do direito comum.
- (v. *Des contrats administratifs*, 1953, p. 16).

Como se observa, mantém-se ainda agregado à idéia de que o Direito Administrativo seria um ramo derogatório do direito comum, conceito que hoje já não tem mais o mesmo trânsito entre os especialistas.

Entre nós, CRETELLA JÚNIOR, no volume dedicado aos contratos administrativos de seu *Tratado*, considera-os caracterizados quando:

- 1º - deles participe a Administração;
 - 2º - tenham por objetivo direto a satisfação de interesses coletivos e
 - 3º - estejam submetidos a um regime de direito público
- (v. *Tratado de Direito Administrativo*, v. III, p. 47).

De minha parte, tenho sustentado, desde 1970, que a caracterização do contrato administrativo independe da presença do Estado num dos pólos da relação, pois nele poderá estar um delegatário legal (paraestatal), contratual (concessionário) ou unilateral (permissionário); tampouco estará no interesse coletivo ou finalidade pública genérica, pois contratos privados também podem visar a tais fins; nem, ainda, estaria a diferença no regime aplicável, público ou privado, pois esse regime seria, afinal, a própria consequência da caracterização. Parece-me, portanto, que o que o caracteriza é a existência de um *interesse público específico*, que é aquele definido em lei e cometido à cura da Administração Pública, que, para satisfazê-lo, irá buscar uma prestação obrigacional adequada (v. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1992, pp. 112 a 113).

A legislação atinente aos contratos administrativos, na esteira dos dispositivos constitucionais aludidos, é a geral, do Código Civil e a especial, basicamente contida no Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, baixado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, a nível de normas gerais, integrada pelas legislações estaduais, distrital federal e municipais, a nível de normas específicas.

O enquadramento doutrinário e o tratamento administrativo, como já se apreciou, ressaltam a natureza ambivalente dos contratos administrativos *de modo a submeter ao direito público tão somente as disposições dos contratos administrativos que digam respeito a esse interesse público específico* a que se visa atender pela contratação.

Exatamente, porque nesses casos, "a tônica do contrato" (administrativo) "se desloca da simples harmonia de interesses" (equilíbrio) "para a consecução de um fim de interesse público", como elegantemente ensina CAIO TÁCITO (*in*, *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 1975, p. 292), há de se reconhecer a natureza pública e, em consequência, a submissão ao regime público, apenas no que se refere àquelas cláusulas contratuais que se destinem a regular a prestação que deverá satisfazer o interesse público específico.

É nessas cláusulas, de natureza pública, em razão do interesse público que buscam e protegem, que se aninha a *supremacia* da Administração no contrato administrativo; não

porque essa prelação seja indissociável de seu *status*, mas porque ela decorre da precedência do interesse público sobre o privado. Por essa razão, tais cláusulas receberam a denominação de "exorbitantes", por ir além do direito comum dos contratos. Hoje, quando se reconhece que o Direito Administrativo é também um direito comum do Estado, tanto quanto o Direito Civil o é da sociedade; nenhum dos dois sendo "exceção" do outro, essa denominação tornou-se inadequada, permitindo uma apreciação mais precisa da natureza *ambivalente* do contrato administrativo.

Ora, a razão dessa ambivalência está na própria *dupla finalidade* do instituto: assim como a Administração visa a atender certo *interesse público específico* confiado por lei à sua cura, o co-contratante privado vai nele buscar o atendimento de seu *interesse financeiro*, como enfaticamente proclama LAUBADÈRE, quase nestes mesmos termos (v. *Traité de Droit Administratif*, 6ª ed., Paris, 1973, vol. I, p. 357).

Por isso, ainda, o contrato administrativo é *instável* em tudo o que se refere à prestação de interesse público, mas tão estável quanto qualquer outro contrato, no que atine à prestação de interesse privado, distinguindo-se as respectivas cláusulas regedoras: as *cláusulas de serviço* e as *cláusulas financeiras*, respectivamente, sendo essas últimas as inalteráveis, salvo acordo entre as partes (v. CAIO TÁCITO, *op. cit.*, p. 293).

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Estabelecida essa distinção, de serena acolhida pela doutrina e pela legislação pátria, embora, no caso da lei, sem a clareza e precisão que seriam desejáveis (v. art. 44, *caput*, do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986), não sobrexiste qualquer dúvida de que a *prestação pecuniária*, devida pela Administração nos contratos administrativos, *se submete integralmente à disciplina comum dos contratos em geral*, sendo-lhe vedado prevalecer-se de sua condição de ente público (ou de delegatário do Poder Público) para impor, de alguma forma, a sua vontade, com vistas a alterar o chamado equilíbrio econômico-financeiro desses pactos.

Esse equilíbrio econômico-financeiro costuma ser traduzido, em linguagem matemática, como *equação econômico-financeira* ou, simplesmente, *equação financeira*, espelhando a relação de absoluta igualdade que, no tocante aos interesses econômicos do co-contratante da Administração, deverá ser respeitada a todo transe, em sua intocável sacralidade, daí M. WALINE chamá-la de "equação" e destacar a sua inalterabilidade desde a conclusão do contrato (v. *Droit Administratif*, 9ª ed., Paris, Sirey, 1963, p. 618).

Fixe-se, portanto, que não apenas o *preço*, mas todas as demais cláusulas que digam respeito às prestações pecuniárias devidas pela Administração, do interesse público do contratante privado, *não são disponíveis unilateralmente pelo Poder Público*, incluindo-se entre elas, exemplificativamente, as que definam condições de pagamento, prazos, tolerâncias, juros de mora, multas contratuais etc.

Observe-se, por derradeiro, que o *equilíbrio* expressado pela referida *equação financeira*, há de ser mantido a todo transe, tanto quanto a Administração resolver alterar a prestação de interesse público a ser feita pelo seu co-contratante, quando esse equilíbrio se romper por qualquer outro motivo por sua ação ou omissão.

Dest'arte, em conclusão parcial, pode-se afirmar que é *antijurídico* o comportamento da Administração que romper o equilíbrio financeiro do contrato administrativo deixando de cumprir sua prestação pecuniária no valor, na época e nas condições contratadas.

Há, todavia, mais que isso na tese em exame; cogita-se de uma permanência indefinida da situação de inadimplência da Administração, de caráter generalizado, distorção

gerada, por certo, por acreditar-se ela titular de uma esdrúxula "prerrogativa", de dispor arbitrariamente sobre todas as cláusulas contratuais e por crer que assim obrando estará beneficiando o Erário e a sociedade.

Totalmente falsas, porém, essas premissas, merecendo, tais insólitas considerações, um exame jurídico destacado desse comportamento de crônica inadimplência, o que se fará no item seguinte.

ANTI JURIDICIDADE NO COMPORTAMENTO DOS ENTES PÚBLICOS INADIMPLENTES

PACTA SUNT SERVANDA

Em princípio, repise-se, o Estado é *uno*. Apenas como exercício teórico nele distinguimos suas descentralizações, personalizadas ou não. Em sendo *uno*, já seria paradoxal que suas manifestações orgânicas, como o são os Poderes, ostentassem comportamentos antinômicos, como, por um lado, afirmar em abstrato o primado de um princípio para, por outro, violá-lo ou ignorá-lo em ações concretas.

Pacta sunt servanda afirma, no caso, o Estado legislador, para, como administrador, desrespeitar, ao mesmo tempo, a lei e o pactuado. No entanto, acima de tudo deve estar a sacralidade do contrato, instituto esteio da ordem jurídica, dominado pelo princípio do *pacta sunt servanda*, "parte integrante da idéia ocidental do Direito", como recorda FORSTHOFF (*Tratado de Derecho Administrativo*, Madri, IEP, 1958, p. 377) ou como prefere REINACH, "fundamento apriorístico do Direito Civil (*Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1913, p. 683).

Ora, "tornar possível a coexistência dos homens, com o fomento do bem comum", tal o fim do direito, como proclama WILHELM SAUER (*in Filosofia Jurídica y Social*, p. 219, *apud* EVERARDO DA CUNHA LUNA, *Abuso de Direito*, Forense, Rio, p. 22), e, como ente destinado a expressar e manter o direito, o Estado não pode se apresentar nem *contra* nem mesmo *praeter legem*; muito ao contrário, cumpre-lhe obedecer à lei que faz *patere legem quam fecisti* - e, por isso, agir tão moralmente quanto o prescreve em sua *ordo iuris*.

Assim, quando o Estado, não importa por qual de seus entes ou órgãos, agride sua norma legal, essa violação é mais grave que a perpetrada por um particular. Até mesmo por isso, o cuidado enfático do legislador, em se tratando de contratos administrativos, de afirmar que eles *devem ser executados fielmente pelas partes* (art. 56 do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986).

ABUSO DE DIREITO

Como qualificar, portanto, a conduta do Estado como devedor recalcitrante, buscando com seu retardo crônico tirar vantagem às custas de seu co-contratante?

Na doutrina internacional, essa situação já foi caracterizada pela pena ilustre de L. JOSSERAND na seguinte passagem de seu clássico *Do Espírito dos Direitos e de sua Relatividade* na seguinte passagem, ao tratar do abuso de direito nos contratos: "*Ce n'est d'ailleurs pas nécessairement à l'encontre du créancier que s'exerce cette volonté de compression; c'est aussi, parfois contre le débiteur qu'elle trouve à s'employer: débiteur malheureux et de bonne volonté, il aura obtenu un ou plusieurs délais de grâce; débiteur récalcitrant et de mauvaise foi, il encourra, à raison de son retard à payer la somme dont*

il est redavable envers son créancier, une condamnation à des dommages-intérêts supplémentaires qui viendront se superposer aux intérêts moratoires de la créance; c'est ainsi qu'il sera châtié de sa résistance plus qu'injustifié, mais dolosive, donc certainement abusive. Du moins sera-t-il quitte en exécutant ses engagements tels qu'ils ont été fixés par la convention? Par nécessairement; pas plus que le créancier, il n'a doit d'user de tout son droit, jusqu'à l'extrême limite et pour ainsi dire, jusqu'à la lie: jouissant de délais préfixes, et pourra se voir reprocher de les avoir systématiquement épuisés" (*De l'esprit des droits et de leur relativité - Théorie dite de l'Abus des Droits*, Paris, Dalloz, 1927, pp. 159 e 160).

Se há abuso, mesmo quando se obtém a negociação de sucessivas prorrogações, quase sempre sob indevida pressão do devedor recalcitrante, com muito mais razão, quando a procrastinação indefinida se dá por mero *arbitrio* do devedor.

Esse *arbitrio* ilícito "é a essência do abuso de direito", como indica com precisão o monografista brasileiro do tema, EVERARDO DA CUNHA LUNA (*op. cit.*, p. 65), esclarecendo que, em se tratando de Direito Administrativo, "no *desvio de poder*, tem-se o poder e se desvia ele dos fins, que se propõe o direito; no *excesso de poder*, usa-se de um poder que a ordem jurídica não reconhece" (*op. cit.*, p. 102).

Como, no caso da inadimplência crônica, poder-se-ia pretender que a Administração tivesse o poder de procrastinar indefinida e habitualmente a satisfação de sua obrigação pecuniária contratual? Como, obviamente, não tem tal poder, resta irrespondível que se está diante da versão pública do abuso de direito: um *abuso de poder*, ou seja, o uso de um poder "que a ordem jurídica não reconhece", conforme deixou-se assentado na conclusão parcial.

As conseqüências das distinções apresentadas são relevantes, como observa M. HAURIUO, confrontando o *desvio de poder* e o *abuso de direito* em qualquer das formas que possam assumir: "Enquanto o *desvio de poder* tem como conseqüência, uma anulação, o *abuso de direito* tem, como efeito, uma indenização" (v. EVERARDO DA CUNHA LUNA, *op. cit.*, p. 103, n/grifo).

O eminente Professor e Magistrado argentino MIGUEL ANGEL BERÇAIZ, em sua obra *Teoria General de los Contratos Administrativos* (Buenos Aires, Editores Depalma, 1980, p. 403), invocando a doutrina mais autorizada, sustenta que o limite do poder de alteração unilateral do contrato pela Administração é a incolumidade da equação econômico-financeira; entende que, uma vez rompido o equilíbrio contido nessa equação, deve ele ser restabelecido através de indenização.

Isso posto, como nova conclusão parcial, é indubitável que o agente público não pode prevalecer-se das prerrogativas atribuídas ao Estado *para buscar vantagens estranhas às finalidades legais da Administração Pública*.

LOCUPLETAMENTO ILÍCITO

Ao descumprir o contrato, firmado sob o pressuposto da boa fé como acentua o saudoso mestre ORLANDO GOMES (*Contratos*, Ed. Forense, p. 46), e prolongar seu inadimplemento, pretenderia o agente público auferir para a Administração "ganhos", que de outra forma não teria, às custas do patrimônio de seu co-contratante.

É como se, em conseqüência do inadimplemento prolongado e contumaz, se agregasse, *de facto*, um pacto adjeto perverso de *financiamento*, da obra, do serviço ou do fornecimento realizado para o Poder Público.

Aí está, de modo patente e inequívoco, caracterizado o *locupletamento*, ou seja, o enriquecimento que decorre de sua inércia *solvendi*, qualificado como *ilícito* porquanto ele não tem suporte na ordem jurídica, que se funda na boa fé dos contratos.

Nem mesmo o Estado pode pretender enriquecer-se ilicitamente, cumprindo "notar que as pessoas governamentais, por força mesmo de sua posição jurídica peculiar, estão adstritas a deveres de comportamento sintônicos com suas funções e natureza", como adverte C.A. BANDEIRA DE MELLO (in RDA, 149, jul/set. 1982, p. 308).

Ao coagir seu co-contratante a desembolsar recursos próprios para custear a prestação de interesse público, a Administração, além de violar a garantia patrimonial da equação econômico-financeira, viola também, indiretamente, a imutabilidade do objeto do contrato, impondo o acréscimo de um *financiamento adjeto*, não pactuado e, por vezes, até ruinoso.

Como se pode observar, o locupletamento, dessa forma, atinge também o *objeto do contrato*, comprometendo, simultaneamente, as *duas garantias* intocáveis na lição lembrada de G. PÉQUIGNOT: a *imutabilidade do objeto* e a *garantia patrimonial* (op. cit., p. 433).

Hoje resta indubitado que essa vantagem ilícita não pode ficar sem sanção na ordem jurídica, mesmo quando o Poder Público auferir vantagens indevidas de contratos nulos ou inexistentes. Diariamente ocorrem, em todo País, acertos de contas de contabilidade pública para que a Administração indenize, por composição amigável, os serviços ou fornecimentos que de boa fé lhe foram feitos pelos particulares. Neste sentido, recolhe-se a autorizadíssima lição de HELY LOPES MEIRELLES em sua clássica obra didática: "Todavia, mesmo no caso de contrato nulo ou inexistência de contrato, pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados para a Administração ou dos fornecimentos a ela feitos, não com fundamento em *obrigação contratual*, ausente na espécie, mas sim no dever moral de indenizar o benefício auferido pelo Estado, que não pode tirar proveito da atividade do particular sem o correspondente pagamento" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 12ª ed., S. Paulo, R.T., p. 194), acrescentando, em nota, os ecólios jurisprudenciais neste sentido: TJRJ RF 153/305, TJSP RT 141/686, 185/720, 188/631, 141/184, 1º TASP Civil 272 1513.

A nova conclusão parcial que se impõe, agora aquiliana, resultante de um "quase contrato", imposto, de fato, pela Administração ao seu co-contratante, levando-o involuntariamente e de boa fé a suportar um financiamento do serviço ou fornecimento prestados, é, na linha do ensinamento acima transcrito, "o *dever moral de indenizar o benefício auferido pelo Estado*, que não pode tirar proveito da atividade do particular sem o correspondente pagamento".

APRECIÇÃO DAS CONSEQÜÊNCIAS

Caracterizada *multimodalmente* a injuridicidade do comportamento negociador da Administração, quando descumprido de modo *permanente e habitual* as obrigações contratuais por ela assumidas, e demonstrado, extreme de dúvidas, que essas obrigações, bem como tudo mais que diga respeito ao equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, não têm regência publicista senão que, ao contrário, se submetem integralmente à disciplina civilista, cumpre apreciar, mais detidamente, as *conseqüências jurídicas e fáticas* decorrentes.

CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS

São muitas e graves, contratuais e extracontratuais, as que recaem sobre a Administração recalcitrante na inadimplência, pois converge toda a ordem jurídica a dissuadi-la de optar por esse comportamento apenas aparentemente "vantajoso", como se demonstrará adiante.

Além das conseqüências incidentes sobre o Poder Público, enquanto pessoa administrativa contratante, há aquelas, não menos severas, que recaem sobre os agentes públicos que deram causa às ilegalidades.

Com relação à Administração, em nada lhe aproveita a condição de pessoa jurídica de direito público para eximir-se das conseqüências de direito comum, tal como clarissimamente estabelece o art. 15 do Código Civil:

"As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano."

Hoje, essa regra áurea de responsabilização patrimonial do Estado está elevada ao art. 37, § 6º, da Constituição, com maior abrangência e dispensando a prova de culpa da Administração:

"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Como se sabe, a responsabilidade civil, "a que impõe a obrigação de reparar o dano patrimonial"... "pode provir da lei (*responsabilidade legal*), do ato ilícito (*responsabilidade por ato ilícito*) e da inexecução do contrato (*responsabilidade contratual*)" (HELY LOPES MEIRELLES, op. cit., pp. 201 e 202).

O raciocínio é simples e traz-se à colação o magistério de C. A. BANDEIRA DE MELLO, ainda outra vez, que o desenvolve com a costumeira propriedade:

"Se o dever de reparar, e *integralmente*, existe até em razão de atos unilaterais, inclusive legítimos, com maior vigor haverá de ser reconhecida sua amplitude, totalmente resguardadora dos interesses privados lesados, *ante relações jurídicas consensualmente estabelecidas e nas quais há uma equação econômico-financeira intangível, como visto.*" (in op. cit., p. 309, n/grifo).

No tocante aos contratos, prima a regra áurea das obrigações, estampada no art. 956 do Código Civil:

"Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa."

Esta regra, justamente considerada como "um princípio universal", como deflui do depoimento de AGOSTINHO ALVIM, em sua clássica monografia sobre a matéria (*Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, S. Paulo, 1949, p. 54), completa-se com aquelas especificamente dirigidas à inexecução das obrigações (arts. 1.056, 1.057 e 1.058 do Código Civil).

Destaque-se o art. 1.056:

"Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos."

Observe-se que, *ocorrida a mora*, o que pressupõe a sua constituição consoante o art. 955 do Código Civil, até mesmo os prejuízos resultantes do caso fortuito e da força maior, que *normalmente* não deveriam ser cobertos, deverão ser indenizados pelo inadimplente ao contratante credor, a teor do art. 1.058 do Código Civil:

“O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, *exceto* nos casos dos artigos 955, 956 e 957.” (n/grifos).

É preciso ter em mente ainda, que são distintas as indenizações decorrentes da inexecução *tout court*, consistente no pagamento dos juros e custas, sem prejuízo da pena convencional, como dispõe o art. 1.061 do Código Civil, e as indenizações decorrentes da inexecução qualificada, tal como descrita na tese *sub examem*, caracterizada pela *anormalidade* do inadimplemento continuado e habitual, sem dúvida de caráter extraordinário e de conotações extracontratuais.

Reforce-se a asseveração com o magistério do eminente ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, administrativista uruguaio, que examinou essa *anormalidade* apontada:

“A Administração deve efetuar o pagamento nas datas estipuladas. Se incorre em mora, paga juros, o que geralmente está pactuado em forma expressa. Quando os atrasos são normais, o pagamento de juros é tudo quanto o co-contratante pode reclamar da Administração. Mas, se a demora é anormal e corresponde à má-vontade da Administração ou reveste caráter extraordinário, em consequência do que o co-contratante sofre prejuízos que o simples pagamento dos juros não repara, a Administração poderá ser obrigada a indenizá-lo.” (*Tratado de derecho administrativo*, 3. ed., Montevideu, 1974, p. 111, n° 547).

Do mesmo modo, a doutrina civilista nacional contempla a hipótese de *inexecução qualificada* quando o devedor moroso causa *outros danos* e priva o credor de perceber seus esperados ganhos, como se pode ler na seguinte e muito esclarecedora passagem de JOÃO FRANZEN DE LIMA, fazendo escorreita interpretação sistemática e teleológica da norma do art. 1.061 do Código Civil:

“Há, contudo, exceções a essa regra, de que, quando a prestação for dinheiro, as perdas e danos se constituem dos juros da mora e das custas.”

E, depois de apontar a pena convencional, prevista no próprio art. 1.061 e a dos efeitos da fiança, consoante o art. 1.496, prossegue:

“E, além disso, a doutrina consagra, e muito sabiamente, que, quando além de moroso, o devedor pratica atos positivos que causem dano ao credor ou quando se dá o caso de, em uma determinada obrigação sofrer o credor outros danos, ou se vir privado de ganhos maiores do que os frutos legais, o texto, que estabelece as perdas e danos nas obrigações de dinheiro consistem nos juros de mora, *não deve ser obstáculo a que o credor seja devidamente indenizado pelos outros danos sofridos.*

Essa doutrina, sustentada pelo notável GIORGI, tem o apoio de CARVALHO DE MENDONÇA, que ensina: Discute-se, todavia, se o credor pode pretender *outros danos*, além dos juros legais.

Quanto à pena convencional estipulada, nenhuma dúvida resta: ela se acumula sempre aos juros legais da mora.

Relativamente a quaisquer outros danos, há quem, fazendo a distinção entre danos “comuns” e “próprios”, admita que aqueles sejam sempre legalmente protegidos pelos juros da mora e se o credor puder provar cumpridamente os segundos, entenda que devam ter sua indenização especial.

Não entrando na apreciação teórica da referida classificação dos danos, achamos, entretanto, *procedente a solução*, inteiramente compatível com o direito pátrio.” E exemplifica em abono de sua conclusão.

“Também CARVALHO SANTOS dá seu apoio à doutrina e conclui seus comentários assim: A regra geralmente admitida tem sido esta: poderá o juiz condenar, além dos juros moratórios, nas perdas e danos o devedor, quando verifica da parte deste um ato positivo de má-fé ou meramente culposos, que foi a causa dos prejuízos sofridos pelo credor. Terá o juiz, em hipóteses semelhantes, de examinar a questão de fato e decidir se há *simplesmente mora*, e por consequência, deverá a condenação abranger apenas os juros moratórios, ou se a mora é *agravada de outros prejuízos*, hipótese em que a condenação deverá abranger os interesses compensatórios.

Que essa é a doutrina da ilustre Comissão do “Anteprojeto de Código de Obrigações”, temos a prova disso no parágrafo único do art. 327 do “Anteprojeto”, acima transcrito, em que estabelece que, “provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo”, pode o juiz atribuir ao credor indenização suplementar.

E justo é que assim se dê, porque se, além da mora, o devedor pratica atos que causem dano ao credor, ou quando se dá o caso de, em uma determinada obrigação, sofrer o credor outros danos; ou quando se vir privado de ganhos maiores do que os frutos legais, o seu projeto é manifesto e não é coberto pelo simples juros moratórios, justificando, portanto, uma indenização suplementar.” (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed., Ed. Forense, v. II, pp. 340 e 341, ns/grifos).

A imposição de uma não pactuada e indesejada relação de *financiamento*, sem dúvida, cobre a hipótese examinada, justificando uma indenização *con...*, consoante a autorizada exegese apresentada, ainda porque, as perdas e danos que satisfarão os prejuízos ilicitamente inflingidos ao Credor, nessas anômalas circunstâncias, deverão abranger o que efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar (art. 1.059 do Código Civil).

Como nota de reforço, aí está o Decreto-Lei n° 2.300, de 21 de novembro de 1986, enfatizando, no seu art. 56, que “o contrato deverá ser executado *fielmente* pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas deste Decreto-Lei, respondendo cada qual pelas consequências de sua inexecução total ou parcial” (ns. grifos), corroborando a interpretação dada e situando com maior clareza a amplitude das consequências da inexecução, entre as quais, a de *rescindir* o contrato em caso de “atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos pela Administração, decorrentes de obras, serviços ou fornecimentos já recebidos, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra;” (art. 68, XVI, *leg. cit.*).

O co-contratante, lesado pelo inadimplemento recalcitrante do Poder Público terá sempre a indenização suplementar pela acrescida anormalidade e, em princípio, o direito à rescisão do contrato.

Em suma, incorrerá o Poder Público nas seguintes obrigações derivadas:

- 1º - os juros de mora;
- 2º - as custas, entendidas como as despesas a que tiver dado causa a impontualidade do devedor;
- 3º - a pena convencional, quando contratada;
- 4º - a indenização suplementar, desde que as perdas e danos sejam comprováveis pelo co-contratante credor e dentro dos limites de razoabilidade estabelecidos no art. 1.059 do Código Civil.

Independentemente das obrigações indenizatórias acima arroladas, acresce-se outra obrigação conseqüente da inexecução de pagar em dinheiro, consistente na reposição do valor da moeda de pagamento, corrigindo-a integralmente, de modo a equivaler ao *quantum debeatur*, na data que o pagamento vier a ser efetivamente realizado.

Como se pode observar, estamos fora das *conseqüências sancionatórias*, que examinamos até aqui, mas diante de uma obrigação de repor o *real valor* da prestação originariamente pactuada, mantendo-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem qualquer modificação do débito, como adequadamente esclarece CAIO TÁCITO:

“A correção monetária não altera a substância econômica; altera apenas a sua expressão nominal, em termos monetários, eliminando a instabilidade no valor real dos pagamentos e mantendo a equivalência legítima das obrigações bilaterais, quando não são simultâneas, mas sucessivas ou diferidas no tempo. E, em suma, o antídoto eficaz aos efeitos da inflação sobre as relações jurídicas entre o Estado e os particulares” (*op. cit.*, p. 332).

A correção monetária, portanto, se impõe como corolário da intangibilidade da equação financeira dos contratos administrativos, não consistindo em nenhuma *sanção* para o devedor moroso nem, tampouco, um *benefício* para o credor, como, aliás, já afirmou o Supremo Tribunal Federal: “A correção monetária não remunera o capital, apenas assegura a sua identidade no tempo” (RE nº 82.419, DJU, 10-12-1975, p. 263).

Obviamente, uma vez atualizada a prestação devida, sobre ela deverão ser calculados os quantitativos sancionatórios a ela vinculados; tais como os frutos legais e a pena contratual, quando for o caso.

Por derradeiro, mas não menos importante quanto aos agentes que deram causa, com culpa ou dolo, aos atrasos abusivos, eles deverão responder administrativa e civilmente, neste caso, por via de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição).

Nunca é demais repisar que, enquanto a responsabilidade da Administração Pública, consoante a regra constitucional, é objetiva, a de seus agentes, que deram causa aos danos, em caso de regresso, depende da apuração da omissão lesiva, por imperícia, imprudência ou negligência (culpa) ou de haver o agente deliberadamente assumido o risco de produzir a lesão à Fazenda Pública, ainda que sob o pretexto de ter pretendido, ao revés, auferir ganhos, pois esses ganhos seriam sempre, nas circunstâncias téticas examinadas, *ilícitos* (dolo).

CONSEQÜÊNCIAS FÁTICAS

Não menos graves, todavia, são as conseqüências fáticas da conduta vezeira do Poder Público em inadimplir seus contratos.

Na verdade, a quebra da sacralidade dos contratos administrativos ultrapassa a relação entre suas partes e repercute, mais além, sobre a sociedade, o Estado e o próprio Direito.

Desde logo, deve-se ressaltar a repercussão na esfera *moral*, indissociável do direito. O alto conceito que deveria ter a sociedade sobre o Estado e o Direito, enquanto instituições que têm a seu cargo a imposição de valores éticos, fica seriamente prejudicado, quanto mais não seja, pelo mau exemplo, em contrariedade a esses valores. A sociedade passa a ver o Estado com suspicácia e a desconfiar do seu Direito, assumindo, com a continuidade dessas situações, uma postura cínica, que já é uma predisposição à desobediência civil.

Arrisca-se, o Estado, mais que a ter de indenizar seus co-contratantes lesados: a esgarçar o próprio tecido da sociedade cujos interesses deve administrar. Ocorre uma *subversão de valores*, quando o administrador público entende que é mais importante obter

discutíveis ganhos financeiros para a Fazenda Pública do que sustentar os valores sobre os quais assenta o próprio Estado e o Direito. O dinheiro, que é um meio para o Poder Público atingir os fins do Estado, convola-se em fim em si mesmo.

Mas há, por certo, toda a repercussão econômica, que pode ser imprevisivelmente muito alta, muito além daquela que, por via de acordo ou por força de sentença judicial, o Estado venha a pagar ao co-contratante lesado. Com efeito, a sociedade, que deverá arcar, em última análise, com seu tributo, para o custeio das indenizações, *reagirá*, retraindo o mercado, quando das licitações e das contratações com o Poder Público ou aumentando, como resposta, os seus preços, caso se arrisque a com ele contratar.

E não ficam aí as desastrosas conseqüências da generalização da inadimplência pública: a previsível retração do mercado às licitações vai escancarar as portas para a contratação direta, com o perigoso apoio no art. 22, VI, do Decreto-Lei nº 2.300/86, multiplicando os conluios e outras formas de corrupção.

A inadimplência recalcitrante, habitual e generalizada do Estado é, por fim, um problema juspolítico de suma gravidade, pois, além do prejuízo para os cofres públicos, do agravamento de ônus tributários para a sociedade e da desmoralização das instituições públicas, gera intranquilidade e incentiva a corrupção nas suas relações com o mercado.

Todas essas conseqüências, que há bem pouco tempo não eram satisfatoriamente alcançadas, em toda sua multifária extensão, pelas malhas da ordem jurídica, excessivamente estrita quanto ao conceito de legalidade dominante, de corte positivista-formal, hoje encontram, na Constituição, respostas adequadas. É que o constituinte de 1988, em momento de inspiração, acrescentou às dimensões éticas da *legalidade (stricto sensu)* e de *legitimidade* previstas na própria definição do Estado brasileiro (art. 1º), Estado Democrático (de legitimidade) e de Direito (de legalidade), a dimensão da *licitude*, ao referir-se, em inúmeros dispositivos de seu texto, à *moralidade* e, em particular, à *moralidade administrativa*.

Ora, se a moralidade administrativa é um princípio essencial (art. 37, *caput*), tanto que pode levar até a anulação do ato (art. 5º, LXXIII), é fora de dúvida de que há de existir sempre uma *sanção* para sua violação, ou seja, na tese examinada, para esse comportamento habitualmente antijurídico e *despido de qualquer finalidade pública* que, sobre isso, compromete de forma tão intensa e constrangedora, a Administração Pública e, *deinde*, o Estado.

Os agentes, responsáveis por esse desvio, causam danos ao Erário, ainda que intimamente possam imaginar que o beneficiam. São maus administradores e devem ser responsabilizados regressivamente pelos prejuízos que causam efetivamente ao Estado, pois inegavelmente assumiram esse resultado.

Em conclusão, face ao exposto, mormente ante os aspectos de moralidade envolvidos, o pretexto de que o inadimplemento público de hoje beneficiará amanhã a Administração é uma falácia a ser desmentida e uma imoralidade administrativa a ser combatida; em parte confundindo-se, no caso, o interesse privado patrimonial, de qualquer co-contratante lesado, com o próprio interesse *público* de que se exerça o *controle*, administrativo ou judiciário, sobre esse abuso de tão disseminadas e funestas conseqüências.

E, na primeira linha do *controle de legalidade*, deverão estar, sem dúvida, os órgãos jurídicos encarregados de exercê-lo, como o são, na União, a Advocacia Geral da União, e nos Estados, as respectivas Procuradorias.

Pelos motivos expostos, é dever desses exercentes de funções essenciais à justiça estarem atentos aos desvios dos agentes públicos que controlam, no cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo Estado.

CONCLUSÕES

À luz do exposto, a simples inobservância da data de pagamento contratualmente prevista já é fator que desequilibra a prestação avençada, mormente numa economia inflacionária como a que ora se atravessa. Portanto, se o contrato deve ser cumprido conforme pactuado, deve ser efetuado o pagamento pelo seu *valor real* estipulado nas cláusulas contratuais, o que se faz mediante aplicação de índices de correção monetária. Tal reposição de poder aquisitivo da moeda não constitui sanção, portanto independe de prova ou de previsão específica no contrato, bastando ser invocado o art. 56, do Decreto-Lei nº 2.300/86, em combinação com o § 6º, do art. 37, da Constituição Federal.

Evita-se, assim, um enriquecimento sem causa do Erário em decorrência da transferência forçada (indesejada não pactuada) de riqueza pelo co-contratante.

Entretanto, cumpre ressaltar que a correção monetária é apenas um dos fatores a serem considerados na indenização que é devida ao co-contratante.

Não obstante a doutrina estrangeira e civilista pátria citadas, a tese da indenização complementar já ganha adeptos na mais moderna doutrina publicista pátria, como pode se verificar da lição de ZANON DE PAULA BARROS (*Boletim de Licitações e Contratos* nº 11/92, p. 438):

“É fato que o prejuízo de quem recebe seus créditos com atraso é muito maior do que o indicado pelos índices de correção monetária, pois é de conhecimento geral que o custo do dinheiro e, assim, da manutenção do capital de giro de uma empresa está vários pontos percentuais acima da inflação. De qualquer forma, o prejuízo pela desvalorização da moeda, entre a data contratualmente prevista para o pagamento e a real quitação da fatura, como se disse, dispensa prova, pois é oficialmente reconhecida pelo governo que calcula e divulga os índices respectivos. Pode-se até demonstrar prejuízo maior, mas não há como negar este.”

Muitas Administrações recusam o pagamento da correção monetária se o principal foi recebido *sem ressalva*; entendem que operou-se a quitação.

Ressalte-se, ainda, que se o pagamento é feito mediante depósito bancário, não havendo a possibilidade prática da ressalva, não se pode concluir que houve quitação.

Assim é a Jurisprudência do Eg. STF, *verbis*:

“Execução de Obra Pública - Ilícito Contratual - Correção Monetária.

Se a Prefeitura recusou-se a pagar a obra pública que mandou executar e recebeu como boa, comete ilícito contratual cuja reparação reclama ampla correção monetária a partir de quando o agravo patrimonial.” (RTJ-STF 112, p. 923).

No corpo do acórdão, acolhido à unanimidade, afirma-se:

“Aliás, é reiterada e tranqüila a jurisprudência da Corte no sentido de reconhecer que a indenização decorrente de ilícito contratual, caracterizadora de dívida de valor, deve assegurar a plena reparação do desfalque patrimonial, inclusive pela atualização monetária, razão jurídica que dispensa a invocação da Lei nº 6.899.”

Igualmente partilham dessa opinião os Ministros CÉLIO BORJA e FRANCISCO REZEK, respectivamente:

“Contrato de Obras e Serviços Públicos - Impontualidade nos Pagamentos - Correção Monetária - Cabimento - Procedência do Pedido”. (RE nº 113.892-RTJ/STF nº 129, p. 389).

“Correção Monetária. Quebra Contratual. O ilícito contratual é fonte direta de correção monetária, ainda que a lei ou o contrato não a tenha previsto.” (RE nº 110.436-SP - RTJ/STF nº 121, p. 761).

O termo inicial da correção monetária, para refletir o real caráter de reposição do valor da moeda conforme ajustado no contrato, refletindo, assim, o equilíbrio que lhe foi determinante, só pode ser a *data em que se iniciou o prejuízo do contratado, qual seja, a data do vencimento da obrigação*.

Este é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, conforme se lê no seguinte julgado:

“Correção Monetária - Dívida de Valor - Termo Inicial - A correção disciplinada pela Lei nº 6.899/81 não elide o anterior entendimento do STF, no sentido do cabimento da atualização monetária da dívida de valor *a partir do fato que lhe deu origem*.” (STF - Ac. unân. da 2º T., publ. no DJ de 10.04.87 - RE 111.265-4-SP - ADCOAS 115453).

A compensação entre o crédito do contratado e o seu débito tributário é, em tese, possível, por força do art. 170 do Código Tributário Nacional. Entretanto, ao contrário da compensação entre créditos privados, que é automática e compulsória, a compensação, no Direito Tributário, está condicionada à prévia autorização legislativa, não podendo o contribuinte compelir a Fazenda Pública a aceitar seu crédito como pagamento (o que está claro, aliás, no artigo 54 da Lei nº 4.320/64). A lei pode estipular condições em que a Administração acatará a compensação ou delegar a ela a função de instituir os requisitos para tanto. Trata-se de um corolário do Princípio da Legalidade, que tem, nos Sistemas Tributário e Orçamentário, uma especial peculiaridade de limitar a ação do Administrador.

Remarque-se ainda que o art. 167, IV, da Constituição Federal, veda a vinculação da receita de impostos a despesas e, mais, que o papel que Sistema Orçamentário assume no cenário econômico nacional é extremamente amplo para que caiba ser excepcionado por situações particulares.

Cumprido, contudo, ressaltar que começam a surgir teses e discussões acadêmicas no sentido de que, em face ao princípio da não cumulatividade do ICMS, o ônus financeiro do tributo recai sobre o consumidor, que, *in casu*, é a própria entidade tributante, não se justificando a independência radical entre o comprador e o Fisco, sendo contrária ao princípio da moralidade administrativa (Constituição Federal, art. 37, *caput*), a pretensão de receber um tributo sobre uma operação pela qual não pagou (não fornecendo os meios de atendimento da obrigação tributária).

De fato, poderia, até mesmo, forçar-se um entendimento de que não haveria, *in casu*, a *capacidade contributiva* requerida pelo art. 145, § 1º, da Constituição Federal. É exatamente da totalidade da riqueza, da transferência e obtenção da riqueza que são selecionados os fatos impositivos. Se não houve pagamento, não houve a transmissão de riqueza, não se denotando, aí, capacidade contributiva que justifique o nascimento da obrigação tributária.

Trata-se, contudo, de tema delicadíssimo, que poderia se converter em verdadeira “aventura processual”.

O mesmo se diga quanto à tentativa de se obter, no Judiciário, a lei autorizadora da compensação pela via do Mandado de Injunção, visto destinar-se ele a viabilizar “direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (Constituição Federal, art. 5º, LXXI). Até porque, contrariamente a toda a melhor doutrina, a jurisprudência reiterada do Eg. STF tem rejeitado o papel do Judiciário formu-

lador da norma para o caso concreto, preferindo, simplesmente, assinalar a omissão da entidade competente.

Parece-nos situar-se o tema no campo político do Legislador e/ou discricionário do Administrador, não sendo dado ao Judiciário operar tal compensação, conforme já decidiu o Egrégio STJ no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 623-SP - in ADCOAS, Verbete nº 134455:

“Em sede do executivo fiscal, a compensação de créditos só é admitida se existente expressa disposição legal que a autorize.”

A suspensão dos fornecimentos ao devedor em atraso é possível se ultrapassado o prazo de noventa dias - Decreto-Lei nº 2.300/86, art. 68, XVI.

Entretanto, como dito, constitui uma das prerrogativas da Administração a *inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido*; isso quer dizer que o contratado não pode, por sua própria decisão, interromper o cumprimento do contrato em razão do inadimplemento do contratante público.

Neste caso, deverá o contratado optar por:

- pleitear na esfera administrativa (i.e. no âmbito de cada unidade orçamentária que tenha firmado o contrato) a rescisão bilateral, por acordo (distrato), conforme faculta o art. 69, II do Decreto-Lei nº 2.300/86; ou pleitear, judicialmente, a rescisão do contrato com fulcro no citado art. 68, XVI c/c o art. 69, III do Decreto-Lei nº 2.300/86, em face do inadimplemento do contratante.

A fim de cessar, de imediato, o fornecimento, poderá, ainda, ser requerida Medida Cautelar Inominada demonstrando, como *fumus boni juris*, a abusividade da atitude do contratante no descumprimento das suas obrigações, e, como *periculum in mora*, o custo financeiro da continuidade da manutenção do contrato (pagamento de impostos, ausência de receitas, impossibilidade de obtenção de capital de giro), que agravam a situação da empresa no mercado. Enfim, uma demonstração inequívoca de que os números indicam que não há como escapar a uma catástrofe se o prejuízo não cessar de imediato.

É certo que há teses que condenam a alegação de *fumus boni juris* em face da presunção de legalidade dos atos da Administração, a qual só seria afastada por decisão judicial transitada em julgado, decisão esta que não se produz em processo cautelar.

Todavia, não é menos exato que a Constituição Federal de 1988, ao manter o “Princípio do Juiz Natural” em seu art. 5º, XXXV, estabelece que a Lei não poderá excluir nenhuma lesão ou ameaça de lesão à apreciação do Poder Judiciário. A jurisprudência dominante, por sua vez, é no sentido de que, admitida a ação principal, não há como negar, em tese, o cabimento da cautelar que lhe é acessória.

De qualquer forma, parece sempre útil exaurir-se a via administrativa, de vez que dá-se oportunidade à hierarquia governamental de controlar a legalidade e a moralidade dos atos e omissões dos agentes subalternos.

A solução jurídicoprocessual mais adequada à tese examinada é o ajuizamento de ação de rito ordinário de rescisão contratual cumulada com pedido de indenização por perdas e danos, na forma dos arts. 282 e 292 do Código de Processo Civil, com fulcro nos artigos 56, 68, XVI e 69, III, do Decreto-Lei nº 2.300/86; 37, § 6º da Constituição Federal e artigo 1.059 do Código Civil (este já na esfera do ato ilícito gerador da responsabilidade civil do Estado).

Destarte, além do rompimento em definitivo do vínculo contratual (cuja eficácia deve ser suspensa administrativamente ou em processo cautelar) e da correção monetária pelo simples fato do atraso, cabe ainda pleitear os danos decorrentes do retardamento excessivo

e de má-fé os quais não se esgotam no mero pagamento de correção monetária (como se o contratado devesse financiar o contratante a um custo bem inferior ao praticado no mercado).

É desnecessário, esclareça-se porém, o prévio esgotamento da esfera administrativa para deduzir a pretensão em Juízo.

O direito à ação nasce no momento em que surge a lesão ou ameaça de lesão, podendo, de imediato, ser deduzida a pretensão perante o Judiciário - Constituição Federal, art. 5º, XXXV.

Vigora no País o Princípio da Jurisdição Una.

Sobre o tema, confira-se a sempre atualizada lição do insigne Mestre SEABRA FAGUNDES, que, embora prolatada ao tempo em que havia a intenção de se efetivar a criação do contencioso administrativo no Brasil (hoje abandonada), já dizia:

“Não há, portanto, lugar para tribunais administrativos com função contenciosa. A existência de uma jurisdição administrativa, além de contrária à tradição do direito, é vedada pela expressa letra constitucional. Seria mister reforma da Constituição para instituí-la.

Somente em casos estritamente previstos na própria Constituição, haverá situações contenciosas, nascidas de atos da Administração Pública ou indiretamente com ela relacionados, capazes de ensejar apreciação de natureza jurisdicional por órgãos estranhos ao Poder Judiciário. Daí ser possível dizer-se, generalizando, que todas as situações em que se ache envolvida a Administração, ou seja, todas as ações em que tais situações tenham origem, incluem no conhecimento do Poder Judiciário, cabendo aos Juizes Federais de instância, ao Tribunal Federal de Recursos e ao Supremo Tribunal julgar as essencialmente declinadas na *Lei Básica*, e competindo aos Juizes Comuns o julgamento de todas as restantes.” (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, São Paulo, Ed. Saraiva, pp. 115-118, 1984).

A tese geralmente utilizada em sentido contrário sustenta que só há lide quando há pretensão resistida, o que, em face da Administração, só se caracteriza com a negativa ao pedido administrativamente formulado e negado pela autoridade competente. Ledo engano! A resistência que gera a *lesão* e a *lide* dá-se ao descumprimento contumaz do contrato, que, por si só, já autoriza o recurso do Judiciário.

O prévio requerimento administrativo é *faculdade* do credor, que, por óbvio, não pode ser constringido a utilizá-la.

Ressalte-se, nesse passo, que o art. 132 da Constituição Federal legitimou a função da Advocacia consultiva dos Estados aos Procuradores do Estado organizados em carreira, para a qual são selecionados, mediante concurso público de provas e títulos, advogados devidamente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.

Tendo o advogado, mormente o advogado público, o dever de zelar pelo fiel cumprimento do ordenamento jurídico (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - Lei nº 4.215, de 27.04.63, art. 87, I), e, ainda, um dever ético (Lei nº 4.215/63, art. 87, IV) de prevenir e compor litígios (Código de Ética, Seção IV, I, “f”), *pode* o credor formular pedido ao Procurador-Geral do Estado, ou do Município, ou ao Advogado-Geral da União, para que oriente a Administração a conduzir-se conforme os ditames da lei, ressaltando o papel de “controle de legalidade dos atos da Administração” inerente a tais órgãos.

Haveria, contudo, de submeter o eventual parecer favorável ao exame político-discricionário do Chefe do Poder Executivo para que o litígio fosse evitado, sendo fator de sensibilização a sua eventual responsabilização pessoal pelos danos causados ao Erário por conduta abusiva, irrazoável e sem respaldo na lei.

Em face disso, algumas Administrações já evitam litígios dispendiosos, que geralmente alcançam os governos subseqüentes, acatando Pareceres de suas Procuradorias Gerais que orientam o pagamento de atrasados acrescidos da necessária correção monetária.

Tem-se aí uma prática corretiva que deve ser seguida num Estado Democrático de Direito.