AS CONSEQÜÊNCIAS DO ATRASO DE PAGAMENTO EM CONTRATO ADMINISTRATIVO

Hely Lopes Meirelles

1. A responsabilidade da administração pelos prejuízos que sua mora acarretar ao contratado. 2. A conveniência do acordo, pela via administrativa, para o ressarcimento dos danos decorrentes de atraso de pagamento. 3. O direito à revisão das cláusulas econômicas, diante dos prolongados atrasos no pagamento.

1. A responsabilidade da administração pelos prejuízos que sua mora acarretar ao contratado

1. Pelo fato de haver condicionado a rescisão amigável ou judicial do contrato administrativo ao atraso de pagamento superior a 90 dias,[1] não quer dizer que o *Estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos* tenha subtraído ao particular contratado, quanto a esse período, o direito ao ressarcimento dos danos resultantes da mora *solvendi* da administração.

Absolutamente, não. A regra, no tocante à execução dos contratos administrativos, é a mesma que preside a dos ajustes privados, impondo às partes o seu exato e fiel cumprimento, segundo as normas legais pertinentes e as cláusulas avençadas. Daí por que, embora dispondo de poderes que lhe conferem posição privilegiada na relação negocial, a administração, na execução do contrato administrativo, *nivela-se ao particular contratado.*[2]

2. Esse entendimento doutrinário foi consagrado pelo Decreto-lei nº 2.300/86, como consta do seu art. 56, nestes precisos termos:

"O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas deste decreto-lei, *respondendo cada qual pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial*" (grifo nosso).

Destarte, é forçoso concluir que o disposto no inc. XVI do art. 68 do mesmo decreto-lei, que, como norma de efeitos financeiros gerais, é impositivo para estados e municípios,

[1] Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, art. 68, inc. XVI.

[2] Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo.* 7. ed. São Paulo, 1987, p. 186.

por força do seu art. 85 e do art. 8.º, inc. XVII, letra *c*, da Constituição da República,[3] não afeta o direito do contratado à reparação dos danos oriundos do atraso de pagamento. Seu objetivo, portanto, restringe-se à preservação da continuidade do serviço público, ou do "interesse público na continuação do contrato", em razão de eventuais e passageiras dificuldades de caixa, como já havia advertido Marcello da Silva, ao comentar disposição assemelhada da antiga Lei paulista n.º 10.395, de 17 de dezembro de 1972.[4]

Tanto isso é verdade que o mesmo preceito legal exclui do limite os atrasos de pagamento resultantes de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, casos em que o particular não poderá pleitear o desfazimento do contrato com esteio na mora administrativa, enquanto perdurar a situação de anormalidade.

3. É indubitável, portanto, que, quer à luz dos ensinamentos doutrinários, quer com base nos preceitos da legislação vigente, as prerrogativas que se reconhecem à administração não a eximem de responsabilidade pelos danos causados ao contratado, em razão de sua inadimplência, total ou parcial.[5]

Esse entendimento é também o dominante na jurisprudência, como no-lo demonstra este já antigo acórdão do Supremo Tribunal Federal:

"As influências do direito público nos contratos em que é parte o Estado não o exoneram do *dever de indenizar* quando descumpre o convencionado"[6] (grifo nosso).

E este, mais recente, do Tribunal Federal de Recursos:

"Firmado regularmente o 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."[7]

4. Por outro lado, a indenização de que vimos cogitando não é compensada pelo *reajustamento contratual de preços*, que, muito embora vise a manutenção da *equação econômico-financeira do contrato*, só atende às suas finalidades se e enquanto a execução do ajuste se processa *normalmente*, isto é, em conformidade com o previsto e pactuado pelas partes.[8]

[3] No mesmo sentido, ver Mukai, Toshio. *O estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos*. São Paulo, 1988. p. 13.

[4] Silva, Antonio Marcello da. *Contratações administrativas*. São Paulo, 1971, p. 144-5.

[5] Meirelles, Hely Lopes. op. cit. p. 204-5, 211-2.

[6] STF. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 16, p. 89.

[7] TFR. In: *Jurisprudência Brasileira*, v. 7, p. 123.

[8] Meirelles, Hely Lopes. Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo. In: *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo, 1982. v. 6, p. 1 e segs.; *Revista de Direito Administrativo*, v. 139, p. 11; *Revista dos Tribunais*. v. 540, p. 11.

Daí nossa assertiva: "O reajustamento contratual de preços não exime a administração da obrigação de corrigir os pagamentos e indenizar o contratado pelos prejuízos ocasionados por sua mora."[9]

5. A indenização não pode ser compensada somente pela correção monetária, que se destina apenas a repor o poder aquisitivo original do valor do débito em atraso, aumentando a sua *quantidade*, a fim de operar uma *restitutio in integrum* no patrimônio do credor.[10] Do exame de sua natureza, características e finalidades, é inevitável concluir, como já o fizemos, que

"a correção monetária de pagamento em atraso não se confunde com o reajustamento contratual de preços, nem elide a indenização pelos prejuízos que a mora da administração causar ao contratado."[11]

6. O reajustamento contratual de preços e a correção monetária, assim como os juros de mora de que cuida o art. 1.061 do Código Civil, na atual conjuntura, não são suficientes para cobrir as perdas financeiras incorridas pelo contratado e demais relacionados com o não-retorno do seu capital de giro no devido tempo, quando, em conseqüência de sucessivos e prolongados atrasos de pagamento, vê-se obrigado a financiar as obras e serviços contratados com o Poder Público.

Aquelas perdas e estes danos é que constituirão os fatores a serem computados no cálculo do valor da indenização, que, segundo a melhor doutrina, poderá desbordar dos limites estabelecidos no art. 1.061 do Código Civil,[12] mormente inexistindo pena convencional, como é de praxe nos ajustes administrativos.

A esse propósito, em recente decisão, o Egrégio Tribunal Federal de Recursos confirmou sentença condenatória de primeira instância, reconhecendo direito de firma falida haver do DNER *perdas e danos*, além de *correção monetária*, pelo não-pagamento de faturas e respectivos reajustamentos, nas épocas aprazadas em contrato de empreitada de obras rodoviárias, como consta do v. acórdão proferido na Apelação Cível nº 67.714, do Rio de Janeiro, julgada em 4 de maio de 1981.

2. *A conveniência do acordo, pela via administrativa, para o ressarcimento dos danos decorrentes de atraso de pagamento*

7. A indenização dos prejuízos decorrentes da inadimplência da administração, inexistindo cláusula contratual dispondo diversamente, deverá abranger "perdas e danos, segundo a compreensão do direito", nos termos da decisão do Tribunal Federal de Recursos.

[9]Meirelles, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público.* São Paulo, 1984. v. 8, p. 97.

[10]Id. ibid. 1982. v. 6, p. 154.

[11]Id. ibid. 1986, v. 9, p. 78.

[12]Wald, Arnoldo. *Obrigações e contratos.* São Paulo, 1979, p. 100.

Perdas e danos, segundo a compreensão do direito, abrangem muito mais de que a mera correção monetária dos pagamentos em atraso, acrescida dos juros legais, pois significa que os prejuízos deverão ser apurados em conformidade com as regras de liquidação de perdas e danos do Código Civil,[13] que abarcam tanto o *dano emergente* quanto o *lucro cessante.*

8. Em outras palavras, se o contratado recorrer ao Poder Judiciário, poderá reclamar e ver reconhecido o seu direito ao recebimento do que *efetivamente perdeu* (despesas com o financiamento da obra, por exemplo) e do que *razoavelmente deixou de ganhar* (reinvestimento de seus lucros, por exemplo), em razão do forçado e imprevisto "financiamento" do objeto do contrato, acrescidos do valor correspondente à correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, e do Decreto nº 86.649, de 25 de novembro de 1981, que a regulamentou.

À vista disso, e também pelos transtornos que o recurso à via judicial poderá acarretar à continuidade dos serviços públicos, é de todo aconselhável que a administração contratante, consoante entendimento vigente na moderna doutrina administrativa, acatado pelo Judiciário e pelos próprios Tribunais de Contas, reconhecendo sua culpa contratual, componha amigavelmente os danos causados ao contratado.

9. A esse propósito já nos foi dado dizer em estudo anterior:

"(...) a administração, descumprindo suas obrigações contratuais ou cumprindo-as em desconformidade com o avençado, há de tomar as providências necessárias para compensar o contratado dos prejuízos que sua conduta lhe acarretar, sob pena de ser coagida a fazê-lo judicialmente.

É assim porque o particular contratado é a parte fraca no contrato administrativo, não só por praticamente *aderir* às cláusulas prévia e unilateralmente estabelecidas pela administração, como, ainda, por achar-se impedido de invocar contra esta (salvo em situações extremas) a *exceção de contrato não cumprido,* que, nos termos do art. 1.092 do Código Civil, seria um meio para obrigá-lo a cumprir suas prestações em mora. Mas esse impedimento é *substituído pela subseqüente indenização dos prejuízos suportados pelo particular, ou mesmo pela rescisão por culpa da administração.*"[14]

Dessa doutrina não discrepa o Decreto-lei nº 2.300/86, que, embora não cuidando especificamente do assunto, atribui à administração o *dever* de zelar pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato – desfeito, dentre outras coisas, pelos habituais e prolongados atrasos de pagamento –, como se vê nos seus arts. 47, §§ 1º e 2º; e 55, inc. II, letra *d,* e §§ 5º e 6º.

3. *O direito à revisão das cláusulas econômicas, diante dos prolongados atrasos no pagamento*

10. Como é sabido, salvo o prazo previsto para pagamento, contado da apresentação das faturas, toda e qualquer demora na remuneração dos serviços executados obriga o

[13] Cf. Código Civil, art. 1.059.

[14] Meirelles, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público.* São Paulo, 1984, v. 8, p. 104.

contratado a um "financiamento" do objeto do contrato, para a normal continuidade de sua execução.

Daí o seu incontestável direito ao *pleno ressarcimento* dos prejuízos que lhe acarretar o mencionado financiamento, em decorrência da mora *solvendi* da administração contratante, já que não lhe é permitido suspender a execução nem mesmo desacelerar o seu ritmo, sob pena de, por sua vez, ter que arcar com as conseqüências da inadimplência.

E, desde que os atrasos de pagamento deixem de ser uma eventualidade para se transformar numa constante, rompe-se o *equilíbrio econômico-financeiro do contrato,* fato que, em conformidade com a doutrina, com a jurisprudência e, agora, com a lei, autoriza a revisão do ajuste, como veremos a seguir.

11. Consoante entendimento assente na doutrina, além do recebimento do preço, o particular que contrata com a administração tem direito à *manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato,* ou seja, da relação que as partes estabeleceram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição devida pela contratante, para a justa remuneração do objeto do contrato, durante toda a fase de execução do ajuste.[15]

Essa correlação *encargo-remuneração* deve ser conservada enquanto vigente o contrato, mesmo que alteradas as cláusulas de serviço ou superados os prazos contratuais, por mora ou conveniência da administração, ou, ainda, pela superveniência de fatos que dificultem ou onerem a execução. É assim por se tratar de "direito fundamental" do particular contratado,[16] consagrado pela Constituição da República, quanto ao contrato de concessão (cf. art. 167, II) e, recentemente, pelo *Estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos,* quanto aos ajustes públicos em geral (Decreto-lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, com as alterações dos Decretos-leis n.ºs 2.348/87 e 2.360/87, art. 55, inc. II, letra *d,* e §§ 5.º e 6.º).

12. O reconhecimento do direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato nasceu da necessidade de se preservar o patrimônio do particular contratado, em face do poder-dever de alteração unilateral das cláusulas de serviço, por necessidade ou conveniência da administração. Todavia, dada a sua importância para a estabilidade dos ajustes públicos e para a continuidade do serviço administrativo, abrange atualmente as situações decorrentes das modificações da conjuntura econômica e da superveniência de fatos que agravam as condições de execução, inclusive os casos em que, impedido de invocar a execução de contrato não cumprido,[17] o particular se vê obrigado a suportar a mora da administração.

[15] Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo.* op. cit. p. 160. e segs.

[16] Waline, Marcel. *Droit administratif.* Paris, 1959. p. 574. No mesmo sentido, ver De Soto, apud Laubadère. *Contrats administratifs.* Paris, 1956, v. 2, p. 35; Péquignot, Georges. *Théorie générale du contrat administratif.* Paris, 1945. p. 430; Tácito, Caio. *Direito administrativo.* São Paulo, 1975. p. 248.

[17] Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo.* op. cit. p. 165.

Para a restauração do equilíbrio econômico-financeiro, desfeito em razão de fatos imprevistos e imprevisíveis pelas partes, dentre os quais avulta o *fato da administração*, de que a *mora solvendi* é exemplo,[18] o remédio continua sendo a aplicação da *teoria da imprevisão*, que justifica a *revisão do contrato*, para a sua *adequação à nova realidade*,[19] como o vem afirmando reiteradamente o Poder Judiciário,[20] merecendo destaque este acórdão do Supremo Tribunal Federal:

"A aplicação da cláusla *rebus sic stantibus* não importa na negativa de vigência do art. 1.246 do Código Civil, se ocorre aumento imprevisível do surto inflacionário depois de celebrado o contrato de empreitada e no prazo de execução das obras."[21]

13. O emprego da teoria da imprevisão nos contratos administrativos, que até há pouco tempo só era admitida pela doutrina e pela jurisprudência, acha-se agora encampado pelo Decreto-lei nº 2.300/86, cujo art. 55, inc. II, letra *d*, autoriza a alteração, vale dizer, a revisão do ajuste, por acordo entre os signatários, para

"restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato."

14. Muito embora a revisão do contrato se faça usualmente com a finalidade de recompor os preços iniciais, o que é válido, ainda que previsto o reajustamento contratual,[22] quaisquer cláusulas de interesse para a remoção do obstáculo à execução ou para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, desde que haja acordo entre as partes e não se afrontem as normas legais pertinentes, podem ser revistas e até mesmo incluídas no instrumento contratual.[23]

[18] Id. ibid. p. 211.

[19] Id. ibid. p. 219-21.

[20] STF. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 46, p. 133; v. 51, p. 187; –. In: *Anuário de Jurisprudência*, v. 80, p. 38; TFR, In: *Revista do TFR*, v. 5, p. 79; v. 7, p. 11; –. *Revista de Direito Administrativo*, v. 37, p. 302; TJSP. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 53, p. 202; v. 82, p. 217; –. *Revista dos Tribunais*, v. 348, p. 193.

[21] STF. In: *Anuário de Jurisprudência. v. 80, p. 38.*

[22] Id. ibid. v. 80, p. 38.

[23] Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo.* op. cit. p. 219 e segs.