MARÇAL JUSTEN FILHO

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

11.ª edição
revista, atualizada e ampliada

2635

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

11.ª edição revista, atualizada e ampliada

A 11.ª edição do *Curso de Direito Administrativo* mantém o compromisso de interpretar o direito administrativo como um instrumento de promoção da dignidade humana e de realização dos direitos fundamentais. A obra sofreu uma ampla revisão para assegurar que as alterações e acréscimos ao longo do tempo não afetassem a unidade e coerência do tratamento das diversas matérias.

A nova edição incorpora as inovações legislativas e apresenta a jurisprudência atualizada dos tribunais.

MARÇAL JUSTEN FILHO

Doutor e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, onde lecionou de 1978 a 2006, e *Visiting Researcher* no Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália) e na Yale Law School (EUA). É advogado e autor de diversas obras jurídicas.

ISBN 978-85-203-5965-5

9 788520 359655

MANESCO.
RAMIRES.
PEREZ.
AZEVEDO
MARQUES

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Iviê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Produção Editorial

Coordenação
JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Danielle Rondon Castro de Morais, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos, Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Cíntia Mesojedovas Nogueira, Maria Angélica Leite, Rafaella de Almeida Vasconcellos, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Justen Filho, Marçal
Curso de direito administrativo / Marçal Justen Filho. -- 11. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bibliografia
ISBN 978-85-203-5965-5

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo - Brasil I. Título.

15-00060 CDU-35

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito administrativo 35

ordem por escrito. Presentes os pressupostos para o exercício da exceção de contrato não cumprido, o particular deverá comunicar de modo formal que deixará de cumprir as suas obrigações, apontando os fatos ocorridos e a proteção legal.

Jurisprudência do STJ

> "10. O Superior Tribunal de Justiça consagra entendimento no sentido de que a regra de não aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*, em sede de contrato administrativo, não é absoluta, tendo em vista que, após o advento da Lei 8.666/1993, passou-se a permitir sua incidência, em certas circunstâncias, mormente na hipótese de atraso no pagamento, pela Administração Pública, por mais de noventa dias (art. 78, XV). A propósito: AgRg no REsp 326.871/PR, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, *DJ* 20.2.2008; RMS 15.154/PE, 1.ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 2.12.2002. Além disso, não merece prosperar o fundamento do acórdão recorrido de que as empresas necessitariam pleitear judicialmente a suspensão do contrato, por inadimplemento da Administração Pública. Isto porque, conforme bem delineado pela Min. Eliana Calmon no julgamento do REsp 910.802/RJ (2ª Turma, *DJe* 6.0.2008), 'condicionar a suspensão da execução do contrato ao provimento judicial é fazer da lei letra morta'" (REsp 879.046/DF, 1.ª T., rel. Min. Denise Arruda, j. 19.05.2009, *DJe* 18.06.2009).
>
> "4. Com o advento da Lei 8.666/93, não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração, ante o teor do art. 78, XV, do referido diploma legal. Por isso, despicienda a análise da questão sob o prisma do princípio da continuidade do serviço público. 5. Se a Administração Pública deixou de efetuar os pagamentos devidos por mais de 90 (noventa) dias, pode o contratado, licitamente, suspender a execução do contrato, sendo desnecessária, nessa hipótese, a tutela jurisdicional porque o art. 78, XV, da Lei 8.666/1993 lhe garante tal direito" (REsp 910.802/RJ, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 03.06.2008, *DJe* 06.08.2008).

8.27 A extinção do contrato administrativo

O contrato administrativo extingue-se por diversas vias. Algumas são normais e não necessitam de tratamento mais minucioso. Outras envolvem peculiaridades.

A extinção do contrato administrativo pode derivar de:

- acordo entre as partes;
- adimplemento das partes: exaurimento de seu objeto;
- adimplemento das partes: atingimento de seu termo final de vigência;
- decretação de sua invalidade (anulação);
- rescisão por inadimplemento das partes;
- rescisão por inconveniência para a Administração Pública;
- rescisão por caso fortuito ou de força maior.

8.27.1 Extinção por acordo entre as partes

O desfazimento do contrato por acordo das partes pressupõe:

a) a validade da contratação;
b) a ausência de cumprimento integral pelas partes a suas obrigações; e
c) a deliberação consensual pela extinção do vínculo.

Na hipótese examinada, ambas as partes concluem que a contratação não consiste em solução satisfatória para a realização dos próprios interesses.

O distrato da contratação é muito mais excepcional no direito administrativo do que se passa no âmbito privado, em virtude da natureza funcional da atividade administrativa. Se houver inconveniência da manutenção apenas para a Administração, poderá ela liberar-se por decisão unilateral. O distrato ocorrerá quando a inconveniência for comum.

Sob o prisma do direito administrativo, os requisitos para o distrato são semelhantes aos exigidos para a rescisão unilateral por inconveniência para a Administração Pública. Os mesmos requisitos deverão ser observados, com a diferença de que o particular não fará jus a indenização por eventos futuros, mas apenas por aquilo que tiver executado até a data do desfazimento amigável.

8.27.2 Adimplemento das partes: exaurimento do objeto

Quando as partes executam a prestação que lhes incumbe e são satisfeitas as obrigações correspondentes, o vínculo contratual se extingue. Essa modalidade extintiva se aplica especialmente para os contratos de execução instantânea, tal como a compra ou a alienação.

8.27.3 Adimplemento das partes: atingimento do termo final de vigência

Outra modalidade de extinção por adimplemento é o atingimento do termo final de vigência do contrato de execução continuada. Como visto, há contratos que demandam das partes a realização reiterada de certas prestações. Nesse caso, o adimplemento de uma prestação não exaure o vínculo jurídico, que se extinguirá com o atingimento do termo final de vigência.

8.27.4 Decretação de invalidade (anulação)

A contratação pode ter envolvido atos jurídicos defeituosos, o que eventualmente acarretará o seu desfazimento.

A questão da nulidade dos atos administrativos foi examinada no capítulo 7. Cabe desenvolver as premissas ali estabelecidas e adequá-las às características da contratação administrativa.

8.27.4.1 Vícios na licitação e vícios na contratação

Diferenciam-se os casos de vício na licitação e de vício na contratação propriamente dita. O vício insanável na licitação acarreta a invalidade de todos os atos posteriores, inclusive do contrato administrativo (se chegou a ser pactuado), conforme dispõe o art. 49, § 2.º. Nesse caso, deverá refazer-se a licitação, integral ou parcialmente.

Quando houver vício na contratação, os atos anteriores poderão não ser afetados. Eventualmente, serão aproveitados, renovando-se a contratação.

8.27.4.2 Espécies de vícios

A invalidação do contrato administrativo depende da natureza do vício que o inquina, mas também dos possíveis efeitos daí derivados. Em face das circunstâncias concretas, é perfeitamente cabível que a existência de um defeito sério e grave seja reputada como insuficiente para conduzir à desconstituição do vínculo.[58]

8.27.4.3 A inexistência do contrato

Não se trata da ausência de instrumento contratual escrito, mas da própria ausência de um acordo entre as partes. É uma hipótese excepcional, mas sua ocorrência não é tão rara. Uma situação objetiva pode conduzir um particular a reputar existente ou eficaz a contratação, conduzindo-o a executar prestação em prol da Administração Pública.

Como regra, deverá pronunciar-se o defeito, sem que tal assegure o enriquecimento sem causa ao Estado. A solução, nesses casos, reside em uma indenização por responsabilidade extracontratual, ainda que fundada na teoria do enriquecimento sem causa.

8.27.4.4 A nulidade do contrato

O art. 59 da Lei 8.666/1993 disciplina a hipótese, estabelecendo que "a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo

58. Sobre o tema, confira-se ANDRADE. A preservação dos efeitos de licitações e contratos reputados irregulares pelo Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo - ReDAC*, n. 5, p. 119-133, fev. 2014.

os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos". Em uma primeira aproximação, o dispositivo parece consagrar a teoria das nulidades segundo sua configuração tradicional do direito privado. Mas a análise jurídica demonstra a adoção de regime jurídico especial, o que se evidencia pela disciplina constante do próprio parágrafo único do mesmo art. 59: "A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa".

8.27.5 *As hipóteses de rescisão do contrato*

A rescisão contratual configura a extinção do contrato antes do termo final do prazo, em virtude da verificação de fato superveniente configurador da inutilidade, da inconveniência ou da impossibilidade da execução da prestação devida. O tema foi tratado pelo art. 78 da Lei 8.666/1993, que contempla um elenco de causas de rescisão contratual. Esse elenco compreende situações que podem ser agrupadas em três espécies diversas.

8.27.5.1 *A rescisão por inadimplemento das partes*

O art. 78 prevê casos de rescisão por inadimplemento de uma das partes, que melhor seriam qualificadas como causas de resilição[59] contratual. São aquelas hipóteses em que uma das partes deixa de cumprir a prestação devida no tempo, lugar e modo pactuados, gerando a inutilidade da prestação para outra parte.

Os casos de inadimplemento imputável ao contratado estão contemplados nos incs. I a XI e XVIII do art. 78. Examinando o elenco referido, é possível anotar que existem situações bastante distintas. Há condutas de inadimplemento propriamente dito, em que se configura a inexecução das prestações contratuais, tal como se vê nos casos referidos nos incs. I a VIII do art. 78. Mas também se admite a rescisão por inadimplemento do particular em vista de eventos que fazem presumir a impossibilidade de cumprimento das prestações contratuais, situações referidas nos incs. IX a XI.

As previsões de inadimplemento da Administração Pública estão arroladas nos incs. XIII a XVI.

A rescisão por inadimplemento atribui à parte inocente o direito de haver indenização por perdas e danos.

59. Em termos técnicos, a expressão *resilição* é reservada para os casos em que a extinção do contrato se fundamenta no inadimplemento contratual.

Jurisprudência do STJ

> "3. Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual" (RMS 24.953/CE, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, j. 04.03.2008, *DJe* 17.03.2008).

8.27.5.2 A rescisão contratual por ato unilateral da Administração Pública

Situação muito peculiar é aquela prevista no inc. XII do art. 78 da Lei 8.666/1993, que faculta a "rescisão" do contrato por razões de interesse público (conveniência e oportunidade) da Administração Pública.[60] Segundo a orientação clássica da Súmula 473 do STF, reproduzida no art. 53 da Lei 9.784/1999, a revogação do ato administrativo não pode ferir os direitos subjetivos gerados pelo ato revogado. Esse é o fundamento da afirmativa de que a rescisão contratual por ato unilateral da Administração Pública não pode suprimir o direito do particular de obter os resultados financeiros provenientes da contratação. Assegura-se ao particular o direito à indenização por lucros cessantes, que configuram o lucro razoável que a execução do contrato asseguraria ao particular.[61] Esse direito não pode ser unilateralmente suprimido pela Administração sob invocação de conveniência e oportunidade.

Jurisprudência do STJ

> "ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. 1. A rescisão do contrato administrativo por ato unilateral da Administração Pública, sob justificativa de interesse público, impõe ao contratante a obrigação de indenizar o contratado pelos prejuízos daí decorrentes (art. 69, I, § 2.°, do Decreto-Lei 2.300/86; art. 79, § 2.°, da Lei 8.666/93), como tais considerados não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes (CC/1916, art. 1.059; CC/2002, art. 402). Precedentes" (EREsp 737.741/RJ, 1.ª Seção, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 12.11.2008, *DJe* 21.08.2009).

Por outro lado, a extinção de um contrato administrativo mediante invocação de "interesse público" comporta ataque pelo interessado, inclusive para evidenciar a existência de vício no ato administrativo praticado. É evidente, ademais, que a extinção do contrato, mesmo em tal hipótese, depende da adoção do devido processo legal. Os julgados que afastam a observância do devido processo legal para a

60. Para exame mais aprofundado do tema, cf. JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16. ed., p. 1105-1108.

61. Nesse sentido, GUIMARÃES. Fundamentos para indenização dos lucros cessantes em caso de extinção de contratos administrativos por interesse da Administração Pública. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, n. 4, p. 9-29, set. 2013/fev. 2014.

rescisão unilateral do contrato, tais como os abaixo reproduzidos, olvidaram essa garantia constitucional.

O argumento de que o lesado pode recorrer ao Poder Judiciário para obter uma indenização deixa de apresentar maior relevância jurídica no tocante à generalidade dos entes federativos. Em situação de insolvência, grande parte dos Estados e Municípios não liquida os precatórios judiciais oriundos de condenações judiciais. Em tais casos, remeter o particular à via jurisdicional equivale à consagração da espoliação pelo Poder Público. Especialmente nesses casos, deve-se reconhecer ao particular o interesse em questionar seja a extinção do contrato, seja o valor da indenização a ele devida – a qual deve ser liquidada de modo espontâneo pelo ente estatal.

Jurisprudência do STJ

> "A discussão aqui travada diz respeito à obrigatoriedade, ou não, da rescisão ora em exame ser precedida de procedimento administrativo, o que, de fato, não houve. (...)
>
> Penso que a exigência de prévio procedimento administrativo, assegurado o amplo direito de defesa, é incompatível com a hipótese específica do inc. XII do art. 78 da Lei n. 8.666/1993, que admite a rescisão unilateral do contrato administrativo com base em 'razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato'. A hipótese legal em debate deve ser tratada separadamente das demais possibilidades de rescisão unilateral previstas em lei, sendo certo que, neste caso, a simples oitiva do contratado em relação à rescisão do contrato não pode ser exigida indistintamente.
>
> Veja-se que as próprias circunstâncias e/ou características exigidas para a verificação do interesse público revelam a induvidosa importância de que a rescisão ocorra de plano, com urgência diferenciada, ausente na tramitação dos procedimentos administrativos mais céleres. É que há o risco de que se torne prejudicado o interesse público imediato.
>
> No caso presente, *v.g.*, o benefício financeiro apontado pela municipalidade poderia deixar de existir se a Caixa Econômica Federal – CEF, por razão decorrente da demora na contratação, retirasse a sua proposta contratual. Coube ao administrador, portanto, rapidamente avaliar as circunstâncias, o contrato anterior com o Banco do Brasil S.A. e a proposta da CEF para decidir a respeito da nova contratação e da rescisão da anterior.
>
> Não se trata, aqui, de ato meramente discricionário, mas de ato rescisório vinculado à sua motivação, indissociável do efetivo interesse público. Com isso, a revisão da decisão tomada pelo administrador, mesmo em relação à possível intervenção do Poder Judiciário, é muito restrita, atendo-se, a rigor, à existência de motivação e da presença dos respectivos fatos. A concessão de amplo direito de defesa ao contratado,

> assim, é inócua, já que também não pode impedir a rescisão diante do interesse público revelado pelo administrador. (...)
>
> O interesse do contratante, enfim, é protegido mediante a garantia legal de que fará jus à indenização dos danos decorrentes da rescisão contratual, conforme estabelece o art. 79, § 2.°, da Lei n. 8.666/1993, não podendo a ausência de procedimento administrativo ou de prévia notificação acarretar o restabelecimento da relação contratual, contrariamente ao interesse público" (REsp 1.223.306/PR, 2.ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, rel. p/ acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, j. 08.11.2011, *DJe* 02.12.2011).
>
> "5. *Ad argumentandum tantum*, sobreleva notar que em face de contrato administrativo seria cabível a rescisão unilateral pela Administração, calcada no princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, que norteia todo o contrato administrativo, consoante se extrai do teor do art. 78, XII, c/c art. 79, I, da Lei 8.666/1993. Nesse sentido abalizada doutrina do saudoso jurista Hely Lopes Meirelles: '*A rescisão administrativa por interesse público ou conveniência da Administração tem por fundamento a variação do interesse público, que autoriza a cessação do ajuste quando este se torne inútil ou prejudicial à coletividade. Ao efetivar a rescisão por interesse público, a Administração poderá fixar o valor da indenização cabível, verificado através de operações contábeis. O contratado não poderá opor-se à medida, mas, não concordando com o valor da indenização, deverá recorrer às vias judiciais adequadas, pleiteando unicamente a justa reparação dos danos sofridos com a antecipada extinção do contrato*' (*in Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 31. ed., 2005, p. 247)" (RMS 20.264/RO, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 06.02.2007, *DJ* 01.03.2007).

As duas decisões acima referidas não refletem a disciplina constitucional da atividade administrativa do Estado, especialmente da garantia do devido processo legal contemplada no art. 5.°, LIV e LV.

8.27.5.3 A rescisão por caso fortuito ou de força maior

Por fim, o inc. XVII refere-se às situações de caso fortuito e força maior, nas quais inexiste inadimplemento de qualquer das partes, eis que se configura a impossibilidade da execução da prestação.

Por outro lado, discorda-se do entendimento de Carvalho Filho, no sentido de que, em casos de impossibilidade de execução do contrato, haverá direitos distintos do particular conforme se tratar de fato do príncipe ou de teoria da imprevisão.[62] A superveniência de fato alheio à vontade das partes que torne impossível a execução do contrato configura a hipótese de caso fortuito ou força maior. Essa solução, apta a produzir a extinção do contrato, aplica-se de modo indistinto tanto para as situações em que a impossibilidade deriva de fato do príncipe como relativamente às situações em que se configurar fato imprevisível.

62. CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, 27. ed., p. 214.

Lembre-se que o art. 78 da Lei 8.666/1993, ao disciplinar as hipóteses de extinção do contrato administrativo, não faz referência ao fato do príncipe nem à teoria da imprevisão.

Se um fato superveniente tornar impossível a execução do contrato, aplicar-se-á a solução da extinção por caso fortuito ou de força maior (Lei 8.666/1993, art. 78, XVII), hipótese que abrange tanto a teoria da imprevisão como o fato do príncipe *para fins de extinção do contrato*. Se a execução do contrato continuar possível, mas se configurar como excessivamente onerosa para a Administração Pública (em virtude dos efeitos de uma hipotética revisão de preços), a solução será a rescisão do contrato por conveniência da Administração (inc. XII).

8.27.5.4 Os princípios hermenêuticos aplicáveis

Não se admite a aplicação mecanicista do art. 78. A ofensa às previsões contratuais é juridicamente relevante na medida em que for nociva a algum valor protegido juridicamente. Não é cabível examinar apenas as ocorrências do mundo físico e afirmar que isso bastaria para produzir a incidência da rescisão. Há condutas que ofendem garantias ou deveres fundamentais à execução do objeto do contrato; outras atingem questões de menor importância. Também por isso, não se pode cominar a rescisão do contrato como a consequência automática para toda e qualquer infração contratual.

Se houver infração à lei ou ao contrato, mas suas consequências forem irrelevantes ou secundárias, sem risco de comprometimento dos valores fundamentais, a Administração poderá impor sanções ao particular. Mas não poderá decretar a rescisão. O mesmo entendimento se aplica nos casos em que a rescisão for apta a gerar efeitos danosos a valores fundamentais.

8.28 A formalização da extinção do contrato administrativo

A extinção do contrato administrativo poderá ser produzida no âmbito da própria Administração ou com a intervenção do Poder Judiciário.

8.28.1 A competência para a formalização da extinção

Nos casos em que o contrato é extinto por atingimento de suas finalidades, a formalização de sua extinção não apresenta maiores dificuldades. Assim se passa, basicamente, nas hipóteses em que há adimplemento pelas partes. Em tais hipóteses, poderá haver necessidade de um ato formal de cunho declaratório da extinção do contrato (seja pelo decurso do tempo, seja pela execução da prestação devida pelas partes).

Nos demais casos, a questão apresenta maior relevo, já que se poderá aludir à extinção anormal da contratação. O tema foi objeto de tratamento no art. 79 da