

PARECER

Marcelo Figueiredo
Advogado Consultor Jurídico
Professor da Faculdade de Direito da Puc/sp.

I - Contrato Administrativo e Contrato Privado Regimes Jurídicos Distintos. Sub Empreitada Vedação Legal Consequências

Consulta-nos em caráter de urgência, a empresa X, expondo o que segue.

1. X, firmou em 03/07/95, contrato de prestação de serviços de consultoria técnica com o Governo do Estado BB, através da Secretaria do Estado, tendo por objetivo central a elaboração do “Diagnóstico Sócio- Econômico- Ecológico do Estado BB e Assistência Técnica do Zoneamento Sócio Econômico-Ecológico”.

2. Ao mesmo tempo afirma - ausente qualquer documentação - que teria “repassado” o contrato administrativo firmado com o Estado a terceiros, realizando vários ajustes paralelos.

3. Remete-nos cópia de parte do contrato firmado com o Estado BB e cópia integral do contrato celebrado com a empresa SENSO, assinado em 01/06/96, com prazo de 36 meses. aludindo, de modo especial, à cláusula primeira que, ao definir o seu objeto como consistente na prestação de serviços técnicos especializados de Cartografia e Suporte Técnico em Geoprocessamento, estabelece a subordinação da avença ao Contrato X-BB, no que tocante a prazos, condicionantes técnicos, vigência, formas de correção e parâmetros para rescisão, e tendo em vista a eventual pretensão da contratada SENSO, de rescindir a avença antes do encerramento do seu prazo, formula as seguintes questões:

a) Quais as consequências jurídicas e possibilidades de ação no âmbito legal, considerando a hipótese de eventual rescisão por parte da empresa SENSO, considerando as “conexões”entre os dois ajustes?

b) Quais as medidas preventivas e corretivas a serem desde já estudadas, visando atenuar ou planejar o futuro em torno da presente questão, ao menos do ângulo técnico-jurídico.

Às questões formuladas, passamos a opinar, o quanto possível, sinteticamente, na forma que segue.

Resposta

1. A fim de responder as questões formuladas, cumpre, inicialmente, deixar claro ao consulente que estamos diante de **duas relações jurídicas fundamentalmente distintas**. A primeira entre X e o Estado BB. A segunda entre X e SENSO.

2. A primeira relação jurídica é presidida por normas de **direito administrativo**, sendo o contrato qualificado pelo direito público, regido pela Lei Federal **8.666/93** e alterações posteriores. O que caracteriza o contrato administrativo, essencialmente, é a participação da Administração, derogando normas de direito privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do direito público, que o tipifica.

3. A **Lei 8.666/93** dispõe que “o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado” (artigo 70).

4. Portanto, a responsabilidade civil do contratado é subjetiva. Também o é, por se tratar de responsabilidade contratual, a responsabilidade do Poder Público, devendo o contratado provar a culpa do dolo daquele, para ser indenizado. Já a responsabilidade extracontratual, em relação a terceiros, decorrentes da obra ou dos serviços contratados, esta é objetiva, baseada, na teoria do risco e no art.37, § 6º, da Constituição Federal. **Quanto à subcontratação, esta é admitida apenas parcialmente e, mesmo nesse caso, o contrato continua a ser responsável pelas obrigações contratuais e legais assumidas perante a Administração (art. 72). Portanto, não pode, em hipótese alguma, haver a sub-rogação das obrigações referidas, do contratado para o subcontratado.**

5. Essa, é essencialmente a análise da relação jurídica contratual entre o consulente X e o Estado BB. Trata-se de contrato administrativo, regido pela Lei 8.666/93 e, assim, por força da Lei, há os impedimentos acima relatados.

6. Ainda analisando a relação contratual X/Estado BB., devemos lembrar que a Lei 8.666/93 considera como causa de inexecução por inadimplemento do contratado: **“O descumprimento parcial ou total das cláusulas contratuais” que ocorre “por ato ou omissão culposa, ou sem culpa do contratado, caracterizando o retardamento (mora) ou o descumprimento integral do ajustado”**. A inexecução sem culpa é “a que decorre de fatos ou atos estranhos à conduta do contratado, caracterizadores da força maior, do caso fortuito, do fato do príncipe, de fato da administração ou de interferências imprevistas, que retardem ou impeçam totalmente, o cumprimento do contrato”. Nessas últimas hipóteses, afirma-se que se tratam de “causas justificadoras” ou “excludentes da responsabilidade do contratado”. Não é a hipótese da consulta. É dizer, segundo o relatado pelo consulente, não será possível alegar ao Estado, nenhuma dessas hipóteses de exclusão de responsabilidade, sobretudo diante da subcontratação total do objeto, vedada pela Lei.

7. Dentre os motivos que ensejam a inexecução do contrato e a sua consequente rescisão, assinalam-se o **cumprimento irregular** de cláusulas, projetos, prazos, paralização da obra, serviço ou fornecimento, sem justa causa e **prévia comunicação ao Estado, a**

cessão ou transferência do objeto contratual, sem conhecimento da Administração (Cf. artigo 78 e seus incisos da Lei 8.666/93).

8. A responsabilidade do contratado, (no caso o consulente) pode, em síntese, segundo a LEI, ser de natureza civil, administrativa, trabalhista, previdenciária e acidentária. A responsabilidade civil se expressa na obrigação de indenizar, segundo disposições constantes do Código Civil, artigos 928 e 1518, como também do artigo 70 da Lei 8.666/93. Já a responsabilidade administrativa, decorre da aplicação das penas previstas no artigo 87 da Lei 8.666/93 que são, advertência, multa, suspensão temporária de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade contratar com o Poder Público.

9. Esse é, portanto, o balizamento teórico da relação contratual entre X e o Estado BB. Agora, cumpre analisar o contrato firmado entre X e SENSO para, depois realizar a conexão jurídica entre ambos e suas consequências, aconselhando da melhor maneira possível o consulente.

10. O contrato de prestação de serviços X/SENSO, firmado em 01 de junho de 1996 é, sem dúvida alguma, um contrato de natureza privada, regido pelo **direito privado**. As relações jurídicas lá estabelecidas são regidas pelas leis civis. Muito embora, em sua cláusula primeira, haja o “reenvio” ao contrato X/Estado, ao estabelecer “Este contrato subordina-se ao contrato X/BB., firmado em 03/07/95, entre a contratante e a Secretaria do Estado e Planejamento e coordenação Geral do Estado BB., no que se refere aos prazos, condicionantes técnicos, vigência forma de correção e parâmetros para rescisão”, a aludida disposição não tem o condão de alterar a posição do X perante o Estado BB.

11. Esse ponto é muito importante e deve ser deixado muito claro. A circunstância de a cláusula primeira do contrato X/SENSO, haver previsto a “subordinação” ao contrato mãe, não elimina a responsabilidade LEGAL da empresa X perante o Estado BB. Não é possível apresentar perante o Estado o contrato derivado como eventual atenuante ou sequer excludente de responsabilização por qualquer conduta omissiva do consulente.

12. As relações e obrigações contratuais estabelecidas entre X/SENSO valem somente entre as mesmas partes. A referência e a pretendida “vinculação” que se imaginou estabelecer na cláusula primeira, é sem dúvida alguma, eficaz, válida, juridicamente, só que entre a empresa X e SENSO. Nada além disso.

13. É óbvio que o comportamento relatado pelo consulente, concernente à intenção da SENSO, de romper o contrato, ou pretender rescindi-lo, durante sua vigência, implicará em sérios prejuízos e danos ao consulente, na medida em que o colocará em posição de ilegalidade perante o Estado BB, danos estes que seriam agravados, se verificada a hipótese verbalmente aludida pela empresa X no sentido de que não haveria como, a esta altura do desenvolvimento do objeto contratual, substituir a contratada (terceirizada). Ademais, as implicações de uma rescisão contratual pela empresa X, a esta altura, poderiam ser desastrosas, não somente no sentido financeiro-empresarial, como também do ângulo legal, se houver disposição por parte do Estado de detonar todos os instrumentos de que dispõe para invalidar o contrato, **diante da ilegal subcontratação de seu objeto**.

14. Em face de todas essas delicadas circunstâncias, resta-nos opinar, apontando al-

guns caminhos jurídicos no sentido de equacionar o problema, ou ao menos, alertar a respeito das possibilidades futuras de ação.

Cumpra examinar quais as eventuais consequências jurídicas na hipótese de as negociações conduzirem ao rompimento contratual ente a empresa X e a SENSO, causando a rescisão do contrato celebrado entre estas. É o que veremos a seguir.

15. O contrato entre a X/SENSO, foi celebrado em 00.00.00, tendo por objeto a prestação pela última, de serviços técnicos especializados de cartografia digital e suporte técnico em geoprocessamento, no âmbito sócio-econômico-ecológico do Estado BB (cf. cláusula 1ª), durante o prazo de 36 meses, a partir de 00.00.00 (cf. cláusula 4ª), pelo preço global de R\$, pagável da seguinte forma: (a) R\$ dias após a assinatura do contrato, a título de antecipação, importância esta descontada em 8 parcelas mensais fixas de R\$, quando do pagamento das oito primeiras faturas apresentadas pela SENSO; e (b) o restante em parcelas mensais consignadas nas faturas emitidas pela SENSO, consubstanciadoras das medições dos serviços mensalmente prestados (cf. cláusulas 6ª, 8ª e 9ª).

16. Além disso, referido instrumento contempla disposições relativas às condições técnicas de execução dos trabalhos; aos critérios para reajustamento anual do saldo contratual e de suas respectivas parcelas; às multas por mora na execução dos serviços; à suspensão da prestação de serviços nos casos de atraso nos pagamentos por parte da contratante.

17. Tais elementos permitem classificar a avença X/SENSO, como contrato bilateral sinalagmático, ou seja, caracterizado pela dependência recíproca das obrigações assumidas pelas partes, configurada no dever de uma de prestar os serviços ajustados e no dever da outra de proceder ao pagamento da remuneração expressamente combinada, sempre na forma, tempo e modo acertados. Permite, ainda, classificá-lo como contrato por tempo determinado, eis que, de forma explícita, celebrado com prazo fixo de duração: trinta e seis meses.

18. Por outro lado, referido contrato **não prevê o direito de arrependimento**, ou seja, cláusula estipuladora da possibilidade de o ajuste ser rescindido por declaração unilateral de vontade manifestada dentro de prazo expressamente convenionado, **o que importa na renúncia tácita àquele direito**.

19. Assim, a possibilidade de dissolução do contrato *sub examine* - bilateral, sinalagmático e por tempo determinado -, pela vontade de apenas uma das partes, tecnicamente denominada rescisão, apresenta os seguintes óbices:

20. Embora o pressuposto da indesejabilidade da perpetuação dos contratos por tempo indeterminado comporte a sua rescisão unilateral - que precedida de notificação -, o mesmo não se pode dizer no tocante aos contratos por tempo determinado, mormente quando tiverem por objeto a prestação de serviços técnicos especializados.

21. Com efeito, estas espécies contratuais, via de regra, derivam do encontro de vontades entre: (a) um contratante que, pretendendo realizar determinada atividade técnica, escolhe entre os profissionais presentes no mercado, aqueles que individualmente ou agrupados em empresas, configurem-se capazes de desenvolvê-la; e (b) entre estes contratados que, no afã de auferir rendas e pôr em prática seus conhecimentos técnicos

especializados.

22. Para tanto, antes de contratar, as partes examinam competências técnicas, condições de trabalho, formas de operação, remuneração, e sobretudo, os prazos para a realização dos serviços, geralmente determinados pelo *Know How* e pelo grau de especialização técnica do contratado.

23. Por isso, a rescisão ou o rompimento do contrato, a partir da vontade de uma das partes, configura-se, nessas situações, inviável.

24. Deveras, o desfazimento desses acordos requer o consentimento de ambas as partes. Mas, para que se torne possível a composição bilateral, faz-se a preexistência, no instrumento, de cláusula de arrendimento.

25. Inexistindo estes pressupostos, a rescisão unilateral só pode operar-se na ocorrência de caso fortuito ou de força maior, ou se houver o descumprimento, por uma das partes, das obrigações que lhe cabiam, ou seja, quando da ocorrência da *exceptio non adimplenti contractus*, cláusula resolutive tácita inerente aos contratos bilaterais.

26. Mas, incorrendo acordo bilateral, caso fortuito ou de força maior ou exceção por não cumprimento de obrigação contratual, e estando o contratante comprovadamente pontual, o contratado não pode romper o ajuste *sponte propria*, sob pena de vir a ser compelido judicialmente a cumprir o contrato, até seu término, ou a responder por perdas e danos, abrangentes estas, de todos os valores que o contrato efetivamente perdeu (*damnum emergens*) e de todos os valores que deixou de lucrar (*lucrum cessans*).

27. Importa lembrar que no ordenamento jurídico pátrio, a extinção dos contratos por **resolução**, isto é, derivada da sua inexecução por parte de um dos contratantes, implica sua subordinação à **condição resolutive**. Esta, segundo o Código Civil (artigo 119, parágrafo único), pode ser **expressa** ou **tácita**. Sendo expressa e verificada a inexecução contratual por uma das partes, a outra poderá resolvê-lo, de pleno direito. Mas não sendo expressa, a resolução do contrato só poderá ser obtida por meio judicial. E, neste caso, o pedido resolutório poderá ser combinado com pleito de perdas e danos, consoante o disposto no artigo 1092, parágrafo único do Código Civil.

28. Finalmente, em ocorrendo eventual rompimento, *ex abrupto*, do contrato X/Senso, por manifestação unilateral desta, as deduções que vierem a ser desenvolvidas em juízo, com a finalidade de compelir a contratada a concluir o contrato afiguram-se suscetíveis de êxito, pois além dos fatores especialização, *know how*, capacidade técnica e remuneração apresentados por esta nas etapas precedentes à contratação, acrescenta-se o elemento temporal, *in casu*, fundamental, eis que, contratados os serviços para serem executados no prazo de 36 meses, a partir de agosto de 1995, o rompimento da avença nesta fase, ou seja, a quatorze meses do término do prazo, tornaria impraticável a contratação de outra empresa para, dando continuidade aos trabalhos já realizados, apenas concluí-los.

29. Além disso, há que se considerar que a realização da hipótese acima mencionada (rompimento contratual *ex abrupto*), acarretaria danos de consequências imprevisíveis para o X, entre os quais, a do seu enquadramento nas sanções previstas no artigo 87 da Lei

nº 8.666/93, concernente ao descumprimento total ou parcial do contrato celebrado com o Estado BB.

Conclusões

1. Em havendo o rompimento contratual pela contratada Senso, a responsabilidade diante do Estado, recairá sobre o consulente, vez que, da relação jurídica dessa relação jurídica secundária o Estado não fez parte.

2. A possibilidade de acordo consensual entre as partes, é sempre desejável e deverá ser estudada pelo consulente.

3. Considerando que o contrato Senso - X, se assemelha aos contratos “intuitu personae”, há possibilidade de compelir SENSO, judicialmente a concluir os serviços.

4. Considerando a inexistência de cláusula de arrependimento no contrato SENSO, se desejar resilir o contrato, deverá a empresa comprovar judicialmente, a inexecução das obrigações por parte do X. Do contrário, a questão se resolve em perdas e danos, nos moldes acima cogitados.

5. Seria conveniente que o X enviasse correspondência registrada à empresa SENSO, alertando-a para as circunstâncias acima, no intuito de prevení-la das consequências jurídicas que advirão de eventual rompimento unilateral do contrato.

É a opinião legal.