

ALTERAÇÕES DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

PROC. N.º 553 — 5.ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Egrégia Câmara

C. C. L. moveu à L. ação ordinária visando a condenação desta a reparar os danos por ela causados em decorrência de injustificada rescisão administrativa do contrato para a execução de serviços de distribuição e venda de bilhetes de loteria, celebrado pela A. com a antiga L.

Ao mesmo tempo, a L. moveu ação ordinária a C. C. L. e ao B. N. S/A objetivando a condenação solidária dos mesmos, o segundo na qualidade de fiador, ao pagamento da multa estipulada naquele ajuste, no valor de Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), bem como de indenização por perdas e danos, respeitado o limite da fiança.

Os feitos foram reunidos, tendo sido, através da r. sentença de fls. 246/255, julgada improcedente a ação proposta por C. C. L. e procedente em parte a que foi ajuizada pela L., para condenar os RR. ao pagamento da multa, reduzida pelo ilustrado Dr. Juiz *a quo* a Cr\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de cruzeiros), e observado quanto ao B. o valor da fiança. Custas em partes iguais, sem honorários.

Apelam os três litigantes. O fiador pleiteia a improcedência da ação em que foi condenado (fls. 257/262). A distribuidora, além de formular idêntico pedido, quer que seja julgada procedente a ação que moveu (fls. 264/269). E a L. postula que seja a condenação integrada do valor da multa previsto no contrato sem qualquer redução, das perdas e danos e de honorários advocatícios (fls. 272/278).

Induvidosamente tempestivos os recursos, o da L. por força do disposto no art. 188 do CPC, merecem ser conhecidos.

Alega a autarquia que o douto Dr. Juiz *a quo* decidiu *ultra* ou *extra petita*, embora termine incongruentemente, *data venia*, por pedir a reforma da sentença. Trata-se de arguição de ocorrência de *error in procedendo*, que se situa no âmbito da matéria a ser conhecida de ofício, nos termos do § 3.º do art. 267 do CPC, o que torna irrelevante não ter havido pedido específico de anulação da sentença.

Argumenta a terceira recorrente que, se o autor pede a condenação do réu ao pagamento de determinada quantia e o juiz o condena ao pagamento de importância menor, ocorre decisão *ultra* ou *extra petita*. É óbvio, no entanto, que não há aí decisão *ultra* ou *extra petita* mas acolhimento parcial do pedido, pelo que opino pela rejeição do argüido:

Mérito

Tem-se de partir do que é incontroverso. E o que não foi posto em dúvida é que, tendo a L. modificado o plano lotérico (aumentando o número de bilhetes por extração e o valor dos prêmios), recusou-se a distribuidora a receber os bilhetes pertinentes a quatro extrações. Diante disso, veio a lume despacho do Sr. Diretor-Presidente da autarquia, publicado no Diário Oficial, dando por rescindido o contrato (fls. 40).

A distribuidora alega que se recusou a receber os bilhetes porque a modificação do plano lotérico lhe era altamente onerosa. A L., de seu lado, assinala que nada mais fez do que exercer poder que lhe era atribuído pela cláusula segunda do ajuste, de acordo com o qual ficava a seu critério a fixação dos planos.

Essa estipulação nada mais é do que a tradução do poder que se reconhece à Administração de estabelecer, no curso da relação jurídica, a forma de prestação dos serviços contratados como entender acertado ou de rever o contrato no ponto em referência quando se haja fixado no mesmo uma forma de prestação.

Aspecto conexo a este é abordado por *Sergio de Andréa Ferreira (Direito Administrativo Didático, s/indicação de editor, Rio de Janeiro, 1979, 1.^a ed., pág. 220)*:

*“O contrato administrativo é, como sabemos, **comutativo** e não **aleatório**, devendo, em conseqüência, haver um equilíbrio entre os ônus e as vantagens que dizem respeito ao co-contratante.*

*No entanto, corre por conta do co-contratante aquilo que é o risco normal de qualquer negócio. Em qualquer contrato existe o que se pode denominar de **álea ordinária**, isto é, o risco do lucro maior ou menor, ou, até mesmo, do prejuízo, que corre por conta de quem exerce a atividade comercial ou industrial. Essa **álea ordinária**, em princípio, é arcada pelo co-contratante.*

*A **álea ordinária**, que é suportada pelo contratante particular, difere, todavia, da chamada **álea extraordinária**”*

(Gritos do original).

Adiante acrescenta (op. cit., págs. 220/221):

*“A **álea extraordinária** assume duas formas:*

*a) **administrativa**; b) **econômica**.*

*A **álea extraordinária administrativa** é a que surge em decorrência da ação imperativa do Poder Público, que, pra-*

*ticando atos de sua competência, altera o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ela decorre do exercício do poder que o Estado tem de alterar as cláusulas regulamentares do contrato, modificando a forma de prestação dos serviços. Em virtude disso, o Estado tem de indenizar ou reajustar os preços contratuais. É a hipótese do chamado **fato do príncipe**, já mencionado.*

*A **álea administrativa** tem de ser compensada, tem de ser neutralizada, de modo total, de tal sorte que a equivalência que existia inicialmente entre os ônus e as vantagens do co-contratante seja preservada. Para isso os preços contratuais pagos pela Administração Pública, em contratos como os de obras públicas, ou tarifas pagas pelos usuários, nos contratos de concessão de serviços públicos, têm de ser reajustados, mantendo-se desse modo, o **equilíbrio ou equação econômico-financeira do contrato**. A CF brasileira, no artigo 167, inciso II, elevou à categoria de **direito público subjetivo** o direito do contratante à preservação do equilíbrio em apreço” (Grifos do original).*

É certo que no caso em tela previu-se que a forma da prestação dos serviços (a fixação dos planos) seria estabelecida pela Administração sem prever-se que tivesse ela de outorgar à distribuidora quaisquer vantagens necessárias à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste. Uma das peculiaridades do contrato administrativo, todavia, é a de produzir efeitos que não dependem da vontade das partes, decorrendo automaticamente da simples celebração do mesmo ou de outros fatos que ocorram durante o curso da relação jurídica. O direito público subjetivo do contratante de auferir as vantagens necessárias à manutenção do equilíbrio do contrato é um desses efeitos, cujo nascimento não depende, pois, de previsão expressa ou implícita.

Cabe, então, indagar-se se, na hipótese, a alteração verificada na execução do ajuste ficou na álea ordinária ou se atingiu a álea extraordinária.

A implantação do novo plano seria até mais rendosa para a distribuidora, como demonstrou o ilustrado Dr. Juiz *a quo*, embora demandasse aumento do empate de capital. Sem concordar com a afirmação do nobre julgador de que o problema decorrente da dificuldade de obtenção de recursos era dela e não da L., pois essa circunstância por si só poderia desequilibrar o contrato, penso que realmente a distribuidora não fez prova, mesmo tênue, de que essa necessidade de aplicar mais capital importasse em ingresso na álea extraordinária. As considerações por ela produzidas no curso do processo, inclusive no recurso, dirigiram-se a pontos de menor relevância, deixando de lado o que acabei de focalizar.

Sua recusa, pois, em receber os bilhetes pertinentes a quatro extrações foi de todo injustificável.

De todo modo, ainda que tivesse havido quebra da equação econômico-financeira do contrato, não lhe era dado paralisar o serviço. Traduzindo entendimento pacífico da doutrina estrangeira, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu, em acórdão da lavra do eminente Ministro Nelson Hungria, que não cabe opor à Administração a *exceptio non adimpleti contractus*. Em comentário ao pé do aresto, publicados um e outro na "RDA", vol. 49, págs. 220/3, Caio Tácito aplaude a orientação adotada, assim rematando suas considerações:

"Em suma, a regra da exceptio non adimpleti contractus favorece à Administração, mas não pode ser invocada contra ela, em virtude do princípio da continuidade do serviço público, que é inerente aos contratos administrativos."

Na verdade, só seria lícita a paralização do serviço se a execução do mesmo se lhe tivesse tornado *impossível*, não bastando a onerosidade excessiva. E impossível, inquestionavelmente, a execução não se tornou. Cumpria à distribuidora, se se julgava prejudicada, continuar a prestação de serviços, cobrando judicialmente os valores correspondentes às vantagens a que fizesse jus em decorrência da modificação havida na forma da prestação, ou postulando até o desfazimento do vínculo contratual. Não tendo agido desse modo, praticou ela um dos fatos que autorizavam a rescisão do ajuste mediante simples despacho, como convencionado na cláusula décima-nona (fls. 16).

A expressão usada — rescisão — muito ao sabor dos administrativistas, parece-me imprópria. A rescisão desconstitui o próprio ato. No caso não se estipulou a desconstituição do contrato ou de seus efeitos. Simplesmente previu-se a terminação da relação jurídica através de declaração unilateral receptícia. E isso é denúncia (*Kündigung*). Cuida-se na espécie, precisamente, de denúncia motivada ou cheia. Tendo ocorrido o motivo, ou seja, a suspensão da execução do serviço, e tendo a declaração de vontade chegado ao conhecimento da distribuidora, produziu-se o efeito, a extinção da relação jurídica.

Por outro lado, na cláusula vigésima se estabeleceu que "no caso de rescisão administrativa", estaria a distribuidora "sujeita à multa de vinte por cento (20%) do valor do contrato" (fls. 16), isto é, de Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros).

Alega a distribuidora que a multa só seria devida se tivesse havido prejuízo, tendo ficado demonstrado que não existiu. A alegação não é exata, embora seja certo subsistir dúvida sobre a circunstância

em apreço. No sistema do Código Civil, é inequívoco não ser necessária a existência de prejuízo para que seja devida a pena, como estatuído no art. 927. No do Regulamento Geral do Código de Administração Financeira do antigo Estado da Guanabara, que regulava o contrato em tela, a questão não é tão clara. O entendimento da doutrina é no sentido de que a disposição do art. 927 do Código Civil traduz um princípio geral de direito que tem em vista a proteção do credor diante da sua eventual dificuldade ou impossibilidade de comprovar a existência de prejuízo. Assim, seja por aplicação analógica daquela prescrição, seja em atenção ao princípio geral, penso que se chegará à mesma conclusão, de ser desnecessária a existência de prejuízo para imposição da penalidade em foco. Sem embargo, mesmo que se entendesse de maneira diversa, por certo se reconheceria caber ao devedor o ônus da prova da inexistência de prejuízo. E, se a L. não fez prova da existência dele, a distribuidora também não fez da inexistência. Portanto, exigível a multa na hipótese.

A redução do valor da mesma a que procedeu o nobre Dr. Juiz *a quo*, por seu turno, não pode prevalecer. O art. 401, inciso I, do Regulamento citado estabelecia que, ocorrendo rescisão administrativa, incorria o contratante na multa *de até* o máximo de 20% do valor do ajuste. Não se argumente que o dispositivo em apreço só incidia quando não fosse prevista multa no contrato, pois a estipulação de cláusula penal era pressuposto de validade do mesmo (art. 384, inciso IX, alínea a, do Regulamento). Assim, embora na avença se tenha fixado a multa em vinte por cento sobre o seu valor, era lícito à Administração reduzi-la com fundamento no inciso I do art. 401 do Regulamento, o que vale dizer que a fixação dela ficava à discricção da Administração. Ora, a penalidade foi imposta no máximo (fls. 29 do apenso), não podendo o juiz substituir o critério da Administração pelo seu. Evidentemente ininvocável na espécie o disposto no art. 924 do Código Civil.

No concernente à postulação da L. de cumular a pena com perdas e danos, bem andou o douto Dr. Juiz *a quo* em rechaçá-la. Dado o caráter compensatório da pena não cabe a cumulação. Demais, a L. não fez prova de que tivesse havido algum prejuízo, como já se acentuou.

O pedido formulado pela distribuidora, de reparação de danos, à vista de todo o exposto, é manifestamente improcedente.

De sua parte, a responsabilidade do fiador, até o limite garantido, é indubitosa, nada havendo que impeça lhe seja cobrada a multa neste processo.

Por fim, acredito que a distribuidora deva pagar à L. honorários de 20% sobre o valor da causa por ela promovida e, juntamente com o B., de 10% sobre o valor da outra causa (5% para cada).

Em conclusão, opino pelo desprovimento dos recursos de C. C. L. e do B. N. S/A e pelo provimento parcial do da L., para o fim ser a multa elevada para Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros) e para que sejam os vencidos condenados ao pagamento de honorários na forma indicada.

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 1979.

RONALDO DE MEDEIROS E ALBUQUERQUE

5.º Curador da Fazenda Pública em exercício