

UM ESTUDO SOBRE O ART. 79 §2º DA LEI 8.666/93 E A AMPLIAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PARA CASOS FORTUITOS

Ricardo Borges Amado¹, Suiá Fernandes de Azevedo Souza², Delton Ricardo Soares Meirelles³

¹UFF/Departamento de Processualística, R. Presidente Pedreira 62, Niterói (RJ), ricardo.amado@gmail.com

²UFF/Departamento de Processualística, R. Presidente Pedreira 62, Niterói (RJ),
suiafernandes@bol.com.br

³UFF/Departamento de Processualística, R. Presidente Pedreira 62, Niterói (RJ), delton@vm.uff.br

Resumo- A doutrina entende que os conceitos de *caso fortuito* e *força maior* excluem a responsabilidade civil, como regra geral. Neste sentido, a constituição prevê, em seu art. 37 §6º, a exclusão da responsabilidade do Poder Público quando da ocorrência de fatos imprevisíveis. Entretanto, no que diz respeito aos contratos administrativos, a Lei 8.666/93 (Lei de Licitações) dispõe de artigos combinados que prevêem a indenização dos contratados com a Administração Pública pela ocorrência de caso fortuito ou força maior. Nesse sentido, é que o presente trabalho propõe-se a discutir acerca da controvérsia doutrinária envolvendo o tema, bem como emitir um posicionamento no que diz respeito à constitucionalidade ou não dos dispositivos legais.

Palavras-chave: Indenização – Rescisão – Contrato Administrativo – Caso Fortuito – Força Maior

Área do Conhecimento: VI - Ciências Sociais Aplicadas

Introdução

É de conhecimento no meio jurídico que o artigo 37, §6º da Constituição consagrou a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade do Estado. Tal modalidade de responsabilização, conforme defendido pela doutrina pacífica, abarca todas as hipóteses onde a administração pública ou seus agentes, nessa qualidade, causarem danos a terceiros, independentemente da existência de culpa ou dolo na conduta. Neste sentido, resta afastada a possibilidade de indenização quando da ocorrência de caso fortuito (greves, por exemplo) ou força maior (chuvas, inundações, dentre outras), uma vez que não há o elemento “conduta” do poder público para caracterizar a responsabilidade administrativa, estando presentes a necessidade, a inevitabilidade e a imprevisibilidade.

Ocorre que a Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, no artigo 79, §2º, combinado com o seu artigo 78, XVII, traz a prescrição de que havendo a rescisão do contrato administrativo por inexecução, em função de caso fortuito ou força maior, o contratado será ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido.

Assim, observa-se que o dispositivo citado no parágrafo anterior amplia a responsabilidade do Estado para uma situação não prevista na Constituição da República, qual seja a possibilidade de indenização decorrente de fenômenos da natureza ou fatos humanos imprevisíveis.

Surge, então, uma aparente contradição entre as prescrições, tendo em vista que o dispositivo infraconstitucional parece ampliar o rol constitucionalmente previsto das hipóteses de responsabilização do Estado. Por essa razão se faz mister um estudo aprofundado sobre a compatibilidade dos tratamentos citados, analisando se a diversidade é passível de ocorrer de maneira complementar.

Metodologia

Nesse sentido, a presente pesquisa utilizou-se fundamentalmente de fontes teóricas com base nos apontamentos doutrinários de importantes estudiosos no assunto.

Sendo assim, a metodologia desenvolvida compreendeu leituras preliminares da matéria, para, posteriormente, realizar uma separação por categorias segundo o posicionamento de cada autor, objetivando a formação de um aparato teórico específico sobre o tema, apresentado a seguir.

Resultados

Após a análise mencionada, pôde-se observar três posicionamentos distintos na doutrina.

A corrente majoritária compreendida por Celso Antônio Bandeira de Mello (1999), José dos Santos Carvalho Filho (2006), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1997), J. Cretella Júnior (1997), Marçal Justen Filho (1994) e Hely Lopes Meirelles (2007), trata do tema licitação e contrato administrativo sem adentrar na problemática ora

trabalhada. Em verdade, encontra-se nas obras dos autores supra passagens abstratas ou ausência de contestação. Por essa razão, a academia entende ser o silêncio uma aceitação tácita à previsão da Lei 8.666/93, sendo, assim, uma corrente favorável à norma em questão.

Uma segunda visão constatada é no sentido de crítica ao disposto no artigo 79, §2º da Lei 8.666/93, no que tange ao inciso XVII do seu artigo 78. Entretanto, a presente corrente subdivide-se: na concepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004), há ilegalidade da normatização da lei em epígrafe, pois contraria os artigos 927 e seu parágrafo único do Código Civil, que consagram a responsabilidade civil. Já na concepção de Luiz Oliveira Castro Jungstedt (2007), o artigo da Lei de Licitações é inconstitucional, porque estaria ampliando o rol constitucionalmente previsto de responsabilidade do Estado.

Discussão

Como já dito supra, a corrente majoritária é omissa no que tange à possível incompatibilidade entre a lei e a Constituição Federal no que diz respeito à rescisão com indenização, motivada por caso fortuito ou força maior. Dizer que o imprevisível passou a se referir apenas ao previsto, ao razoavelmente não-previsto e a indenização de imprevisão transmutou-se de ajuda parcial temporária em meio de garantia do equilíbrio econômico-financeiro estipulado por ocasião do contrato (MELLO, 1999) é admitir que o importante do ajustado é o equilíbrio econômico-financeiro da relação, em detrimento do disposto constitucionalmente. Também se nota que a solução do Estatuto, nesse aspecto, é mais favorável ao pactuante do cumprimento da obrigação, que a prevista no Código Civil (CARVALHO FILHO, 2006).

Nesse sentido, Cretella Junior (1997) sustenta que no que tange ao art. 79 §2º da Lei 8666/93, deve-se ressarcir o contratado por prejuízo sofrido sempre que houver rescisão por interesse público relevante, supressão ou suspensão de obras ou de serviços, caso fortuito, força maior, não liberação de área e o local ou objeto para as operações, sem que haja culpa concorrente do contratado e quando regularmente comprovados os danos que houver sofrido.

Na síntese deste posicionamento, encontra-se Justen Filho (1994) defendendo que em qualquer caso onde a rescisão não se fundamente em seu inadimplemento, o particular deverá ser amplamente indenizado. Não há liberdade para decidir se o contratado será indenizado ou não. Também os lucros cessantes devem ser indenizados. Como o contrato se encerra antecipadamente e o particular não receberá o

pagamento integral, deverá ser ressarcido pelas despesas necessárias à liberação das máquinas e equipamentos e liquidação do passivo trabalhista. Anote-se que, se a obtenção da garantia envolveu ônus para o particular (casos de fiança bancária e seguro, principalmente), a Administração deverá indenizar o custo referente ao período faltante para a extinção do contrato.

No que concerne à corrente oposta, diz-se que não tem sentido a norma do artigo 79, §2, dar idêntico tratamento à rescisão por motivo de interesse público e à por motivo de caso fortuito ou força maior, no que se refere ao ressarcimento dos *prejuízos regularmente comprovados*. O caso fortuito ou de força maior corresponde a acontecimentos imprevisíveis, estranhos à vontade das partes e inevitáveis, que tornam impossível a execução do contrato. Não sendo devidos a nenhuma das partes, o contrato se rescinde de pleno direito, não se cogitando de indenização; não tem qualquer sentido a Administração indenizar o particular por um prejuízo a que não deu causa. A norma contida nesse dispositivo reverte toda a teoria do caso fortuito e de força maior que, embora consagrada no artigo 393 do Código Civil de 2002, pertence à teoria geral do direito, abrangendo todos os ramos do direito (DI PIETRO, 2004).

Em sentido contrário à aplicação do artigo 79 §2º da Lei 8666/93, encontra-se ainda Luiz Oliveira Jungstedt (2007), que entende que o dispositivo supra, combinado com o art. 78, XVII da mesma Lei consiste numa previsão inconstitucional, uma vez que amplia a responsabilidade Estatal para abarcar caso fortuito e força maior, contrariamente ao previsto no artigo 37 §6º da Constituição. Assim, o dispositivo da Lei de Licitações não deve ser aplicado por ofender a Constituição da República.

Conclusão

Dentre os pontos de vista apresentados, verifica-se que o posicionamento tendente a considerar incabível a indenização mostra-se como mais apropriado à resolução da problemática. Assim, os argumentos desenvolvidos pela segunda corrente estão mais preocupados com a sistemática jurídica do que a primeira, que tende a considerar a previsão da Lei de Licitações de maneira isolada de todo o contexto legal.

Entretanto, o entendimento pela ilegalidade do dispositivo da Lei 8.666/93 não deve prosperar porque não há argumentos pela prevalência do Código Civil sobre a Lei de Licitações. Muito pelo contrário, havendo conflitos entre duas leis, deve-se solucioná-los pelas regras de resolução de antinomias. No caso em questão, não há hierarquia entre ambas e, tendo em vista o critério

da especialidade, deve prevalecer a Lei de Licitação, a despeito do Código Civil, norma com aspectos gerais.

Assim, esta visão demonstra-se limitada e questionável, sendo impossível cunhar de “ilegal” um dispositivo de mesma hierarquia e mais específico que o Código Civil, ainda que cronologicamente posterior.

O entendimento pela inconstitucionalidade mostra-se mais adequado. Primeiro porque a positivação da teoria de responsabilização do Estado é matéria de competência exclusiva da Constituição Federal. Cabe a uma lei infraconstitucional apenas regulamentar o tratamento consubstanciado na Constituição, não podendo inovar e criar situação não prevista no texto originário.

Além do mais, apesar de incluir-se na primeira corrente, deve-se concordar com um ponto importante citado por Meirelles (2007), ao tratar do tema em seu manual. Para ele, ocorrendo o evento retardador ou impeditivo do contrato, enquadrável no conceito legal de força maior ou de caso fortuito (Código Civil, art. 393, parágrafo único), o contratado pode invocá-lo para eximir-se das conseqüências da mora ou para obter a rescisão do ajuste, sem qualquer indenização, cabendo-lhe sempre o ônus da prova. Neste caso, cabe à Administração tão somente a devolução das garantias dadas ao início da execução do contrato, o pagamento pelo serviço executado até a data de rescisão e o pagamento referente ao custo de desmobilização do contratado. Assim, não haveria qualquer problema com a prescrição contida nos incisos do artigo 79, § 2º da Lei 8.666/93.

Em contrapartida, a norma prevista no próprio parágrafo segundo da norma em epígrafe não deve prosperar, por ser incabível a indenização por fatos imprevisíveis e inevitáveis. Tal exigência, além de contrariar o interesse público, por exigir que a Administração Pública desembolse recursos para indenização de particulares por prejuízos provenientes de fatos imprevisíveis, adentra em matéria constitucional, ampliando as hipóteses de responsabilidade do Estado para abarcar também os danos decorrentes de caso fortuito e força maior, contrariando a teoria do risco administrativo constitucionalmente positivada.

Referências

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 180

- CRETELLA JUNIOR, José. Das licitações públicas: (comentários à Lei Federal nº 8666, de 21 de junho de 1993). Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 383

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2004. p. 258-259

- JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. Licitação - Doutrina, Perguntas e Respostas e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2007.

- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 454-455

- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 239- 247

- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, p. 682. 1999.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense. 1997.