

FACULDADE DAMAS DE INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

WELLINGTON JOSÉ CAMPOS DE ALCANTARA

**APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NOS
CONTRATOS DE CONCESSÃO PÚBLICA**

Recife
2019

WELLINGTON JOSÉ CAMPOS DE ALCANTARA

**APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NOS
CONTRATOS DE CONCESSÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Renata Cristina Othon
Lacerda Andrade.

Recife
2019

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Alcantara, Wellington José Campos de.
A347a Aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de concessão pública / Wellington José Campos de Alcantara. - Recife, 2019. 42 f.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2019.
Inclui bibliografia.

1. Adimplemento. 2. Função social. 3. Estado. I. Andrade, Renata Cristina Othon Lacerda. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2019.2-376)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ

CURSO DE DIREITO

WELLINGTON JOSÉ CAMPOS DE ALCANTARA

APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS
DE CONCESSÃO PÚBLICA

Defesa Pública em Recife, _____ de dezembro de 2019

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador:

À minha esposa Geysa Alcântara, por sua paciência, encorajamento e dedicação aos nossos filhos, além do quanto representa para nossas vidas.

Aos meus filhos Caio e Daniel pelo amor incondicional e pelo apoio, mesmo sentindo a minha ausência.

DEDICO

AGRADECIMENTOS

Ao nosso **Deus**, por sua bondade eterna, insiste em nos amar, emprestando de forma incrível um pouco de sua inteligência, renovando nossas forças nos dias difíceis e nos capacita e orienta em todos os momentos de nossas vidas, para chegarmos aos lugares por Ele sonhado. Agradeço o seu grande ensinamento de amor ao mostrar que a humildade está acima de todo conhecimento, e sem Ele nada do que fazamos terá valor. Obrigado meu **PAI**.

Aos professores **Renata Cristina Othon Lacerda Andrade e Ricardo José de Souza Silva**, que com simplicidade, competência e esforço dedicado aos alunos e ao curso, sempre me apoiaram e orientaram nesta difícil missão de produção monográfica.

À todos os professores do curso e funcionários da Faculdade Damas da Instrução Cristã, que certamente contribuíram para a realização desse trabalho e conclusão desta graduação, o meu "**MUITO OBRIGADO**".

“A injustiça num lugar qualquer é uma ameaça à justiça em todo o lugar”.
Martin Luther King Jr.

RESUMO

A pesquisa analisou a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos da administração pública, em especial o contrato de concessão. No primeiro capítulo foi apresentada a teoria do adimplemento substancial desde o seu aparecimento no mundo jurídico, sua positivação em alguns países e o seu surgimento no ordenamento jurídico pátrio. No segundo capítulo definimos a relação contratual, seus princípios e características. No terceiro capítulo estudamos a visão do judiciário na aplicação da teoria na resolução de lides existentes entre particular e o Estado, bem como, analisamos caso hipotético de um contrato de concessão considerado caduco pela falta de conclusão efetiva. A teoria do adimplemento substancial representa uma grande vanguarda, quando o caso concreto é analisado levando em consideração os princípios da boa-fé objetiva e princípio da função social combinado com a solidariedade e igualdade entre as partes, na busca de uma solução que afetar a todos beneficentemente.

Palavras-chave: Adimplemento. Função social. Estado.

ABSTRACT

The paper analyzed the judiciary's view on the application of the theory of substantial performance in public administration contracts, in particular the concession agreement. In the first chapter the theory of substantial performance was presented since its appearance in the legal world, its positivization in some countries and its emergence in the national legal system. In the second chapter we define the contractual relationship, its principles and characteristics. In the third chapter we study the judiciary's view on the application of the theory in the resolution of existing private-state disputes, as well as we analyze the hypothetical case of a concession contract considered forfeit due to the lack of effective conclusion. The theory of substantial performance represents a great vanguard, when the concrete case is analyzed taking into account the principles of objective good faith and the principle of social function combined with solidarity and equality between the parties, in the search for a solution that will affect everyone. beneficially.

Keywords: Performance. Social role. State.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

STJ Superior Tribunal de Justiça

CJF Conselho da Justiça Federal

RESP Recurso Especial

S.A Sociedade Anônima

COMAR Comando Aéreo Regional

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – CONCEITO, HISTÓRICO E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS	13
2.1	HISTÓRICO	13
2.2	ORIENTAÇÕES E DISPOSITIVOS DE CARÁTER SUPRANACIONAL.....	15
2.3	NO BRASIL COMO SE DEU O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	16
2.4	A BOA-FÉ E O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	17
2.5	FUNÇÕES SOCIAIS DOS CONTRATOS E O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	18
2.6	HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	19
2.7	APLICAÇÕES DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL-CRITÉRIOS	20
2.8	O MODO DE AGIR DAS PARTES	21
2.9	O OBJETO DO CONTRATO E SUA IMPORTÂNCIA.....	22
2.10	GARANTIAS, ADIMPLEMENTO LEGALMENTE ESTABELECIDO.....	23
3	CONTRATOS.....	23
3.1	PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL.....	25
3.2	CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	26
3.3	CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	28
4	JUDICIÁRIO BRASILEIRO: APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMTNO SUBSTANCIAL NOS COTRATOS ADMINISTRATIVOS	31
4.1	CASO HIPOTÉTICO.....	36
5	CONCLUSÃO.....	38
	REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o cenário econômico é considerado um dos principais causadores do acirramento da competição e concorrência entre diversos setores produtivos, repercutindo no campo do direito obrigacional das companhias e conseqüentemente acarretando alguns reflexos negativos no resultado final. Este fato ou fenômeno tem se mostrado, em sua concretização, um meio de deterioração das relações contratuais, gerando situações nas quais, apesar de aparente consonância com a lei, acabam ofendendo bens e conceitos protegidos por princípios jurídicos, como o da função social e da boa fé, presentes nestas relações contratuais.

No âmbito do Direito Privado, as mais profundas mudanças ocorrem em razão da reavaliação de seus institutos basilares, tendo como consequência desta nova valoração, o afastamento do dogma por meio do qual até então a autonomia da vontade deveria ser absolutamente observada nas relações. O artigo 475 do Código Civil de 2002 elenca um direito potestativo pelo qual, se houver descumprimento de obrigação contratual, “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

Diante desta condição resolutória, consolidou-se a teoria do adimplemento substancial, pela qual se busca demonstrar que a norma aparentemente instituidora de uma sujeição do devedor à vontade do credor nos casos de descumprimento, devem passar por um filtro, evitando penalizar os devedores que cumpriram de forma substancial as parcelas devidas nesta relação. Diante disto, observamos à necessidade de aumentar à aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial as relações de consumo envolvendo o Estado e um particular, caracterizada pelo contrato de concessão.

A teoria em questão é bastante difundida e aplicada nos contratos entre particulares, onde a doutrina e a jurisprudência têm admitido o reconhecimento do adimplemento substancial, na preservação do vínculo contratual.

Neste cenário, temos muito que discutir sobre a possibilidade da utilização desta teoria nas relações entre um particular e o Estado nas manutenções dos seus contratos de concessões, quando do seu não cumprimento integral na sua obrigação

de fazer. Observamos que o judiciário usa de forma tímida a teoria, devido a supremacia do Estado sobre os particulares.

Há uma lacuna no nosso ordenamento quanto ao emprego da teoria do adimplemento substancial, quando comparamos com outros países onde essa teoria é amplamente aceita.

O art. 1.455 do Código Civil italiano, por exemplo, proclama que "o contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes tem escassa importância, resguardado o interesse da outra parte". Regra análoga é encontrada no art. 802, n. 2, do Código Civil português de 1966: "o credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância".

Pode no direito pátrio, aplicar tal teoria nos contratos de concessão pública quando a concedente tem obrigação de cumprir cem por cento por força de um contrato?

Compreende-se que um contrato cujo percentual de cumprimento seja considerado adimplido substancial, sendo o bastante para o credor arguir ao judiciário a não caducidade do mesmo. Nesse sentido, é válido analisar o fato da não conclusão por parte do concessionário, enseja o não atingimento do seu objetivo, corroborando com o entendimento da aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de concessão pública. Assim, a análise do cumprimento substancial dos contratos deve ser contemplada pelo judiciário na definição do direito.

Portanto, o objetivo desta pesquisa é analisar a possibilidade da implementação da teoria do adimplemento substancial nas relações entre o particular e o estado nos contratos de concessões públicas.

Especificamente, a partir da leitura de diversos teóricos, doutrinadores e jurisprudência sobre o tema, na busca de conceituar a teoria, sua aplicação nos contratos, bem como apresentar o contrato de concessão, suas definições, características e aplicação dentro da administração pública, e por fim verificar a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de concessão pública.

Sendo assim, pretende-se aplicar o método hipotético-dedutivo, utilizando-se do estudo descritivo e qualitativo, por meio de revisão bibliográfica. A pesquisa descritiva faz-se o estudo, análise dos fatos, sem a manipulação ou interferência.

Serão utilizados Legislação, pesquisas bibliográficas em livros, julgados dos tribunais, bem como de forma análoga legislação de outros países.

Como já mencionamos acima, o trabalho está dividido em três capítulos. No início apresentaremos o conceito da teoria do adimplemento substancial e sua aplicação nos contratos.

No segundo capítulo apresentaremos o contrato de concessão, mostrando sua especificidade, sua definição, características e aplicação dentro da administração pública.

O terceiro capítulo e último, iremos verificar a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de concessão pública, tendo por base os julgados do judiciário, o posicionamento da doutrina e da jurisprudência pátria diante dos casos concretos encontrados.

2 TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – CONCEITO, HISTÓRICO E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS

O conceito histórico da teoria do adimplemento substancial aplicada ao cenário mundial e no Brasil tem um papel importante ao avaliar a amplitude de sua aplicação pelos tribunais pátrios em relação aos principais países onde seu aproveitamento é mais ativo, demonstrando que o país pode avançar na aplicabilidade desta teoria nas lides das relações contratuais.

2.1 Histórico

A origem da teoria surgiu no sistema da *commow law* (direito comum), sendo elaborada por meio de deliberações e precedentes judiciais, onde se depararam com uma alternativa para minimizar casos em que o contrato não havia sido executado conforme o acordado, contudo seus objetivos teriam sido atingidos de forma substancial (CHUEIRI, 2017).

Na literatura estrangeira o marco mais antigo na aplicação da referida teoria, é o caso *Kingston versus Preston*, julgado de 1774. Embora na avaliação e sentença do caso não cita especificamente a teoria, foram traçados parâmetros que formataram a utilização dos princípios teóricos sobre o adimplemento substancial. O caso *Boone versus Eyre* de 1779 na Inglaterra, foi o primeiro caso a serem aplicados os aprendizados adquiridos, que culminou na atual teoria do adimplemento substancial.

Boone demandou contra Eyre, que atrasou parte do pagamento acordado contratualmente. Nesta transação Boone transferiria a propriedade de uma plantação e dos escravos nela presentes, em troca de um pagamento inicial, e ainda uma renda anual, sendo garantido o domínio e posse pacíficos durante todo o período em que Eyre fosse proprietário da plantação.

Foi alegado por Eyre que Boone não cumpriu sua parte, pois os escravos tinham fugido do local, fato que ocasionou o atraso do pagamento da renda anual, sendo cobrado judicialmente o valor devido. O pedido foi julgado procedente, com fundamento de que as obrigações dependentes não foram cumpridas em decorrência da fuga.

O caso ressalta a existência no contrato de cláusula essencial, e que a mesma é ligada as obrigações que são dependentes, sendo elas recíprocas, gerando no

contrato, uma obrigação ao devedor que deve realizar determinada prestação, obrigando o credor a retribuir de alguma forma, estabelecendo uma reciprocidade.

A solução dada ao caso foi considerada o descumprimento de Boone em relação a uma obrigação dependente, julgada procedente o pedido de cobrança, condicionando ao pagamento de perdas e danos a Eyre.

A forma inicial da referida teoria do adimplemento substancial se deu pelo não cumprimento da parte da prestação referente aos direitos e deveres primários.

Tendo a teoria originada no sistema inglês, a mesma encontrou algumas diferenças e aceitação em outros ordenamentos jurídicos, e sofreu a posteriori aprimoramento na aplicação nos tribunais da Inglaterra.

O ordenamento de *commow law* a divisão de categorias das obrigações proposta inicialmente, passou a representar um problema à apreciação da ocorrência do adimplemento, onde o descumprimento de uma obrigação essencial pode dar lugar a consequências irrelevantes e que o descumprimento de outra não essencial pode produzir graves consequências para o credor. Além do mais, a complexidade das relações contratuais dificulta a qualificação das obrigações. Devido a essa dificuldade essa distinção passou a classificar os inadimplementos como fundamentais ou não.

No atual direito anglo-saxão, a resolução contratual acontece quando reconhecido a quebra fundamental do contrato. Sendo analisado o pedido da resolução olhando para aquele que se sentiu lesado e se o adimplemento foi insuficiente ao ponto de haver quebra fundamental, não sendo verificada uma ruptura tão vultosa, mantém-se o vínculo obrigacional, o que leva a serem aplicadas as consequências do adimplemento substancial.

Da mesma forma os Estados Unidos da América impõem no ordenamento jurídico dos contratos, uma obrigação de boa-fé em seu desempenho e cumprimento, conforme a normatização contida no Uniform Commercial Code (UCC), parágrafos nos 1-304, 1-102 e 1-302. Procura-se a valoração da qualidade do adimplemento, bem como identificar inexistência da configuração da quebra essencial do contrato, olhando se a falta é pouco expressiva, optando assim pela manutenção do contrato, a despeito do pedido do credor.

Nos países que adotam o ordenamento civil law, no qual temos a Itália, como um dos representantes, e que adota de forma expressa no seu dispositivo legal do título II do Livro Quatro do código civil, no que tange aos contratos em geral e seu inadimplemento, informa no seu artigo 1455 do código Civil Italiano que o contrato não

será resolvido se o inadimplemento de uma das partes é de escassa importância. Para os italianos não há distinção na avaliação da inadimplência, tanto faz, se ela ocorre em obrigações principais ou secundárias, limitando-se a verificar a importância da falta e os efeitos provocado na outra parte.

Em Portugal o adimplemento substancial está positivado de forma expressa no artigo número 802, cuja transcrição é:

1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devido em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indenização.
2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.

Esse dispositivo delimita da mesma forma que o direito italiano e alemão, impossibilitando o encerramento do contrato baseado em ausência insignificante de parcela da prestação.

A argentina ampara a aplicação da teoria do adimplemento substancial no princípio da boa-fé combinado com o princípio da conservação do contrato, e na observância dos artigos 1.198 e 1.084 do código civil do país.

Art.1.198 os contratos devem celebrar-se, interpretar –se e executar-se de boa-fé e de acordo com o que verossimilmente as partes entenderam ou puderam entender, agindo com cautela e previsão.

Art. 1.084 Configuração do descumprimento. Para os propósitos da resolução, o Deve ser essencial na atenção ao propósito do contrato. Considera-se essencial quando: a) o cumprimento rigoroso do benefício é essencial no contexto do contrato; b) o cumprimento tempestivo do benefício é uma condição para manter o interesse do credor c) o descumprimento priva a parte lesada daquilo que tem substancialmente o direito de espera d) a violação é intencional; e) a violação foi anunciada por uma manifestação grave e definitiva do devedor à credor.

Existe uma previsão no ordenamento jurídico francês que possibilita a aplicação da teoria do adimplemento substancial, esse dispositivo está contido no Código Civil no artigo 1.184, podendo respaldar a rejeição do pedido de resolução da contratual, solicitado por via judicial.

2.2 Orientações e dispositivos de caráter supranacional

Ampliando as pesquisas, constatamos a existência de parâmetros e proposições de amplitudes mundiais e regionais, abordando sobre o uso da teoria do adimplemento nas relações contratuais. De acordo com a Convenção das Nações Unidas, recepcionado no Brasil através do Decreto nº 8.327/2014, a respeito de contratos de compra e venda de mercadorias, declara no artigo nº 51 (2) que: “(2) O comprador somente poderá declarar resolvido o contrato se a entrega parcial ou a desconformidade constituir violação essencial do contrato”.

Essa restrição refere-se ao conceito de violação Fundamental, a solução desta só poderá ocorrer caso haja a desobediência fundamental do contrato, o que avesso, quer dizer que existindo o adimplemento substancial, fundamental, a solução fica vedada.

Prosseguindo com as orientações e dispositivos de caráter supranacional, a Comissão do Direito Contratual Europeu que publicou os Princípios do Direito Europeu dos Contratos, sendo listados princípios comuns a todos os países da Comunidade Europeia. No artigo número 9.301 versa sobre a teoria dizendo que uma parte pode resolver o contrato se o descumprimento da outra parte for essencial.

2.3 No Brasil como se deu o adimplemento substancial

Historicamente em meados de 1916 o Código Civil Brasileiro não existia nenhuma previsão da aplicação da teoria do adimplemento substancial na resolução das transações dos contratos firmados entre o devedor e o credor, não sendo apresentado nenhum óbice na resolução contratual. A princípio a obrigatoriedade de cumprimento integral dos contratos era conclamada de forma rígida, aplicando de forma literal o Pacto Sunt Servanda. O código de 2002 no artigo 395 surgiu com importante elemento que possibilitou à análise do inadimplemento, no seu Parágrafo único, o credor pode exigir o cumprimento forçado da avença ou a sua resolução por perdas e danos (TARTUCE, 2015).

Quando lemos o que acham alguns doutrinadores do direito no Brasil, dentre eles Pontes de Miranda, Luciano Penteadó, Paulo Lôbo e Rui Rosado Júnior, verificamos que todos consideram importante uma análise da substância das parcelas cumpridas pelo devedor antes da resolução contratual entre as partes, ou seja, os mesmos admitem a aplicação da teoria do adimplemento substancial sempre

atentando para a parcela cumprida e o percentual de satisfação proporcionada a parte credora da relação.

Percebe-se a existência de consenso quanto ao suporte fático que a teoria do adimplemento substancial encontra nos casos concretos, criando um óbice ao direito de resolução quando olhamos o inadimplemento insignificante do contrato a ser cumprido.

2.4 A Boa-fé e o Adimplemento Substancial

Consistindo na boa-fé objetiva, um modelo de conduta dos integrantes da relação contratual, que impõem as partes atitude fundamentada sempre na lealdade e honestidade; não se confunde com a subjetiva, que é apenas um estado de consciência ou crença do indivíduo de estar agindo conforme as normas que lhes são aplicadas.

Anterior ao Código Civil este princípio não era positivado em nosso ordenamento, passando a ser posteriormente um dos principais princípios fundamentais que regem a relação de consumo, consistindo em cláusula geral para controle de dispositivos abusivos.

Na vigência do atual código civil o princípio da Boa-fé objetiva passou a incidir, expressamente, nas relações privada por ele regulada.

Este tema tem uma ligação direta na admissibilidade da teoria do adimplemento substancial, onde se deve olhar os deveres laterais que ocorrem entre as partes, tal como a cooperação mútua entre credor e devedor.

Sendo a boa-fé uma fonte de deveres de conduta, permite-se a concreta identificação do comportamento dos atores da relação contratual.

A Boa-fé tem também um viés de controle, limitando o exercício das partes do seu direito subjetivo, colocando determinado ato no mundo jurídico como ilícito, configurando como abuso de direito em qualquer fase do processo obrigacional.

A Boa-fé é a parte que fundamenta a aplicação do adimplemento substancial, partindo do viés de controle do exercício desmedido do direito de resolução pela parte lesada, principalmente se o mesmo teve sua expectativa atendida de forma substancialmente satisfatória pelo devedor.

A função da boa-fé se encontra reconhecida no Enunciado 371 do Conselho de Justiça Federal, onde a mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva.

Importante salientar que não é só a boa-fé que ampara a aplicação da teoria, parte desta fundamentação reside na concepção do solidarismo social das partes e a vinculação da função social do contrato.

2.5 Funções sociais dos contratos e o adimplemento Substancial

Foi atribuída inicialmente a ideia de função social a Tomás de Aquino, afirmava ele “que os bens apropriados individualmente deveriam ter um destino comum que o homem deveria respeitar”. Essa concepção ganhou força no século XIX, devido às profundas mudanças na economia e na sociedade. Surgiram nesta época as novas classes sociais como a burguesia, detentora do capital, e os trabalhadores.

Tais mudanças levaram ao enfraquecimento do Estado de cunho econômico-liberal e se deu o surgimento do Estado Social, levando os entes estatais a adoção de mecanismos de controle dos processos econômicos, dentre esses está a relação contratual.

A função social juntamente com boa-fé objetiva substitui a autonomia da vontade, força obrigatória e relatividade subjetiva, conforme contempla o Código Civil no seu artigo 421, que diz que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

O modelo social brasileiro fundamentado na intervenção estatal, nos planos legislativo, judicial e administrativo nas relações contratuais estará sempre presente.

Portanto, o princípio os interesses individuais das partes sejam exercidos de acordo com os interesses sociais e não dos interesses individuais. Além dos efeitos esperados, de não causar dano a terceiro, os contratos devem alcançar resultados ou vantagens também para a sociedade,

Diante disto observamos que a análise da admissibilidade da aplicação da teoria do adimplemento substancial na relação contratual, o princípio da função social combinado com o princípio da boa-fé objetiva, mais o percentual relevante do cumprimento das obrigações acordadas, devem ser levados em conta na aprovação de sua admissibilidade.

2.6 Hipóteses de aplicação da teoria do adimplemento substancial

A possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial no Brasil encontra reconhecimento, como podemos ver analisando os julgados dos tribunais brasileiros.

A aplicação mais antiga que se pode ter notícias em pesquisa nos sites dos Tribunais é originária do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e concluiu que o comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos o último cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução, sendo a ação julgada improcedente, e procedente a consignatória. Apelo provido em parte, apenas relativamente aos honorários, conforme descrita na Apelação Cível 588012666, Quinta Câmara Civil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 12/04/1988.

Verificamos que o critério adotado na avaliação da substancialidade se restringe a quantidade de parcelas foram pagas do valor total do contrato.

Analisando alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça constatamos que a pauta dos seus julgados cuja resolução se deu via teoria procurou eminentemente constatar a materialidade dos valores que foram pagos em relação ao total devido, apurando em percentuais o que seria ou não um adimplemento substancial.

Embora algumas decisões tenham sido tomadas levando em consideração outros aspectos, além de apenas analisar a substancialidade dos valores pagos, constatamos que no Brasil o tema da aplicação da teoria do adimplemento precisa avançar muito principalmente quando comparamos com outros países que fazem uso desse instituto. Notadamente o posicionamento jurisprudencial pátrio demonstra carência na apreciação mais profunda do assunto e sua aplicação, levando em conta todos os aspectos ao ponto de garantir direitos mais amplos no que tange a teoria do adimplemento substancial.

Outro ponto que merece realce, é que no levantamento jurisprudencial e na teoria existente sobre o assunto, sua aplicação ocorre predominantemente nas relações regidas pelo Código de defesa do Consumidor. Entretanto, essa teoria poderia ser aplicada em outras relações empresariais e civis, ou até mesmo nos contratos do Estado com os particulares na concessão dos seus contratos, com o

objetivo da manutenção das relações contratuais, quando presente principalmente o requisito para atendimento de um fim social.

2.7 Aplicações da Teoria do adimplemento Substancial-critérios

O ponto de partida na definição do critério, é verificar a relevância das parcelas que se adimpliu, esta ação deve ser feita diante de cada fato e circunstâncias que envolvem o caso, atendado para a complexidade que envolve o caso diante do ordenamento jurídico vigente (CHUEIRI, 2017).

Os cuidados iniciais devem ser mitigados para evitar um déficit de legitimidade quando for delimitar as situações que envolver o adimplemento substancial, procurando uma fundamentação consistente, sempre objetiva e clara, mostrando a desigualdade existente no pedido da resolução do contrato.

Diante das colocações anteriores percebemos que não é apenas o percentual ou o volume do que já foi adimplido que vai determinar a substancialidade do cumprimento, mas a apreciação dos motivos e circunstâncias que levaram o devedor a não cumprir até mesmo um percentual considerado irrelevante diante da totalidade. Portanto, poderemos nos deparar com um contrato que falta apenas 6% para sua quitação, cujo mesmo não se enquadra na aplicação da teoria do adimplemento substancial, pois os motivos que norteia o não pagamento, não está embasado de legitimidade.

Tendo como base o conhecimento anterior, precisamos verificar alguns elementos que se apresentam no contrato e que não podem ser ignorados no momento da preparação das alegações que enseja a aplicação da teoria do adimplemento substancial, mesmo que sozinhos não sejam suficientes para alegar a aplicação do instituto. O artigo 394 do Código Civil brasileiro apresenta os três elementos que são: tempo, lugar e forma.

Já mencionado anteriormente o Código Civil ressalta que será constituído em mora aquele que não cumprir sua obrigação no lugar, na forma e tempo combinados em contrato ou que estejam previamente definidos em lei. Pois essa punição pode vir da falta de observância à lei, que certamente atrai, para uma análise da conduta dos participantes da relação obrigacional, conforme estabelece os artigos 421 e 422 do Código Civil.

Os respectivos artigos vêm instituindo a liberdade de contratar, seja exercida em razão e nos limites da função social do contrato, como também, dispõe que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A forma de agir das partes que se coloque contra a função social do contrato e a boa-fé, principalmente quanto aos deveres de colaboração e cooperação, possibilita a finalização do contrato por inadimplemento.

2.8 O modo de agir das partes

O comportamento dos envolvidos na relação contratual tem um peso muito grande na resolução do mesmo, quando nos deparamos com o inadimplemento de algum deles.

Quando falamos em comportamento nos remetemos a forma que cada elemento que compõem a transação se posiciona para com o outro, sendo esperado condutas com o mínimo de licitude e honestidade no cumprimento de seus deveres, não importando em qual parte da relação que você esteja, seja ela como credor ou como devedor.

Esse ponto tem grande relevância para resolução contratual e avaliação da defesa com base na teoria do adimplemento substancial, pois esta atitude pautada em posturas desonestas inviabiliza os argumentos, tornando inviável a aplicação do instituto.

No caso concreto o agir das partes pode ser o fator decisivo na avaliação e definição da substancialidade, verificando que tal atitude foi tomada na busca da manutenção dos interesses comuns ou não, podendo funcionar como elemento negativo ou positivo da resolução.

É neste nesta direção que nos ensina Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 265), ao declarar:

De tal forma, dada a sua dinâmica essencial, a relação obrigacional obedece a um ciclo que encerra com a sua extinção, que se dá, geralmente, por meio do pagamento.

Entretanto, pode ocorrer que a obrigação não seja cumprida, em razão de atuação culposa ou de fato não imputável ao devedor.

Se o descumprimento decorreu de desídia, negligência ou, mais gravemente, por dolo do devedor, estaremos diante de uma situação de inadimplemento

culposo da obrigação, que determinará o conseqüente dever de indenizar a parte prejudicada.

Por outro lado, se a inexecução obrigacional decorreu de fato não imputável ao devedor, enquadrável na categoria de caso fortuito ou força maior, configurar-se-á o inadimplemento fortuito da obrigação, sem conseqüências indenizatórias para qualquer das partes.

A Quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, julgando recurso especial, confirmou um acórdão que manteve a aplicação da teoria do adimplemento substancial, considerando em tese as seguintes considerações: para a resolução do contrato pela via judicial, há de se considerar não só inadimplemento em si, mas também o adimplemento as parcelas durante a normalidade contratual. Partindo desse cotejo entre adimplemento e inadimplemento, deve o juiz aferir a legitimidade da conclusão do contrato, de modo a realizar por outro modo, os princípios da função social e da boa-fé objetiva.

Pela leitura do acórdão inferimos, em tese, que a busca em discernir o comportamento das partes durante a normalidade do andamento do contrato é fator que deve ser analisado pelo judiciário para solução da lida via aplicação da teoria do adimplemento substancial.

2.9 O objeto do contrato e sua importância

Na busca em definir o direito a ser tutelado pelo judiciário, é imprescindível avaliar se o mesmo se refere à realização de direitos fundamentais. Sendo a resposta positiva, certamente nos depararemos com algo cuja essencialidade seria indispensável na avaliação de sua validade como objeto do contrato.

O fato em questão deve ser levado em consideração pois a Constituição de 1988 apresenta de forma hierarquizada determinadas necessidades humanas, isso ocorre pois o legislador procurou resguardar o atendimento da coletividade, na busca de salvaguardar a função social de alguns serviços ou atividades, com o objetivo de mantê-los em atividade mesmo durante períodos que estaria indisponível por uma greve, por exemplo.

Demonstrando a importância de se analisar as parcelas em mora pelo ponto de vista da necessidade e essencialidade dentro do contrato verificando sua utilidade e inutilidade na falta de seu cumprimento dentro do prazo contratual (CHUEIRI, 2017).

Apontando claramente para uma análise com ênfase na utilidade, casado com a substancia das parcelas pagas, e o atingimento da função social, sem descarta a apreciação da boa fé objetiva das partes envolvidas.

2.10 Garantias, adimplemento legalmente estabelecido.

O adimplemento substancial tem por finalidade impedir a ação desmedida do direito a resolução da relação contratual, possibilitando ao credor receber o que lhe é devido por outras vias, tendo resultados práticos semelhantes ao do adimplemento, porém menos gravoso para o devedor. Como alternativa temos as garantias, destacamos o penhor, a anticrese e a hipoteca. O código Civil de 2002 apresenta no artigo 1.419 que as dividas garantidas por essas modalidades, tem vínculo-real ao cumprimento da obrigação.

3 CONTRATOS

O contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelo princípio da função social e da boa-fé objetiva, auto disciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, obedecendo a autonomia das suas próprias vontades.

O contrato tem como marco de sustentação, a manifestação da vontade das partes de participar desta relação jurídica, sendo tal opção tomada de forma espontânea e com um embasamento das partes, com relação ao conteúdo nele acordados, mostrando claramente que participam da relação de forma livre e segura.

A livre manifestação da vontade sempre estará acompanhada de uma certa dose de responsabilidade, inerente a toda relação bilateral, sendo cada participante dono de obrigações e direitos exclusivos da relação contratual. Essas responsabilidades derivam do respeito a normas superiores de convivência, assentadas na própria constituição da República federal do Brasil.

Sem o componente da vontade humana não se pode falar em negócio jurídico, ou seja, o querer humano está presente nesta tomada de decisão das partes no aceite dos contratos entre as partes.

Tartuce (2015), portanto, ao discorrer sobre o tema, ensina que:

O contrato é um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial (ato jurígeno); constitui um negócio jurídico por excelência. Para existir o contrato, seu objeto ou conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes. Em suma, em uma visão clássica ou moderna, o contrato pode ser conceituado como sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial.

Olhando na perspectiva civil constitucional, o contrato que é a espécie mais importante de negócio jurídico, só se firma socialmente se entendido como um instrumento de conciliação de interesses antagônicos, manejado com vistas à pacificação social e o desenvolvimento econômico. Esse fato é relevante na análise do conceito do contrato, pois sabemos, não é fato raro, que existem contratos onde um dos contratantes de forma acintosa, tenta subjugar a parte economicamente mais fraca, desrespeitando a função social da relação contratual. Pois, como todos temos conhecimento, o contrato deve preservar e observar com a sua existência a importância que exerce na sociedade quando cumpri integralmente o princípio da função social da relação.

Diniz disserta que:

Sabendo-se que as relações humanas são dinâmicas e sofrem transformações e que estar-se diante de uma realidade mutável, o sistema jurídico, entendendo-se este em sua concepção aberta, como um ordenamento normativo com dimensão fática e valorativa e por isso comporta a existência de lacunas e antinomias.

Ressaltamos também que o contrato em seu estado de verdadeira democracia de direito, atenderá à sua função social no momento em que, sem prejuízo ao livre exercício da autonomia privada, atender de forma absoluta os seguintes itens:

- a) Respeitar a dignidade da pessoa humana – assegurando os direitos e garantias fundamentais;
- b) Admitir a relativização do princípio da igualdade das partes contratantes – aplicável aos contratos verdadeiramente paritários, que atualmente são a minoria;

- c) Consagrar uma cláusula implícita de boa-fé objetiva – ínsita no contrato bilateral a imposição dos deveres anexos de lealdade, confiança, assistência, confidencialidade e informação;
- d) Respeitar o meio ambiente.
- e) Respeitar o valor social do trabalho.

Os itens acima descritos ajudam a compreender que o contrato não se baseia em uma competição, e sim, na relação de solidariedade, mostrando que a supremacia não pode superar o respeito entre as partes, a igualdade de condições leva a segurança, onde a sensação de punibilidade eterna, dá lugar a uma parceria na resolução das dificuldades. Encontramos na boa-fé objetiva um chamamento as partes para agir com verdade, gerando confiança para o atingimento da função social na qual todos os contratos almejam atingir.

3.1 Princípios do direito contratual

Sendo os ditames superiores que fundamenta as regras do Direito positivo e dão significado e legitimidade e validade jurídica. O princípio encontra-se em um nível superior de abstração, sendo igual e hierarquicamente superiores, dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma pirâmide normativa.

Cito abaixo os princípios do direito contratual:

- 1) O princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo.

Este princípio se refere na liberdade de contratar, ou de ter a liberdade de escolher a pessoa com a qual contratar.

- 2) O princípio da força obrigatória do contrato

Este princípio consolida na regra de que o contrato é lei entre as partes. Pois, sem o reconhecimento desta obrigatoriedade do contrato, a palavra dos homens necessitaria de força jurídica.

- 3) O princípio da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato

Este princípio oferta basicamente a ideia de que os efeitos do contrato só dizem respeito as partes contratantes, não aproveitando nem prejudicando terceiros.

4) O princípio da função social do contrato

O contrato é considerado não só como um instrumento de circulação de riquezas, mas também, de desenvolvimento social.

5) O princípio da boa-fé objetiva

Princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídico cogente. No direito Alemão, a boa fé representa a lealdade e a confiança que deve ser observada nas relações jurídicas em geral.

6) O princípio da equivalência material

Busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses.

Os princípios tem no direito uma força norteadora das relações, principalmente nos contratos, cujo envolvimento dos personagens e suas atitudes ensejaram para o sucesso e o cumprimento integral do contrato. As relações quando se apoiam nos princípios, as regras são respeitadas e todos saem ganhando.

3.2 Conceito de contrato administrativo

São relações comerciais firmadas entre a Administração Pública e terceiros com o propósito de melhorar as prestações de serviços resolvendo as necessidades, buscando sempre observar as normas de direito público. O contrato administrativo segundo Meirelles (2012), “é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração Pública”.

No contrato administrativo aparecem todas as características encontradas no contrato privado, sendo ele: consensual, formal, oneroso, comutativo e “intuito personae”, porém tem uma característica própria, que é a prévia licitação, podendo não ser exigida nos casos previstos em lei. Além destas distinções, temos uma que tem maior relevância jurídica, que é a supremacia do interesse público. A

Administração Pública é colocada em posição elevada na relação jurídica, surgindo desse privilégio as cláusulas exorbitantes, permitidas nesta relação, porém condenável na relação privada.

Não há impeditivo para que a Administração Pública contrate com o particular em pé de igualdade, isso ocorre nos chamados contratos administrativos de natureza semipúblicos ou também denominados atípicos, como também com a supremacia que lhe é de direito na realização de contratos administrativos propriamente ditos ou também chamados de típicos. Todos estes contratos buscam a satisfação do interesse público.

Quando a Administração Pública passa a compor um dos polos do contrato, passa a ter determinadas prerrogativas, devido a sua função de Estado, onde visa sempre a defesa do interesse público, pois se trata de um bem indisponível, ficando sempre em uma posição de supremacia na relação jurídica.

Dessa supremacia exercida frente o particular é que a Administração passa a dispor de cláusulas exorbitantes, reconhecidas apenas nos contratos administrativos indisponíveis e incomuns na esfera do Direito Privado, ou seja, nos contratos realizados entre particulares. As cláusulas exorbitantes são, dessa forma, prerrogativas inerentes a Administração Pública sendo válida nos contratos administrativos, colocando a mesma de forma imperativa, como deve ser em favor da defesa do interesse público.

Mello (2005) nos diz que: “as prerrogativas da Administração Pública no chamado contrato administrativa são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença”.

Surgindo, portanto, a possibilidade de a Administração Pública alterar contratos, retomar o objeto ou invalidar o contrato firmado, etc.,

Os contratos administrativos, segundo ALEXANDRINO & PAULO (2012), sejam “[...] públicos ou privados, são acordos de vontades.” Estes, ainda, são espécies de contrato, celebrados perante um terceiro e a Administração Pública.

A diferença entre o contrato privado do contrato administrativo é a presença forte da Administração Pública num dos polos da relação contratual. Porém, mesmo desta forma, faz-se necessário sempre à manifestação de vontade daquele particular que se encontra no outro polo desta relação (ALEXANDRINO & PAULO (2012, p. 531).

3.3 Contrato de concessão de serviços públicos

A concessão pública é uma transferência de gestão e realização de um serviço executado pelo particular, que arcará com todo o risco da operação, cabendo ao Estado o acompanhamento da execução e do cumprimento do contrato com qualidade do atendimento ao público. Por esse serviço a concessionária será remunerada por uma tarifa cobrada dos usuários e fixada de acordo com o disposto na licitação. Esta remuneração servirá para financiar os custos com operação, manutenção, pesquisa e desenvolvimento e proporcionar lucro ao concessionário.

A legislação norteadora desta relação jurídica, bem como as normas gerais estão positivadas na Constituição Federal no artigo 175 e na Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.

O instrumento de formalização desta relação, que é o contrato de concessão define os pontos importantes que nortearão a relação, dentre eles: o objeto, área de atuação, forma e período da concessão e o direito e deveres das partes envolvidas.

As cláusulas principais onde estão delimitados o objeto, modo e forma da prestação do serviço, bem como a disposição sobre a fiscalização, reversão e encampação, sendo nestas fixadas as formas para eventual indenização.

Como forma de ajustar o mercado, pode a Administração Pública alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares, procurando proporcionar uma melhora no atendimento ao público. Havendo modificações que acarretem o desequilíbrio econômico e financeiro na prestação deste serviço pela concessionária, deverá ser feito reajuste nas cláusulas remuneratórias da concessão, visando ajustar as tarifas aos novos encargos advindos das mudanças.

Cabe ao poder regulador a fiscalização do serviço, sendo feito por órgão técnico da Administração ou por entidade conveniada, devendo o concessionário prestar o serviço permanentemente, eficientemente. Conforme descrito no Artigo. 6º da Lei 8.987:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Desta forma verificamos que o serviço deve ser prestado da mesma forma a todos os usuários, demonstrando um olhar sem privilégios, sem interrupção e com constância, suprimindo a necessidade que é de permanência e continuidade, atendendo a todos satisfatoriamente, qualitativamente e quantitativamente, perseguindo a eficiência, com a cobrança de valores justos e com polimento no trato ao público. Observando estes requisitos o serviço será considerado justo e adequado, por outro lado será considerado um serviço de má qualidade se não atender qualquer destes requisitos, sendo a concessionária exposta as sanções regulamentares ou contratuais estabelecidas na concessão.

O poder concedente pode extinguir o contrato de concessão bastando para tanto identificar os motivos e adequá-las as seguintes formas:

- No final do período da concessão, ocorrerá o retorno do serviço ao poder estatal (artigo 36 Lei 8987/95), chamado de Reversão.
- Essa forma de extinção necessita de lei autorizadora, sendo a concessionária indenizada previamente. Todo o procedimento é motivado pelo interesse público (artigo 37 Lei 8987/95). O concessionário não poderá se opor, tendo seus prejuízos indenizados quando o ato do poder concedente lhe causar dano. Denominado Encampação ou resgate.
- Pode ser rescindido por inadimplência do concessionário (art.38 Lei 8987/95). Declarado por decreto do órgão responsável, após a comprovação do não cumprimento dos termos do contrato, via processo administrativo, e respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa. Desta forma é declarada a Caducidade.
- Falta no cumprimento do contrato por parte do poder concedente, será pleiteado a rescisão, com o desfazimento do contrato promovido pelo concessionário, via Poder Judiciário, porém os serviços prestados não poderão ser interrompidos até a decisão judicial transitar em julgado, conforme artigo. 39 da Lei 8987/95. Dando causa a Rescisão.

- A relação contratual será invalidada por vício de legalidade no documento validador da concessão ou na sua formalização. Essa anulação aponta a existência de um contrato ilegal, sendo uma forma de extinção diferente das outras pois existia um contrato válido. Os efeitos são ex tunc, refletindo no começo da concessão. Ocorrendo a extinção por anulação.
- Falência ou extinção da empresa concessionária

4 JUDICIÁRIO BRASILEIRO: APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLETNO SUBSTANCIAL NOS COTRATOS ADMINISTRATIVOS

Quando começamos a pesquisar sobre o tema proposto, nos deparamos com uma grande resistência do direito público em perceber e aceitar as mudanças nas relações jurídicas, principalmente nas relações contratuais, cujo Estado faz parte como um dos polos da transação.

Este fato, decorre da força que a supremacia do Ente Público exerce sobre o particular, bem como, a existência do efeito vinculante do princípio da legalidade na prática dos atos administrativos, dificultando avaliação mais extensiva nas suas tomadas de decisão, obrigando-o a fazer aquilo que está previsto em lei, impedindo em alguns casos, por optar por uma decisão baseada nas normas gerais do Código Civil, como seria o caso do uso da Teoria do Adimplemento Substancial. Que ao invés de tornar o contrato caduco, possibilitaria o seu cumprimento integral, gerando uma economicidade as contas públicas, evitando levar o processo ao seu início.

Vale destacar, que a jurisprudência do Brasil já tem ampliado sua percepção e aplicado ao contrato administrativo cláusulas gerais da teoria civilista do contrato, principalmente o relacionado com a função *social do contrato e da boa-fé objetiva*, na busca de dar visão mais humanista e solidária aos contratos administrativos, cada vez mais, uma relação contratual calcada na igualdade substancial e na justiça contratual.

Os *contratos privados* são regidos pela autonomia privada, não sendo prescrito em lei. Sendo assim, não necessitam de publicidade para ter seus efeitos reconhecido pelas partes. São esquemas rígidos e comportam irrestritamente a *exceptio non adimpleti contractus*; já que os *contratos administrativos* são acordos que mitigam a autonomia privada e podemos até dizer, que são uma espécie de “contrato de adesão”, na perspectiva do particular, pois possuem forma prescrita em lei, necessitam de publicidade formal, tem uma rigidez mitigada em face da tutela do interesse público e apenas comportam a *exceptio non adimpleti contractus*, por parte do particular, em certa e limitadas condições.

A relação contratual na administrativa Pública tem uma relação de superioridade, demonstrando sua força e com poderes sobre o particular contratado, submetendo-o a uma verdadeira *batalha*, cujo algoz possui uma armadura blindada

pela famigerada “intangibilidade” do mérito administrativo e por uma pré-constituída “supremacia” do interesse público sobre o privado, e ainda dispõe da espada rígida dos “poderes exorbitantes” que permite o uso da autoexecutoriedade aos seus desígnios autoritários e desproporcionais.

São praticadas inúmeras ações e/ou omissões nas relações contratuais administrativas em desfavor das partes contratadas, como exemplo: atrasos de pagamentos, ou até não pagamentos, indiscriminados e sem quaisquer consequências à Administração Pública; alterações unilaterais de condições pactuadas sem efetiva e completa recomposição da equação econômico-financeira; rescisões contratuais e sancionamentos administrativos sem observância do devido processo legal.

O princípio da boa-fé objetiva, lastreado na “moralidade administrativa”, persegue o comportamento de *lealdade* e *confiança* entre as partes, na busca de evitar que uma das partes leve vantagem sobre a outra, ocasionando o desequilíbrio no exercício de direitos (ou seja, de abuso de direitos); já a função social do contrato, na sua dimensão interna, exigindo uma maior *solidariedade*, sempre no sentido de garantir uma equivalência material, um equilíbrio real de direitos e deveres contratuais entre as partes dotadas de dignidade e direitos fundamentais. O chamamento deste princípio para relação do Estado, quebra de vez o paradigma da supremacia do governo sobre os demais.

Essa soberania é vista claramente quando analisamos, o poder-dever de rescindir unilateral o contrato, sendo esta prática exercida de forma “exorbitante” por parte da Ente Pública. Devemos observar que a aplicação do adimplemento substancial, na pura aplicação da função social do contrato, remonta claramente como uma alternativa de conservação ou preservação do contrato, como regra, para que ele exerça sua finalidade; como também, ligada à boa-fé objetiva, espelha a restrição da potestade exorbitante de rescindir unilateralmente o contrato, não há de falar em rescisão automática, ou até obrigatória, do contrato em todas as hipóteses do art. 78 combinado com a do art. 79, inc. I, ambos da Lei 8.666/1993.[61]

De fato, simples falhas na prestação que não prejudiquem o centro da finalidade almejada, ou atrasos que não inviabilizem a utilidade da prestação à tutela do interesse público primário, não legitimam o exercício do dever-poder de rescindir unilateralmente o contrato administrativo.

Mesmo que tenha sido previsto legalmente para que seja procedido a rescisão, que se evoque o nome da coletividade, ou se lance da alegação do proveito pelo interesse público tutelado, não se pode negar que há também um interesse público ou coletivo na proteção da boa-fé objetiva, com a preservação da confiança e da segurança presentes nas relações contratuais em geral, devemos lembrar do princípio da função social existente no contrato, para não ferir a dignidade humana na sua acepção patrimonial.

Existe na jurisprudência nacional a compreensão que o julgado em que é reconhecido o direito à indenização por lucros cessantes por imperativo de uma visão de Direito Administrativo Consensual, onde se consegue ver o particular contratado como parceiro, tutelando a legítima expectativa à luz do princípio da boa-fé objetiva.

Também, sobre o tema se pronunciou na IV Jornada de Direito Civil: o Conselho da Justiça Federal, em seu Enunciado 361, analisando os artigos 421, 422 e 475: com a seguinte análise: “o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, direcionando a aplicação do art. 475”.

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

A doutrina tem ampliado seu olhar para o uso da teoria, além da esfera dos contratos do Direito Civil. Analisando alguns artigos sobre o tema, os mesmos apontam para o uso do adimplemento substancial do contrato, como impedimento à resolução unilateral do contrato. Sustenta-se que a hipótese de resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, ou seja, da inadimplência insignificante do saldo do contrato, não sendo mais benéfico a sua mera extinção como resposta jurídica à preservação e à função social do contrato.

Citamos também o Desembargador Jones Figueiredo Alves, que defende em sua tese doutrinária, “a introdução da boa-fé objetiva nos contratos, como requisito de validade, de conclusão e de execução, defende de forma expressa, que a norma

positivada pelo art. 422 do Código Civil, traz o delineamento da teoria da substancial performance como fundamento do princípio. É pela observância de tal princípio, notadamente aplicável aos contratos massificados, que a teoria se situa preponderante, como elemento impediante ao direito de resolução do contrato”.

A teoria, não está apenas nos trabalhos acadêmicos, a mesma já foi aplicada em nossa jurisprudência aos contratos administrativos, embora seja forte sua presença nas relações entre pessoas do direito privado, constatamos claramente ao lermos a manifestação do Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) José Delgado (relator), no julgamento do RESP 914.087/RJ de 4/10/2007, DJ 29/10/2007. No qual a autoridade militar teve o recurso especial não provido, o mesmo, pleiteava suspender o fornecedor por um prazo de seis meses, impedindo sua participação em licitação, por atraso na entrega de mercadoria, por culpa do mercado, que não causou prejuízo ou insatisfação por parte da administração após seu cumprimento.

Apesar de a teoria ter sido aceita no caso do julgamento do RESP 914, constatamos quando pesquisamos nos tribunais a aplicação da mesma nos contratos de concessão pública, pouco se encontra de casos cuja resolução se deu via teoria. Tal fato chama à atenção para a resistência na aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Administrativo brasileiro, ilustrando bem o quanto temos de evoluir na aplicação dos mecanismos que viabilizem os contratos, sua efetivação e preservação até a sua conclusão.

O ponto apresentado aproxima-se daquilo que a tradição jurídica do *common law* denomina de “*substantial performance*”, “*substantial compliance*” ou “*substantial completion*” e que o direito brasileiro denominou de “adimplemento substancial”. Em teoria geral dos contratos, refere-se ao fato de que violaria a boa-fé, em seu sentido objetivo, que o contratante que adimplisse substancialmente sua parte no contrato fosse apenado com a perda do direito de receber a contraprestação, pelo simples fato de que, formalmente, não cumpriu parte mínima da avença.

Notadamente observamos que se trata de item polêmico. Porém, essa propositura é extremamente vanguardista, sendo um produto de uma proposta de iluminação da teoria do contrato administrativo pelo Direito Civil, singularmente à luz das cláusulas gerais do Código Civil de 2002. Com efeito.

Novos paradigmas foram inseridos pela dinâmica social do século XX, e as relações contratuais foram influenciadas de forma direta pelo Código Civil Alemão, com a vinculação da liberdade contratual à liberdade social, a concepção

principiológica e fundamental da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações contratuais.

Segundo Varela (2000):

Os princípios fundamentais em que” assenta toda a disciplina legislativa dos contratos são os seguintes: a) o princípio da autonomia privada, que atribui aos contraentes o poder de fixarem, em termos vinculativos, a disciplina que mais convém à sua relação jurídica; b) o princípio da confiança, assente no *stare pactis*, segundo o qual cada contraente deve responder pelas expectativas que justificadamente cria, com a sua declaração, no espírito da contraparte; c) o princípio da justiça comutativa ou da equivalência objectiva, de acordo com o qual, nos contratos a título oneroso (que são, de longe, os mais frequentes no comércio jurídico), à prestação de cada um dos contraentes deve corresponder uma prestação de valor objetivo (ou subjectivo) sensivelmente equivalente da parte do outro contraente.

Partindo da concepção da força da boa-fé objetiva e da função social do contrato, que o mundo jurídico grita por relações contratuais baseadas na solidariedade entre as partes, igualdade e na justiça contratual, deve-se operar uma interpretação extensiva do disposto no citado art. 86, da Lei 8.666/93, para compreender que a punição deverá recair também sobre a Administração Pública. Fato também positivado no art. 40, inc. XIV alínea “d”, da Lei 8.666/93, onde devem ser previstos nos editais de licitação para contratações públicas de *compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;*

Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Constatamos na leitura sobre o tema, que o mundo das relações tem sido afetado fortemente pelos princípios, no caso dos contratos com administração pública,

no caso em estudo, os contratos de concessão, a questão da supremacia não deve ser deixada de lado por completo, porém é necessário que o Estado tenha um olhar mais amplo na hora de ruptura de alguma transação feita com particular. Hoje mais do que nunca, precisamos identificar a boa-fé objetiva dentro da relação, antes de tomar qualquer definição terminativa.

4.1 Caso hipotético

O caso hipotético nos permitirá fazer uma análise há luz dos princípios da boa-fé objetiva e da função social, se o Estado, neste caso, representado pela agência reguladora, deve meramente exercer a sua supremacia e simplesmente declarar a extinção unilateral do contrato de concessão que atrasou a sua entrada em operação, fazendo-a de forma parcial. Se o judiciário na sua apreciação, fizer uma análise fria do contrato pactuado levando em conta apenas o que está escrito nas cláusulas, pecaria pelo rigor na interpretação, a, mesma atitude aplicada pela a agência reguladora, na qual prefere declarar a caducidade, sem fazer uma análise de quanto a obra avançou, do volume investido, e os motivos que levaram ao atraso a entrada em operação.

Outro ponto, é que as empresas têm geralmente um prazo pré-operacional que dura 5 anos, o mesmo inicia após a assinatura do contrato, perdurando por toda as atividades de construção e finalizando com a sua energização, sendo formalizada com a comunicação ao órgão regulador. Importante salienta que o prazo de duração da concessão é de 30 anos, podendo ser renovado por mais 30 anos, o que eleva o prazo total possível do contrato a 60 anos. Estes fatos quando observados pode gerar uma economicidade ao erário, evitando de certa forma levar este contrato para a fase inicial.

A companhia Transmissora Xis S.A, é uma empresa de capital fechado, constituída pela consorcio de duas empresas, uma construtora de capital privado e outra Companhia de capital público. Conforme exigência legal a investidora privada tem a maioria das ações, perfazendo um montante de 51% e a estatal de 49% do capital. Surgindo desta forma uma empresa de capital privado, criando assim uma SPE- Sociedade de Propósito específico.

Após participar do leilão e vencer, a empresa referenciada, assinou contrato de concessão para executar a construção de duas subestações no estado do Ceará com

suas respectivas linhas de transmissão e uma linha de transmissão na cidade de São Luís. Vale ponderar que as linhas do estado do Maranhão ficam em uma área urbana e com muitas edificações e com vários terrenos com invasões.

O investimento previsto para conclusão de todo trecho de obra, foi orçado em R\$ 380.000.000,00 (trezentos e oitenta milhões de reais), porém no decorrer da execução verificou-se que no trecho de linha de São Luís, os valores das indenizações exorbitavam em muito o valor do orçamento para tal custo. Houve também uma solicitação da COMAR-Comando Aéreo Regional pedindo a mudança do traçado da linha, pois segundo estudos estaria no cume de segurança do aeroporto local. Esses fatos apontavam para a não viabilidade de construção do trecho de linha.

Ao longo dos 5 anos previstos em contrato para a construção, a empresa só conseguiu concluir a obra do estado do Ceará que perfazia 92% da obrigação acordada, deixando a linha de transmissão de São Luís sem finalização, devido a sua inviabilidade financeira, cujo conclusão levaria ao desequilíbrio financeiro ao contrato. Este trecho compreende 8% do total da construção.

O poder concedente tem como exigência contratual a pactuação de seguro garantia de conclusão de obra, cujo objetivo é garantir o cumprimento integral de todo o contrato. Porém o agente acionou a seguradora para o recebimento integral da apólice do seguro, ignorando totalmente o cumprimento de quase 92% do contrato, bem como instalou um processo administrativo de caducidade do contrato de concessão.

Quando olhamos para os dados acima apresentados, entendemos claramente a dificuldade do poder estatal de abrir mão do uso da sua supremacia para dar espaço aos princípios, cujo o cunho é trazer uma certa igualdade nas relações, bem como acrescentar uma solidariedade ao mundo contratual. Essa possibilidade do ente público ao analisar um contrato de concessão, tendo como pano de fundo o adimplemento substancial por parte do concessionário, certamente irá gerar, agilidade no processo, bem como, economicidade para o Estado.

Proporcionará dessa forma para os particulares, segurança jurídica na relação com o ente estatal e garantindo a conclusão dos contratos de forma integral. Evita-se, desta forma, a descontinuidade dos processos e de maiores gastos na busca de novos concessionários para assumir contratos inconclusos.

5 CONCLUSÃO

Precisamos reconhecer a revolução ocorrida pelas cláusulas gerais de ordem constitucional e dos princípios gerais da teoria dos contratos, em especial o da boa-fé objetiva e da função social. Porém se faz necessário destacar a indiscutível e ultrapassada concepção atual da relação contratual administrativa, totalmente fundamentada na supremacia do interesse público sobre o privado e processada plenamente na ideia de que a Estado é parte suprema dessa relação.

No âmbito do Direito Privado, as mais profundas mudanças ocorrem em razão da reavaliação de seus institutos basilares, tendo como consequência desta nova valoração, o afastamento do dogma por meio do qual até então a autonomia da vontade deveria ser absolutamente observada nas relações. O artigo 475 do Código Civil de 2002 elenca um direito potestativo pelo qual, se houver descumprimento de obrigação contratual, “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

Diante desta condição resolutória, consolidou-se a teoria do adimplemento substancial, pela qual se busca demonstrar que a norma aparentemente instituidora de uma sujeição do devedor à vontade do credor nos casos de descumprimento, devem passar por um filtro, evitando penalizar os devedores que cumpriram de forma substancial as parcelas devidas nesta relação. Diante disto, observamos à necessidade de aumentar à aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial as relações de consumo envolvendo o Estado e um particular, caracterizada pelo contrato de concessão.

Neste cenário, temos muito que discutir sobre a possibilidade da utilização desta teoria nas relações entre um particular e o Estado nas manutenções dos seus contratos de concessões, quando do seu não cumprimento integral na sua obrigação de fazer. Observamos que o judiciário usa de forma tímida a teoria, devido a supremacia do Estado sobre os particulares.

Há uma lacuna no nosso ordenamento quanto ao emprego da teoria do adimplemento substancial, quando comparamos com outros países onde essa teoria é amplamente aceita.

Compreende-se que um contrato cujo percentual de cumprimento seja considerado adimplido substancial, sendo o bastante para o credor arguir ao judiciário

a não caducidade do mesmo. Nesse sentido, é válido analisar o fato da não conclusão por parte do concessionário, enseja o não atingimento do seu objetivo, corroborando com o entendimento da aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de concessão pública. Assim, a análise do cumprimento substancial dos contratos deve ser contemplada pelo judiciário na definição do direito.

Especificamente, a partir da leitura de diversos teóricos, doutrinadores e jurisprudência sobre o tema, na busca de conceituar a teoria, sua aplicação nos contratos, bem como apresentar o contrato de concessão, suas definições, características e aplicação dentro da administração pública, e por fim verificar a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de concessão pública.

Sendo assim, aplicamos o método hipotético-dedutivo, utilizando-se do estudo descritivo e qualitativo, por meio de revisão bibliográfica. A pesquisa descritiva fez o estudo e análise dos fatos sem a manipulação ou interferência. Sendo utilizada Legislação, pesquisas bibliográficas em livros, julgados dos tribunais, bem como de forma análoga legislação de outros países.

Como já mencionamos, o trabalho foi dividido três capítulos, no início apresentou o conceito da teoria do adimplemento substancial e sua aplicação nos contratos, no segundo capítulo apresentaremos o contrato de concessão, mostrando sua especificidade, sua definição, características e aplicação dentro da administração pública, no terceiro capítulo finalizamos com a verificação da possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de concessão pública, tendo por base os julgados do judiciário, o posicionamento da doutrina e da jurisprudência pátria diante dos casos concretos encontrados.

Portanto, devemos ponderar que a teoria do adimplemento substancial aplicada aos contratos públicos, especificamente o contrato de concessão, pode ser um avanço no judiciário, estabelecendo a concretização das garantias de igualdade entre o público e o privado, gerando uma harmonização positiva, onde ambas as partes sairiam vencedoras.

O objetivo da pesquisa foi analisar a possibilidade da implementação da teoria do adimplemento substancial nas relações entre o particular e o estado nos contratos de concessões públicas.

Concluimos que se trata de tema polêmico e bastante instigante, bem como, destacamos seu viés altamente vanguardista nos campos da Teoria Geral dos

Contratos. As diversas possibilidades que podem e devem se abrir com essa grande mudança de percepção e com a conjugação dos institutos dos ramos de Direito Público e Direito Privado, certamente nos levará a operar, sem alteração das essências inerentes a cada direito e sem violação das suas características próprias. A evolução deste ponto nas relações do direito público versus direito privado, com a aplicação da teoria do adimplemento substancial, aproximará, sobremaneira, essas transações com os valores e princípios enaltecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

Argentina. **Código Civil Argentino**. Disponível em: <http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-comercial-unificado/articulo-1198.php>. Acesso em: 18 mai. 2019.

BONFIM, Daniel Guerreiro. **Adimplemento Substancial**: Razoabilidade da Sua Aplicação nas Relações Contratuais do Capitalismo Moderno. 2017. Disponível em: <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3025/1/Adimplemento%20Substancial%20di%20ssertacao%20%20estabilidade%2006012017%20formatado.pdf>. Acesso em: 06.11.2019

BRASIL. **Decreto Nº 8.327**, de 16 de Outubro DE 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm. Acesso em: 23 mai. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 47344**. 1966. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/lc/106487514/201703312358/73407037/diploma/indice/40>. Acesso em: 18 mai. 2019.

CHUEIRI, Rodrigo Cunha. **Adimplemento substancial**: prática contratual e critérios qualitativos. Curitiba, Juruá, 2017.

COSTA, Albertino Pierre da. **A Nova Perspectiva do Contrato administrativo a Luz das Clausulas Gerais da Boa-fé Objetiva**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49460/a-nova-perspectiva-do-contrato-administrativo-a-luz-das-clausulas-gerais-da-boa-fe-objetiva-e-da-funcao-social-do-contrato>. Acesso em: 04 nov. 2019.

DE PAULA, Marcos José. **Teoria do Adimplemento Substancial**. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/43-67_Marcos_Jos%C3%A9_Paula_Teoria_adimplemento.pdf. Acesso em: 18 nov.2019

FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e Inadimplemento substancial**. São Paulo; Atlas 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze e Filho, Rodolfo Pamplona. **Manual do Direito Civil**. São Paulo, Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. volume 3, São Paulo; Saraiva, 2016

SANSEVERINO, Paulo de Tarso, JUNIOR, Nelson Nery, NETO, Eugênio Facchini; GONÇALVES, Carlos Roberto. IV Jornada de Direito Civil, **O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer**

preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475. 2008. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>. Acesso em: 05 nov. 2019.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de Longo Prazo e dever de Cooperação**. São Paulo: Almedina, 2016.

SILVA, Rodrigo da Guia. **Em Busca do Conceito contemporâneo. (in) Adimplemento Contratual: Análise funcional à Luz da Boa-fé Objetiva (“Em busca do conceito contemporâneo na boa-fé objetiva”)**. 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/33722289/Em_busca_do_conceito_contempor%C3%A2neo_de_in_adimplemento_contratual_an%C3%A1lise_funcional_%C3%A0_luz_da_boa-f%C3%A9_objetiva_In_search_of_contemporary_concept_of_breach_of_contract_functional_analysis_based_on_objective_good-faith_. Acesso em: 05 de nov.2019

TARTUCE, Flávio, 2015. **A teoria do adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/180182132/a-teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>. Acesso em: 24 mai. 2019.

KUCZMARSKI Cíntia Camargo. **Contrato de Concessão de serviços Públicos**. 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3070/Contrato-de-concessao-de-servicos-publicos>. Acesso em: 06 out. 2019.