



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE - FDR

**ADIMPLENTO SUBSTANCIAL: IMPACTO NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO**

PACO ESDRAS ANSELMO FONSECA PEREIRA

**ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: IMPACTO NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO**

Trabalho de Conclusão de Curso da graduação em Direito na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, como requisito para a obtenção do título de Bacharel.

Orientadora: Prof. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal

**Recife,
2018.**

ÍNDICE

1. Introdução	1
2. As relações contratuais.	2
2.1. Formação dos contratos	2
2.2. A proteção contratual do consumidor.....	6
2.3. Resolução contratual: Consequência por inadimplemento do contrato.....	7
3. A teoria do adimplemento substancial	8
3.1. Desenvolvimento da teoria	8
3.2. A posição da jurisprudência brasileira em relação a teoria da <i>substancial performance</i>	12
3.3. Requisitos do adimplemento substancial.....	14
3.3.1. A expectativa legítima gerada pelas partes.	15
3.3.2. O inadimplemento deverá ser ínfimo.	18
3.3.3. A conservação ao direito do credor de pleitear a quantia devida.	21
4. O superendividamento	23
5. Adimplemento substancial nos acordos dos superendividados	27
6. Conclusão	29
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32

1. Introdução

Uma das mais antigas formas de interação entre os homens que vivem em sociedade são as relações contratuais. O contrato é um importante instituto do Direito Civil, o qual sofre alterações conceituais e interativas de acordo com o período em que se enquadra. Atualmente no Brasil, o Código Civil em vigor não definiu o conceito de um contrato, mas disciplinou com bastante maestria a teoria geral desse instrumento, sob a rubrica dos contratos em geral, no Título V, abrangendo essa temática a partir do seu artigo 421 até o 480.

Esse instrumento passou por diversas mudanças ao longo dos séculos e para adaptar essas alterações à sociedade contemporânea é fundamental para que se obtenha um adequado uso dos contratos. Apesar de ser um conceito bastante complexo no qual não cabe apenas uma definição, a ilustre obra de Carlos Roberto Gonçalves, a qual trata exclusivamente sobre os contratos e os atos unilaterais, possui uma das melhores denominações do que seja esse instrumento. O desembargador entende que o contrato é “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.”¹

Todavia, nem todas as relações contratuais conseguem ser integralmente cumpridas e uma das possibilidades do inadimplemento de um contrato é a sua resolução, ou seja, o retorno ao estado *a quo* da formação do contrato.² Nesse ponto, surge a teoria do adimplemento substancial, a qual defende que ao verificar-se que o inadimplemento da relação contratual seja ínfimo, considerando a sua integralidade, não deve simbolizar uma infração ao ponto de legitimar a resolução contratual.³

Através dessa perspectiva, o presente estudo pretende-se aprofundar primeiramente nas relações contratuais, com ênfase nos contratos que envolvem o consumidor. Após esse ponto, será realizada uma breve explanação do surgimento da teoria do adimplemento substancial e de quais formas ela se difundiu pelo mundo, em especial na doutrina e jurisprudência brasileira.

Por fim, o estudo sucederá uma análise das consequências que trará a consolidação da teoria do adimplemento substancial e em quais situações poderá ser

¹ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: Contratos e atos unilaterais** - Saraiva – São Paulo. p.22

² GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: Contratos e atos unilaterais**. p.185

³ B. MIRAGEM, **Direito do Consumidor: Fundamentos do Direito do Consumidor; Direito Material e Processual do Consumidor; Proteção Administrativa do Consumidor; Direito Penal do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, p.247.

convocada, como nos casos que envolvam o consumidor, seja em uma situação de compra e venda, em prestação de serviço, em caso de empréstimo bancário para superendividados ou em qualquer outro tipo relação consumerista.

02. As relações contratuais.

02.1. Formação dos contratos

Para iniciar falando sobre esse tema, nada mais oportuno do que trazer o posicionamento de um dos maiores juristas da história do Brasil, Clóvis Beviláqua, o qual entendia que contrato nada mais era do que “o acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito”.⁴ Essa definição serviu como base para diversas outras que vieram a surgir na doutrina brasileira. Ademais, é importante compreender que para existir a formação da relação contratual não deve se limitar ao formalismo, haja vista que para existir um ato jurídico, é necessário apenas a declaração de vontade de um particular dirigida a um fim protegido pelo direito. Nessa situação, haverá uma norma jurídica que irá proteger o objetivo almejado pela parte, formando-se então a relação contratual.⁵

Ao analisar a questão de quais são os tipos de contratos que existem, poderíamos citar quase uma infinidade. Entretanto, conforme explanado por C. Zanetti, seria possível definir a existência de três grandes tipos de relações contratuais. Sendo elas os contratos clássicos, os contratos civis por adesão e os contratos de consumo.⁶

O primeiro tipo, os contratos clássicos, poderia ser definido como o contrato “ideal”, pois ambas as partes da relação seriam efetivamente operantes na construção dos efeitos contratuais, em consequência de que a negociação seria concretizada pela realização de diversas propostas e contrapropostas até o momento em que haveria a celebração do contrato. Pontes de Miranda exemplifica essa relação como sendo um jogo de tênis de ofertas⁷, onde cada rebatida na bola seria uma proposta que duraria

⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil anotado**, vol. 4, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916. p. 245.

⁵ DANTAS, Sant Tiago. **Programa de direito civil**, Rio de Janeiro, Forense. P.214

⁶ ZANETTI, Cristiano de Sousa, **Direito Contratual Contemporâneo – A Liberdade Contratual e sua Fragmentação**, São Paulo Método. P.230

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti **Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios do objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais**, tomo XXXVIII, Rio de Janeiro, Borsoi. p.26.

até o momento que uma das partes segura a bola e encerre o jogo, representando a aceitação ou negação do negócio.

Essa seria a verdadeira situação de liberdade contratual, nada mais sendo do que o “poder reconhecido às pessoas de estabelecerem, de comum acordo, as cláusulas reguladoras (no plano do Direito) dos seus interesses contrapostos, que mais convenham a sua vontade comum”.⁸ Esse reconhecimento existe, uma vez que há a possibilidade de todos os polos do contrato decidirem quais serão os efeitos emanados da relação contratual.

O segundo tipo, os contratos de adesão, possui uma relação bastante diferenciada em relação ao ser comparada com a anterior. Isso se deve ao fato dos contratos de adesão serem voltados a pessoas diversas, cuja as quais não se tinham um prévio conhecimento a respeito, sendo assim, as cláusulas contratuais são elaboradas essencialmente por uma das partes com direcionamento genérico, restando a outra unicamente a opção de aceitar ou não em aderir ao contrato.⁹

Nesse tipo de relação contratual, não ocorre a possibilidade de uma discussão entre as partes para estabelecer ponto a ponto o que irá constar no contrato. Isso se deve, entre diversos fatores, pela economia de tempo gerada e também pela força de um dos polos o qual não precisa estar flexibilizando os seus contratos, uma vez que as demandas por eles costumam seguir o mesmo padrão.

Por esses motivos, os contratos de adesão são marcados principalmente pela não contribuição do aderente na modelação dos efeitos contratuais. A consequência desse modelo é que comumente esse tipo de contrato carrega uma grande desigualdade e espoliação entre as partes envolvidas, sendo, em muitos casos, uma prática de mercado.¹⁰

O último tipo de relação contratual, contratos de consumo, será a que aprofundaremos mais ao iniciarmos o tema do adimplemento substancial. Esse tipo de contrato é pautado na relação entre fornecedor e consumidor, isso não significa uma simples nomeação dos polos de uma relação de contrato, na verdade, a

⁸ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**, v I, Coimbra, Almedina. p.226.

⁹ ZANETTI, Cristiano de Sousa, **Direito Contratual Contemporâneo – A Liberdade Contratual e sua Fragmentação**, São Paulo Método. P.228

¹⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, **As Pautas de Valoração do Conteúdo dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil**, São Paulo, Saraiva. P.219

consequência disso é que nesse tipo de relação, inevitavelmente, o consumidor é a parte mais fraca por uma série de fatores, como será abordado mais adiante.

A relação consumerista pode em muitas situações ser confundida com os outros tipos de contratos já citados, uma vez que em alguns casos a liberdade contratual do consumidor pode ser mais ampla como nos contratos clássicos ou mais restrita como nos contratos de adesão. A grande questão é que, comparado aos outros dois tipos de contrato, na relação de consumo há uma presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor em razão do recebimento de ofertas impulsionadas por propagandas que visam estritamente atingir a vontade de consumo da sociedade.

Esse tipo de mecanismo acaba criando no consumidor uma necessidade que se torna mais fictícia do que real, levando este, em muitos casos, ao caminho de realizar o contrato.¹¹ Além da afetação pelo excesso de propagandas no cotidiano, os consumidores em grandes casos são detentores de pouco conhecimento específico sobre a matéria que está sendo contratada. Em razão de tudo isso, surge o questionamento: realmente existe o próprio querer de contratar por parte do consumidor?¹²

Ao compreender que os contratos possuem subtipos, cada qual com as suas peculiaridades, torna-se de uma obviedade solar que não pode existir um tratamento isonômico a ser aplicado para todas as relações. Isso reflete-se em razão do princípio da isonomia, que determina tratamentos diferenciados para aqueles que são diferentes. Por mais paradoxo que esse pensamento possa parecer, o tratamento diferenciado, é em alguns casos, a melhor forma de poder conceder igualdade entre as partes.¹³

Em sendo um tema bastante importante no ordenamento jurídico, a teoria contratual é regida por diversos princípios, como o da boa-fé objetiva, função social do contrato e outros. Um dos princípios desse instrumento acaba se tornando o centro

¹¹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, Contrato de Adesão, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Livre-docente em Direito Civil. p.23

¹² Seguindo esta linha de raciocínio, explica C. BITTAR: “Ajunta-se a esse quadro a agressiva publicidade que se desenvolve por todos os veículos de comunicações existentes – em particular, pela mídia eletrônica – a acrescentar, diuturnamente novos produtos e a despertar, assim, novos desejos e novos impulsos de compras à civilização atual, que, pela agitação, bem se poderia chamar de “civilização da ansiedade”. Cf. Conclusões Gerais, in C. BITTAR (coord.), **Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas**, São Paulo, Saraiva, p.115-116.

¹³ DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. v.1 Salvador. Ed. Jus Podivm. P.97-98

de questionamentos por não compatibilizar com diversos posicionamentos de doutrinadores da atualidade, sendo esse o princípio da obrigatoriedade dos contratos.

Essa norma em questão representa a força vinculante dos contratos, de tal modo que possa significar, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada. Isso se deve por existir a necessidade em garantir às relações contratuais uma segurança nos negócios, criando uma imutabilidade contratual decorrente da convicção emanada, o que torna o acordo das vontades lei entre as partes.¹⁴ A partir desse pensamento é que surgiu a aclamada expressão *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos).

Esse entendimento clássico passou a ser questionado com o passar do tempo, sob a ideia de que os contratos eram a imposição dos poderosos sobre os mais fracos.¹⁵ Sendo assim, não se podia falar em absoluta obrigatoriedade dos contratos, pois não havia uma verdadeira liberdade de negociação entre as partes para que houvesse a celebração contratual.

Como explanado anteriormente, existe uma grande dificuldade em haver paridade de força entre as partes para estabelecer a maioria dos contratos. Conseqüentemente, aumenta a prática de imposição de contratos “prontos” impulsionados pela busca contínua de praticidade e velocidade.

O caminho eminente dessa prática social é o sepultamento da liberdade de uma das partes nas relações contratuais, uma vez que apenas uma vontade dita os efeitos dos contratos. Isso acaba refletindo na famosa máxima atribuída ao padre Henri Lacordaire “*Entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta*”, sendo esse entendimento bastante salientado pelo jurista alemão Gustav Radbruch¹⁶.

Sendo assim, se fazia importante a mudança de entendimento doutrinário que resultasse na perda da força do princípio da obrigatoriedade contratual, podendo

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: Contratos e atos unilaterais**. p.49

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: Contratos e atos unilaterais**. p.49

¹⁶ RADBRUCH, Gustav explanava acerca do assunto da liberdade contratual: “*Si de esta manera la libertad jurídica de contratación se convirtió en una servidumbre social contractual, surge ahora ante la ley la tarea de erigir de nuevo la libertad social contractual por medio de limitación de la libertad jurídica de contratación: en la forma de preceptos que establecen la nulidad de determinadas cláusulas, en forma de facultad de rescisión otorgada a determinadas autoridades, en la nulidad de determinadas cláusulas, en forma de facultad de rescisión otorgada a determinadas autoridades, en la forma de determinaciones legales obligatorias, o de contratos colectivos ineludibles, o en la forma de los contratos impuestos y de los contratos forzados*”. Cf. *Filosofía del derecho*. Madrid, *Revista de Derecho Privado*. p.194.

um contrato sofrer intervenção judicial para possíveis alterações que visem uma maior equidade.

Essa nova mudança afetou diretamente os contratos de adesão, onde existe uma imposição de condições pré-estabelecidas para todos sem que haja a possibilidade de relativização a casos específicos.¹⁷ Pelos motivos explanados, apesar de ainda ser uma norma bastante respeitada, a força obrigatória de um contrato não é mais absoluta como em outrora, principalmente após a introdução no ordenamento jurídico do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002.

02.2. A proteção contratual do consumidor.

Através da nova dinâmica social, se faz necessário um estudo diferenciado das relações contratuais, possuindo como base a utilização das regras da boa-fé e da função social do contrato. No caso das relações que envolve o consumidor, toda a análise contratual deve ser pautada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Esse, por sua vez, definiu em seu art. 2º, que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” A importância dessa definição é a possibilidade de identificar as personalidades que são vulneráveis e precisam ser protegidas por esse código.¹⁸

Ao analisar uma relação contratual consumerista, não se deve utilizar a falácia que o consumidor possui a vontade soberana em comprar ou recusar a compra de um determinado produto ou serviço. Essa seria uma visão distorcida da realidade, uma vez que é necessário analisar que por trás da venda existem técnicas de marketing, efeitos da publicidade e métodos agressivos que buscam atingir o lado emocional do consumidor. Sendo assim, em muitos casos, o consumidor é direcionado a desejar determinado produto/serviço sem conhecer todas as nuances que existem na relação contratual que está aderindo.¹⁹

As relações contratuais ganham uma conotação diferente ao adentrar o microsistema do Direito do Consumidor. Se apenas com os avanços do atual Código Civil os contratos passaram a poder ser alterados em maiores situações. Nada disso

¹⁷ GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil** – Revista dos Tribunais – Coleção elementos do direito v.4) São Paulo. p.281

¹⁸ NUNES, Luis Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo, Saraiva. Pag. 610

¹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe, **Manual de direito do consumidor** - Revista dos Tribunais – São Paulo. Pag. 47

seria possível sem os reflexos advindos do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabeleceu a maleabilidade dos contratos quando esses nascem ou de forma superveniente venham a prejudicar o consumidor.

O art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor é um avanço nas relações contratuais em razão de garantir a revisão de contratos em decorrência de fatos supervenientes que não necessariamente precisam ser imprevisíveis ou irresistíveis.²⁰ Para a Presidente do Comitê de Proteção Internacional do Consumidor, Claudia Lima Marques, esse novo fato poderia ser apenas a extinção da relação de equivalência entre as partes e o desaparecimento do fim essencial do contrato, sendo esses motivos suficientes para o requerimento da revisão contratual pelo consumidor.²¹

O fato é que as relações contratuais precisam ser analisadas através de um prisma diferente ao tratar do microsistema consumerista. Isso se deve em razão de existir toda uma discrepância de forças entre as partes nesse tipo de relação, sendo necessário o resguardo do consumidor por meio de todas as normas e princípios trazidos pela lei 8.078/90.

02.3. Resolução contratual: Consequência por inadimplemento do contrato

Antes de adentrar no que se refere a Teoria do Adimplemento Substancial, faz-se oportuno frisar que com a evolução do ordenamento jurídico, os contratos se tornaram passíveis de revisões judiciais, devendo sempre ser analisado o caso concreto. O Código Civil atual ampliou a quantidade de dispositivos que garante ao juiz o poder de alterar cláusulas que haviam sido pactuadas nos contratos. Como são os casos da nulidade total, nulidade parcial, interpretação do contrato em conformidade os princípios fundamentais entre outros.²²

Ao firmar um contrato, as partes visam a realização de um determinado fim. Porém, nem sempre é possível cumprir a prestação avençada por motivos subsecutivos que prejudicam o adimplemento. Nesses casos nem com o auxílio do judiciário seria possível alcançar o escopo do contrato, sendo a resolução contratual a consequência oriunda do inadimplemento por um dos contratantes, ou seja, seria o

²⁰ **Código de Defesa do Consumidor**, Art. 6º “São direitos básicos do consumidor: (...) V- a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”

²¹ BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe, **Manual de direito do consumidor** - Revista dos Tribunais – São Paulo. Pág. 81

²² LÔBO, Paulo. **Direito civil – Contratos**. Saraiva – São Paulo. p.193

retorno dos efeitos ao momento anterior da formação do contrato.²³ Esse tipo de medida é previsto no artigo 475 do Código Civil a qual representa a força vinculante do contrato, devendo essa ser estritamente respeitada.²⁴

A resolução do contrato sempre foi uma prática comum nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, visando extinguir o contrato com efeitos retroativos ao momento antes da celebração. Esse tipo de solução é a mais severa, pois irá atingir todos os efeitos gerados pelo contrato. Com essa modalidade irá existir uma restituição recíproca das prestações realizadas por todas as partes da relação contratual, porém a parte que ensejou essa resolução poderá ser penalizada com perdas e danos.²⁵ Apesar de ser comumente prevista nos contratos, essa mostra-se a solução definitiva para os casos de inadimplemento. Foi em razão de um julgamento na Inglaterra no qual se requeria a resolução de um contrato que veio a surgir a Teoria do Adimplemento Substancial.

03. A teoria do adimplemento substancial

03.1. Desenvolvimento da teoria

A teoria do Adimplemento Substancial é fruto do Direito Anglo-Saxão, mais precisamente por volta do século XVIII, onde através das Cortes de *Equity* verificaram que a resolução de um contrato em determinados casos seria uma medida desproporcional.²⁶ Esse pensamento se enquadrava principalmente nas situações em que a obrigação do credor havia sido cumprida em quase sua totalidade, demonstrando que o inadimplemento irrisório teria uma pequena gravidade ao se comparar com a integralidade do contrato.²⁷

O caso emblemático da primeira utilização da “substancial performance” tratou de um tema que não deve ser admirado, pois envolvia a transação de escravos.

²³ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: Contratos e atos unilaterais.** p.185

²⁴ **Código Civil**, 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.”

²⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil – Contratos.**p.199

²⁶ MELO, Gilberto. **A teoria do adimplemento substancial.** <http://gilbertomelo.com.br/a-teoria-do-adimplemento-substancial/>

²⁷ BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, volume 9, nº 1, nov. 1993, p. 60-77).

No caso em questão, *Boone vs. Erye*, teve como objeto da lide a transferência de uma fazenda junto com os escravos do autor (*Boone*), enquanto o réu (*Eyre*) deveria pagar o preço de 500 libras pelo terreno e os escravos, além de manter o pagamento perpetuo do valor de 160 libras anuais. Ocorre que o autor não possuía o direito de transferir os escravos, o que resultou na suspensão do pagamento anual pelo réu. Ao decidir o caso, sobrestou o entendimento que a não entrega dos escravos era uma obrigação secundária que não poderia possibilitar a resolução do contrato, mas sem afastar a possibilidade de reparação por perdas e danos.²⁸

Desde então, esse entendimento alastrou-se por diversos países, inclusive os que possuem o sistema jurídico denominado *civil law*. Merece destaque o Direito Italiano e o Direito Português por terem adotado a teoria do adimplemento substancial expressamente em seus Códigos Civis.²⁹

“Código Civil Italiano - Art. 1455 - Importância do inadimplemento: O contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes é de pouca importância, tendo em conta o interesse do outro (1522 e seguintes, 1564 e seguintes, 1668, 1901)”³⁰

“Código Civil Português – Art. 802º – Impossibilidade parcial: (...) 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.”³¹

O Brasil não ignorou o surgimento dessa teoria, pois ainda na vigência do Código Civil de 1916, o ordenamento jurídico pátrio passou a desenvolver o instituto a partir de uma interpretação sistemática das regras do parágrafo único do art. 1092, Parágrafo único, (resolução dos contratos)³² e do art. 955 (mora)³³ à luz do princípio da boa-fé objetiva.³⁴

²⁸ **Boone vs Erye**. Acesso em 26/02/2018. Disponível: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/2417>.

²⁹ FERREIRA, Antonio Carlos. **A interpretação da doutrina do adimplemento substancial**. <https://www.conjur.com.br/2015-fev-09/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>

³⁰ “Art. 1455 Importanza dell’ inadempimento Il contratto non si può risolvere se l’ inadempimento di una delle parti há scarsa importanza, avuto riguardo all’ interesse dell’ altra (1522 e seguenti, 1564 e seguinte, 1668, 1901).” – (**Código Civil Italiano**, tradução nossa).

³¹ “Artigo 802º (Impossibilidade parcial) (...) 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.” – **Código Civil Português**, tradução nossa)

³² **Código Civil de 1916** (Lei 3.071/1916) – Art.1.092, Parágrafo único. “A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos.”

³³ **Código Civil de 1916** (Lei 3.071/1916) – Art. 955. “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados (art. 1.058).”

³⁴ Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial Nº 1.636.692/RJ**, julgado em: 12/12/2017.

Um dos doutrinadores que logo acolheu o tema foi o ilustre professor especialista em Direito do Consumidor, Clóvis Veríssimo de Couto e Silva definiu que o adimplemento substancial como sendo um *“adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização.”*³⁵

Em razão da carência positiva para respaldar a temática da substancial performance, a área que ganhou bastante importância na utilização desta teoria foi no âmbito das relações de consumo. Isso se deve ao fato dos princípios basilares do Adimplemento Substancial serem, basicamente, os mesmos princípios que norteiam o Código de Defesa do Consumidor, sendo eles a boa-fé objetiva e também a prevenção da força abusiva que busca uma maior equidade entre as partes, conforme previsão expressa dos artigos 4º, III³⁶ e 51, IV³⁷, ambos do respectivo código consumerista.

As relações jurídicas estabelecidas entre fornecedores e consumidores devem seguir os preceitos das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, conforme pleno entendimento jurisprudencial há muito consolidado. Por conseguinte, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da forma mais favorável à parte hipossuficiente, nos termos do art. 47 do CDC.³⁸

Ao seguir esse pensamento, a teoria do adimplemento substancial torna-se mais factível, uma vez que a resolução contratual em determinados casos seria altamente prejudicial ao consumidor. Tendo em vista que esse é o caminho que busca o maior gravame, podendo ser em diversas ocasiões desproporcional no caso concreto.

³⁵ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, n.º 1, v. 9, p.60

³⁶ **Código de Defesa do Consumidor** (Lei 8.078/1990) – “Art. 4º Art. Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.”

³⁷ **Código de Defesa do Consumidor** (Lei 8.078/1990) – “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

³⁸ **Código de Defesa do Consumidor** (Lei 8.078/1990) – “Art 47 - As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

Torna-se evidente que o grande objetivo da teoria do adimplemento substancial é impossibilitar a utilização das cláusulas resolutivas expressas e peremptórias, que são reconhecidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Isso resulta que a análise do cabimento de resolução seja transferida à apreciação do Poder Judiciário, a quem de fato caberá a última palavra acerca da ocorrência da inadimplência. Apenas com o estudo do caso individual, de modo a verificar que a quantia em aberto seja ínfima comparada ao âmago da relação contratual, seria possível caracterizar se a resolução é o mais condizente com o estado da relação contratual ou se a pena seria injusta ao comparar essa situação com um inadimplemento absoluto do acordo.

Com o decorrer do tempo, se fez necessário adequar o código civil brasileiro a nova realidade da sociedade. Ocorre que mesmo com a mudança em 2002, a tese do adimplemento substancial não foi expressamente prevista no Código atual. Entretanto, a sua aplicação foi facilitada, uma vez que está cada vez mais estabelecido que a base para a utilização desse pensamento é a boa-fé objetiva (art. 422)³⁹, a função social dos contratos (art. 421)⁴⁰ e a vedação ao abuso de direito (art. 187)⁴¹, sendo todos esses princípios positivados no Código Civil brasileiro.

Através das novas mudanças, a doutrina rapidamente se aprofundou mais na temática. Sendo inclusive o assunto ventilado por um dos maiores doutrinadores brasileiros, como é o caso do mestre Araken de Assis.

“em outras palavras, a morte do contrato e seu nascimento, derivam da fonte única do consenso, embora às vezes tácito. Mas, provocado pela demanda de quem propugna a manutenção do vínculo contratual, ante aquele figurante que age como se ele estivesse desfeito, o juiz aprecia a existência do inadimplemento e sua gravidade. É bastante natural que, em alguns casos, se repute o descumprimento minimamente gravoso e pouco prejudicial ao projeto de benefícios recíprocos constante do contrato.”⁴²

³⁹ **Código Civil** (Lei 10.406/02) – “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁴⁰ **Código Civil** (Lei 10.406/02) – “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

⁴¹ **Código Civil** (Lei 10.406/02) – “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁴² ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. P. 117

Atualmente, com o desenvolvimento da sociedade, a teoria do adimplemento substancial também recebeu aperfeiçoamentos que se enquadrasse ao mundo contemporâneo. O professor de Direito Civil da Universidade de São Paulo, Otavio Luiz Rodrigues Junior, refere-se a um exemplo hipotético para a sua aplicação.

“a) Uma empreiteira foi contratada para construir uma mansão, “tendo o contratante fornecido o projeto e as especificações da obra”. No prazo de sua entrega, a empreiteira “apresentou a casa ao proprietário, ficando evidente a observância de todas as indicações arquitetônicas e o uso dos materiais acordados, exceto por faltarem maçanetas em duas portas”. b) Nesse caso, “considerou-se ter havido o cumprimento substancial da obrigação ”pela empreiteira, “dada a insignificância das maçanetas no contexto da empreitada”. c) Assim, o contratante “não estaria liberado da prestação que lhe imputava o contrato – que é o pagamento da obra. Ser-lhe-ia lícito, porém, deduzir o valor das peças ausentes e o custo da instalação por terceiros”. d) De tal modo, em situações tais, a parte não poderá resolver a avença invocando a exceção do contrato não cumprido e será compelida a cumprir a sua respectiva prestação.”⁴³

Isso mostra que a teoria do adimplemento substancial não possui como objetivo o desaparecimento da dívida que ainda não foi quitada, mas apenas que o meio do credor obter o ressarcimento do crédito seja menos rigoroso do que a resolução de um contrato. Através disso, busca-se valorizar o princípio da conservação dos contratos, e ainda, a regra da boa-fé objetiva que consagra os deveres de cooperação e lealdade entre as partes.

Com esse entendimento ganhando cada vez mais espaço entre os doutrinadores nacionais, não iria demorar para começar a surgir os primeiros julgados embasados na “substancial performance”. Algo que viria a dividir os entendimentos dos juristas brasileiros, uma vez que o Adimplemento Substancial não é positivado em nenhum código pátrio.

03.2. A posição da jurisprudência brasileira em relação a teoria da *substancial performance*.

Um dos primeiros julgados ao qual foi aplicado a teoria do adimplemento foi proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no ano de 1989. No caso em questão, houve a contratação dos serviços prestados por uma incorporadora de

⁴³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas. p. 72

construção. Na situação, o promitente comprador do apartamento iria realizar o pagamento das prestações de duas formas: primeiramente iria efetuar pagamentos mensais em valores menores e posteriormente a entrega das chaves, iria depositar valores maiores que seriam obtidos através de um financiamento.

A grande celeuma se deu em razão de ter ocorrido um atraso na entrega do imóvel e isso implicaria na perda de condições favoráveis junto à instituição financeira, tendo em vista que o país vivia uma grande crise inflacionária na época. Assim, o promitente comprador, não querendo sofrer os efeitos da inflação, moveu uma ação de consignação em pagamento para depositar a quantia devida sem o reajuste monetário. Em contrapartida, o promitente vendedor, que estava sendo defendido pelo ilustre advogado Araken de Assis, requereu a resolução do contrato em face do inadimplemento do valor integral.

O Tribunal decidiu por negar o pedido de consignação em pagamento, tendo em vista que na celebração do contrato era de conhecimento de ambas as partes os efeitos da inflação.⁴⁴ A inovação do julgado se deu em negar a resolução do contrato por conta que através dos valores consignados, o contrato se tornava substancialmente adimplido, tornando a resolução uma medida desarrazoada no caso em questão.⁴⁵

A temática do Adimplemento Substancial só chegou ao Superior Tribunal de Justiça no final da década de 1990. O primeiro de muitos acordões que viriam a surgir no Tribunal Superior brasileiro, foi proferido pela quarta turma da última instância em 11/12/1995 no Resp nº 76.362/MT.

Esse julgamento versava sobre o requerimento de segurados em receber a cobertura securitária em razão de uma colisão do veículo. O problema se dava que os segurados haviam inadimplidos a última parcela do seguro na data em que houve o acidente e a seguradora se recusava em receber o valor atrasado. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso havia entendido que enquanto não houvesse o adimplemento do seguro, não haveria o que requerer da seguradora. Porém ao chegar no terceiro

⁴⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Apelação Civil Nº 589016534**: Ementa: “CONTRATO. RESOLUÇÃO. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. 1. A construtora que demora na entrega do apartamento, criando com isso séria dificuldade para o comprador, não pode pretender a resolução do negócio, em prejuízo do comprador, apenas porque este não quis suportar sozinho os ônus da demora. 2. Improcedência também da ação consignatória proposta pelo comprador, que depositou quantias insuficientes. Porém, tendo ele cumprido substancialmente sua obrigação, o contrato deve ser mantido.”

⁴⁵ ASSIS, Araken. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. São Paulo, Revista dos Tribunais. p.122-123.

grau, a turma recursal inovou ao entender ter havido o adimplemento substancial no caso em questão, pois uma única parcela não se comparava ao que já havia sido pago pelos segurados ao longo do contrato, além disso, em situações anteriores a própria seguradora recebia os pagamentos atrasados, só se recusando nesse caso por haver que arcar com o acidente.⁴⁶

A partir desse julgamento da Corte Superior iniciou-se o percurso para adequar cada vez mais esse entendimento ao ordenamento jurídico brasileiro. Com envolvimento tanto por parte doutrinária, quanto jurisdicional.

1. A jurisprudência do STJ se posiciona firme no sentido que a revisão das cláusulas contratuais pelo Poder Judiciário é permitida, mormente diante dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual, devendo ser mitigada a força exorbitante que se atribuía ao princípio do pacta sunt servanda.⁴⁷

Algo não poderia ser negado nessa situação, não haveria mais volta em relação a presença da aplicação do adimplemento substancial nos tribunais pátrios. Existindo continuamente novos julgados do Superior Tribunal de Justiça se posicionando pela possibilidade de limitação da cláusula de resolução contratual.

03.3 Requisitos do adimplemento substancial

Após a aplicação da teoria pelo ordenamento jurídico pátrio, o próximo objetivo tornou-se em definir quais seriam os requisitos necessários para que de fato fosse configurado um efetivo cumprimento da relação contratual. Recentemente, a doutrina inglesa, buscou um equilíbrio entre os prejuízos que poderiam ser imputados a credores e devedores, por esse motivo formulou três requisitos para admitir a citada teoria. Sendo eles: a) insignificância do inadimplemento; b) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, mesmo no caso de não ter obtido êxito; e c), satisfação do interesse do credor.⁴⁸

⁴⁶ Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial nº 76.362/MT**, julgado em: 11/12/1995. Ementa: "Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido."

⁴⁷ Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental. Nº 1383974/SC**, julgado em 13/12/2011.

⁴⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas. p. 72

As últimas decisões do Superior Tribunal de Justiça vêm demonstrando que a jurisprudência nacional coaduna com o entendimento doutrinário inglês, ao ponto de definir de forma bastante clara quais seriam os requisitos do Adimplemento Substancial no ordenamento jurídico brasileiro.

*(...) 1. O uso do instituto da substancial performance não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações. 2. Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada "Teoria do Adimplemento Substancial" não se prende ao exclusivo **exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo** que, ademais, não pode descuidar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. 3. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: **a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.**⁴⁹ Grifos nosso*

Os requisitos escolhidos evidenciam que a preocupação do ordenamento jurídico brasileiro também não se restringiu a proteger apenas um lado da relação contratual. Sendo assim, se faz oportuno aprofundar um pouco sobre cada um.

03.3.1 A expectativa legitimada gerada pelas partes.

A escolha por esse requisito é uma forma de demonstrar a importância dos princípios que rodeiam uma relação contratual. Uma expectativa gerada deve ser observada desde o momento em que há a celebração do contrato até a sua conclusão, pois preceitua-se que as partes estejam agindo com boa-fé e pretendam cumprir com as suas respectivas obrigações integralmente.

A importância da boa-fé é tamanha que deve-se considerá-la como sendo um dos elementos que forma o *corpus* do próprio negócio, comparando a sua importância com a qualificação do sujeito, vontade e conteúdo da relação contratual. O desenvolvimento da relevância da boa-fé no ordenamento jurídico foi imenso ao ponto de que não se deve mais analisá-la como sendo apenas uma questão de

⁴⁹ Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial Nº 1.581.505/SC**, julgado em 18/08/2016

aferição de validade, mas sim como parte essencial sem a qual o negócio não existiria no plano jurídico.⁵⁰

A boa-fé objetiva é uma regra basilar da teoria geral dos contratos. A prova é tanta, que cada vez mais esse princípio é pautado nos códigos atuais, encontrando-se expressamente no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil e inclusive no Código de Processo Civil de 2015. O professor Orlando Gomes elenca a boa-fé como sendo fundamental para que exista uma harmonização dos interesses nas relações contratuais, pois sempre existirá interesses opostos de ambas as partes do contrato, mas a convergência de vontade constitui o escopo máximo desse tipo de relação jurídica. Por esse motivo, se torna fundamental a imposição de preceitos éticos que vedem a utilização de astúcia ou deslealdade, seja no surgimento ou ao longo da execução do contrato.⁵¹

Nas relações contratuais pode existir o surgimento da dúvida no que tange à vontade interna do contratante ao comparar se essa vontade seria a mesma a que veio ser externada por celebrar o contrato. Nesse ponto, se faz importante a preservação da confiança depositada no próximo para considerar a vontade declarada como sendo a vontade efetiva da parte.⁵² O que a teoria do adimplemento substancial presa ao verificar a vontade das partes é que essas estejam a todo momento buscando o efeito cumprimento integral do contrato, mesmo que ao final isso não venha a se concretizar.

A expectativa gerada pela boa-fé das partes de um negócio jurídico é uma das regras máxima orientadora do Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 6º, inciso IV, possui um dispositivo que proíbe de maneira clara o abuso de direito e impõe a boa-fé nos métodos comerciais e nos contratos.⁵³ A importância da boa-fé nas relações contratuais é tamanha ao ponto de sua violação resultar em nulidade de determinadas cláusulas ou até do contrato em sua integralidade. Sendo o art. 51, IV,

⁵⁰ NALIN, Paulo. A Boa-fé como Elemento de Existência do Negócio Jurídico, in M. Delgado – J. Figueirêdo Alves, Novo Código Civil – Questões Controvertidas – Parte Geral do Código Civil, v. VI, São Paulo, Método. p.344 e 372.

⁵¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, p.42.

⁵² GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**, São Paulo, Revista dos Tribunais, p.15.

⁵³ BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe, **Manual de direito do consumidor**. p.80

do Código de Defesa do Consumidor, sem dúvidas o principal dispositivo no que concerne a nulidade de cláusulas contratuais em relações consumeristas.

“Código de Defesa do Consumidor

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”

Por esses motivos torna-se importante que ao se realizar um negócio jurídico, as partes disponham de uma real boa-fé, pois todo contrato possui relevância direta não só com as partes envolvidas, mas também de uma forma mais ampla, tem reflexos perante toda a sociedade.⁵⁴

Ao pontuar um requisito de expectativa gerada na teoria do adimplemento substancial, esse não se restringiu apenas a questão da boa-fé advinda pelas partes, mas envolve também o princípio da preservação da função social do contrato que é previsto no art. 421 do atual Código Civil.

O aludido princípio seria uma resposta a constatação de que a liberdade e a autonomia contratual nem sempre segue o caminho de uma efetiva justiça social. Sendo assim, com base nesse princípio, não poderia um ato ser atentatório aos valores éticos da sociedade, pois isso colocaria em contraposição o direito individual em face da função social de uma relação contratual.⁵⁵

A Constituição Federal ao garantir a livre iniciativa na ordem econômica, também requer em contrapartida a que deve ser garantida a defesa do consumidor nos negócios jurídicos.⁵⁶ Desse modo, na situação em que a resolução de um contrato vier a ser excessivamente onerosa ao consumidor, esse contrato passa a violar preceitos basilares do código consumerista ao ponto de tornar-se possível a revisão das consequências de um possível inadimplemento, o que torna importante a

⁵⁴ COSTA, Patricia Ayub da; GOMES, Sergio Alves. **O princípio da boa-fé objetiva à luz da constituição.** Disponível:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/patricia_ayub_da_costa.pdf
Acesso em 23/06/2017

⁵⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A função social do contrato.** Revista de Direito Civil. São Paulo. p.45.

⁵⁶ **Constituição Federal**, “art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)V - defesa do consumidor; ”

preocupação na possibilidade de ser mantida o interesse originário da relação contratual, o qual seria o cumprimento das obrigações por ambas as partes.

O simples pagamento de uma porcentagem relevante do contrato e desse ponto em diante o devedor vir a se furtar em tentar pelo menos negociar o débito, não demonstra atender ao requisito de expectativa gerada, uma vez que isso implicaria no conformismo do devedor pelo seu inadimplemento. Aplicar o adimplemento substancial nesses casos, poderia resultar até em uma forma de estímulo da doutrina da substancial performance para nunca cumprir os contratos de forma integral.

Por esse motivo, a melhor forma de demonstrar que existe uma expectativa gerada pelo consumidor em querer concluir o negócio como havia sido previamente estabelecido, mesmo nos casos de inadimplemento, seria o consumidor buscar o credor e tentar a realização de acordo ou encontrar uma forma que possibilitasse o adimplemento da dívida.

03.3.2 O inadimplemento deverá ser ínfimo.

O segundo requisito estabelecido pela jurisprudência pátria, é a verificação do requisito quantitativo da teoria da *substancial performance*. Essa deveria ser uma questão bastante simples de ser visualizada e aplicada, uma vez que a matemática é uma questão exata, entretanto, esse ponto não se resume apenas a matemática e por isso existem uma série de implicações trazidas na questão do percentual mínimo.

Primeiramente, ao se estabelecer um percentual fixo para ser considerado uma quantia substancial em parâmetro a integralidade do contrato, passaria a existir um tabelamento dessa questão. Algo semelhante aconteceu em relação a aplicação dos danos morais pelos tribunais brasileiros, onde em muitos casos não se analisa as singularidades das questões e se aplica um valor equivalente para todos que pleiteiam por um certo tipo de indenização moral, mesmo essa prática sendo vedada pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵⁷

⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça – **Resp 659420 / PB** - EMENTA: "(...) A revisão do valor estipulado como compensação pelos danos morais sofridos só é possível em casos excepcionais, para que se afaste flagrante descompasso em relação ao que ordinariamente entende o STJ como 'justa compensação'. - Tal medida se justifica, na presente hipótese, porque não é de se aceitar que o Tribunal reduza o valor compensatório estabelecido pela sentença apenas com fundamento em um prévio tabelamento de valores financeiros, válido para toda e qualquer demanda, de forma a relegar a um plano secundário as circunstâncias fáticas específicas de cada lide. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. "

Entretanto, por não existir um percentual fixo mínimo aceitável para a aplicação dessa tese, os tribunais pátrios começaram a divergir sobre o quanto seria viável para aplicar essa questão. Um exemplo é o julgado do Tribunal do Distrito Federal que entendeu ser aplicável no inadimplemento de 8,33% do valor total das prestações devidas.

(...) De fato, constata-se que a ré deixou de adimplir apenas as três últimas prestações de um contrato de 36 parcelas, sendo que, se houvesse a retomada do bem, patente seria seu prejuízo. Conforme já me manifestei anteriormente, **a teoria do adimplemento substancial dos contratos, traduz-se na possibilidade de rejeição judicial da resolução do acordo contratual quando o inadimplemento tem significância diminuta relativamente às parcelas contratuais regularmente cumpridas no âmbito global do contrato.** (...) O descumprimento minimamente gravoso guarda consonância, por vezes, com a própria expressão percentual do inadimplemento, como se dá na espécie dos autos, em que **a parcela contratual inadimplida representa apenas 8,33% do valor total das prestações devidas, razão pela qual deve o autor buscar meio diverso de exigir o cumprimento da obrigação.**⁵⁸ Grifos nosso

Enquanto outros tribunais entendiam que a teoria era factível em casos mais abrangentes, como o julgado do Tribunal do Rio Grande do Sul que considerou como adimplemento substancial o pagamento de 62,43% do valor do contrato.

No mérito, em que pese os demandados terem reconhecido, na contestação, que efetuaram o pagamento apenas parcial do débito, tornando incontroversa a sua inadimplência e dando ensejo à rescisão contratual, estaria propondo solução diversa, em atenção à função social do contrato, positivada no art. 421 do Código Civil de 2002. Com efeito, no contrato de promessa de compra e venda acostado às fls. 13/17 as partes ajustaram o preço total de R\$11.413,01. Deste valor, os promitentes compradores adimpliram R\$252,35 no ato da assinatura da avença; R\$1.514,10 em seis parcelas e 80 prestações de R\$66,99. Em valores históricos, as importâncias pagas somam o montante de R\$7.125,65, o que representa 62,43% do preço contratado. Importante assentar que o direito não aceita o enriquecimento injustificado de qualquer das partes contratantes, em detrimento da outra. **No caso dos autos, é incontroverso que os apelantes pagaram bem mais do que a metade do preço acertado, cabendo invocar, neste ponto, a teoria do adimplemento substancial.** Com efeito, **quando o contrato houver sido cumprido em sua substância fundamental, ainda que não integralmente, não se há de rescindi-lo, mas mantê-lo íntegro,** facultado às partes a busca de eventuais saldos devidos ou obrigações não integralmente cumpridas pelas vias adequadas.⁵⁹

⁵⁸ Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 4ª Câmara Cível, **Apelação Cível 2004.01.1.025119-0**, julgado em 09/05/2005

⁵⁹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 19ª Câmara Cível, **Apelação Cível 70015436827**, julgado em 08/08/2006

Essas divergências jurisprudenciais não eram restritas aos tribunais de origem, pois no próprio Superior Tribunal de Justiça havia grande divergência sobre a qualificação do mínimo necessário que possibilitaria a invocação da teoria do adimplemento substancial. Tudo isso se deve pelo fato de ser fundamental a análise crítica de cada caso, em virtude de suas particularidades. Essa vinculação da porcentagem aos elementos do caso concreto é um dado objetivo herdado da doutrina anglo-saxã⁶⁰ na qual a doutrina nacional assim também se aplica.⁶¹

"A indagação quanto à extensão, à intensidade e às demais características do inadimplemento é que conduz à sua adjetivação como sendo ou não de 'escassa importância'. É o que se buscará neste momento. Contudo, antes disso, é necessário fazer uma advertência: **a verificação da importância ou não importância do inadimplemento há de ser feita diante do caso concreto, ou seja, diante da situação de fato ocorrida, ponderando os interesses em jogo, a conduta das partes e de todas as demais circunstâncias que no caso se mostrarem relevantes.**"⁶² Grifos nosso

Apesar da Corte Superior ainda não haver definido qual o percentual mínimo será propício à *substancial performance*, os últimos julgados estão demonstrando que os ministros estão chegando a um consenso sobre um percentual em relação ao que não seria aceitável para aplicação dessa tese.

No ano de 2016, foi realizado o julgamento do Recurso Especial Nº 1.581.505/SC, cuja a temática se dava em relação a aplicação ou não do adimplemento substancial em uma situação na qual o inadimplemento chegou a margem dos 31,49% referente a um contrato de compra e venda de um imóvel. A quarta turma decidiu que o que se poderia adjetivar de substancial era a inadimplência da devedora, e não a parcela que cumpriu da avença. Esse entendimento demonstra que o possível caminho qualificador do critério objetivo será de que um débito superior a um terço do contrato, jamais poderá ser considerado irrelevante ou ínfimo.

Mesmo a autora admite, nas razões do especial, o inadimplemento de mais de 30% (trinta por cento) do contrato(...) Em tais circunstâncias, penso que não estão presentes os requisitos para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, conclusão a que se chega tão só pelo exame do critério quantitativo, cujo relevo dispensa perquirir os demais elementos do negócio jurídico e de sua execução. Neste caso, o que se pode adjetivar de substancial é a inadimplência da

⁶⁰ CORBIN, Arthur L. **Conditions in the law of contract**. The Yale Law Journal, v. 28, n. 8, p. 761, jun. 1919

⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. v. XXVI, p. 208

⁶² BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 106

recorrente, e não a parcela que cumpriu da avença. O débito superior a um terço do contrato de mútuo, incontroverso, jamais poderá ser considerado irrelevante ou ínfimo.⁶³

Conforme demonstrado, apesar do critério quantitativo ser um dos fundamentais a ser analisado nos casos práticos, esse não é o único que deve ser analisado pelos tribunais. Uma vez que já houve o entendimento da importância da expectativa gerada e da quantia adimplida serem requisitos mínimos para a aplicação do adimplemento substancial, ainda estava faltando o toque final que seria a preocupação para que o credor ainda possa reaver o que é seu por direito através do judiciário.

Isso elevou o nível da substancial performance em território nacional, uma vez que a sua aplicação não se configura de modo aleatório. Pois ao possuir requisitos bem delimitados, houve um norteamento do que realmente seria o caso de adimplemento substancial. Com isso, se evita aventuras jurídicas em casos claramente incompatíveis com a aplicação do Adimplemento Substancial.

03.3.3 A conservação ao direito do credor de pleitear a quantia devida.

O último requisito da teoria do adimplemento substancial é o ponto em que o tribunal efetivamente para de olhar para o devedor e se preocupa exclusivamente com o credor da relação. Uma vez que se houver a substancial performance o credor perderá a possibilidade de requerer a resolução contrato.

O Superior Tribunal de Justiça entende-se que ocorrendo a situação de impedimento da resolução deve-se garantir ao credor a possibilidade de requerer a quantia devida através dos meios ordinários. Isso poderia acontecer de duas formas, a primeira seria a conversão direta da sentença que aplica o adimplemento substancial em um cumprimento de sentença no qual obrigasse o devedor a efetuar o pagamento apenas do débito restante.

A segunda hipótese, seria que houvesse a extinção do processo no qual requer-se a resolução do contrato. Conseqüentemente, o credor seria obrigado a ingressar com uma nova ação de cobrança, caso queira receber a apenas a quantia restante a adimplir o contrato em sua integralidade.

⁶³ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial Nº 1.581.505/SC, julgado em 18/08/2016

Seja qual medida for escolhida, um problema irá surgir. Isso porque ao escolher a primeira opção, o julgador estará realizando uma decisão *extra petita*⁶⁴, uma vez que a pretensão inicial da parte autora não foi a cobrança dos valores devidos, mas sim a resolução do contrato. Sendo ambos pedidos completamente distintos. Além disso, o julgador também estará premiando o credor com a possibilidade de estar realizando a cobrança de parcelas que há muito já haviam sofrido os efeitos da prescrição.

Para entender um pouco melhor essa situação, bastaria imaginar a compra de um imóvel que foi parcelado em 120 meses (10 anos) e ao decorrer do contrato o promitente comprador começa a falhar com as suas obrigações, a partir de então surge o prazo prescricional para ser realizada a cobrança da dívida é quinquenal, conforme estabelece o Código Civil em seu art. 206, §5º, I⁶⁵. Entretanto, se ao longo desse período, o credor não efetuar cobrança da dívida, a sua pretensão estará prescrita, mas isso não o impediria de requerer a resolução do contrato, tendo em vista que para esse tipo de pedido judicial não há previsão expressa no código do termo de prescrição, logo se subentende que o prazo prescricional é de 10 anos⁶⁶. Sendo assim, ao converter uma ação de resolução de contrato em um cumprimento de sentença para pagamento dos valores devidos, o magistrado estaria, como dito anteriormente, bonificando o credor com o aumento do prazo prescricional.

Entretanto, caso a alternativa escolhida pelo magistrado seja a segunda opção. Ao extinguir o processo de resolução contratual em face do adimplemento substancial, o credor poderá não ter outra alternativa de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários. Tornando inviável o terceiro requisito da teoria do adimplemento substancial. Por conseguinte, surgiria uma questão de escolha entre aplicar a *substancial performance*, mesmo que torne-se inviável a recuperação do crédito pelo credor ou não aplicação do adimplemento substancial e resolução do contrato para que assim o credor tenha o seu crédito adimplido.

⁶⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 820.

⁶⁵ **Código Civil** (Lei 10.406/02) – “Art. 206. Prescreve: § 5º Em cinco anos: I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;”

⁶⁶ **Código Civil (Lei 10.406/02)** – “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

Nessa celeuma, a escolha que se mostra mais adequada ao tratar de relação de consumo, seria pela aplicação da teoria do adimplemento substancial, mesmo resultando na extinção de meios para obtenção do crédito por parte do credor. Essa opção seria baseada no entendimento de que a interpretação do contrato nas relações de consumo deva sempre ser consideradas de modo mais favorável ao consumidor. Nesse caso, resolver o contrato seria uma medida completamente desproporcional quando já houve um considerável cumprimento das obrigações contratuais pelo consumidor. Por esse motivo, o que deve ser mudado são os tipos de ações por parte dos credores, os quais deverão repensar primeiro em medidas menos lesivas, como são as ações de cobrança, do que optar primeiramente por uma ação de resolução contratual e vir a perder um futuro direito de ressarcimento.

04. O superendividamento

A teoria do adimplemento substancial é muito pertinente ao ser aplicada nas relações de consumo. Por conseguinte, surge uma situação em que a aplicação dessa teoria seria bastante oportuna, mais especificamente nos casos de superendividamento do consumidor.

Esse é um fenômeno inerente das sociedades atuais, uma vez que essas são pautadas no consumo garantidos pelo crédito facilitado e em muitos casos com pagamentos em grandes quantidades de prestações.⁶⁷ Tudo isso são elementos propícios que vem a facilitar a existência do superendividamento do consumidor.

Assim como na teoria do adimplemento substancial, o ordenamento jurídico brasileiro também é carente ao tratar de uma legislação específica para os casos dos

⁶⁷ WODTKE, Guilherme Domingos Gonçalves. **O Superendividamento do Consumidor: As possíveis previsões legais para seu tratamento**. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado, com grau máximo pela banca examinadora composta pelos professores: André Perin Schmidt Neto (orientador), Cristiano Heineck Schmitt e Flávia do Canto Pereira, em 21 de novembro de 2014.

superendividados.⁶⁸ Por esse motivo, a doutrina e jurisprudência fazem uso do direito comparado para analisar essas situações no sistema judiciário pátrio.⁶⁹

Na doutrina nacional, a renomada jurista Cláudia Lima Marques, define a situação do superendividamento como aquela em que se torna impossível para o consumidor conseguir efetuar o pagamento de todas as suas dívidas, sejam elas atuais ou futuras e que essas decorram da prática de consumo.⁷⁰ Importante salientar, que tais dívidas não podem englobar as relativas aos débitos fiscais e também excluindo as que sejam derivadas de dívidas de alimentos ou delitos. Por isso, é algo referente principalmente nas relações de consumo.

"Uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda, em suma, uma vontade racional. Não há como negar que o consumo massificado de hoje, pós-industrial, está ligado faticamente a uma série de perigos para o consumidor, vale lembrar os fenômenos atuais de superendividamento, de práticas comerciais abusivas, de abusos contratuais, da existência de monopólios naturais dos serviços públicos concedidos ou privatizados, de falhas na concorrência, no mercado, na informação e na liberdade material do contratante mais fraco na elaboração e conclusão dos contratos. Apesar de todos estes perigos e dificuldades, o novo direito contratual visa concretizar a função social dos contratos, impondo parâmetros de transparência e boa-fé."⁷¹

A preocupação de existir uma sociedade superendividada é algo de ordem pública, devendo existir um monitoramento do próprio Estado para que o país não venha a entrar em uma crise/resseção resultante de uma bolha econômica impagável. Por esse motivo, se faz importante a regularização de leis que possam garantir direitos e soluções para esse problema, pois é objetivo do Estado evitar uma sociedade acomodada em dívidas e também um mercado que se aproveita de um débito infinito.

Nos Estados Unidos, a base cultural dessa sociedade entende que todos têm direito a um recomeço de vida, esse comportamento americano foi fundamental

⁶⁸ KIRCHNER, Felipe. **Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas.** *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65, p. 63-102, jan/mar., 2008, p. 72.

⁶⁹ SCHMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil.** Curitiba: Juruá, 2012, p. 242-243.

⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.231

⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** (São Paulo: Ed. RT, 2002. pp. 590-591

para que o superendividamento não se tornasse um sinônimo de morte civil.⁷² Por dessa razão, a situação é tratada com naturalidade por ser algo inerente a política de mercado do país norte-americano, existindo inclusive a imposição de obrigações pelo judiciário para que os fornecedores aceitem um plano de pagamento das dívidas do superendividado. Isso possibilita que esse indivíduo consiga extinguir seus débitos para voltar a se tornar um membro que contribua efetivamente para a economia de mercado.⁷³

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a existência dos superendividados e da limitação das cláusulas que buscam o ressarcimento do valor devido diretamente na folha salário do consumidor.

Há que ser observada, no entanto, a limitação dos descontos à margem de consignação de 30% (trinta por cento) da remuneração percebida. A questão devolvida ao conhecimento desta instância especial deve ser abordada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, relacionando-se com o fenômeno do superendividamento, que tem sido uma preocupação atual do Direito do Consumidor em todo o mundo, decorrente da imensa facilidade do crédito nos dias de hoje.⁷⁴

Um ponto que deve ser primeiramente delimitado é a quem caberia o aproveitamento da denominação de superendividado. A primeira análise é que devem ser excluídas as pessoas jurídicas, por essas já terem o respaldo do sistema da recuperação judicial e também a exclusão daqueles que possuem poder financeiro

⁷² SANTO, Liliana Bastos Pereira. **Da concessão de crédito ao sobreendividamento dos consumidores.** (Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais) – Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal, 2009, p. 89-90.

⁷³ DICKERSON, Mechele. O superendividamento do consumidor: uma perspectiva a partir dos EUA no ano de 2007. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 80, p. 153, out. 2011.

⁷⁴ Superior Tribunal de Justiça **REsp 1206956** – Julgado em 18/10/2012 – Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RETENÇÃO. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO. CRÉDITO CONSIGNADO. CONTRATO DE MÚTUO. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. **LIMITAÇÃO DA MARGEM DE CONSIGNAÇÃO A 30% DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR. SUPERENDIVIDAMENTO.** PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Possibilidade de afastamento da regra do art. 542, §3º, do CPC, apenas se demonstrada a viabilidade do recurso especial (“fumus boni iuris”) e o perigo de que, com a sua retenção, sobrevenha dano irreparável ou de difícil reparação ao recorrente (“periculum in mora”). 2. Validade da cláusula autorizadora do desconto em folha de pagamento das prestações do contrato de empréstimo, não configurando ofensa ao art. 649 do Código de Processo Civil, 3. Os descontos, todavia, não podem ultrapassar 30% (trinta por cento) da remuneração percebida pelo devedor. 4. Preservação do mínimo existencial, em consonância com o princípio da dignidade humana. 5. Precedentes específicos da Terceira e da Quarta Turma do STJ. 6. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO” grifos nosso

para saldar os seus débitos sem depender desse auxílio.⁷⁵ A conclusão lógica é que aqueles que serão caracterizados como indivíduos superendividados deverão ser pessoas físicas que utilizaram o crédito em demasia na compra de produtos ou serviços ao ponto de não conseguirem adimplir os seus débitos, sem que haja um auxílio do judiciário que possibilite a renegociação de forma justa.⁷⁶

Diferente da teoria do adimplemento substancial, os países que tratam da questão do superendividamento não fixaram um valor mínimo para caracterizar a sua ocorrência. Isso se deve a importância de analisar o caso concreto, não só da situação econômica do indivíduo e sua família, como também do montante de dívida que esse possui.⁷⁷

Para entender melhor as sutilezas do caso concreto, bastaria imaginar um consumidor com uma dívida passando da cifra dos milhões, mas que possui em seu patrimônio diversas propriedades e empresas que geram lucros superiores a totalidade dos seus débitos. Enquanto por outro lado, pode haver um consumidor que em que sua dívida não chegaria nem perto da anteriormente citada, mas é um indivíduo que não possui propriedades e a sua renda mal seja suficiente para o seu próprio sustento e da sua família.

Ao analisar ambos os casos, fica evidente que o consumidor que possui bens mais do que suficientes para saldar as suas dívidas não merece ser enquadrado na situação do superendividamento, enquanto que aquele que está com dificuldades para ter até uma mínima dignidade de sobrevivência merece ser enquadrado como um superendividado e receber todos os auxílios inerentes dessa situação.

Assim como toda relação de consumo, para haver a concessão do benefício do superendividamento, deve-se estar presente a boa-fé do consumidor em querer realmente solver as suas dívidas. Algo bastante semelhante aos requisitos presentes na teoria do adimplemento substancial. Por essa razão que demonstra-se possível a aplicação do adimplemento substancial também nesses casos.

⁷⁵ SCHMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2012, p.248

⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Brasília: Ministério da Justiça-Secretaria de Direito Econômico Departamento de Defesa e Proteção do Consumidor, 2010, p. 22.

⁷⁷ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 119.

05. Adimplemento substancial nos acordos dos superendividados.

A grande similitude entre a teoria do adimplemento substancial e as negociações em face ao superendividamento traz uma questão que deve ser analisada através de uma nova ótica, na qual se prese a boa-fé das partes e a expectativa de continuidade do contrato.

Como forma de auxiliar os superendividados é possível a renegociação da dívida de forma a conseguir diversos benefícios, como a exclusão da cobrança de juros, a retirada do nome do indivíduo do serviço de proteção ao crédito e também um maior prazo para a realização do pagamento integral.⁷⁸ O problema ocorreria posteriormente com o inadimplemento do acordo realizado entre as partes, uma vez que poderia existir a perda de todos os benefícios conquistados, como o retorno do novo do devedor ao serviço de proteção ao crédito, além da incidência de multa e juros, por vezes abusivos, em razão do não cumprimento do novo contrato. Toda essa situação nova situação decorrente de um novo inadimplemento, poderia vir a tornar o débito maior do que o valor anterior a renegociação.⁷⁹

A crise econômica é um cenário propicio ao aumento dos lucros pelas instituições financeiras. Isso se deve ao fato de que uma população altamente endividada e com escassez de emprego gera uma busca, em muitos casos, por créditos bancários para o pagamento de questões emergenciais, como saúde e alimentação. Acaba se tornando comum, que esses empréstimos sejam realizados através de um crédito facilitado, como é o caso do cheque especial. O problema é que a taxa de juros nessas situações é maior do que a normalmente cobrada. Esses empréstimos podem vir a se tornarem um grande problema financeiro, uma vez que a tendência é que o débito aumente em uma velocidade maior do que o poder econômico do endividado poderia acompanhar para realizar os pagamentos em dia.

A partir de certo ponto, quando o consumidor encontra-se superendividado, esse percebe que se surgem apenas duas alternativas. A primeira seria a negociação da dívida, mesmo que isso venha com o advento de juros maiores, o que poderia

⁷⁸ ALMEIDA, Marília. **Como renegociar suas dívidas com o banco.** Disponível em: <https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/como-renegociar-suas-dividas-com-o-banco/> Acesso em 04/03/2018

⁷⁹ CAMARGO, Sophia. **Renegocie minhas dívidas e não paguei, o que eu faço agora?** Disponível em: <https://economia.uol.com.br/financas-pessoais/noticias/redacao/2014/06/18/renegociei-as-dividas-mas-nao-paguei-o-que-eu-faco-agora.htm> Acesso em 04/03/2018

tornar o débito maior do que a situação que se encontra. A segunda alternativa é quase uma igualdade da morte civil do consumidor, em razão de que esse não conseguirá honrar o débito mesmo no caso de uma negociação, lhe restando aguardar pela caducidade da sua dívida.

As instituições financeiras costumam realizar uma prática de facilitar a negociação, mas que resulte em um novo inadimplemento, uma vez que teriam a retomada da incidência dos juros. Como não há regulamentação das políticas de renegociação bancária, essas em sua maioria são abusivas. Nas negociações é comum a imposição de regras que não sejam condizentes com a renda do consumidor ou mesmo a considerar o valor que já foi adimplido do débito original.⁸⁰ Por esses motivos, é importante que na negociação sejam esclarecidas as condições de juros e cobranças aplicados em caso de novo inadimplemento, além da exclusão automática do nome do devedor dos cadastros de inadimplentes e por fim, o mais importante, é compreender se essa negociação encontra-se compatível com a situação econômica do devedor para esse não retornar a se tornar inadimplente.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou através de um julgado de demanda repetitiva, na qual entende que a cobrança de juros maiores do que 1% ao mês se caracteriza como sendo encargos abusivos e a sua existência possibilita o requerimento de revisão contratual e retirada dos sistemas de proteção ao crédito.

É possível o afastamento da mora nos contratos firmados com instituições financeiras, submetidos ao CDC, nas hipóteses em que há a constatação de que foram exigidos encargos abusivos na contratação, durante o período da normalidade contratual, não sendo possível, todavia, afastar a caracterização da mora pelo simples ajuizamento da ação revisional ou a mera constatação de que foram exigidos encargos moratórios abusivos na contratação, consoante a jurisprudência consolidada da 2ª Seção do STJ. É possível a fixação dos juros moratórios até o limite de 1% ao mês nos contratos bancários não alcançados por legislação específica, consoante jurisprudência pacificada da 2ª Seção do STJ.⁸¹

⁸⁰ LUQUES, Ione. LITWAK, Priscilla Aguiar. **Conheça seus direitos na hora de renegociar as dívidas**. Disponível: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/conheca-seus-direitos-na-hora-de-renegociar-as-dividas-19353455>. Acesso em: 06/03/2018

⁸¹ Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Especial Nº 1061530/RS** – Ementa: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO.” Julgado em 22/10/2008

A grande situação que deverá ser compatibilizada com o estudo elaborado até o presente momento, seria nos casos em que o consumidor já tivesse realizado um pagamento substancial da renegociação do débito. Nessa situação, torna-se plenamente plausível a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Uma vez que a utilização da *substancial performance* viria a evitar a aplicação das cláusulas do inadimplemento, as quais seriam a incidência de juros abusivos, multa, inserir o nome do devedor nos serviços de proteção de crédito e, principalmente, evitar a cobrança antecipada de todo o débito.

Ao analisar a teoria do adimplemento substancial e o superendividamento, percebe-se que para a concessão de ambos é necessário existir como requisito a boa-fé objetiva do consumidor, além disso, em ambas as situações, requer-se a expectativa em manter a função social do contrato com a pretensão de continuidade desse até o seu integral adimplemento. Também, é oportuno que na ocasião, o consumidor tenha adimplido uma quantia substancial do acordo realizado, para com isso demonstrar que a simples continuidade de cobrança da dívida existente seria uma medida ao ser comparada com a resolução do novo acordo e conseqüente cobrança imediata de todos os valores que ainda eram devidos.

O adimplemento substancial nesses casos viria a impedir a perda das garantias oriundas dos acordos de reestruturação do consumidor, nos casos em que esse demonstrar a sua boa-fé ao longo de todo o acordo, gerando a real expectativa de cumprimento integral desse. Além disso, quando também efetivar um adimplemento relevante da quantia que haver sido acordada. Desse ponto em diante, não há o que se falar em novas penalidade ou mesmo em má-fé por parte do consumidor endividado.

06. Conclusão

À luz de tudo o que foi explanado, fica evidente que a teoria do adimplemento substancial é um instituto que deve ser bastante valorizado no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente pelo microssistema consumerista. Isso se deve, em consequência de que essa teoria visa garantir uma possível continuidade dos contratos que estiverem próximos a sua conclusão. Essa hipótese torna-se evidente, principalmente, em contratos que envolvam o consumidor, seja em uma

situação de compra e venda, em prestação de serviço, em caso de empréstimo bancário ou qualquer outro tipo relação consumerista.

É notório que o atual cenário econômico nacional influenciou diretamente em um retrocesso dos avanços obtidos pela teoria do adimplemento substancial. Uma vez ao elaborar determinados requisitos para a utilização, os julgadores demonstram uma severa cautela em utilizá-la. Entretanto, esse não é motivo para considerar que a teoria está renegada no sistema judiciário brasileiro. Pelo contrário, isso demonstra que existe um interesse na absorção dessa tese a qual, infelizmente, na perspectiva econômica atual deverá sofrer certos entraves, conforme demonstrado anteriormente.

Porém, isso é o que torna o Direito algo tão admirável, pois teses jurídicas não são *ad aeternum*, a depender do momento em que encontra-se a economia nacional, os julgadores irão valorizar teses pró-consumidor ou pró-fornecedor. Sendo assim, em situações de crise econômica, torna-se comum a valorização de teses mais tradicionais, cuja as quais buscam reduzir os danos financeiros sofridos pelo empresariado, seja na seara trabalhista, consumerista ou cível em geral.

Entretanto, nada impede que na futura retomada do superávit econômico brasileiro, a teoria do adimplemento substancial volte a ganhar uma maior flexibilidade na sua aplicação jurisprudencial. Por conseguinte, espera-se poder existir uma redução da regra ou mesmo uma atenuação pró-consumidor dos requisitos atualmente estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça, além de possibilitar a sua utilização em diversas esferas jurídicas.

A grande questão que merece ser melhor observada é que essa tese, da *substancial performance*, apesar de ser bastante recente na doutrina brasileira, sendo ainda mais no sistema judiciário nacional, já conseguiu de uma forma excepcional firmar-se como uma norma a ser aplicada nas relações contratuais. Isto é, nos casos de o inadimplemento de uma das partes demonstrar-se de pequena relevância, não se aplica a resolução do contrato.

Resta claro que ainda existe um longo trajeto a ser percorrido pela teoria do adimplemento substancial em território nacional, considerando-se que existem certas lacunas e contradições perceptíveis ao tentar utilizar essa tese atrelada aos requisitos estabelecidos pelo Tribunal Superior. Sendo esse um fator preocupante, ao ponderar que tais requisitos servirão como base para as futuras decisões envolvendo esse assunto.

Entretanto, a sociedade brasileira nunca esteve tão carente de um entendimento que buscasse proteger aqueles que se empenharam arduamente em prosseguir com o cumprimento de todas as obrigações pactuadas em um contrato, porém, que em razão de diversos motivos, não conseguem mais cumpri-las. Essa carência citada é um resultado inerente da crise financeira que assola o país, sendo praticamente inevitável haver um aumento de inadimplência, seja por parte dos contratantes ou dos contratados, e com a possibilidade em diversas situações, dos contratos estarem substancialmente adimplidos.

A expectativa é que a propagação da teoria do adimplemento substancial seja estudada com bastante atenção, uma vez que a sua aplicação no atual ordenamento jurídico nacional mostra-se mais factível apenas em determinadas esferas jurídicas. Esse pensamento teria como propósito não existir, inicialmente, um expressivo impacto pela sua utilização ao ponto de encarecer todas as relações contratuais em virtude um receio de um inadimplemento generalizado garantido por respaldo jurídico.

Por conseguinte, de acordo com as perspectivas demonstradas pelo cenário econômico brasileiro, essa é uma tese que atualmente mostra-se mais adequada a ser absorvida pelo microsistema consumerista. Tendo em vista que nos contratos em que envolvam consumidores, existe uma clara relação de vulnerabilidade de uma das partes ao ser comparada com a outra, por isso é que se busca fornecer maiores proteções para esse polo e sendo justamente a proteção das partes envolvidas um dos escopos da teoria abordada.

Para finalizar, é importante refletir que do mesmo modo que conceitos podem mudar de acordo com o tempo, teses também podem vir a ser mais aderidas e jurisprudências mudadas de acordo com as transformações sociais. Por esse motivo, quem sabe, em um futuro não muito distante, a teoria do adimplemento substancial deixe de ser apenas uma tese defendida por parte da doutrina e jurisprudência e venha a se tornar um princípio contratual positivado tanto no código de defesa do consumidor, quanto no código civil brasileiro.

Bibliografia

ALMEIDA, Marília. **Como renegociar suas dívidas com o banco**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/como-renegociar-suas-dividas-com-o-banco/>

ASSIS, Araken **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.

BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, volume 9

BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe, **Manual de direito do consumidor** - Revista dos Tribunais – São Paulo.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil anotado**, vol. 4, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

BITTAR, Carlos Alberto, **Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas**, São Paulo, Saraiva.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMARGO, Sophia. **Renegociei minhas dívidas e não paguei, o que eu faço agora?** Disponível em: <https://economia.uol.com.br/financas-pessoais/noticias/redacao/2014/06/18/renegeciei-as-dividas-mas-nao-paguei-o-que-eu-faco-agora.htm> Acesso em 04/03/2018

CORBIN, Arthur L. **Conditions in the law of contract**. The Yale Law Journal, v. 28, n. 8

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais

COSTA, Patricia Ayub da; GOMES, Sergio Alves. **O princípio da boa-fé objetiva à luz da constituição**. Disponível:
http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/patricia_ayub_da_costa.pdf

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, n.º 1, v. 9

DANTAS, Sant Tiago. **Programa de direito civil**, Rio de Janeiro, Forense.

DICKERSON, Mechele. **O superendividamento do consumidor: uma perspectiva a partir dos EUA no ano de 2007**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 80

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. v.1 Salvador. Ed. Jus Podivm.

FERREIRA, Antonio Carlos. **A interpretação da doutrina do adimplemento substancial**. Acesso: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-09/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>

GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito civil** – Revista dos Tribunais – Coleção elementos do direito v.4) São Paulo.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense

GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**, São Paulo, Revista dos Tribunais

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: Contratos e atos unilaterais** - Saraiva – São Paulo

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A função social do contrato**. Revista de Direito Civil. São Paulo.

KIRCHNER, Felipe. **Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 65

LÔBO, Paulo. **Direito civil – Contratos**. Saraiva – São Paulo.

LUQUES, Ione. LITWAK, Priscilla Aguiar. **Conheça seus direitos na hora de renegociar as dívidas**. Disponível: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/conheca-seus-direitos-na-hora-de-renegociar-as-dividas-19353455>.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Brasília: Ministério da Justiça-Secretaria de Direito Econômico Departamento de Defesa e Proteção do Consumidor.

MELO, Gilberto. **A teoria do adimplemento substancial**. <http://gilbertomelo.com.br/a-teoria-do-adimplemento-substancial/>

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: Fundamentos do Direito do Consumidor; Direito Material e Processual do Consumidor; Proteção Administrativa do Consumidor; Direito Penal do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, **Contrato de Adesão**, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Livre-docente em Direito Civil.

NALIN, Paulo. A Boa-fé como Elemento de Existência do Negócio Jurídico, in M. Delgado – J. Figueirêdo Alves, **Novo Código Civil – Questões Controvertidas – Parte Geral do Código Civil**, v. VI, São Paulo, Método.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo, Saraiva.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, **As Pautas de Valoração do Conteúdo dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil**, São Paulo, Saraiva.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti **Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios do objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais**, tomo XXXVIII, Rio de Janeiro.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. v. XXVI.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia del derecho**. Madrid, Revista de Derecho Privado.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. São Paulo: Atlas.

SANTO, Liliana Bastos Pereira. **Da concessão de crédito ao sobreendividamento dos consumidores**. (Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais) – Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal, 2009.

SCHMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos contratos com base no superendividamento: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2012.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**, v I, Coimbra, Almedina.

WODTKE, Guilherme Domingos Gonçalves. **O Superendividamento do Consumidor: As possíveis previsões legais para seu tratamento**. Artigo Trabalho de Conclusão de Curso da Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

ZANETTI, Cristiano de Sousa, **Direito Contratual Contemporâneo – A Liberdade Contratual e sua Fragmentação**, São Paulo, Método.