

RECURSO ESPECIAL Nº 1.581.505 - SC (2015/0288713-7)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA**
RECORRENTE : **MARINA CRISTHIANE DE FREITAS FAORO**
ADVOGADO : **ADOLFO DE SOUZA BARBOSA E OUTRO(S) - SC042435**
RECORRIDO : **ADIBENS ADMINISTRADORA DE BENS LTDA**
ADVOGADOS : **JEANINE BATISTA ALMEIDA E OUTRO(S) - SC026846**
 MARCELO ALAN GONÇALVES - SC022365

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator): A recorrida, ADIBENS ADMINISTRADORA DE BENS LTDA., ajuizou a presente demanda contra MARINA CRISTHIANE DE FREITAS FAORO, aqui recorrente, afirmando que com esta firmou instrumento particular em que prometeu vender o imóvel descrito na petição inicial (e-STJ, fl. 3) por meio de pagamento em parcelas. Aduziu que a ré-recorrente inadimpliu o pagamento da importância total de R\$ 76.738,63, conforme demonstrativo à fl. 6 (e-STJ), e, muito embora notificada para a purgação da mora, ficou-se inerte.

Formulou pedidos para a rescisão do negócio jurídico e a reintegração na posse do bem objeto da avença, e também para a condenação da ré no pagamento da importância prevista em cláusula penal, além de indenização pela ocupação do bem.

Em sua peça de resposta (e-STJ, fls. 102/116), a ré não negou a inadimplência. Defendeu incidir o CDC na contratação, contrapondo-se, na essência, aos pedidos condenatórios e pleiteando a restituição dos valores pagos.

O magistrado de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos. Entendeu que, pelo fato de a ora recorrente ter cumprido com 84,36% (oitenta e quatro inteiros e trinta e seis centésimos por cento) da obrigação, não se fazia razoável a rescisão contratual, devendo a recorrida exigir o pagamento das prestações inadimplidas por via própria (ação de cobrança). Afastou, de igual modo, o pedido indenizatório (e-STJ, fls. 150/158).

Opostos embargos de declaração (e-STJ, fls. 164/169), foram eles rejeitados (e-STJ, fls. 170/171).

A recorrida apelou. Dentre seus argumentos, asseverou que a inadimplência em verdade supera os 50% (cinquenta por cento) do valor do contrato (e-STJ, fls. 176/183).

O TJSC deu provimento ao recurso da empresa. No acórdão, anotou-se que a dívida da recorrente ultrapassa a casa dos 30% (trinta por cento) do total do pacto. Afastou-se, com isso, a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial. O julgado ainda deferiu à autora-recorrida o pedido para a condenação da ré no pagamento de perdas e danos pela ocupação do imóvel, todavia negando a condenação para ressarcir a comissão de corretagem e outros valores pleiteados.

Superior Tribunal de Justiça

A pretensão deduzida pela recorrente para a devolução das quantias pagas foi rejeitada porque não formulada por meio de reconvenção.

O aresto veio aos autos assim ementado (e-STJ, fls. 214/215):

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INADIMPLÊNCIA INJUSTIFICADA DA COMPRADORA. MORA CARACTERIZADA. CONTRATO RESCINDIDO. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. CLÁUSULA PENAL DEVIDA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE QUE SE IMPÕE. CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE VALOR CORRESPONDENTE À UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL (ALUGUERES). DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. EXEGESE DO ART. 333, I, DO CPC. NÃO ACOLHIMENTO. COMISSÃO DE CORRETAGEM. IMPOSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS E POSTULAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS REALIZADOS EM SEDE DE CONTESTAÇÃO. VIA INADEQUADA. NECESSIDADE DE FORMULAÇÃO DO PLEITO EM RECONVENÇÃO OU AÇÃO PRÓPRIA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE OFÍCIO PELO JULGADOR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Não há falar em aplicação da teoria do adimplemento substancial quando verificado que a dívida da promitente compradora alcança mais de 30% do valor da avença, frisando-se que tal monta restou incontroversa nos autos. Desta feita, deixando a promitente-compradora de pagar quase um terço das parcelas avençadas no respectivo contrato, afigura-se evidente o seu inadimplemento, o que dá azo à rescisão do contrato e, conseqüentemente, a sua condenação ao pagamento da cláusula penal imposta, além da reintegração da posse da promitente-vendedora.

II - Com a rescisão contratual e o conseqüente retorno ao *status quo ante*, imperioso reconhecer-se, também, o direito da Autora ao ressarcimento das perdas e danos decorrentes da ocupação gratuita do imóvel pela Ré atinente ao período de inadimplência. Assim, deve a Demandada ser condenada ao pagamento de um valor mensal, a título de aluguel, a ser apurado em liquidação de sentença, por arbitramento.

III - Por outro lado, tocante ao pedido de devolução do valor pago ao corretor que intermediou a venda do imóvel, descabido o pleito de ressarcimento, pois, como cediço, a obrigação é da empresa responsável pela construção do bem, que foi quem efetivamente contratou os serviços do profissional, salvo nos casos em que existe expressa estipulação em contrário na avença firmada entre as partes, o que não ocorreu na hipótese em tela.

IV - Do mesmo modo, porque a Autora não comprovou a depreciação do bem e o desembolso das quantias devidas pela Ré a título de taxas condominiais, impostos, entre outros encargos, ônus que lhe incumbia a teor do art. 333, I, do Código de Processo Civil, tais pretensões não merecem acolhimento.

V - Em que pese não existir a menor dúvida de que a lide envolve relação de consumo, não pode ser determinada pelo julgador, de ofício, a revisão de cláusulas consideradas abusivas, sem que haja pedido nesse sentido em reconvenção, em observância ao disposto no art. 315 do Código de Processo Civil."

Nas razões do recurso especial, interposto na forma prevista pelo art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, aduz a recorrente violação dos arts. 421 e 422 do CC/2002 e 4º, III, e 51, IV, do CDC. Além disso, contrasta as conclusões do acórdão recorrido – que, segundo ela, assentaria a necessidade de adimplemento mínimo equivalente a 70% (setenta por cento) das prestações do contrato para a aplicação da chamada "Teoria do Adimplemento Substancial" – com julgados do TJPR e TJRS nos quais, a despeito do incontroverso descumprimento, foi mantida a relação contratual pelo

Superior Tribunal de Justiça

fato de o devedor haver cumprido com mais de 60% (sessenta por cento) de sua obrigação (e-STJ, fls. 258-276).

Contrarrazões às fls. 316/321 (e-STJ).

Inadmitido na origem (e-STJ, fls. 324/325), a recorrente interpôs agravo, impugnando os fundamentos de decisão de inadmissibilidade (e-STJ, fls. 328/336). Dei provimento ao agravo para determinar sua conversão em recurso especial (e-STJ, fl. 348).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.581.505 - SC (2015/0288713-7)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA**
RECORRENTE : MARINA CRISTHIANE DE FREITAS FAORO
ADVOGADO : ADOLFO DE SOUZA BARBOSA E OUTRO(S) - SC042435
RECORRIDO : ADIBENS ADMINISTRADORA DE BENS LTDA
ADVOGADOS : JEANINE BATISTA ALMEIDA E OUTRO(S) - SC026846
MARCELO ALAN GONÇALVES - SC022365

EMENTA

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO NA POSSE. INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO PARCIAL DO CONTRATO. INADIMPLEMENTO. RELEVÂNCIA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O uso do instituto da *substantial 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 descurar 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 (critérios adotados no REsp 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917).

4. No caso concreto, é incontroverso que a devedora inadimpliu com parcela relevante da contratação, o que inviabiliza a aplicação da referida doutrina, independentemente da análise dos demais elementos contratuais.

5. Recurso especial não provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.581.505 - SC (2015/0288713-7)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA**
RECORRENTE : MARINA CRISTHIANE DE FREITAS FAORO
ADVOGADO : ADOLFO DE SOUZA BARBOSA E OUTRO(S) - SC042435
RECORRIDO : ADIBENS ADMINISTRADORA DE BENS LTDA
ADVOGADOS : JEANINE BATISTA ALMEIDA E OUTRO(S) - SC026846
MARCELO ALAN GONÇALVES - SC022365

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator): No caso presente, a discussão central diz respeito à incidência da chamada "Teoria do Adimplemento Substancial", instituto cuja aplicação pode, eventualmente, restringir a prerrogativa da resolução contratual autorizada pela primeira parte do art. 475 do CC/2002.

A doutrina do adimplemento substancial é construção do Direito inglês que remonta ao Século XVIII e nasce a partir da observação, pelas Cortes de *Equity*, da desproporcionalidade que poderia resultar da resolução contratual incondicionalmente aplicada em determinadas situações, em especial aquelas nas quais a obrigação havia sido cumprida pelo devedor de modo praticamente integral, evidenciando a pouca importância do inadimplemento.

Como exemplo paradigmático de situação apta a impulsionar a aplicação da "*substantial performance*" no Direito inglês é frequente na literatura jurídica a citação do caso *Boone vs. Eyre* (1777), relatado por Lord Mansfield, que teve por objeto um contrato no qual o autor (Boone) traditaria uma fazenda e seus escravos, ao passo em que o réu (Eyre) pagaria o preço de 500 libras, bem assim prestações anuais de 160 libras, em caráter perpétuo. Boone alienou a propriedade, mas não tinha direitos de transferir os escravos. Eyre, em um típico caso de *exceptio non adimpleti contractus*, sobrestou o pagamento das prestações anuais. Ao decidir o caso, Lord Mansfield entendeu que o comprador não poderia deixar de pagar a prestação avençada, pois a obrigação de dar a coisa (os escravos) não seria uma condição precedente em face da obrigação de pagar as prestações anuais perpétuas. Em suma, a entrega dos escravos qualificava obrigação secundária, não podendo ensejar a resolução do contrato, cabendo-lhe apenas reivindicar a reparação por perdas e danos.

Otávio Luiz Rodrigues Junior (*Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 72.), citando a obra de Edward Errante, refere-se a um exemplo hipotético de adimplemento substancial que também permite compreender esse instituto em sua concepção inglesa. As aspas correspondem ao texto do professor de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco:

- 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.

Essa doutrina irradiou-se também para países que adotam o sistema de *civil law*, com especial destaque para o Direito italiano, que prestigiou a *substantial performance* por meio de disposições expressas de seu Código Civil, com destaque para a “*importanza dell'inadempimento*” anotada no art. 1.455. Seguindo esse influxo, o Direito português impede a resolução do negócio “*se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse [do credor], tiver escassa importância*” (art. 802, 2, do Código Civil). Por sua vez, a “Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias” (Viena, 1980) autoriza que o comprador declare resolvido o contrato, mas apenas se “a inexecução pelo vendedor (...) constituir uma infração **essencial** (...)” (art. 49, 1, “a”).

A introdução da temática no Direito Civil brasileiro é atribuída, em grande medida, às lições do professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, da Faculdade de Direito da UFRGS, estudioso de diversos institutos do direito comparado, como a violação positiva do contrato, a perturbação das prestações, a quebra da base do negócio e o adimplemento substancial.

Até por não se encontrar expressamente prevista em nosso direito positivo, existe polêmica sobre qual seria o correto fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial. Há controvérsia sobre ela basear-se em princípios como a função social do contrato (art. 421 do CC/2002), a boa-fé objetiva (art. 422), a vedação ao abuso de direito (art. 187) e ao enriquecimento sem causa (art. 884), embora haja uma tendência a considerá-la como efeito da aplicação da boa-fé objetiva às relações obrigacionais. Mesmo quando vigente o sistema civil anterior, a jurisprudência nacional valia-se, para sua aplicação, dos valores que emanavam dos arts. 955, 956, parágrafo único, e 1.092 do Código Civil de 1916, examinados sob a perspectiva do princípio da boa-fé objetiva.

No Judiciário, um dos primeiros Magistrados a tratar desses assuntos de modo sistematizado foi aluno, dos mais brilhantes, de Couto e Silva, o então desembargador Ruy Rosado de Aguiar, no TJRS. Anos depois, quando nomeado para o cargo de Ministro do STJ, Ruy Rosado trouxe para o cenário da jurisprudência nacional a

discussão sobre essas figuras jurídicas.

O primeiro acórdão do STJ que registra abordagem sobre o tema é o Resp n. 76.362/MT, julgado em 11 de dezembro de 1995 pela Quarta Turma (DJ de 01/04/1996). O caso é um clássico da jurisprudência sobre o assunto e as bases fáticas nas quais se deu o julgamento podem ser assim sintetizadas: a) dois segurados promoveram ação de cobrança para receber a cobertura securitária devida em razão de acidente de veículo; b) os segurados deixaram de pagar a última parcela na data do sinistro, o que foi confessado na inicial; c) apreciada a ação pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, entendeu a Corte que o segurado tinha “obrigação primordial” de pagar o “prêmio do seguro”. Sem isso, nada poderia exigir da seguradora, na hipótese de se achar em estado de inadimplência.

O recurso dos segurados foi provido sob o amparo da doutrina do adimplemento substancial por meio de acórdão assim ementado:

"SEGURO. INADIMPLENTO DA SEGURADA. FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO. ADIMPLENTO 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 SERA POSSÍVEL AVALIAR A IMPORTÂNCIA DO INADIMPLENTO, SUFICIENTE PARA A EXTINÇÃO DO NEGOCIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO."

(REsp 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917)

Em outros casos, a larga maioria dos recursos que aportaram neste Tribunal Superior e que de algum modo versavam sobre o assunto não tiveram a tese jurídica examinada ante a necessidade do revolvimento de material fático-probatório dos autos, deparando-se com os obstáculos previstos nos enunciados n. 5 e 7 da Súmula do STJ.

Contudo, nas hipóteses em que o contexto fático estava adequadamente delineado nas decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, o julgamento avançou para qualificar o que poderia configurar o decaimento mínimo para efeito de permitir a invocação da teoria do adimplemento substancial e afastar os efeitos da mora. Eis alguns exemplos:

- a) Atraso na última parcela: REsp. 76.362/MT.
- b) Inadimplemento de 2 parcelas: REsp. 912.697/GO.
- c) Inadimplemento de valores correspondentes a 20% do valor total do bem: REsp. 469.577/SC.
- d) Inadimplemento de 10% do valor total do bem: AgRg no AgREsp 155.885/MS.
- e) Inadimplemento de 5 parcelas de um total de 36, correspondendo a 14% do total devido: Resp. 1.051.270/RS.

Como se vê, a jurisprudência desta Corte tem oscilações no exame do requisito objetivo, o que se dá, essencialmente, pelo fato de que em cada caso aqui julgado há peculiaridades muito próprias a serem consideradas para efeito de avaliar a importância

do inadimplemento frente ao contexto de todo o contrato e os demais elementos que envolvem a controvérsia. Essa vinculação aos elementos do caso concreto é um dado objetivo que a doutrina anglo-saxã (CORBIN, Arthur L. *Conditions in the law of contract*. The Yale Law Journal, v. 28, n. 8, p. 761, jun. 1919) e a nacional assim o reconhecem (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. v. XXVI, p. 208). Nesse sentido, ainda:

"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.**"

(BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 106)

É que, ressalvada a hipótese de evidente relevância, o julgamento sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo, mormente quando sabemos que determinadas hipóteses de violação positiva podem, eventualmente, afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio. Há, portanto, outros tantos elementos que também envolvem a contratação e devem ser considerados para efeito de se avaliar a extensão do adimplemento, um exame qualitativo que ademais não pode descurar dos interesses do credor.

No julgado pioneiro deste Tribunal, antes referido (REsp 76.362/MT), foram delineados alguns requisitos que devem ser examinados para aplicação da teoria do adimplemento substancial, sem prejuízo da avaliação de circunstâncias específicas do caso sob julgamento. Para tanto, deve-se exigir: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes (exemplo disso está no recebimento reiterado de parcelas em atraso no contrato de seguro e a posterior mudança de atitude quando do último pagamento, o que quebraria essas expectativas legítimas e levaria a um comportamento contraditório); b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio (correlação é que permite formular um juízo sobre o caráter substancial do adimplemento realizado); c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

Atualmente, os autores ingleses, tomando como fundamento a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo não cumprimento da prestação, formulam três requisitos para admitir a substancial performance: a) insignificância do inadimplemento; b) satisfação do interesse do credor; e c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que a mesma se tenha operado imperfeitamente (cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. Cit. p.72).

Neste recurso especial, as questões de fato necessárias ao exame da tese

jurídica desenvolvida nas razões recursais estão bem delimitadas no corpo do acórdão recorrido (e-STJ, fls. 219/220):

"Infere-se da promessa de compra e venda de fls. 44-46 e do aditivo de fls. 47-49, que o valor total da avença perfaz o total de R\$230.875,00 (uma vez que o preço inicialmente contratado de R\$225.000,00 foi acrescido de uma parcela de R\$5.875,00 por ocasião do referido aditamento), que deveriam ser pagos da seguinte forma: 1) R\$10.000 - transferência imediata em conta corrente, a título de arras; 2) R\$5.850,00 - cheque n. 851400, para o dia 28-8-2008; 3) R\$ 5.850,00 - cheque n. 851399, para o dia 28-9-2008; 4) R\$5.850 - cheque 851397, para 28-10-08; 5) R\$5.850 - cheque 851404, para 28-11-08; 6) R\$5.850 - nota promissória, para 28-10-08; 7) 19 parcelas de R\$5.875,00, com início em 28-9-2008 e as demais para o dia 28 dos meses subsequentes, findando em 28-3-2010; 8) 3 parcelas de R\$25.000,00, restando a primeira quitada quando da assinatura do aditivo e as demais por meio dos cheques 500367 e 500368, com vencimentos em 19-11-2008 e 19-12-2008, respectivamente; e 9) R\$5.000,00 - nota promissória, para a data de 28-9-2008.

E, segundo apontado na exordial, o débito em aberto consubstancia-se na devolução, pela instituição bancária, dos cheques de n. 851397 e 851404 (itens 4 e 5) e do não pagamento de 10 parcelas referentes ao item 7, totalizando R\$70.450, não acrescidos de correção monetária e juros de mora.

Cumpre salientar que não só as parcelas contratadas como a quantia efetivamente inadimplida pela Ré afiguram-se matéria incontroversa nos autos, pois, em sede de contestação, ela não impugnou qualquer desses valores, limitando-se a discutir os termos do contrato em caso de rescisão contratual, sequer apresentando fato impeditivo ou extintivo do direito da Autora ou outra solução para a lide, como por exemplo, a consignação dos valores devidos.

Desta feita, equivocou-se o Magistrado a quo ao julgar a lide com base unicamente no cálculo apresentado com a notificação extrajudicial juntada às fls. 50-53 (R\$ 37.280,84), realizada antes do ajuizamento da ação e, inclusive, retificada com a notificação extrajudicial de fls. 71-74.

Portanto, conclui-se que o valor inadimplido totaliza mais de 30% do contrato, ou seja, quase um terço do total, razão pela qual mister se faz afastar a tese adotada no 'decisum' de primeira instância para declarar rescindido o negócio de promessa de compra e venda de imóvel entabulado entre as partes em face da mora da ora Recorrida, com a consequente reintegração da posse da Autora e o pagamento da cláusula penal fixada em 15% sobre o valor da avença."

Mesmo a autora admite, nas razões do especial, o inadimplemento de mais de 30% (trinta por cento) do contrato (e-STJ, fl. 264):

"O Douto Desembargador afastou a teoria do adimplemento substancial do contrato, e fez sob a alegação de que o valor devido superar em 30% o valor do contrato, o que a contrário senso presume-se que na hipótese de adimplemento de 70% a teoria se aplicaria no caso em tela, notem que a diferença que faltou foi de apenas 0,51%.

Vale lembrar que este Egrégio Tribunal aplica tal teoria, **o que se busca agora é que seja considerado o pagamento de 69,49% como adimplemento substancial do contrato e que este seja mantido e possibilitado o pagamento do restante do débito.**

Impende frisar que não se busca uma reanálise do conteúdo probatório, pois isto já foi executado no TJSC, e neste já restou demonstrado o débito existente e o valor adimplido, a reforma do r. acórdão é no sentido da aplicação da teoria substancial do contrato **considerando o valor pago de R\$ 160.425,00 (que equivale a 69,49% de R\$ 230.875,00)** e a dissidência jurisprudencial entre os tribunais de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul."

Em tais circunstâncias, penso que não estão presentes os requisitos para a

Superior Tribunal de Justiça

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 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.

O uso do instituto da *substantial 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. Definitivamente, não. A sua incidência é excepcional, reservada para os casos nos quais a rescisão contratual traduz, *icto oculi*, solução evidentemente desproporcional. Sua aplicação, ademais, exige o preenchimento dos seguintes requisitos, bem delineados no julgamento do antes mencionado Recurso Especial n. 76.362/MT: 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. É a presença dessas condições que justifica a excepcional intervenção do Judiciário na economia do contrato.

Registro que sua utilização incontida pode avançar sobre direitos do credor e modificar as condições que foram levadas em consideração no momento em que estabelecidas as bases da contratação. A longo prazo, seus efeitos colaterais podem encarecer os custos da contratação, socializando os prejuízos da inadimplência praticada por alguns em detrimento de todos. Como afirmam Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt: *"[a] liberdade contratual implica autodeterminação e responsabilidade pelos próprios atos. As partes que celebram um contrato devem arcar com as consequências que isso possa acarretar, desde que não tenham sido ludibriadas ou enganadas de alguma forma, nem tenham sido coagidas. (...) O Direito dos Contratos e a liberdade contratual não são fins em si mesmos. São meios para permitir às partes exercer seu direito de autodeterminação. Evidentemente, um contrato deve ser o resultado de um ato de autodeterminação de ambas as partes. E o Direito precisa garantir que ambas as partes de fato possam tomar uma decisão autodeterminada"* (RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. RODAS, Sérgio. Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 5. ano 2. p. 329/362. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, out-dez. 2015. p. 355).

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso especial.

É como voto.