

Adimplemento substancial nos contratos de execução continuada

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges¹

Gil Ferreira de Mesquita²

Sumário: 1. Introdução; 2. Da legitimidade do Ministério Público; 3. Princípio da boa-fé; 4. A tese do adimplemento substancial ou inadimplemento mínimo; 5. A aplicação da teoria do adimplemento substancial; 6. Considerações finais; 7. Referências bibliográficas.

Resumo: Pela teoria do adimplemento substancial comete ato ilícito o credor que resolve o contrato com base em um inadimplemento mínimo por parte do devedor. Contudo, tal teoria ainda tem uma aplicação tímida no Brasil, não tendo sido consagrada pelo Código Civil de 2002. Há, ainda, menos estudos com relação àqueles contratos cuja execução, a princípio, não cessa, como os contratos de seguro ou aluguel. Esse artigo almeja estudar um caso recente de uma consumidora que pagou um seguro de saúde por mais de 20 anos e, após inadimplir três prestações, foi excluída do plano. Busca-se demonstrar se a teoria é aplicável, impedindo o seguro de excluí-la.

Palavras-chave: Adimplemento substancial. Contratos de execução continuada.

Abstract: *Using the theory of substantial performance, it is illegal for the creditor to end a juridical relation due to a minimum default by the debtor. However, this theory is still not very applied in Brazilian Jurisprudence, due to the fact that it was not consecrated by the Brazilian Civil Code of 2002. There is still less studies related to those relations that are not meant to cease, such as renting or insurance contracts. This article aims to study a recent case of a lady who paid for a health insurance for over twenty years and, when she did not pay three parcels, she was excluded from the insurance. It is sought to find out if the substantial performance theory can be applied.*

Keywords: *Substantial performance. Contract for continued execution.*

1. Introdução

1 Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Estagiário do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pesquisador da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais.

2 Mestre em Direito Público pela Universidade de Franca. Professor dos cursos de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI e da Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Advogado.

Em recente episódio na Comarca de Uberlândia, chegou ao conhecimento do Ministério Público – Curadoria do Consumidor – que um convênio médico excluiu do plano contratado uma senhora inadimplente em três parcelas, mesmo tendo honrado com seus compromissos por mais de 20 anos. A contratante (M.G.C.) é idosa e portadora de lúpus eritematoso sistêmico, que consiste na produção de autoanticorpos, ou seja, glóbulos brancos atacando o próprio organismo.

Entre os autoanticorpos mais comuns há dois tipos perigosíssimos: um que ataca o núcleo das células e outro que ataca o DNA do paciente (PINHEIRO, 2013). No caso de M.G.C. a doença causara sequelas renais, além de possuir nódulos na tireoide e pólipos no intestino.

No caso prático a seguradora da Bradesco Saúde S/A atrasou mensalidades em 92 dias, sendo descredenciada do seguro saúde, conforme previsão contratual. Não havendo interesse da contratada em realizar qualquer transação, a seguradora procurou a Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor para as providências cabíveis.

Assim, no caso concreto, estaria a Bradesco Seguros S/A autorizada a excluir M.G.C. do seguro saúde cujas mensalidades foram honradas na maior parte de sua vigência? Seria o inadimplemento mínimo motivo suficiente para aplicação do art. 475, do Código Civil brasileiro ou aplicável nesse caso a teoria do adimplemento substancial? Para responder a tais questionamentos, utiliza-se pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

2. Da legitimidade do Ministério Público

Em razão dos fatos, o Ministério Público ajuizou ação civil pública que foi distribuída à 2ª Vara Cível da comarca de Uberlândia, Minas Gerais, sob a numeração 0338909-78.2013.8.13.0702, tendo a consumidora providenciado depósito em juízo da quantia devida.

Em que pese posicionamento contrário encontrado na doutrina, o Ministério Público possui legitimidade *ad causam* para a propositura da ação, em virtude de quatro fatores: a indisponibilidade do direito à saúde – e, em decorrência deste, à vida; a relevância pública do serviço de seguro de saúde; a idade avançada da representante; e o caráter transindividual da demanda, posto que excede à proteção unicamente dos interesses de M.G.C.

O primeiro desses fatores consta do art. 127, da Constituição Federal, que considera o Ministério Público instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além da ordem jurídica e do regime democrático.

Tratando-se de seguro de saúde de pessoa idosa, portadora de lúpus, a indisponibilidade do direito se mostra evidente, porquanto o direito que o *Parquet* visava a tutelar era o direito à saúde. Tal legitimidade é pacífica na jurisprudência recente, como se vê nas seguintes ementas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE ATIVA 'AD CAUSAM' – TRATAMENTO DE SAÚDE – DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL –

INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 127, DA CF/88 – REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – MEDIDA LIMINAR – AUSENTES OS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO – RECURSO PROVIDO. (TJMG – AI nº 1.0216.11.006253-8/001 – 5ª Câm. Cível – Rel. Des. Barros Levenhagen – j. 12/07/2012).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FAVOR DE PESSOA FÍSICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. 1. Hipótese em que o Estado de São Paulo impugna a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública em favor de indivíduo determinado, postulando a disponibilização de tratamento médico. 2. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal, é indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Não se trata de legitimidade do Ministério Público em razão da hipossuficiência econômica - matéria própria da Defensoria Pública-, mas da natureza jurídica do direito-base (saúde), não disponível. 3. Ainda que o Parquet tutele o interesse de uma única pessoa, o direito à saúde não atinge apenas o requerente, mas todos os que se encontram em situação equivalente. Cuida-se, portanto, de interesse público primário, de que não se pode dispor. 4. Agravo Regimental não provido. (ST) – AgRg no REsp 872733-SP – Rel. Min. Herman Benjamin – DJe 27/04/2011).

Outro argumento a favor da legitimidade ativa do Ministério Público é a relevância pública do serviço prestado pela Bradesco Saúde S/A. Isso, porque o art. 129, II, da Constituição Federal, elencou como função da instituição o zelo pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Lei Maior, sempre promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

A jurisprudência também se manifesta nesse sentido:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE – ENFERMEIRO – LEI 7.498/86 – EXIGÊNCIA LEGAL – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE – DANO MORAL COLETIVO – NÃO-OCORRÊNCIA. O MP é parte legítima para ajuizamento da ação civil pública, a teor do artigo 129, inciso II, da CF/88, que preceitua incumbir à referida instituição zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e aos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, entre eles o direito à saúde, conforme determinação do artigo 197, da CF/1988. A Lei Federal 7.498/86, que dispõe sobre a regulamentação do exercício da Enfermagem, há de ser aplicada ao caso em comento,

e o desrespeito às regras da referida legislação caracteriza claro abuso de conduta. A noção de dano moral encontra-se impregnada de dor e sofrimento que acomete a vítima, e, na medida em que a ação civil pública objetiva a defesa de interesse transindividual ou coletivo, não há como sancionar o réu sobre esta ótica. Preliminares rejeitadas e recursos não providos. (TJMG – Ap. Cível nº 1.0702.05.196967-4/001 – 10ª Câm. Cível – Rel. Des. Pereira da Silva – j. em 19/05/2009).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. DIREITO COLETIVO. RELEVÂNCIA SOCIAL. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. A saúde de acordo com preceitos constitucionais é direito de todos e dever do Estado, tendo a Carta Maior conferido às instituições privadas a possibilidade de participar deste serviço. Há interesse coletivo quando da prestação de serviços de grande relevância social, público, permanente e gratuito, sem destinação de clientela por entidade beneficente, sem fins lucrativos. O Ministério Público tem a função e o dever de ajuizar Ação Civil Pública no intuito de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo medidas necessárias à sua garantia, bem como para a proteção de interesses difusos e coletivos. Agravo não provido. (TJMG – AI nº 1.0024.04.427596-4/001 – 10ª Câm. Cível – Rel. Des. Pereira da Silva – j. em 6/09/2006).

O terceiro argumento se baseia na transindividualidade do direito em disputa. A legitimidade do Ministério Público quanto à defesa dos direitos e interesses transindividuais encontra-se legalmente prevista na Constituição Federal, em seu art. 127, cabendo-lhe zelar pela total defesa dos interesses sociais.

Além disso, essa previsão encontra reforço no Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo que a defesa coletiva dos consumidores deverá ser feita para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, legitimando o Ministério Público para tal.

No caso, a consumidora, que pagava o seguro há cerca de vinte anos, foi descredenciada do mesmo por inadimplir por 92 dias, sendo certo que outros consumidores do seguro do Bradesco, em situação idêntica, também sofreriam esse descredenciamento. Assim, não seria razoável aguardar futuras ocorrências para justificar o ajuizamento da ação de índole coletiva, o que implicaria em outras demandas com o mesmo objeto, além do risco à saúde e à vida de outros consumidores.

Sendo assim, a Ação Civil Pública veio em socorro não só da reclamante M.G.C., mas de todos os demais contratantes do seguro de saúde do Bradesco, resguardando o direito transindividual dos consumidores dessa empresa.

É o que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu em acórdão recente:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE ATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO – INTERESSE TRANSINDIVIDUAL – DIREITO DO CONSUMIDOR – TUTELA ANTECIPADA – TRATAMENTO E EXAME – OBRIGAÇÃO EM AUTORIZAR PROCEDIMENTOS – ASTREINTE – O Ministério Público tem legitimidade para ação civil pública quando atue em defesa de interesses transindividuais, desde que essa iniciativa consulte aos interesses gerais da coletividade. Tenho que presentes a prova inequívoca dos fatos relatados e a verossimilhança das alegações trazidas pela recorrente, sobretudo o estado de saúde da consumidora e da necessidade do tratamento médico e do exame solicitado (Apelação Cível nº 1.0702.12.008814-2/001 – Comarca de Uberlândia – Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Apelado(a)(s): Unimed Uberlândia Cooperativa Regional de Trabalho Médico Ltda. e outra).

O último elemento que autoriza a atuação ministerial é o art. 74, I da lei 10.471, de 2003 (Estatuto do Idoso), que impõe a instauração de inquérito civil e o ajuizamento de ação civil pública sempre que necessário para a proteção de direitos indisponíveis de pessoa idosa.

Superada essa questão da legitimidade do Ministério Público, passa-se à tese adotada pela instituição na ação. O *Parquet* buscou adotar a teoria do adimplemento substancial, pela qual o credor não pode exercer seu direito de rescindir o contrato por inadimplemento do devedor quando este já tiver adimplido parcela essencial da obrigação. Essa teoria é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência porquanto é de interesse público que os contratos sejam preservados.

O problema consiste no fato de o contrato de plano de saúde ser de execução continuada e, portanto, ser difícil conceituar “parcela essencial da obrigação”. Por isso, faz-se um estudo sobre os princípios norteadores do direito contratual para entender se o argumento da Promotoria de Justiça é ou não válido.

3. Princípio da boa-fé

No modelo atual do contrato, o princípio da boa-fé representa a eticidade: seu substrato é composto pela lealdade, pela correção e pela veracidade, tendo, assim, irradiação difusa, com sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e, dessa maneira, repercutindo sobre outros princípios (NEGREIROS, 2002, p. 116).

A boa-fé se distingue em objetiva e subjetiva. Nesta se observa o aspecto psicológico do sujeito, de agir de boa-fé. Veio do direito romano, a *fides bona*. Naquela se observa um aspecto mais objetivo, advindo do direito germânico, na fórmula *treu und glauben*. A cultura germânica inseriu, na romanesca, dois elementos: a lealdade (*treu* ou *true*) e a confiança, ou crença (*glaube* ou *glauben*) (MARTINS-COSTA, 2000, p. 124).

Quando a autonomia privada foi substituída pela dignidade humana como princípio máximo do ordenamento jurídico, a boa-fé começou a incidir sobre as relações

jurídicas, de forma que se passou a encarar as relações obrigacionais como espaço de cooperação e solidariedade entre as partes (NEGREIROS, 2002, p. 117-118).

Da boa-fé objetiva, decorrem os chamados deveres anexos, também chamados de deveres de fidúcia, assim listados por Teresa Negreiros:

a) os deveres de cuidado, providência e segurança [com relação à coisa] [...] b) os deveres de aviso e esclarecimento [com relação à coisa, aos benefícios, aos ônus, etc.] [...] c) os deveres de informação [acerca da coisa, de seu uso, de suas peculiaridades, etc.] [...] d) o dever de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) os deveres de colaboração e cooperação [entre as partes para o cumprimento das prestações] [...] f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte [geralmente, em locações] [...] g) os deveres de omissão e sigredo [sigilo sobre as peculiaridades do contrato] (NEGREIROS, 2002, p. 151-152).

Em suma, tudo o que esse princípio almeja é garantir que os contratantes sejam sempre fieis à palavra dada, sem frustrar ou abusar da confiança do outro, na medida em que esta forma a base das relações humanas (LARENZ, 1958, p. 143). Dessa maneira, obriga-se a colaboração entre as partes.

Com a boa-fé objetiva se relaciona intimamente o ato ilícito por abuso de direito. Tal teoria foi consagrada pelo art. 187 do Código Civil de 2002, que, inspirado no art. 334 do Código Civil de Portugal, traz que comete ato ilícito o titular de um direito que o exerce de forma a exceder manifestamente os limites que seu fim econômico ou social lhe impõe pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Tal artigo, de conteúdo riquíssimo, reúne os três princípios éticos que presidem o sistema do nosso direito privado (boa-fé, bons costumes e função social e econômica dos direitos), faltando-lhe apenas a ordem pública para que todos esses princípios estivessem presentes no dispositivo (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p. 23).

Segundo Menezes Cordeiro, os bons costumes se mostram exteriores, exprimindo a moral social, de forma que expressem regras de conduta que impedem que não se comporte de forma não consagrada expressamente por certa coletividade a certo tempo, ao passo que a boa-fé se mostra interior ao ordenamento jurídico (CORDEIRO, 2007, p. 1.213). Quanto à função social e econômica dos direitos, o legislador advertiu que, tendo em vista que, pelo art. 170 da Constituição Federal, a ordem econômica está submetida aos princípios da justiça e solidariedade, o exercício de um direito de modo contrário ao interesse geral é antijurídico e, portanto, caracteriza abuso de direito.

De qualquer maneira, Fernando Noronha adverte que o verdadeiro critério do abuso do direito se localiza na boa-fé, tendo em vista que todos os atos que costumam ser apontados como abusivos denotam a presença de uma violação ao dever de agir conforme os padrões confiança e lealdade (NORONHA, 1994, p. 175).

Dessa forma, a boa-fé opera como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes, de forma que a irregularidade estará presente no exercício de direito, caracterizando-o como abusivo, quando forem consubstanciadas a quebra de confiança e

a frustração de legítimas expectativas. Por isso, a constatação do abuso necessariamente passará pela análise da boa-fé objetiva (NEGREIROS, 2002, p. 141).

Dentre as várias modalidades específicas de abuso de direito, tem-se a *substantial performance*, que abarca a tese do adimplemento substancial ou inadimplemento mínimo.

4. A tese do adimplemento substancial ou inadimplemento mínimo

O art. 475 do Código Civil, que expõe as faculdades do credor quando o devedor não procede à quitação do débito traz a seguinte redação: “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”.

Trocando em miúdos, o legislador deu ao credor as seguintes opções: resolução contratual com imposição de perdas e danos, aplicação da cláusula penal para prefixar prejuízos e, ainda, a tutela específica da obrigação, se o objeto se mantiver possível e a prestação mantiver sua utilidade ao credor (FARIAS, 2013, p. 722). A desconstituição do negócio jurídico com base no inadimplemento por meio da resolução contratual é um direito potestativo do credor.

Direito potestativo é aquele que não admite nenhuma forma de contestações, sempre atuando na esfera de outro indivíduo. Dessa forma, a princípio, não se veria limites ao seu exercício. Contudo, só se reconhece um direito subjetivo ou potestativo quando este exercer uma função social, não excedendo os limites da boa-fé e dos bons costumes.

Dessa forma, se o exercício de um direito satisfizer o interesse do titular, mas ofender as expectativas sociais, haverá abuso de direito. Portanto, independentemente de violar uma norma, o exercício de um direito de forma abusiva será sempre antijurídico.

A tese do inadimplemento mínimo, o que, no sistema do *common Law*, é cunhado como *substantial performance*, consiste na possibilidade de questionar a faculdade do credor de exercer o direito potestativo à resolução contratual naquelas situações em que houver um adimplemento substancial, ou seja, parcela considerável pelo contrato for cumprida pelo devedor, muito embora ele não tenha suportado adimplir uma outra parte, esta muito menor (FARIAS, 2013, p. 722-723).

Muito embora essa teoria não seja expressamente adotada pelo CC, ela tem sido aceita pela jurisprudência brasileira, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Luiz Felipe Salomão, da 4ª Turma dessa corte, afirma que “a insuficiência obrigacional poderá ser relativizada com vistas à preservação da relevância social do contrato e da boa-fé, desde que a resolução do pacto não responda satisfatoriamente a esses princípios” (STJ, 2013).

Dessa maneira, segundo Araken de Assis, é comum, em determinadas situações, a reputação do descumprimento minimamente gravoso, o qual prejudica pouco a sinalagma contratual (ASSIS, 2004, p. 134).

Observe-se a seguinte ementa de acórdão proferido há não muito tempo pelo STJ explicando o tema do adimplemento substancial:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. 1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[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". 2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. 3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença. 4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título. 5. Recurso especial não conhecido (REsp. 1.051.270-RS – 4ª Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. 04/08/2011).

Seguindo o entendimento de José Ricardo Alvarez Vianna, “não há de se decretar a resolução do contrato, de maneira mecânica e autômata, sobretudo se isso conduzir à iniquidade ou contrariar os ideais de Justiça” (VIANNA, 2012). Não é difícil, no caso em estudo, perceber as conseqüências desses atos, pois a segurada, indubitavelmente, foi prejudicada.

Alguns países já adotam essa teoria em suas legislações, como a Itália (art. 1445 do *Codice Civile*, de 1942), a Alemanha (§323 (5) do BGB), Portugal (art. 802º, do Código Civil de 1966). Também a Espanha tem aplicado essa tese em sua jurisprudência (MAMEDE, 2010, p. 460).

Vejamos alguns outros exemplos de aplicação da teoria do adimplemento substancial a planos de saúde na jurisprudência brasileira:

"PLANO DE SAÚDE - Ação declaratória c/c indenização por danos morais e materiais e obrigação de fazer Negativa de cobertura de exames sob a justificativa de inadimplemento contratual Sentença de procedência Inconformismo da operadora Não acolhimento Rescisão contratual fundada na falta de pagamento de multa por atraso correspondente a 2% do valor da mensalidade do plano Aceitação, pela credora, dos pagamentos integrais de mensalidades efetuados pelos requerentes Havendo adimplemento substancial, há possibilidade da credora de promover a execução dos valores não pagos, mas não de aplicar medida extrema e resolver o contrato Sentença ratificada nos termos do art. 252 do RITJSP Recurso desprovido ". (v. 11297). (TJ-SP - APL: 500986020088260405 SP 0050098-60.2008.8.26.0405, Relator: Viviani Nicolau, Data de Julgamento: 23/10/2012, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/10/2012)

RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO TERMINATIVA PROFERIDA EM APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE POSTERIOR À LEI 9.656/98, CANCELAMENTO AUTOMÁTICO POR ATRASO NO PAGAMENTO. DESCUMPRIMENTO DIMINUTO DO CONTRATO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. SENTENÇA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO POR UNANIMIDADE DE VOTOS. 1.A notificação de cancelamento do seguro demonstra que o contrato foi cancelado unicamente pela inadimplência da parcela do mês de fevereiro de 2006, pelo que deve ser aplicada à hipótese dos autos a Teoria do Adimplemento Substancial, segundo a qual não se mostra razoável rescindir um contrato sucessivo que vem sendo cumprido há mais de dez anos em face do descumprimento diminuto, que *in casu* seria o inadimplemento de uma única parcela, sendo que as posteriores teriam sido pagas; 2.A atitude da seguradora a afronta o artigo 51, IV, § 1º, inciso II do CDC, cujas normas são de ordem pública e de proteção ao consumidor, pois entendendo que não se justifica o cancelamento sem oportunizar ao autor/agravado o direito de adimplir a obrigação com os acréscimos contratuais, por impor desvantagem excessiva ao consumidor; 3.Recurso de Agravo Improvido.

(TJ-PE - AGV: 2267143 PE 0015108-07.2012.8.17.0000, Relator: Francisco Manoel Tenorio dos Santos, Data de Julgamento: 21/08/2012, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 156)

RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO TERMINATIVA PROFERIDA EM APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE POSTERIOR À LEI 9.656/98, CANCELAMENTO AUTOMÁTICO POR ATRASO NO PAGAMENTO. DESCUMPRIMENTO

DIMINUTO DO CONTRATO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. SENTENÇA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO POR UNANIMIDADE DE VOTOS. 1.A notificação de cancelamento do seguro demonstra que o contrato foi cancelado unicamente pela inadimplência da parcela do mês de fevereiro de 2006, pelo que deve ser aplicada à hipótese dos autos a Teoria do Adimplemento Substancial, segundo a qual não se mostra razoável rescindir um contrato sucessivo que vem sendo cumprido há mais de dez anos em face do descumprimento diminuto, que *in casu* seria o inadimplemento de uma única parcela, sendo que as posteriores teriam sido pagas; 2.A atitude da seguradora afronta o artigo 51, IV, § 1º, inciso II do CDC, cujas normas são de ordem pública e de proteção ao consumidor, pois entendo que não se justifica o cancelamento sem oportunizar ao autor/agravado o direito de adimplir a obrigação com os acréscimos contratuais, por impor desvantagem excessiva ao consumidor; 3.Recurso de Agravo Improvido. (TJ-PE - AGV: 2267143 PE 0015108-07.2012.8.17.0000, Relator: Francisco Manoel Tenorio dos Santos, Data de Julgamento: 21/08/2012, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 156)

5. A aplicação da teoria do adimplemento substancial

Em casos concretos, por óbvio, não é fácil definir o que seja e o que não seja *adimplemento substancial*, até porque são questões para as quais não há fórmulas aplicáveis a qualquer situação, sendo necessária a análise do julgador em cada caso, porque existem situações em que uma quantidade, por ínfima que seja, terá uma importância. Por exemplo, se o objeto da prestação for o *Tratado de Direito Privado*, de Pontes de Miranda, com 60 tomos, a falta de um deles, por mais que seja apenas um sessenta-avos do todo, não configurará inadimplemento mínimo. O mesmo ocorre com relação à qualidade. Por exemplo, o sujeito que compra uma joia em ouro 18 quilates não pode recebê-la em grau menor de pureza.

É o que sustenta Eduardo Luiz Bussatta:

Inexiste critério homogêneo para a valoração da gravidade do inadimplemento, na medida em que se leva em conta, a fim de determinar a gravidade, ora a causa do contrato, ora a incidência do inadimplemento na economia do contrato, ou invocando-se a vontade hipotética ou presumida da parte (BUSSATTA, 2007, p. 40).

Portanto, é notável a necessidade da combinação entre critérios objetivos e subjetivos para se concluir e aplicar o resultado da teoria do adimplemento substancial. Dessa forma, serão considerados os critérios objetivos, mais as legítimas pretensões de cada parte, respeitada a probidade e a boa-fé.

Gladston Mamede ressalta que o tema pode ser objeto de disposição das partes no instrumento contratual, devendo, contudo, serem respeitados determinados limites: socialidade, eticidade e probidade, principalmente em contratos de adesão em que a renúncia desfavoreça ao aderente (MAMEDE, 2010, p. 461), como no caso em estudo, em que o instrumento contratual estipulava a resolução do contrato pelo inadimplemento de três parcelas.

6. Considerações finais

Ante o exposto nesse breve ensaio, é possível concluir que a teoria do adimplemento substancial (*substantial performance*) pode ser aplicado aos contratos de execução continuada, não havendo qualquer vedação no campo doutrinário e jurisprudencial. Além disso, vedar sua incidência em tais contratos seria irrazoável por não coadunar com os princípios da boa-fé e da função social do contrato, consolidados no direito pátrio.

Parece adequado mencionar um julgado do Superior Tribunal de Justiça³, que reafirma esse entendimento já consolidado perante a Segunda Seção daquela corte, a partir do qual podemos extrair:

I – Atrasos no pagamento de prestações não importam no desfazimento automático do contrato, exigindo-se prévia constituição em mora do contratante mediante interpelação;

II – A teoria do adimplemento substancial visa impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato;

III – O pagamento dos valores em atraso via purgação de mora não podem ser devolvidos pela contratada com fundamento no cancelamento administrativo do contrato;

IV – O inadimplemento do contrato não pode ser imputado exclusivamente ao consumidor, quando a parte contrária inviabiliza o recebimento das parcelas em atraso, deixando de considerar o *substantial adimplemento* verificado durante grande parte da vigência do contrato;

V – A tentativa de purgação da mora pelo consumidor demonstra conduta pautada na boa-fé.

No caso concreto ocorrido na comarca de Uberlândia, verificou-se a presença das condições acima explicitadas, pois M.G.C. pautou sua conduta na boa-fé ao depositar em juízo o valor do débito. Ademais, há interesse público em que o contrato não seja resolvido, na medida em que os serviços de plano de saúde são de relevância pública, o que, inclusive, ensejou a atuação do Ministério Público.

Se a segurada pagava o plano há 20 anos, é inegável a incidência da teoria, uma vez que a esmagadora maioria das parcelas até então cobradas foram pagas, de forma que seu inadimplemento foi mínimo.

3 REsp. 877965-SP 2006/0180355-9, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 22/11/2011, DJe 01/02/2012.

Dessa forma, com base na boa-fé da consumidora e na relevância social do contrato, entende-se que a teoria é aplicável ao caso concreto, devendo o Bradesco Saúde S/A revogar a resolução do contrato.

Cumpra afirmar, aliás, que em casos tais é perfeitamente cabível o pedido de antecipação da tutela pretendida na ação civil pública, pois estão presentes os requisitos da prova inequívoca e verossimilhança da alegação (art. 273, *caput* do CPC), bem como presume-se o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I) pela própria relevância do serviço contratado e pela condição particular da consumidora (idosas).

7. Referências bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, vol. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Coordenadoria de Editorial e Imprensa. **Teoria do adimplemento substancial limita o exercício de direitos do credor**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106897>. Acesso em: 13 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 877965-SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22 nov. 2011, DJe 1º fev. 2012.

CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. Salvador: Juspodivm, 2013. v.1.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução de Jaimes Santos Brinz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2010. v.5.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PINHEIRO, Pedro. **Lúpus eritematoso sistêmico**: sintomas e tratamento. Disponível em: <<http://www.mdsaude.com/2008/11/lpus-eritematoso-sistmico-les.html>>. Acesso em: 17 out. 2013.