

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**VINÍCIUS FONSECA PIRES**

**A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E SUA  
APLICAÇÃO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO DE  
ALIMENTOS**

VITÓRIA  
2019

VINÍCIUS FONSECA PIRES

**A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E SUA  
APLICAÇÃO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO DE  
ALIMENTOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr. Paulo Neves Soto.

VITÓRIA  
2019

## RESUMO

A presente monografia pretende analisar a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial na execução da obrigação alimentar. A aludida teoria, que decorre dos princípios da boa-fé objetiva e conservação do contrato, vem ao longo dos anos ganhando forte aceitação na jurisprudência brasileira. Ainda assim, sendo a teoria do adimplemento substancial de origem do direito contratual, sua incidência no âmbito do direito de família até pouco tempo aparentava-se incabível. Nesse intuito, levanta-se a discussão sobre a possibilidade da aplicação da teoria do adimplemento substancial como forma de impedir a prisão civil por dívida alimentar, evitando, assim, a excessiva onerosidade gerada pelo processo de execução contra o devedor de alimentos. À luz dos parâmetros legais e jurisprudenciais, pretende-se analisar os princípios que sustentam a teoria do adimplemento substancial, seu histórico na jurisprudência brasileira, bem como a viabilidade da exportação da teoria para a área do direito de família, mais especificamente no que tange a execução de dívida alimentar.

**Palavras-chave:** Teoria do adimplemento substancial. Boa-fé objetiva. Conservação do contrato. Prisão Civil. Execução de alimentos.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>04</b>
<b>1 PRINCÍPIOS SETORIAIS DO DIREITO CONTRATUAL.....</b>	<b>04</b>
1.1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	05
1.2 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	07
1.3 PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO CONTRATO.....	10
<b>2 A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DA OBRIGAÇÃO...</b>	<b>12</b>
<b>3 TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E SUA INCIDÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....</b>	<b>14</b>
3.1 DA DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO.....	14
3.2 A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	16
<b>4 OBRIGAÇÃO LEGAL DE ALIMENTOS.....</b>	<b>18</b>
<b>5 DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS.....</b>	<b>20</b>
<b>6 APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS.....</b>	<b>23</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>32</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>34</b>

## **INTRODUÇÃO**

Muito se discute sobre o alcance e limites da teoria do adimplemento substancial na jurisprudência brasileira. Essa teoria, que decorre do direito contratual, tem como objetivo principal fazer com que o devedor, minimamente inadimplente, não venha a sofrer as consequências geradas pelo inadimplemento da obrigação.

A teoria do adimplemento substancial tem sua devida importância ao considerarmos sua função tanto protetiva quanto garantidora numa relação obrigacional. Em razão disso, a teoria vem sendo cada vez mais aceita e utilizada nos Tribunais brasileiros, se tornando uma alternativa eficaz para evitar prejuízo ao devedor inadimplente, além de possibilitar a conservação do contrato.

A grande discussão envolvendo a teoria gira em torno da viabilidade de sua aplicação em tipos específicos de relações obrigacionais que vão além do direito contratual. É o caso, por exemplo, da obrigação alimentar, mais especificamente da prisão civil decorrente de dívida alimentar, onde se busca evitar o encarceramento do devedor minimamente inadimplente através da incidência da teoria.

Uma análise de nossa jurisprudência revela uma forte resistência em permitir que a aludida teoria seja utilizada no âmbito do direito de família. Ainda assim, esta possibilidade não se encontra descartada por grande parte da doutrina, o que, por efeito, revela a necessidade em compreender os argumentos favoráveis e contrários no tocante a questão.

## **1 PRINCÍPIOS SETORIAIS DO DIREITO CONTRATUAL**

Sabemos que para uma relação obrigacional produzir efeitos, requer-se uma série de fatores legalmente previstos que podem variar a depender do tipo de obrigação, visando o efetivo cumprimento do contrato. É evidente que diante de

possíveis consequências jurídicas e econômicas que ambas as partes de uma relação obrigacional podem sofrer, faz-se necessária a aplicação de princípios direcionados para a tutela do direito contratual.

Tais princípios também geram os chamados deveres gerais de conduta, que irão irradiar diretamente sobre a relação obrigacional. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo (2014, p. 74-76, apud EHRHARDT, 2014, p. 84), os deveres gerais de conduta derivam diretamente dos princípios normativos e independem da manifestação de vontade dos participantes. Além disso, tais deveres excedem do próprio e estrito dever de prestação.

A seguir, serão mencionados os princípios que integram os deveres gerais de conduta, estando fortemente presentes nas relações contratuais, independentemente de quais sejam.

## 1.1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé encontra-se previsto no Código Civil de 2002, onde é, entre uma de suas menções, classificado como um dos requisitos fundamentais para o cumprimento de uma obrigação, desde o momento em que ela se inicia, até a sua total realização: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (art. 422, Código Civil, 2002)

Outras menções da boa-fé no Código Civil são encontradas no art. 113, que reforça a incidência do princípio nas interpretações dos negócios jurídicos, e no art. 187, que considera ato ilícito o exercício de um direito que excede os limites impostos pela boa-fé.

A boa-fé se divide em duas categorias: a boa-fé objetiva e a subjetiva. A boa fé subjetiva, como o seu próprio nome sugere, está relacionada a condição psicológica enfrentada pelo sujeito em relação ao vício presente na relação

obligacional (ROSENVALD, 2007, p.79). Geralmente, esta condição está acompanhada da ignorância da parte a respeito de determinada situação que, caso tivesse conhecimento, faria o possível para evitá-la.

Por sua vez, entende-se boa-fé objetiva como uma essencial regra de comportamento, diretamente ligado a eticidade esperada em nossa ordem social (PAMPLONA e STOLZE, 2017, p.106), pautada no respeito mútuo de interesses, vontades e principalmente na intenção de evitar qualquer prejuízo no que tange a obrigação.

A boa-fé objetiva impõe os chamados deveres anexos ou laterais, tratando-se de uma série de condutas e deveres a serem cumpridos no decorrer da obrigação (TEPEDINO e OLIVA, 2019, p. 312), sobretudo os de informação, proteção e colaboração. Diferente das obrigações acessórias, que têm sua existência subordinada a outra relação jurídica, os deveres anexos ultrapassam a obrigação principal na medida em que também podem ser descumpridos e gerar obrigação de reparar pelo descumprimento positivos do contrato, ainda que a obrigação convencionalmente tenha sido integralmente satisfeita.

A independência dos deveres anexos é atestada ao constatarmos que a impossibilidade do cumprimento da prestação principal não impede o surgimento dos demais efeitos que podem decorrer da relação obrigacional (EHRHARDT, 2014, p.99).

Estes efeitos gerados pelo descumprimento dos deveres anexos envolvem a chamada violação positiva do contrato. Este termo foi resultado do trabalho de Hermann Staub e Heinrich Stoll (EHRHARDT, 2014, p.80), juristas alemães que reforçaram a importância de deveres laterais na plena satisfação da obrigação.

Logo, toda e qualquer obrigação gera também deveres anexos para ambas as partes do contrato, sendo estes exigíveis assim como a obrigação principal. Um exemplo é o dever de informação, que corresponde a uma necessidade tanto jurídica quanto moral ao compromisso de informar à outra parte todas as

particularidades e circunstâncias do negócio e, da mesma forma, do bem jurídico que vincula os contraentes.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, o direito à informação e o respectivo dever de informar “têm raiz histórica na boa-fé, mas adquiriram autonomia própria, ante a tendência crescente do Estado social de proteção ou tutela jurídica dos figurantes vulneráveis das relações jurídicas obrigacionais” (LÔBO, 2014, p. 74-76, apud EHRHARDT, 2014, p. 84)

O artigo 6º, III do Código de Defesa do Consumidor é um dos dispositivos legais que envolve o dever de informação referente a prestações de produtos e serviços:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Logo, podemos constatar que tanto o princípio da boa-fé objetiva em si, quanto os deveres anexos gerados pela mesma, possuem a devida importância nas relações contratuais, sendo conseqüentemente fundamental que ambas as partes na relação jurídica observem seus fundamentos.

## 1.2 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Outro importante princípio que está vinculado aos contratos é a função social do contrato. Adotado pelo Código Civil de 2002 (ALBUQUERQUE, 2017), este princípio possui como uma de suas centrais características a limitação da liberdade contratual em prol de preceitos sociais.

A ideia de condicionar a eficácia de um contrato pela preocupação de um eventual impacto deste na sociedade nos remete diretamente ao conceito de solidariedade. Sobre este ponto, descreve Marcio Diniz:

As nossas ações sociais repercutem, positiva ou negativamente, em relação a todos os demais membros da Comunidade. A solidariedade implica, por outro lado, a corresponsabilidade, a compreensão da transcendência social das ações humanas, vem a ser, do co-existir e do con-viver comunitário. Percebe-se, aqui, igualmente, a sua inegável dimensão ética, em virtude do necessário reconhecimento mútuo de todos como pessoas iguais em direitos e obrigações, que dá suporte a exigências recíprocas de ajuda ou sustento. (DINIZ, 2008, p. 32)

As consequências decorrentes de um contrato podem incidir direta ou indiretamente na esfera da liberdade, vida e segurança jurídica das partes ou mesmo de terceiros externos ao contrato. Diante deste fator, restou necessário ao legislador a elaboração de normas que, ao mesmo tempo que garantissem a liberdade das partes no contrato, também preservassem a função social do contrato.

O princípio da função social do contrato encontra previsão no art. 421 do Código Civil de 2002 que transcreve: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.

O aludido artigo determina a limitação proveniente da função social do contrato como condição à liberdade individual de contratar, bem como a observação do que foi definido pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Perante o exposto, faz-se necessário analisar quais são estes limites referidos, bem como o que está disposto na aludida Declaração.

A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica foi prevista recentemente através da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019. Esta busca estabelecer normas que envolvem, entre outras questões, proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, bem como disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador (art. 1º, MP nº 881/2019).

De todas as previsões trazidas pela Declaração, as que mais possuem ligação com a função social do contrato estão dispostas no art. 3º, V e VIII, que transcrevem:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição:

[...]

V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia de sua vontade, exceto se houver expressa disposição legal em contrário;

[...]

VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, hipótese em que nenhuma norma de ordem pública dessa matéria será usada para beneficiar a parte que pactuou contra ela, exceto se para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato (art. 3º, V e VIII, MP nº 881/2019)

Ambos os artigos prezam pela autonomia da vontade em contratos empresariais, podendo essa autonomia ser contrariada apenas em casos específicos, como violação de disposição legal ou para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato.

Já em relação aos limites advindos da função social do contrato, estes não são especificados em lei. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

[...] o juiz poderá preencher os claros do que significa essa “função social”, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá, por exemplo, proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; declarar sua nulidade por fraude à lei imperativa (CC, art. 166, VI), porque a norma do art. 421 é de ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único); convalidar o contrato anulável (CC, arts. 171 e 172); determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato etc. Aduz o mencionado jurista que, sendo “normas de ordem pública, o juiz pode aplicar as cláusulas gerais em qualquer ação judicial, independentemente de pedido da parte ou do interessado, pois deve agir ex officio. (GONÇALVES, 2012, p. 24)

Sendo assim, a ausência de previsão legal sobre os limites da função social permite ao magistrado uma alta margem de discricionariedade em sua decisão, possibilitando que cada julgador utilize as técnicas hermenêuticas que considerem necessárias para definir quando o princípio em questão está sendo desrespeitado.

### 1.3 PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO CONTRATO

Outro princípio que está atrelado aos negócios jurídicos é o princípio da conservação do contrato. Este defende que, caso ocorra algum vício ou imprevisão na obrigação, se opte por saná-los em conformidade com a vontade inicial de quem alegou o erro ao invés de resolver a relação obrigacional, preservando, assim, a existência e validade do contrato.

O enunciado 367 da IV Jornada de Direito Civil menciona expressamente o aludido princípio:

Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo eqüitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório.

Ademais, sua ligação com a função social do contrato é reforçada através do enunciado 22 da Jornada de Direito Civil, que transcreve: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.”

Em relação ao Código Civil de 2002, os artigos 142 e 144 tratam essencialmente do princípio da conservação do contrato. Segundo os artigos:

Art. 142. O erro de indicação da pessoa ou da coisa, a que se referir a declaração de vontade, não viciará o negócio quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada.

Art. 144. O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante.

Em suma, são ramificações do princípio da conservação todos os artigos que resguardam a validade do contrato, ainda que a execução do mesmo não tenha ocorrido da forma que inicialmente fora planejada. Contudo, é importante

observar que tais artigos sempre apresentam alguma ressalva, geralmente decorrentes de alguma consequência gerada pelo vício.

Outros exemplos estão no artigo 184 do Código Civil de 2002, que estabelece a possibilidade de validação parcial do negócio jurídico, e no artigo 51, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, que abre uma exceção para a não invalidação do contrato diante da nulidade de uma cláusula contratual abusiva. Segundo os artigos:

Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal. (Código Civil, 2002)

Art. 51§ 2º. A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. (Código de Defesa do Consumidor, 1990)

Novamente, há de se observar que, por mais que o ordenamento jurídico brasileiro adote o princípio da conservação do contrato em parte de sua legislação, alguns limites estão presentes para sua aplicação. Isto acontece como forma de evitar que outros princípios contratuais e extracontratuais sejam comprometidos ao entrarem em conflito.

Tais limites podem ser exemplificados no último artigo supracitado, onde a conservação do contrato só será possível na situação prevista pelo dispositivo, caso não venha a sobrepor o princípio da justiça contratual, que consiste numa justa distribuição de ônus e riscos entre as partes do contrato (SETTE, 2003, p.147).

Tanto o princípio da boa-fé objetiva, quanto o da conservação do contrato são, portanto, complementares entre si. Ambos os princípios, ainda que diante de certos limites, buscam minimizar as circunstâncias que possam ocasionar a resolução da obrigação decorrentes de um vício ou imprevisão durante sua execução.

## **2 A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DA OBRIGAÇÃO**

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece diversos fatores que possam ocasionar a extinção do contrato. A teoria do adimplemento substancial surge como solução para evitar esta resolução contratual em determinados casos, resguardando, assim, o princípio da conservação do contrato.

A teoria do adimplemento substancial é aplicada em casos onde houve cumprimento considerável da prestação obrigacional e o devedor, agindo de boa-fé no decorrer da obrigação, encontra-se impossibilitado de concluir a mesma.

Segundo registros históricos (BUSSATA, 2008, p.39-40), a primeira jurisprudência acerca do adimplemento substancial é proveniente do direito inglês, no século XVIII. A jurisprudência se originou a partir de um caso envolvendo um indivíduo contratado para prestar serviços em um navio. Pouco antes do término da viagem este sujeito veio a falecer.

A viúva do contratado então acionou a Corte Inglesa, uma vez que o contratante se negava a pagar o valor correspondente ao serviço prestado pelo falecido. Diante disso, os julgadores deferiram o pedido da viúva, pois entenderam que parte significativa do contrato havia sido cumprida, logo o inadimplemento deveria ser afastado.

A teoria do adimplemento substancial foi aos poucos sendo adotada e adaptada por outros países. No Código Civil italiano de 1942 a teoria está prevista no art. 1.455, onde é determinado que o inadimplemento mínimo de uma das partes não é motivo para desfazer o contrato.

Em relação ao direito brasileiro, embora a ausência de previsão expressa, tal teoria se encontra presente no enunciado 361 das Jornadas de Direito Civil. Segundo ele: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais

contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.”

Outra previsão que dispõe sobre a aplicação da teoria, além de mencionar sua ligação com o princípio da boa-fé objetiva, é o enunciado 371 das Jornadas de Direito Civil, neste caso tratando-se de contratos de seguro: “A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva.”

O artigo 475 do Código Civil de 2002, referido no enunciado, garante o direito do credor prejudicado pelo inadimplemento requerer a resolução do contrato. Logo, em casos onde é possível aplicar a teoria do adimplemento substancial, o direito de resolução do contrato, previsto no referido artigo, é afastado.

Contudo, é importante destacar que o impedimento da resolução do contrato, ao contrário do que é equivocadamente compreendido por muitos, não significa que o devedor ficará livre das prestações restantes.

A aplicação da teoria apenas garantirá ao devedor a possibilidade de reaver o método estabelecido para o cumprimento da obrigação e readaptá-lo de forma mais condizente com sua situação atual, possibilitando, assim, o adimplemento total da obrigação.

Outra previsão que envolve a teoria do adimplemento substancial está no enunciado 586 da VII Jornada de Direito Civil, que estabelece: “Para a caracterização do adimplemento substancial (tal qual reconhecido pelo Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil - CJK), levam-se em conta tanto aspectos quantitativos quanto qualitativos.”

Logo, além do fator quantitativo ser considerado, como é o caso das prestações que foram adimplidas, o enunciado 586 determina que o aspecto qualitativo também seja levado em conta, este sendo representado principalmente pela figura da boa-fé objetiva.

Segundo Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva: “O adimplemento substancial estaria fundado na boa-fé objetiva, não em seu papel de vedação ao direito resolutorio abusivo, mas como instrumento para a verificação do interesse útil das parte no contrato.” (TEPEDINO e OLIVA, 2019, p.318)

A boa-fé objetiva incide no enunciado devido ao seu propósito, este sendo verificar se a parte adimplida da obrigação, mesmo que não completa, mostrou-se capaz de satisfazer sobretudo o interesse do credor, evitando, assim, ferir qualquer responsabilidade contratual.

### **3 ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E SUA INCIDÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

Todo objeto de estudo, para sua maior compreensão, deve ser analisado em sua amplitude, desde sua parte teórica até a sua parte prática. Nesse sentido, é fundamental analisarmos os julgamentos de maior destaque na aplicação da teoria do adimplemento substancial, para assim averiguarmos sua atual incidência em casos recorrentes.

Primeiramente, visto que tratam-se de decisões aplicando uma teoria ainda ausente de previsão expressa no Código Civil, cabe analisar a atuação do magistrado, mais especificamente sua subjetividade, no momento de proferir sua decisão.

#### **3.1 DA DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO**

Em qualquer decisão judicial, independente da matéria em que ela se faz presente, é possível encontrar vestígios do julgador espalhados por todo o corpo do texto. Por mais imparcial que o juiz tente ser, sua decisão sempre terá, em maior ou menor grau, resquícios de subjetividade.

Cada magistrado é alguém com uma individualidade própria, sendo esta impossível de ser ocultada, visto que é inerente ao próprio ser humano. Sendo assim, qualquer tarefa que exija do mesmo um ato de decidir, estará automaticamente gerando uma resposta discricionária, geralmente em conformidade com a lei. Sobre este aspecto, é dito por Valdeciliana Andrade:

As sentenças de qualquer juiz estão marcadas de subjetividade e o próprio sistema está preparado para lidar com isso. Demonstrações disso são a uniformização da jurisprudência, os recursos extraordinários especiais de revista, o instituto da conexão e da continência que geram modificação de competência. (ANDRADE, 2010, p 155)

Se este fato não fosse verdadeiro, dispensável seria o direito de recorrer, visto que o magistrado, ausente de qualquer discricionariedade, não teria margem para cometer erros, ou mesmo julgar algo que não estivesse em completa conformidade com a legislação.

Não sendo isso possível, a subjetividade estará sempre presente na decisões, ainda que em maior ou menor incidência. Esta subjetividade pode se apresentar de forma assumida ou não assumida (ANDRADE, 2010, p.147). A subjetividade assumida se faz presente quando o magistrado se utiliza de pronomes ou termos, geralmente em primeira pessoa, que demonstrem sua participação no decorrer da decisão.

A subjetividade não assumida, por sua vez, é quando o juiz implicitamente se faz presente em sua decisão. Isso é feito através de formas e estruturas impessoais, além do uso adjetivos, advérbios e estruturas modais que demonstram a escolha do próprio indivíduo que se enuncia (ANDRADE, 2010, p.147).

A teoria do adimplemento substancial, como já foi analisado, possui tímidas previsões em alguns enunciados que buscam atestar sua existência. Fatores relacionados ao aspecto quantitativo, ou mesmo quanto aos casos de possível incidência da teoria, são incógnitos na legislação.

Por conta disso, torna-se papel do magistrado adotar critérios que considerem ser mais adequados. Isso, no entanto, traz um sério risco para a segurança jurídica, visto que irá gerar decisões altamente discricionárias e inconsistentes, assim como será comprovado no próximo tópico.

Não podemos negar que a subjetividade se faz presente em toda decisão judicial, mesmo de forma não assumida, ainda assim, o grau de discricionariedade irá sempre depender do espaço de interpretação deixado pela lei, sendo este espaço reduzido conforme a inclusão de novas previsões legais acerca do tema.

### 3.2 A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A primeira decisão do STJ envolvendo a aplicação do adimplemento substancial (*leading case*) é de 1995, relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior. O caso envolveu dois segurados que ingressaram ação de cobrança para obter o seguro de seu veículo, que foi acidentado.

Os reclamantes não pagaram a última parcela na data do incidente, o que levou o Tribunal de Justiça do Mato Grosso a entender que houve o inadimplemento por parte dos contratantes, e por isso não perderiam exigir à seguradora o cumprimento da obrigação.

No STJ, o relator ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior julgou o recurso em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917, cuja ementa foi a seguinte:

SEGURO. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancia1. 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. (STJ. REsp 76.362/MT, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917)

O Relator Ruy Rosado ao fundamentar sua decisão, registra que adotou o entendimento proferido pelo professor Clóvis do Couto e Silva, que por sua vez considera o adimplemento substancial aquele que “constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução [...]” (apud BECKER, 1993, p.60).

Clóvis ainda reforça que não existe fórmula para determinar quando a prestação cumprida é considerada substancial ao contrato, cabendo ao magistrado sua definição no caso concreto. Ainda assim, uma vez que o entendimento quanto a substancialidade do adimplemento não é definitivo, visto a inexistência de previsão normativa expressa a esse respeito, é inevitável o surgimento de divergências envolvendo a questão.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 2006, decidiu na apelação cível nº 1.0024.01.080450-8/001 que, havendo o devedor cumprido mais de 50% das prestações, já seria possível aplicar os efeitos da teoria do adimplemento substancial.

Este entendimento é reforçado por Bussatta (2008, p.121) em seu livro Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial, onde defende que o adimplemento substancial seja considerado quando o pagamento de mais da metade das prestações tenha ocorrido.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, em sua jurisprudência, já considerou aplicar a teoria do adimplemento substancial em pagamentos que variavam de 80% à 95% do total das prestações (REsp 1051270/RS).

Tais divergências jurisprudenciais geram, sem dúvida, uma incerteza jurídica sobre o tema. A elaboração de súmulas sobre o assunto pelos Tribunais Superiores é uma alternativa definitiva para se criar um critério justo e unificado,

evitando a instabilidade jurídica gerada pela subjetividade de critérios utilizados pelos magistrados.

No entanto, apesar desta incerteza, a teoria do adimplemento substancial estabelece por seu próprio sentido literal uma barreira semântica. Independentemente da quantidade adimplida, é indiscutível que ela deverá ser superior a 50% do total das prestações, visto que abaixo disto o fator da substancialidade não estaria presente.

Um outro ponto importante que não deve ser confundido é quanto a relação entre a teoria e o direito de purgação da mora em contratos de venda financiada. Alguns argumentam equivocadamente que, segundo a interpretação da Súmula 284 do STJ, a teoria do adimplemento substancial poderia ser aplicada a casos a partir de 40% da prestação adimplida.

A súmula 284 do STJ, direcionada à venda financiada, estabelece o seguinte: “Alienação fiduciária. Purgação da mora. Possibilidade somente após o pagamento de 40%.” Neste tipo de venda, quando existem prestações atrasadas, a súmula supracitada determina que só é permitida a exclusão dos juros de mora quando pelo menos 40% do valor financiado já tiver sido adimplido.

Contudo, tal entendimento sumulado não se relaciona com a teoria do adimplemento substancial, uma vez que a aplicação da Súmula se limita apenas para casos de venda financiada, onde existe a possibilidade de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

#### **4 OBRIGAÇÃO LEGAL DE ALIMENTOS**

A obrigação alimentar decorre do dever legal de prestar tudo aquilo que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida (GOMES, 1968, p 323). O conceito de alimentos para o ordenamento jurídico não abrange apenas o

fornecimento de comida, mas também sustento, habitação, roupa, tratamento de doença, entre outras necessidades básicas para a subsistência do ser humano.

Tais necessidades estão expressamente previstas no Código Civil de 2002, ao dispõe sobre as obrigações decorrentes da prestação do legado de alimentos: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor” (Art. 1920, Código Civil, 2002).

A obrigação alimentícia envolve não apenas uma imposição legal, mas também o dever moral de assistência ao próximo, assim como descreve Robert Beudant:

[...] esse dever não é, em princípio, senão um dever de consciência; existe, porém, um minimum que é convertido por lei em dever civil, por cuja execução o direito vela, e isso representa precisamente a obrigação alimentar; tem esta seu fundamento na necessidade de proteção do adulto em razão de circunstâncias excepcionais, que transformam o dever moral de assistência em obrigação jurídica de alimentos. (apud, CAHALI, 2012, p. 30)

O dever de assistência para aquele que se encontra necessitado, sendo este mera imposição moral de solidariedade ao próximo, gradativamente se transformou em obrigação jurídica por decorrência direta da lei (CAHALI, 2012, p. 30).

A necessidade de obrigar a prestação alimentícia demonstra a devida importância e indisponibilidade deste direito, sendo este previsto no art. 1694 do Código civil de 2002, que dispõe:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1o Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2o Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

O referido artigo introduz duas modalidades quanto à natureza da prestação alimentícia: alimentos civis ou *côngruos* e alimentos estritamente necessários (CAHALI, 2012, p. 37).

Os alimentos civis correspondem a proporção das necessidades do reclamante para viver de forma compatível com sua condição social, sempre respeitando a capacidade econômica do obrigado, ou seja, adota como critério de fixação o binômio necessidade-possibilidade. Já os alimentos estritamente necessários envolvem apenas o indispensável para a subsistência do indivíduo.

Outra classificação doutrinária para a obrigação alimentícia é quanto à causa jurídica. Nela, se inserem duas modalidades: voluntários ou jurídicos (CAHALI, 2012, p. 20).

Voluntários, assim como o nome presume, se constituem em decorrência de uma declaração de vontade, *inter vivos* ou *mortis causa*. Estes podem ser obrigacionais, prometidos ou deixados, e prestam-se em razão de contrato de disposição de vontade (CAHALI, 2012, p. 20).

Os jurídicos, por sua vez, são aqueles que são devidos por direito de sangue, por decorrência de vínculo de parentesco ou relação de natureza familiar, ou em virtude de matrimônio (CAHALI, 2012, p. 20).

Veremos, no capítulo seguinte, as consequências de um eventual inadimplemento da obrigação alimentar através do processo de execução de alimentos.

## **5 DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS**

O processo de execução alimentar muito se assimila à execução para pagamento de quantia, distinguindo-se apenas em razão de certas regras especiais inexistentes no modelo comum previsto no Código de Processo Civil

(ABELHA, 2016, p. 423). A previsão destas regras se encontram no art. 5º, LXVII, da Constituição de 1988 e nos arts. 528 e 911 e seguintes do CPC.

Tratando-se de título executivo judicial, o Código de Processo Civil disponibiliza o cumprimento de sentença provisório ou definitivo, bem como o processo de execução quando se tratar de alimentos previstos em título executivo extrajudicial (ABELHA, 2016, p. 424).

Na maioria das vezes, os alimentos são devidos em razão de um vínculo familiar ou decorrente de indenização. Nas hipóteses envolvendo as relações familiares, os alimentos são exigidos partindo da premissa da existência do reconhecimento da relação de direito material, vide exemplo o casamento. Há também a possibilidade de serem exigidos em razão do reconhecimento da relação em juízo, hipótese onde é igualmente devida a tutela alimentícia.

Uma das principais técnicas previstas em nossa legislação para a execução alimentar é a coerção pela prisão civil do executado. Trata-se de verdadeira exceção à regra de que o patrimônio é a garantia geral das obrigações contraídas pelo devedor (ABELHA, 2016, p. 429). A própria Carta Magna dispõe sobre esta possibilidade em seu art. 5º LXVII, que transcreve:

Art. 5º. [...] LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; (art. 5º, LXVII, CF/88)

Vale ressaltar que o aludido dispositivo constitucional teve forte influência do Pacto de San José da Costa Rica, que estabelece em seu artigo 7º, 7, sobre a prisão por dívida alimentícia, dispondo: “Ninguém será detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Tal previsão demonstra a relevância atribuída ao tema pelo nosso legislador, que não se absteve de dispor tal norma em nossa carta constitucional, assim como assinala Marcelo Abelha: “é de clara a vontade do legislador constituinte de tratar a prisão civil por dívida como algo excepcional, no exato sentido que invoca a

necessidade de que o descumprimento da prestação alimentícia seja voluntário e inescusável.” (ABELHA, 2016, p. 429)

O único impedimento para a prisão civil pelo débito alimentar é em relação às obrigações fundadas em título extrajudicial, com exceção daquelas em que houve reconhecimento perante um órgão público, como a defensoria pública ou o ministério público, e seja derivada de uma relação de família. Ou seja, não se aplica a prisão civil para os casos em que a obrigação alimentar não deriva de vínculo familiar (ABELHA, 2016, p. 430).

Em relação ao decreto de prisão, este encontra previsão no art. 528, §3º, do CPC, que dispõe:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

Uma análise do aludido dispositivo revela que basta a provocação do magistrado para a tutela satisfativa dos alimentos para que o decreto de prisão seja viabilizado. É possível, portanto, que o juiz decrete a prisão até mesmo de ofício, desde que preenchidas as condições do referido artigo.

O pedido de prisão expresso não é necessário para que esta de fato aconteça. A razão para isso está ligada aos fundamentos da obrigação alimentar, visto que a mesma envolve um direito fundamental relacionado à existência da própria pessoa. A gravidade da inadimplência nesta situação é fator relevante que permite a coerção por escolha do magistrado.

Diante da grave consequência decorrente do inadimplemento da obrigação alimentar, faz-se necessário analisar se a aplicação da teoria do adimplemento

substancial, que se origina do direito contratual, seria uma alternativa viável para evitar a prisão civil.

## **6 APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS**

Assim como averiguado, a teoria do adimplemento substancial carece de qualquer previsão expressa na legislação brasileira, inexistindo, conseqüentemente, qualquer restrição legal para sua incidência. Neste sentido, bastaria a presença dos critérios quantitativos e qualitativos para ser possível a aplicação da teoria em uma obrigação.

Diante de todas as obrigações que podem preencher tais requisitos, está a obrigação alimentar. Nela, o aspecto quantitativo é constatado ao analisar o pagamento de prestações alimentares. Já o aspecto qualitativo pode ser averiguado na incidência da boa-fé objetiva ao longo da obrigação.

Existe, no entanto, divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto a possibilidade da aplicação da teoria nas obrigações alimentares, mais especificamente na execução de alimentos. A principal razão para o dissenso ocorre em razão da relevância e abrangência da obrigação alimentar, o que, segundo parte da doutrina, impossibilitaria a incidência da teoria.

Um julgado recente do STJ trouxe à tona esta questão. Em 2018, o ministro do Luis Felipe Salomão foi relator de um *habeas corpus* que pleiteava pela aplicação da teoria do adimplemento substancial a fim de evitar uma eventual execução de alimentos e, conseqüentemente, a prisão civil.

No caso em tela, o executado devia o pagamento de pensão alimentícia no importe de R\$ 4.065,07, sendo este valor referente às parcelas de abril de 2016 a abril de 2017. Após o cumprimento do mandado de prisão, o executado juntou

aos autos comprovantes que registravam o pagamento de R\$ 3.463,00, restando o montante de R\$ 1.410,06 para o total adimplemento.

Por conseguinte, o executado impetrou um *habeas corpus* argumentando que o valor restante que estava sendo cobrado se referia às custas e honorários advocatícios, além de que o julgado de seu agravo não estaria devidamente fundamentado.

Na decisão, o ministro concluiu que não seria possível acolher as alegações do impetrante, visto que demandariam dilação probatória, o que impossibilitaria sua análise por via de *habeas corpus*.

Todavia, em sequência, o magistrado declarou ter identificado a comprovação do adimplemento substancial do débito alimentar: “No entanto, há nos autos, a meu juízo, fato relevante que autoriza a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*, notadamente a existência de adimplemento substancial do débito alimentar.” (STJ – HC: 439973 MG 2018/0053668-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 16/08/2018, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe)

O ministro argumentou que, antes de qualquer deliberação, era necessário discutir a possibilidade da aplicação da teoria no âmbito da dívida de alimentos, visto que o débito de natureza alimentar é distinto, uma vez que seu reconhecimento está previsto na constituição:

[...] Portanto, como consequência da especialidade e relevância conferida aos alimentos, o ordenamento jurídico estabeleceu modalidade diferenciada de execução ao crédito derivado da obrigação de prestá-los, com possibilidade de atos de coação pessoal do devedor inadimplente, com fundamento na própria Carta da República: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel" (art. 5º, LXVII). (STJ – HC: 439973 MG 2018/0053668-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 16/03/2018)

Argumentou também que, em consequência da especialidade e relevância dos alimentos, o ordenamento jurídico estabeleceu uma modalidade diferenciada de execução ao crédito, com a possibilidade de coação do devedor inadimplente:

[...] Assim, no tocante especificamente ao inadimplemento da obrigação alimentícia, somente haverá falar em prisão civil quando for decorrente de conduta "voluntária e inescusável" do devedor, restringindo-se ainda mais o campo da medida extrema e excepcional de coerção pessoal, em ultima ratio, sendo empregada apenas em casos de derradeira contumácia e obstinação do devedor que, embora possua condições para saldar a dívida, se vale de todos os meios para protelar o seu pagamento. (STJ – HC: 439973 MG 2018/0053668-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 16/03/2018)

O principal ponto de discussão levantado pelo ministro foi quanto a possibilidade de averiguar a incidência da boa-fé objetiva na obrigação alimentar, visto ser um requisito necessário para aplicar a teoria:

[...] A premissa lógica para o reconhecimento da teoria é, por óbvio, que o devedor de alimentos esteja agindo de boa-fé, pois que "para a caracterização do adimplemento substancial levam-se em conta tanto aspectos quantitativos quanto qualitativos" (En 586 das Jornadas de Direito Civil). Ademais, por se tratar de verba alimentar, cujo adimplemento se relaciona à sobrevivência do alimentando, tal reconhecimento deverá ser tomado com um cuidado ainda maior, não podendo haver prejuízo à subsistência ou à manutenção do alimentante. (STJ – HC: 439973 MG 2018/0053668-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 16/03/2018)

Segundo seu entendimento, a boa-fé objetiva poderia ser verificada e comprovada através da análise de todo o contexto da obrigação, em especial o motivo que gerou o inadimplemento. Não se verifica a boa-fé objetiva, por exemplo, em um caso onde o devedor deixou de prestar a obrigação alimentar apenas por mera vontade, sem nenhum impedimento relevante.

Por fim, o relator concede o *habeas corpus*, concluindo que o remédio constitucional seria possível no caso concreto, tendo em vista a presença dos requisitos necessários para a aplicação da teoria:

[...] Portanto, constatando-se, no presente caso, o adimplemento substancial do débito - quitação de 95% da dívida -, somado ao fato, devidamente comprovado, da incessante busca do executado para o adimplemento integral da dívida, demonstrando boa-fé, concluo, no caso em apreço, pela desnecessidade da coação civil extrema, porquanto não consubstanciado o necessário risco alimentar do credor, elemento

indissociável da prisão civil. Com efeito, o valor tão ínfimo que sobejou da execução alimentar poderá ser cobrado por outros meios menos gravosos ao devedor. 8. Ante o exposto, concedo, de ofício, a ordem de habeas corpus. (STJ – HC: 439973 MG 2018/0053668-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 16/03/2018)

Embora o ministro relator tenha firmado o aludido entendimento em seu voto, este foi vencido pela maioria da 4ª Turma do STJ, que considerou inviável aplicar a teoria em relações em vínculos jurídicos familiares. Um dos argumentos defendidos foi em relação da presença de mecanismos jurídicos dos quais o devedor poderia justificar o eventual inadimplemento da obrigação. Segue abaixo a ementa da decisão:

HABEAS CORPUS. DIREITO DE FAMÍLIA. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. NÃO INCIDÊNCIA. DÉBITO ALIMENTAR INCONTROVERSO. SÚMULA N. 309/STJ. PRISÃO CIVIL. LEGITIMIDADE. PAGAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. IRRELEVÂNCIA DO DÉBITO. EXAME NA VIA ESTREITA DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Teoria do Adimplemento Substancial, de aplicação estrita no âmbito do direito contratual, somente nas hipóteses em que a parcela inadimplida revela-se de escassa importância, não tem incidência nos vínculos jurídicos familiares, revelando-se inadequada para solver controvérsias relacionadas a obrigações de natureza alimentar.

2. O pagamento parcial da obrigação alimentar não afasta a possibilidade da prisão civil. Precedentes.

3. O sistema jurídico tem mecanismos por meio dos quais o devedor pode justificar o eventual inadimplemento parcial da obrigação (CPC/2015, art. 528) e, outrossim, pleitear a revisão do valor da prestação alimentar (L. 5.478/1968, art. 15; CC/2002, art. 1.699).

4. A ação de Habeas Corpus não é a seara adequada para aferir a relevância do débito alimentar parcialmente adimplido, o que só pode ser realizado a partir de uma profunda incursão em elementos de prova, ou ainda demandando dilação probatória, procedimentos incompatíveis com a via estreita do remédio constitucional. 5. Ordem denegada. (STJ – HC: 439973 MG 2018/0053668-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 16/08/2018, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe)

O julgamento em questão demonstra que o entendimento sobre o tema ainda não foi consolidado, existindo ainda fortes divergências que ensejam uma análise aprofundada dos argumentos levantados.

Em primeiro lugar, devemos considerar que o devedor em nenhum momento procurou aplicar a teoria do adimplemento substancial, visto que não houve qualquer pedido ou mesmo argumento sobre a questão da sua parte. Neste

caso, a ideia de incidir a teoria partiu do próprio Ministro relator, que tentou em conceder o *habeas corpus* por considerar estarem presentes os critérios quantitativos e qualitativos, exemplificando, por sua vez, o empecilho da subjetividade do julgador na análise de um instituto que ainda não se encontra positivado legalmente

Ainda assim, o entendimento do Relator foi confrontado com o voto-vista do Ministro Antônio Carlos Ferreira que, dentre os principais argumentos, defendeu que diante da relevância da obrigação alimentar, que envolve um bem jurídico indisponível, a aplicação da teoria seria inviável. Este é, inegavelmente, um ponto de vista válido.

A própria Constituição Federal, que dispõe os princípios e direitos fundamentais da mais alta hierarquia do ordenamento brasileiro, foi imperiosa ao excepcionar, em seu art. 5º, LXVII, a regra geral que veda a prisão civil por dívida no caso da obrigação alimentar. Tal fato evidencia ponderação pelo constituinte originário entre o cerceamento da liberdade individual e o direito fundamental do alimentando.

Seguindo essa linha de raciocínio, a importância da obrigação alimentar afastaria a possibilidade de aplicar a teoria do adimplemento substancial, visto que, na hipótese de uma obrigação contratual, o inadimplemento ensejaria apenas a resolução do contrato, enquanto na obrigação alimentar o inadimplemento pode nas mais graves hipóteses resultar na prisão civil.

Ademais, o Ministro Antônio Carlos Ferreira também argumenta que, na possibilidade de se considerar a aplicação da teoria, deve-se analisar cuidadosamente o critério quantitativo e, principalmente, o critério qualitativo. Muitos magistrados, inclusive, consideram o critério quantitativo sendo o de menor relevância, como aponta Bárbara Gomes Navas:

Observa-se, ainda, que predomina nos julgados a análise meramente quantitativa da parte inadimplida, principalmente através de percentual, sendo raros os acórdãos que abordam a significância do montante inadimplido em termos absolutos, o que entendemos correto. A ressalva

que se faz, nesse ponto, é que o critério quantitativo é o menos relevante e significativo. (NAVAS, 2017)

Nesta seara, inviável é a análise do critério qualitativo sem o profundo exame do caso concreto através da incursão dos elementos de prova ou dilação probatória, o que não é possível fazer por meio de *habeas corpus*. Tal impedimento, no entanto, não impossibilita que a teoria do adimplemento substancial seja pleiteada através de outra via processual.

O próprio art. 528 do Código de Processo Civil de 2015 possui previsão expressa que abre possibilidade para o devedor justificar a impossibilidade no cumprimento das prestações:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

Vale ressaltar que em 2018 a 3ª Turma do STJ julgou *habeas corpus* de teor semelhante. Na ocasião, o pedido foi concedido em razão da idade das partes, porém o critério quantitativo foi um dos fatores determinantes:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO POR DÍVIDA DE ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. QUESTÃO NÃO EXAMINÁVEL EM HABEAS CORPUS. PAGAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA. RELEVÂNCIA NA HIPÓTESE E NO CONTEXTO FÁTICO. CREDORA MAIOR E COM ATIVIDADE PROFISSIONAL REMUNERADA. DEVEDOR IDOSO E COM RESTRIÇÕES SEVERAS DE SAÚDE. PONDERAÇÃO DE VALORES. MÁXIMA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL, MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

1- O propósito recursal é definir se deve ser suspenso o decreto prisional do devedor diante das alegações de inobservância do binômio necessidade/possibilidade, existência de depósito ou de constrição de parcela considerável da dívida, de que a credora atingiu a maioridade e passou a exercer atividade profissional remunerada e de que o devedor é idoso e portador de doenças incompatíveis com a reclusão em estabelecimento carcerário.

2- A inobservância do binômio necessidade/possibilidade na fixação, revisão ou exoneração de alimentos é matéria incognoscível na estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

3- A disponibilização ao credor, de forma voluntária ou mediante constrição judicial de valores, de parcela significativa da dívida, embora insuficiente, por si só, para impedir o decreto prisional, pode ser levada em consideração na formação do convencimento judicial em conjunto com outros elementos eventualmente existentes.

4- Na hipótese, o fato de a credora ter atingido a maioria civil e exercer atividade profissional, bem como o fato de o devedor ser idoso e possuir problemas de saúde incompatíveis com o recolhimento em estabelecimento carcerário, recomenda que o restante da dívida seja executado sem a possibilidade de uso da prisão civil como técnica coercitiva, em virtude da indispensável ponderação entre a efetividade da tutela e a menor onerosidade da execução, somada à dignidade da pessoa humana sob a ótica da Documento: 86611985 - VOTO VENCIDO - Site certificado Página 14 de 17 Superior Tribunal de Justiça credora e também do devedor. 5- Recurso em habeas corpus conhecido e provido. (RHC 91.642/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 09/03/2018)

Logo, a principal discussão se faz diante da possibilidade ou não da aplicação da teoria em razão da matéria em que ela está relacionada. De fato, a teoria do adimplemento substancial consiste em um sistema que deriva do direito contratual, sendo sua aplicação além dessa esfera feita através de analogia.

Ou seja, trata da aplicação de instituto que ainda está a ser descortinado em seus critérios e âmbito de aplicação no direito contratual e que se pretende poder ser usado para débitos de natureza distinta: não contratuais.

Nesse sentido, para sua aplicação, deve-se averiguar se o caso concreto possui fatores que se assemelham a um caso de inadimplemento contratual. Principalmente, deve-se observar se é possível auferir os critérios quantitativos e qualitativos da obrigação. No caso da dívida alimentar, onde os requisitos são possíveis de serem analisados, o que se difere principalmente da obrigação contratual é sua consequência, sendo esta a prisão civil.

Nessa perspectiva, o que se busca diante da aplicação da teoria na situação de dívida alimentar não é evitar a resolução contratual, até porque muitas das vezes a obrigação nasce por determinação legal, mas sim evitar que o devedor seja preso em razão de parcela ínfima da obrigação, mesmo estando de boa-fé, ou seja, mesmo possuindo motivo justificável para sua inadimplência. Sobre esta questão, destaca Rafael Calmon:

O que deve ficar claro é que a teoria em questão jamais poderia ser aplicada com efeitos liberatórios da obrigação em si, mas apenas impeditivos de alguns dos efeitos do inadimplemento - no caso, a decretação da prisão civil (CC, arts. 389 e 475) -, o que significa que o alimentante continuará devendo a quantia remanescente ao

alimentando, inclusive sob ameaça de constrição patrimonial, mas não de coerção pessoal. E nem seria de se estranhar, já que, examinada de perto, tal teoria revela ter por propósito exatamente impedir o exercício abusivo de um direito titulado pelo credor, em face de um mínimo descumprimento da obrigação pelo devedor, quando existirem meios intermediários e mais adequados à solução do impasse. (CALMON, 2018)

Assim como levantado, a incidência da teoria na execução de alimentos tem como objetivo principal evitar a decretação da prisão civil, sendo que a dívida proveniente da obrigação não será extinguida, podendo ser exigida através de outras vias que atinjam unicamente o patrimônio do devedor, como a penhora.

Ao analisar o tema, é necessário considerar a excessiva onerosidade gerada pelo processo de execução ao devedor dos alimentos. Por um lado, é indiscutível o fato de que a obrigação alimentar envolve um bem jurídico indisponível, estritamente ligado à subsistência do alimentando.

Em contrapartida, não é justo que o devedor inadimplente, que buscou de todas as formas cumprir a obrigação, mas sofreu algum impedimento justificável, seja aprisionado em decorrência desse motivo. Seria o caso de um devedor que, por exemplo, fica desempregado e não consegue priorizar o débito alimentar.

Muitos autores, inclusive, consideram que a recepção da teoria do adimplemento substancial na execução de alimentos está em consoante acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, como expõe Andeirson da Matta Barbosa:

Assim como no direito contratual a aplicação da referida teoria tem por desiderato impedir a resolução do contrato, na execução de alimentos obstar-se-ia a imposição desarrazoada da prisão civil do executado e o prolongamento do processo por dívida ínfima em prejuízo à razoável duração do processo e à dignidade da justiça. (BARBOSA, 2013)

Logo, é evidente que a aplicação da teoria na obrigação alimentar, muito embora enfrentada com resistência por parte da jurisprudência, está, aos poucos, sendo considerada válida em razão de seu forte sustento em diversos princípios basilares do Direito.

A forte tendência de aceitação da teoria em julgados recentes demonstra a preocupação dos magistrados em analisar cuidadosamente os elementos de cada caso concreto antes de proferir a decisão. Essa análise se faz ainda mais necessária quando consideramos que o julgamento pode levar um indivíduo à prisão, como acontece no processo de execução de alimentos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente aceitação da teoria do adimplemento substancial em diversos julgados levanta a dúvida sobre a possibilidade de sua aplicação em processos que extrapolam o direito contratual. No âmbito alimentar, existe uma forte tendência em importar o uso da teoria no processo de execução de alimentos, sendo um dos fatores a compatibilidade com os critérios quantitativos e qualitativos, sendo esses previstos no enunciado nº 586 da VII Jornada de Direito Civil.

Recentemente, tal discussão foi levada à tona em recente julgamento da 4ª Turma do STJ, onde divergiram os Ministros Luis Felipe Salomão e Antônio Carlos Ferreira. O Ministro Salomão, que era o relator, defendeu a aplicação da teoria do adimplemento substancial em um *habeas corpus*, visando evitar a prisão civil por dívida alimentar. O Ministro Ferreira, por sua vez, divergiu do relator, argumentando principalmente que a matéria impossibilitava a aplicação da teoria, sendo este o voto vencedor.

O entendimento da 4ª Turma demonstra um evidente dissenso sobre o tema entre os ministros, o que, por consequência, reflete nos demais magistrados e doutrinadores do país. Não existindo lei expressa para permitir ou proibir a incidência da teoria em situações específicas, resta, portanto, optar pela via hermenêutica, sendo esta uma alternativa inconsistente e suscetível a mudanças.

Por sua vez, a aplicação da teoria na execução de alimentos se mostra plausível ao considerar as semelhanças presentes entre as obrigações contratuais e alimentares. Em ambos os casos, é possível averiguar o teor substancial das prestações, bem como constatar se no caso concreto o devedor agiu de boa-fé.

Dessa forma, a utilização da teoria na execução de obrigação alimentar abre espaço para decisões mais justas, razoáveis, coerentes e de pleno acordo com os basilares princípios que regem as relações obrigacionais. Sua aplicação,

portanto, não deve ser descartada por nossos magistrados, caso contrário fecharão as portas para soluções que evitariam a excessiva onerosidade gerada processo de execução de alimentos.

## REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

ALBUQUERQUE, Anderson Ayres Bello de. **A função social do contrato**. Brasil. 2017. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/55671/a-funcao-social-do-contrato> > Acesso em: 10 de novembro de 2019.

ANDRADE, Gilberto. **O Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos – Aplicações Prática**. Brasil. 2014. Disponível em < <https://gilbertoandrad.jusbrasil.com.br/artigos/152372667/o-principio-da-conservacao-dos-negocios-juridicos-aplicacoes-praticas> > Acesso em: 14 de abril de 2018.

ANDRADE, Valdeciliana da Silva Ramos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais – nº 8**. Faculdade de Direito de Vitória. Vitória. 2010.

BARBOSA, Andeirson da Matta. **A Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial e da Teoria dos Jogos no Cumprimento de Obrigação Alimentar**. SSN 1809-8487. v. 15. n. 26. 2016.

BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro em perspectiva comparativista**. Revista da faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, n. 1, v. 9, nov. 1993.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de jan de 2002.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. lei nº 8.078, de 11 de set de 1990.

BRASIL. **Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007

BRASIL. **Medida Provisória nº 881**, 30 de abril de 2019

BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 7, ed. Ver. E atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CALMON, Rafael. **A prisão civil em perspectiva comparatista: e o que podemos aprender com isso**. Revista Ibdfam: família e sucessões. nº 27. Belo Horizonte: IBDFAM. 2018.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais – nº 3**. Faculdade de Direito de Vitória. Vitória. 2008.

EHRHARDT, Marcos. **Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-Fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodoldo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos Teoria Geral**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. n. 206. Rio de Janeiro: Forense. 1968.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. volume 3: contratos e atos unilaterais 9. Ed. Pg. 24— São Paulo: Saraiva, 2012.

MASINI, Elsie F.S. **O enfoque fenomenológico de pesquisa na educação**. In: FAZENDA, Ivani(org) Metodologia da pesquisa educacional. São Paulo: Cortez, 1982.

NAVAS, Bárbara Gomes. **O abuso do direito de resolver: análise da teoria do adimplemento substancial no direito brasileiro**. Revista de direito civil contemporâneo. v. 11. p. 79-102. 2017

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**. Brasil: Saraiva, 2007.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

STJ. Quarta Turma – Recurso Especial: 1051270/RS - Rel. Min. Luis Felipe Salomão - Julg. de 04.08.2011 - DJ de 05.09.2011 - Portal do STJ/Jurisprudência.

STJ. HC: 439973 MG 2018/0053668-7, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 16/08/2018, T4 – quarta turma, Data de Publicação: DJe.

STJ. Recurso Especial: 293.722.São Paulo. Rel.: Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi – DJ: 26 de mar de 2001. DP: 25 de maio de 2001. Jurisprudência Brasileira 193/000071

STJ. Recurso Especial: REsp 76.362/MT. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior. DJ: 11 de dez de 1995. DP: 1 de abril de 1996. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100810/Julgado\\_1.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100810/Julgado_1.pdf)> Acesso em: 05 de maio de 2018

STJ. RHC 91.642/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, terceira turma, julgado em 06/03/2018, DJe 09/03/2018.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil: questões controvertidas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TJ-ES. APL: 00304064620138080035. QUARTA CÂMARA CÍVEL. Relator: ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA. DJ: 14 de ago de 2017. DP: 23 de ago de 2017.