

**CLAUDIA ADRIELE SARTURI**

**PRISÃO CIVIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA  
HUMANA**

**CURITIBA**

**2004**

**CLAUDIA ADRIELE SARTURI**

**PRISÃO CIVIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA  
HUMANA**

**Monografia apresentada como requisito  
parcial para obtenção do título de  
Bacharel no Programa de Graduação  
em Direito junto à Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Paraná –  
UFPR.**

**Orientador: Prof. José Antônio Peres  
Gediel**

**CURITIBA**

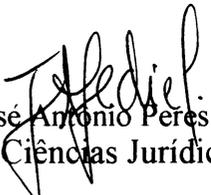
**2004**

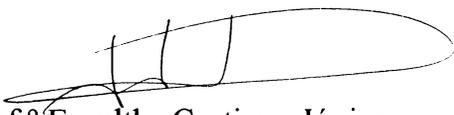
## **TERMO DE APROVAÇÃO**

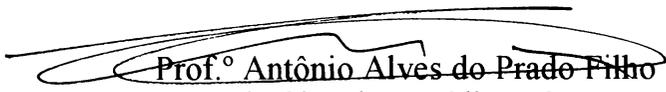
**CLAUDIA ADRIELE SARTURI**

### **PRISÃO CIVIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação em Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:   
Prof.º José Antônio Peres Gediel  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

  
Prof.º Eroulths Cortiano Júnior  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

  
Prof.º Antônio Alves do Prado Filho  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 20 de outubro de 2004.

## RESUMO

Propõe-se a monografia uma problematização da prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentar e do depositário infiel à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da mudança de paradigmas do Direito Civil brasileiro. Do ponto de vista metodológico, primeiramente, busca-se uma reflexão sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e o Estado Democrático de Direito, num leque que vai da Constitucionalização do Direito Civil ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Em um segundo momento, busca-se analisar a prisão civil por dívida no ordenamento jurídico brasileiro, assentada em torno de uma principiologia constitucional nucleada na dignidade da pessoa humana. Busca-se uma recuperação histórica da prisão civil nas civilizações modernas e nas constituições brasileiras para, posteriormente, problematizar-se o instituto e analisar os casos que a atual Constituição permite, ou seja, prisão civil por dívida alimentar e do depositário infiel. Confere, propositadamente, exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, enaltecendo, com isso, o papel dos tribunais, ao lado de uma apreciação crítica da direção atribuída em acórdãos. Delimita, assim, seu espaço epistemológico no sistema jurídico brasileiro, para, ao final, reconhecer caminhos e alternativas propostos pela doutrina.

*“ À minha família, pela compreensão, carinho e paciência nos momentos difíceis ao longo da faculdade e deste trabalho, e ao meu namorado Sandro, que sempre esteve ao meu lado me auxiliando.”*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>PARTE I – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO I – CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....</b>	<b>6</b>
SEÇÃO I – NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS.....	10
1.1 Distinção.....	10
1.2 Princípios fundamentais.....	12
SEÇÃO II – DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	12
2.1 Direitos fundamentais, Constitucionalismo e Estado Democrático de Direito.....	14
2.2 Natureza jurídica e eficácia das normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais.....	18
2.3 Relatividade dos direitos humanos fundamentais.....	20
2.4 Princípio da Dignidade da pessoa humana.....	20
<b>CAPÍTULO II – DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>24</b>
SEÇÃO I – DIREITOS HUMANOS E TRATADOS INTERNACIONAIS.....	24
SEÇÃO II – PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA .....	30
<b>PARTE II – PESSOA, DIGNIDADE E A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>32</b>
<b>CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA.....</b>	<b>33</b>
SEÇÃO I – CIVILIZAÇÕES ANTIGAS.....	33
1. Civilizações orientais.....	33
1.1 Babilônia – Código de Hamurabi.....	33
1.2 Código de Manu.....	34
1.3 Egito.....	35
1.4 Hebreus.....	35
1.5 Direito Romano.....	37
SEÇÃO II – CIVILIZAÇÕES MODERNAS.....	39
1. Direito Francês.....	39
2. Direito Italiano.....	40
3. Direito Inglês.....	41
<b>CAPÍTULO II – INSTITUTO DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>41</b>
SEÇÃO I – CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	42
SEÇÃO II – PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NA HISTÓRIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	43

SEÇÃO III – PROBLEMATIZAÇÃO DO INSTITUTO DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA.....	45
SEÇÃO IV – ALIMENTOS.....	46
4.1 Conceito e função do dever alimentar.....	47
4.2 Espécies de dever alimentar.....	48
4.3 Fundamentos e pressupostos essenciais do dever alimentar.....	48
4.4 Natureza jurídica e caracteres do dever alimentar.....	50
4.5 Execução de alimentos e prisão civil do devedor.....	51
SEÇÃO V – DEPÓSITO.....	51
5.1 Conceito de depósito.....	51
5.2 Prisão civil do depositário infiel.....	53
5.2.1 Ação de depósito.....	53
5.2.2 Prisão civil.....	54
5.3 Depositário infiel na alienação fiduciária.....	55
SEÇÃO VI – APONTAMENTOS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A FUNÇÃO DO JUDICIÁRIO NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.....	55
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>67</b>

## O INTRODUÇÃO

A monografia sustenta a necessidade de problematizar a prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Pretende-se, em linhas gerais, apresentar pesquisa que reflita acerca do instituto da prisão civil em face da nova ordem constitucional assentada nos Direitos Humanos.

A partir do ordenamento jurídico nacional, dos tratados internacionais e da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal busca-se tematizar a questão posta e não ceder à tentação simplista de fornecer uma análise meramente conceitual sobre a prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos.

O texto constitucional em seu artigo 5º, inciso LXVII dispõe: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.” Procurar-se-á analisar essa exceção em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual deve nortear todos os atos dos juristas, do Estado e dos cidadãos em geral, por ser princípio informador de todo o ordenamento jurídico, posto no artigo 1º da Carta Magna com a finalidade de orientar a interpretação e aplicação de todos os demais dispositivos constitucionais e infra-constitucionais.

O núcleo da presente pesquisa está centrado na idéia hierárquica axiológico-normativa do princípio constitucional da dignidade humana o qual se sobrepõe a regra constitucional que permite, como exceção, a prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos.

De acordo com Rosana FACHIN,

Afigura-se razoável, diante da mudança de paradigmas do Direito Privado contemporâneo, colocar em debate a hipótese autorizativa de prisão civil. Preciso é o teor da norma constitucional, a ser analisada em atenção ao fundamental direito de liberdade do cidadão

(conforme assegurado pelo *caput* do artigo 5º consoante), e em face dos princípios alicerçados no artigo 1º da Carta da República que tem como fundamento no inciso III, a *dignidade da pessoa humana* e no inciso IV *os valores sociais do trabalho*.<sup>1</sup>

Para tanto, pretende-se, primeiramente, realizar um diálogo entre o Direito Público e o Direito Privado, mais precisamente entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, pois, sem dúvida, passamos por um período em que os Direitos Humanos se sobrepõem aos valores patrimonialistas típicos do século XIX, os quais influenciaram as codificações civis de 1916 e, infelizmente, foram ‘recompilados’ no ‘novo-velho’ Código Civil de 2002.

A investigação teórica que se propõe passa, sem dúvida, pelo paradigma da *repersonalização do Direito Civil* o qual deve ser analisado para que se possa ter uma noção mais ampla sobre a direção que aqui se toma. A prisão civil por dívida alimentar e do depositário infiel pode e deve ser confrontado com o sentido e os valores contidos na Magna Carta de 1988. A idolatria do consumo e do lucro, bem como dos interesses meramente patrimoniais, via de regra, remete para segundo plano os interesses existenciais da pessoa humana, sendo o homem a própria causa das relações econômicas.<sup>2</sup> Assim, necessitamos de uma análise principiológica da Constituição para que a pessoa, em si mesma, seja tutelada e haja um equilíbrio dos interesses em uma ordem globalizada. “A crença é antes no homem e na força daqueles que buscam conduzir o Direito em verdadeiro respeito aos valores constitucionais e que, em contrapartida, não se deixem levar por interesses meramente egoísticos.”

Serão analisados acórdãos e autores considerados relevantes para o estudo

---

<sup>1</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Vertentes Contemporâneas do Dever Alimentar:** baldrame para a construção de um novo Direito de Família. Curitiba. 2003, 151 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, f. 2.

<sup>2</sup> CASTRO, Carlos Alberto Farracha de.; NALIN, Paulo. Economia, Mercado e dignidade humana. *In:* BARBOZA, Heloisa Helena; FACHIN, Luiz Edson; *et al.* **Diálogos sobre Direito Civil:** Construindo a Racionalidade Contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 102.

que se propõe. Nesta monografia, não se objetiva analisar o instituto da prisão civil minuciosamente, em suas particularidades, mas uma análise ampla, geral, interdisciplinar, propondo-se um diálogo com os princípios constitucionais que orientam a atividade do interprete e aplicador do Direito.

Em momento algum busca-se defender a irresponsabilidade do depositário infiel e do devedor de alimentos, mas a necessidade de mitigação do instrumento em face do ‘princípio da dignidade da pessoa humana’, o qual não deve ser aplicado sem ponderações, de acordo com os princípios constitucionais e a análise do caso concreto.

“No plano da hermenêutica, diante da nova ordem constitucional, há que se interpretar o dispositivo do artigo 5º inciso LXVII, em face dos princípios fundantes da Constituição e dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, os quais reduzem a abrangência da prisão por dívida e enaltecem a dignidade da pessoa.”<sup>3</sup>

Numa primeira parte, tratar-se-á dos conceitos relativos ao princípio da dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, pois tendo a Constituição Federal de 1988 restaurado a democracia visando assegurar as garantias individuais do cidadão, torna-se necessário analisar-se a prisão civil sob a ótica personalista-constitucional.

Na segunda parte, adentrar-se-á na análise da ‘pessoa, dignidade e a prisão civil por dívida no ordenamento jurídico brasileiro’, enfocando o histórico da prisão civil desde a modernidade até o ordenamento constitucional brasileiro, apresentando conceitos, bem como fazendo uma análise jurisprudencial do tema.

De acordo com Eroulths CORTIANO JUNIOR, “Como não é possível mais ‘equacionar problemas com formulação de **soluções abstratamente** [grifo no original] consideradas a partir das generalidades’, impõe-se a busca da concretude, busca que só pode findar no encontro da pessoa humana ocupando aquele lugar que até agora foi

---

<sup>3</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...*, f. 6.

destinado ao abstrato.”<sup>4</sup>

Na conclusão da monografia, buscar-se-á apresentar algumas alternativas apontadas pela doutrina e conclusões pessoais sobre o instituto da prisão civil por dívida.

---

<sup>4</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: uma análise do Ensino do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 163.

## PARTE I – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

“O ordenamento civil brasileiro, com fulcro nos fundamentos basilares das codificações do século XIX, estabeleceu uma categoria jurídica abstrata a que designou por pessoa natural, em cujo enquadramento encontra-se a condição necessária para que o ser humano seja considerado sujeito de direito.”<sup>5</sup> No entanto, essa visão de pessoa não é compatível com o ordenamento constitucional de 1988, pois é um conceito abstrato e não real. Nas codificações elaboradas no século XIX, prevalecia a idéia do homem proprietário, e não de homem sujeito de direito em decorrência da sua condição humana.<sup>6</sup>

Os institutos patrimoniais de direito civil não são imutáveis, são incompatíveis com os princípios constitucionais, inclinados a adequar-se aos novos valores, na passagem de um direito civil essencialmente patrimonial para um direito civil mais atendo aos valores existenciais, que tutelam a personalidade do indivíduo. Assim, “A repersonalização passa por dar conteúdo próprio à noção de sujeito. Importa saber a quem então se dirige a tutela prometida pelo ordenamento jurídico.”<sup>7</sup> A pessoa deixa de ser um ente abstrato e passa a ser vista no caso concreto, sendo a

---

<sup>5</sup> MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 87-88.

<sup>6</sup> “Os códigos, filhos dos ideais iluministas, buscavam reunir o Direito todo em si próprios, não apenas para que fosse atingido um dogma de completude que elevasse o patamar do conhecimento jurídico (e o próprio valor do Direito, já que o conhecimento foi erigido a valor em si por estes pensadores), mas também para que fosse realizado um controle sobre o conteúdo deste mesmo Direito, para que dele fosse expurgada toda prática que remetesse ao *status quo ante*. A escola da exegese é, antes de tudo, uma estrutura de controle hermenêutico daquilo que deve ou não ser admitido em uma nova ordem.” (NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. In: **Diálogos sobre Direito Civil: Construindo a Racionalidade Contemporânea**, p. 4.

<sup>7</sup> CORTIANO JUNIOR, op. cit., p. 168.

sua primazia restaurada.

A construção abstrata do Direito Civil pensou a pessoa como parte da relação jurídica e esta a base do sistema. Nas palavras de Jussara MEIRELLES, “Em um sistema assente na estrutura formal da relação jurídica, as pessoas são consideradas sujeitos, não porque reconhecidas a sua natureza humana e a sua dignidade, mas na medida em que a lei lhes atribui faculdades ou obrigações de agir, delimitando o exercício de poderes ou exigindo o cumprimento de deveres.”<sup>8</sup> O indivíduo homem merece proteção não pelo que tem, mas pelo que é.

Por certo, não deve a proteção patrimonial suplantar a proteção dos seres humanos. No entanto, analisando as disposições civis brasileiras codificadas, demonstra-se nítido o seu caráter essencialmente patrimonialista, vez que o *ser* [grifo no original] sujeito de direito depende de sua aptidão para, seguindo igualmente os parâmetros ditados pelo sistema, *ter* [grifo nosso] patrimônio. Demais disso, seguindo a concepção do homem livre e proprietário que predominou nas codificações elaboradas no século XIX, a caracterização do sujeito das relações jurídicas à luz do nosso Código Civil está impregnada de profundo individualismo. De verdade, é preciso lembrar tratar-se o sujeito (ou a pessoa) de uma categoria e, como tal, surgida num dado momento histórico e desenvolvida conforme os objetivos da sociedade da época. (grifo no original)<sup>9</sup>

Não é suficiente insistir na afirmação da importância dos ‘interesses da personalidade no direito privado’; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não como uma redução ou aumento de tutela das situações patrimoniais, mas como uma tutela qualitativamente diversa.<sup>10</sup>

O momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. Deve ser o suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Não se pode

---

<sup>8</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 89.

<sup>9</sup> Ibid., p. 93.

<sup>10</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 34.

aceitar uma interpretação da lei com uma visão exclusivamente econômica, uma economia com função legislativa, que imponha a própria vontade ao legislador ou ao juiz, em contraste com a legalidade constitucional. O direito deve ser orientado a realizar a justiça e os valores do indivíduo que é, não apenas que tem, valores estes centrados na pessoa humana. As avaliações do direito não podem ser todas traduzidas em avaliações econômicas. Os institutos patrimoniais do direito privado não devem ser radicalmente alterados, mas adaptados aos princípios constitucionais, ou seja, são inclinados a adequar-se aos novos ‘valores’, para que a dignidade da pessoa humana seja preservada e o desenvolvimento da pessoa seja livre e digno.<sup>11</sup> O jurista não deve ser apenas um ‘aplicador’ do direito, mas um ‘arquiteto’, que molda a lei de acordo com as necessidades atuais, visando a proteção dos valores constitucionais e a dignidade da pessoa humana.<sup>12</sup>

Desse modo, “...pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, assim, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como o valor cardeal do sistema.”<sup>13</sup>

## CAPÍTULO I - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

---

<sup>11</sup> PERLINGIERI, op. cit., p. 32-34.

<sup>12</sup> “A despatrimonialização refere-se a uma escolha, operada pelo ordenamento, que reflete a tendência normativo-cultural de dar maior prevalência aos valores existenciais em face dos valores patrimoniais. A despatrimonialização do direito constitui a subordinação teleológica das instituições e valores patrimoniais aos valores pessoais, e não a sua expulsão para fora do Direito Civil, aqueles são instrumentos para o desenvolvimento integral da pessoa. Entre o *ser* e o *ter*, prevalece o *ser*...” [grifo no original] (CORTIANO JUNIOR, op. cit., p.171)

<sup>13</sup> MORAES, Maira Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120.

Fatores históricos e sociais alteraram profundamente a sociedade ao longo do século XX. Uma maior participação política, a democratização do país, o sentimento de cidadania, entre outros, culminaram com a constitucionalização do direito. A Magna Carta e seus princípios fundamentais são vetores informadores para se construir uma sociedade mais justa e harmônica de acordo com as necessidades sociais. Os princípios integradores, através dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade indicam o sentido para a realização concreta da norma.<sup>14</sup>

O liberalismo jurídico do século XIX consagrou a completude e unicidade do direito, o qual passou a ter como fonte única o Estado, com seu poder ideologicamente emanado do povo, a concepção do homem como sujeito abstrato e a neutralidade das normas como postulados fundamentais do Estado de Direito. Isto aconteceu porque a sociedade da época almejava romper com o regime absolutista e seus privilégios de classe, eliminando o caráter dispositivo e inseguro do direito.

O Estado de Direito é o Estado da legalidade e da liberdade; a autoridade do Estado se conciliava com a soberania do indivíduo, cuja consequência foi à redação do conjunto de normas organizadas em codificação, que seria suficiente para regular toda a vida da sociedade civil, bem como lei maior da mesma, assegurando a igualdade formal e proporcionando a segurança jurídica.<sup>15</sup>

Segundo Gustavo TEPEDINO,

Com o apogeu das codificações, no Século XIX, sabe-se quão diminuto foi o papel das Declarações de Direitos Políticos e dos textos constitucionais nas relações de direito privado. Por um lado, pode-se dizer que a completude do Código Civil, que caracteriza o

---

<sup>14</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. Uma releitura constitucionalizada da prisão civil (desafios e perspectivas à luz da jurisprudência recente). *In*: RAMOS, Carmem Lucia. (Coord.) **Direito Civil Constitucional: Situações Patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002.

<sup>15</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A consticionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In*: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 4-5.

processo legislativo com pretensão exclusivista, descarta a utilização de fontes de integração heteronômicas, forjando-se um modelo de sistema fechado, auto-suficiente, para o qual as Constituições, ao menos diretamente, não lhe diziam respeito.<sup>16</sup>

A distinção entre direito público e privado está em crise. Na sociedade atual, é difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse público. Há ainda os interesses coletivos como categoria intermediária. Técnicas e institutos do direito público são utilizados no direito privado, e vice-versa.<sup>17</sup>

“A própria noção de ordem pública, sempre invocada como limite à livre atuação do sujeito, teve seu conteúdo redesenhado pelo projeto constitucional, com particular ênfase nas normas que tutelam a dignidade humana e que, por isso mesmo, ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento último do ordenamento constitucional.”<sup>18</sup>

“O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera.”<sup>19</sup> Assim, para se chegar a uma solução para um dado problema concreto, é necessário analisar-se todo o conjunto de princípios e valores constitucionais e infra-constitucionais, de forma sistemática, desapegando-se do formalismo positivista. Nas palavras de Pietro PERLINGIERI:

“O mundo dos códigos é o mundo da segurança, refletindo os valores do liberalismo do século XIX. De acordo com o liberalismo jurídico, o Direito Privado

---

<sup>16</sup> TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: **Problemas de Direito Civil – Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>17</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 53-54.

<sup>18</sup> Ibid., p. 105.

<sup>19</sup> Ibid., p. 5.

era apresentando como o coração de toda a vida jurídica e o Direito Público apenas como uma ‘leve moldura’ que devia servir de proteção ao primeiro.”<sup>20</sup> No entanto, esse modelo liberal burguês adotado pelo Código Civil de 1916 e copiado pelo Código Civil de 2002 possui inúmeros paradigmas. Segundo Carmem Lucia RAMOS:

**A igualdade, fundada na idéia abstrata de pessoa, partindo de um pressuposto meramente formal, baseado na autonomia da vontade, e na iniciativa privada, no entanto, veio acompanhada de um paradoxo, que traduz uma consequência do modelo liberal-burguês adotado: a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial.** <sup>21</sup> [grifo nosso]

De acordo com esse modelo, o exercício de direitos ficou vinculado à apropriação de bens, contribuindo para as desigualdades, exclusão social e injustiça. O Estado de Direito liberal ignorou as desigualdades econômicas e sociais, considerando todos os indivíduos formalmente iguais perante a lei.<sup>22</sup> A vontade dos fortes passou a dominar e oprimir aqueles que não possuíam patrimônio; a ética individualista passou a dominar a sociedade, prevalência dos valores relativos aos bens em detrimento da pessoa como sujeito de direitos pelo simples fato de ser humano.

Assim, “A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam.”<sup>23</sup>

Despatrimonialização, publicização, despersonificação, a edição de estatutos

---

<sup>20</sup> PERLINGIERI, op. cit., p. 104.

<sup>21</sup> RAMOS, op. cit., p. 5.

<sup>22</sup> Ibid., p. 5-6.

<sup>23</sup> MORAES, M. C. B. de., op. cit., p.

especiais e tantos outros processos evocam a dimensão das mudanças sofridas pelo Direito Civil ao longo do século XX. No estágio atual em que se encontra a ordem jurídica, toda e qualquer situação subjetiva recebe a tutela do ordenamento se e enquanto estiver não apenas em conformidade com o poder de vontade do titular, mas também em sintonia com o interesse social.<sup>24</sup>

Destarte, “... no decorrer do século XX, com o advento das Constituições dos Estados democráticos, os princípios fundamentais dos diversos ramos do Direito, e também os princípios fundamentais do direito privado, passaram a fazer parte dos textos constitucionais nos países de tradição romano-germânica.”<sup>25</sup> Em um movimento de ruptura, buscando-se atender às aspirações da sociedade brasileira no limiar do século XXI, promulgou-se a Constituição Federal de 1988. De acordo com Carmem Lucia RAMOS:

Esse sentido protecionista e solidarista – votado para uma realidade sócio-econômica diversificada, de vida predominantemente urbana, em contradição com vivência rural prevalente à época da edição do código (...) - operou-se através da manifestação de forças antagônicas reunidas na assembléia constituinte, que conseguiram delinear, no texto constitucional, elementos desta evolução, adequando as categorias jurídicas tradicionais às atuais exigências sócio-econômico-culturais brasileiras, se não efetivamente, pela fragilidade dos mecanismos existentes para sua operacionalização, pelo menos no texto maior.<sup>26</sup>

O sistema liberal do século XIX, levou a um positivismo exagerado e a uma abstração em detrimento dos fatos ocorridos na sociedade. Para se atender aos anseios da nova ordem constitucional, é necessário se fazer uma leitura interdisciplinar do direito, analisando-se os casos concretos, na sua historicidade, repensar o direito no

---

<sup>24</sup> PERLINGIERI, op. cit., p. 121-122.

<sup>25</sup> Ibid., p. 68.

<sup>26</sup> RAMOS, op. cit., p. 9-10.

contexto de uma ordem capaz de vincular lei e realidade social, preservando-se, assim, os interesses coletivos e não mais individualistas, bem como a dignidade do cidadão, ausentes no sistema clássico do Direito Civil do século XIX, consolidado no Código de 1916.

## SEÇÃO I - NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS

Os princípios servem para flexibilizar a ordem jurídica estática, que possui os códigos como seus representantes, os quais não acompanham as mudanças ocorridas na sociedade. Gustavo NEVES diz que “Os autores que trabalham na linha do direito civil-constitucional se servem da teoria dos princípios como forma de se desenredar da malha firme dos Códigos e da legislação arcaica. Ao fazerem referência à Constituição, fazem referência também aos princípios, apesar de toda interpretação constitucional corretamente situada ser uma interpretação principiológica.”<sup>27</sup>

Primeiramente, para se entender a sistemática proposta, far-se-á necessária uma distinção entre normas, princípios e regras.

### 1.1 Distinção

Os princípios, acima de tudo, têm a nobre função de informar não só a própria Constituição, como impregnar, de maneira contundente, as normas infraconstitucionais, bem como todo o atuar dos juristas. São eles que dão consistência ao sistema constitucional, havendo íntima conexão com os valores consagrados pela estrutura jurídica.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. *In*: BARBOSA, Heloisa Helena; FACHIN, Luiz Edson; *et al.* **Diálogos sobre Direito Civil: Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 14.

<sup>28</sup> SILVA, Maria de Lourdes Scraphico Peixoto da. **Conceito Constitucional de Dano Moral: o desrespeito pela dignidade humana**. Tese não publicada, PUC, São Paulo:2002, p. 39.

Regras e princípios são duas espécies de normas, sendo estas ‘gênero’ de duas ‘espécies’. A distinção entre regras e princípios é a distinção entre duas espécies de normas.

“As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.”<sup>29</sup>

A recíproca influência entre os aspectos sociais, econômicos, políticos incide, às vezes profundamente, sobre a ordem normativa e vice-versa. A norma sempre é fruto de demandas, de necessidades, de impulsos já existentes na sociedade. O direito, com seus instrumentos, torna possível a transformação social.<sup>30</sup>

Em palavras de André TAVARES, “princípios são normas que consagram valores que servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico e se irradiam sobre este para transformá-lo em verdadeiro sistema, conferindo-lhe a necessária harmonia. Não seria exagero dizer que **‘os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores.’**”<sup>31</sup> [grifo nosso]

Segundo CANOTILHO<sup>32</sup>, citado por SILVA (1992, p. 85), os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias:

---

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 85.

<sup>30</sup> PERLINGIERI, op. cit., p.02-03.

<sup>31</sup> TAVARES, André Ramos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 34. jan/março de 201, p. 111.

<sup>32</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Ed., 1983.

- Princípios políticos–constitucionais: constituem-se de decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo. Segundo Carl Shmitt, são decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da nação.
- Princípios jurídicos-constitucionais: princípios gerais informadores da ordem jurídica nacional, decorrentes de certas normas constitucionais e muitas vezes são desdobramentos dos princípios fundamentais ou princípios derivados. Ex: princípio da isonomia, princípio da autonomia individual decorrentes da declaração dos direitos.

Os princípios servem para informar a atividade do interprete para que a Magna Carta não seja ferida, fazendo emergir dela a norma a ser aplicada.

## 1.2 Princípios fundamentais

Os princípios fundamentais, no ordenamento constitucional brasileiro, desempenham papel de singular importância.

Os princípios constitucionais são de natureza variada. CANOTILHO e MOREIRA<sup>33</sup>, citados por SILVA (1992, p. 86), dizem que os “princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a colectividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais.”

José Afonso da Silva conclui a idéia dos autores acima citados, dizendo que: “Relevam a sua importância capital no contexto da constituição e observam que os artigos que os consagram ‘constituem por assim dizer a **síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais** [grifo nosso], que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas”.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2. ed., v. 1, Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

<sup>34</sup> SILVA, J. A., op. cit., p. 86.

## SEÇÃO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS- PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Profundas mudanças dentro da ordem civil vêm ocorrendo desde meados do século XX. Substituiu-se à tutela da liberdade individual (autonomia privada) para a proteção da pessoa humana, dentro de uma nova consciência social e jurídica. Os institutos de Direito Privado estão a espera de redefinição dos seus principais institutos jurídicos. “Para a adequada e coerente reconstrução do sistema, impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática – em cada interpretação e aplicação normativas.”<sup>35</sup>

Passou-se do direito moderno, do final do século XIX, para o direito pós-moderno, devido as grandes transformações dos institutos jurídicos ao longo do século XX. O mundo da segurança transformou-se no mundo da incerteza; a ética da autonomia ou da liberdade passou a ser a ética da responsabilidade ou da solidariedade e a tutela da liberdade (autonomia) cedeu lugar a proteção da dignidade da pessoa humana.<sup>36</sup>

“O Estado moderno não é mais caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa.”<sup>37</sup>

A proteção à dignidade da pessoa foi elevada a condição de fundamento da República Federativa do Brasil, colocando a pessoa como o centro do sistema jurídico, havendo uma inversão de paradigmas, ou seja, de uma ordem patrimonialista passou-se a uma ordem personalista. Segundo Maria Celina de MORAES:

---

<sup>35</sup> MORAES. M., C., B., de., op. cit., p. 73-74.

<sup>36</sup> Ibid., p. 72.

<sup>37</sup> PERLINGIERI, op. cit., p. 54.

O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não-degradante, e não conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do Direito Civil, de um Direito que não mais encontra nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico.<sup>38</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio capaz de conferir unidade valorativa e sistemática ao Direito Civil, enunciado pelas Constituições contemporâneas.<sup>39</sup> Assim, não há mais como se analisar qualquer instituto jurídico sem antes conhecer o centro do ordenamento jurídico: a pessoa humana e, conseqüentemente, a sua dignidade. “...é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e se constitui.”<sup>40</sup>

Isso reforça a idéia de que o primado da Pessoa Humana é noção que impregna todo o ordenamento jurídico nacional.

## **2.1 Direitos fundamentais, Constitucionalismo e Estado Democrático de Direito**

Direitos fundamentais, segundo Silva:

Constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente

---

<sup>38</sup> MORAES, M.C.B. de., op. cit., p. 74.

<sup>39</sup> Ibid., p. 75.

<sup>40</sup> Ibid., p. 66-68.

efetivados.<sup>41</sup>

“... o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.”<sup>42</sup>

Reconhecer que as Constituições estão impregnadas de valores significa entendê-los como *fundantes* [grifo no original] de todo o Sistema Constitucional. Foi nessa linha que a Constituição Brasileira incorporou um rol de valores que podem ser identificados já no Preâmbulo, e a seguir Título I – Princípios Fundamentais, ora como fundamentos (os do art. 1º), ora como Objetivos Fundamentais (os do art. 3º), ora como Princípios, cuja importância é vital por serem pontos axiológicos com que fundamentar a hermenêutica dos tribunais...e, por consequência, também se encontram os valores constitucionais plasmados nos Direitos e Garantias Fundamentais, na qualidade de desdobramento que deles decorrem.<sup>43</sup>

Os direitos humanos surgiram com a necessidade de limitação do poder estatal e de seus agentes. A sua origem antecede ao constitucionalismo moderno, sendo que este, apenas esculpiu um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito. Nas palavras de Alexandre de Moraes:

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito material. Essas idéias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da

---

<sup>41</sup> SILVA, J. A. da., op. cit., p. 163-164.

<sup>42</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 60.

<sup>43</sup> SILVA, M. de L. S. P.da., op. cit., p. 41-42.

igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno contemporâneo.<sup>44</sup>

“O Estado de Direito significa que o Poder Político está preso e subordinado a um Direito Objetivo, que exprime o justo. (...) E, ademais, esse Poder há de comandar os homens por meio de leis que, para merecerem o nome, hão de ter os caracteres de generalidade (aplicar-se a todos os casos iguais) e impessoalidade (sem fazer acepção de pessoas). (...) Destarte, o Estado de Direito é um Estado constitucional...”<sup>45</sup>

O totalitarismo que marcou o século XX, os horrores e as barbáries praticadas em nome da lei, provocaram, como reação, a necessidade de concreta efetivação dos direitos humanos. Assim, o Estado de Direito se mostrou insuficiente para proteger a coletividade frente ao totalitarismo, e buscou-se outras opções, mais seguras, nas quais se valorizassem os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade, não podendo estes jamais serem ignorados. Esses princípios, que consubstanciam valores, substituem as normas jurídicas quando essas se mostram injustas e arbitrárias, refletindo o valor sobre o qual se funda grande parte dos ordenamentos jurídicos atuais, isto é, o valor da dignidade da pessoa humana.<sup>46</sup>

“O Estado moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa.”<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, 5 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

<sup>45</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2-3.

<sup>46</sup> MORAES, M. C. B. de., op. cit., p. 66-68.

<sup>47</sup> PERLINGIERI, op. cit., p. 54.

Os direitos humanos são previsões essenciais em todas as constituições que se dizem democráticas, pois consagram o respeito à dignidade humana, visando o pleno desenvolvimento da personalidade humana e garantindo a limitação do poder estatal, para que não haja abusos do Estado em relação aos cidadãos e entre si. Devemos ressaltar também que:

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.<sup>48</sup>

Nos estados democráticos, o povo escolhe os seus representantes, os quais agem como mandatário daquele. No entanto, o poder delegado pelo povo aos seus representantes não é absoluto. A Constituição deve trazer as limitações, inclusive com a previsão de direitos humanos fundamentais. “...É na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais. O Direito Constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto de convivência coletiva, função que já foi exercida pelos códigos civis.”

Até 1988, os Direitos Fundamentais só serviam para que os indivíduos se defendessem de uma eventual ingerência excessiva do Estado.<sup>49</sup> Com o advento da nova ordem constitucional, seguindo uma tendência que já havia ocorrido em grande parte dos países europeus após a Segunda Guerra Mundial, incluiu-se um rol de direitos fundamentais no texto da Constituição, bem como mecanismos para tentar

---

<sup>48</sup> MORAES, A., **Direitos Humanos Fundamentais...**, p. 21.

<sup>49</sup> MORAES, M.C.B. de., *op. cit.*, p. 70.

efetivá-los, para que sejam oponíveis contra o Estado e os demais indivíduos.

Segundo FERREIRA FILHO, “definem esses direitos a fronteira entre o que é lícito e o que não o é para o Estado. E, limitando o poder, deixam de fora de seu alcance um núcleo irreduzível de liberdade.”<sup>50</sup>

Para a construção de um verdadeiro Estado democrático de direito e o alcance da justiça social, deve haver um respeito aos direitos humanos fundamentais. “A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo.”<sup>51</sup>

Há necessidade de se interpretar a constituição almejando a plena eficácia dos direitos humanos fundamentais. “A Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente através da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sócio-político-econômico e almejando sua plena eficácia”.<sup>52</sup>

Ainda hoje, há interpretações dos princípios constitucionais à luz do Código Civil ou até mesmo são ignorados pelo aplicador do direito. Isso significa a desconsideração do princípio da democracia, pois, ao menos tendencialmente, os textos constitucionais são elaborados por um legislador democrático.<sup>53</sup> Ademais, “... enquanto o Código dava precedência às situações patrimoniais, no sistema de Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência foi atribuída às situações jurídicas extrapatrimoniais, porque à pessoa humana o ordenamento jurídico deve dar a garantia

---

<sup>50</sup> FERREIRA FILHO, op. cit., p. 6.

<sup>51</sup> MORAES. A. **Direitos Humanos Fundamentais...**, p. 22.

<sup>52</sup> Ibid., p. 23.

<sup>53</sup> MORAES. M.C.B.de., op.cit., p. 70-71

e a proteção prioritária.”<sup>54</sup>

## **2.2 Natureza jurídica e eficácia das normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais**

A doutrina dos direitos do Homem, que tem grande peso no constitucionalismo ainda hoje, nasceu no século XVIII. Ela, no fundo, nada mais é que uma versão da doutrina do direito natural que já desponta na Antiguidade. No século XVII já estava conformada. Entretanto, ela se expandiu no século seguinte, quando se tornou elemento básico da reformulação das instituições políticas. Foi incorporada pelo liberalismo, do qual é capítulo essencial. O feminismo repudiou a mesma, acusando-a de ‘machista’, impondo, em substituição, a terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos humanos são uma abreviação.<sup>55</sup> De acordo com Manoel FERREIRA FILHO:

Por outro lado, a doutrina dos direitos fundamentais revelou uma grande capacidade de incorporar desafios. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as *liberdades públicas*, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os *direitos econômicos e sociais*, a terceira, hoje, luta contra a deteriorização da qualidade da vida humana e outras mazelas, com os *direitos de solidariedade*.<sup>56</sup>

A Constituição Federal determina no artigo 5º, § 1º que as normas definidoras de garantias e direitos individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. Essa afirmação não bastaria se não houvesse mecanismos para torná-las eficientes, como exemplo, ação popular, mandado de injunção, mandado de segurança, ação civil pública, etc.

---

<sup>54</sup> MORAES. M.C.B.de., op.cit., p. 75.

<sup>55</sup> FERREIRA FILHO, p. 13-15.

<sup>56</sup> Ibid., p. 15.

São direitos constitucionais na medida em que se inscrevem no texto de uma constituição cuja *eficácia e aplicabilidade* dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadradas entre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular).<sup>57</sup>

O Direito enuncia o princípio, cristalizado na consciência coletiva de determinada comunidade, dispondo sobre a sua tutela, através de direitos, liberdades e garantias que a assegurem. Assim, ao ordenamento jurídico, enquanto tal, não cumpre determinar seu conteúdo, suas características, ou permitir que se os avalie.<sup>58</sup>

### 2.3 Relatividade dos direitos humanos fundamentais

“Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.”<sup>59</sup>

Assim, os direitos e garantias fundamentais encontram limites nos demais direitos consagrados na Constituição Federal e quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o interprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição

---

<sup>57</sup> MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais...**, p. 62.

<sup>58</sup> MORAES, M.C.B.de., *op. cit.*, p. 82.

<sup>59</sup> MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais...**, p. 46.

dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.<sup>60</sup>

Pode-se dizer que os direitos fundamentais não autorizam o indivíduo a agir fora dos limites impostos pela Constituição, apenas protege-os contra a ação do Estado e dos demais indivíduos, não podendo um direito individual servir para salvaguardar práticas ilícitas.

#### 2.4 Princípio da Dignidade da pessoa humana

Princípio da dignidade da pessoa humana é o mais elementar, condiciona toda a ordem constitucional e infra-constitucional. Trata-se de um princípio anterior a tudo, condiciona o Estado Democrático de Direito, o qual alicerça-se sobre esse princípio.

O constituinte quis dotar de excepcional importância o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, de maneira que o elevou ao mesmo nível de indiscutidos princípios como o da soberania, da cidadania, do pluralismo, do reconhecimento axiológico do direito ao trabalho e à livre iniciativa. **Na verdade ao assim agir, o constituinte erigiu a Dignidade da Pessoa Humana em catalisador, em força centripeta de todos os demais princípios e valores, porquanto todos são no fundo dedutíveis da dignidade da pessoa humana [grifo nosso] e, por que não dizer, deduzíveis da própria pessoa, como valor fonte.**<sup>61</sup>

Dignidade é o mínimo para viver bem, é a característica que o torna o ser humano essencial, que o distingue de todos os demais seres vivos. A expressão significa o respeito que merece qualquer um, que deve ser concedido tanto pelas instituições como pelos particulares a toda pessoa humana. Repousa na base de todos os direitos fundamentais, civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Ela se presta para traçar os contornos de outros direitos, contribuindo para lhes atribuir uma

---

<sup>60</sup> MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais...**, p. 46-47.

<sup>61</sup> SILVA, M.de L. S. P. da., op. cit., p. 42.

justificação, pondo, dessa forma, o ser humano como centro de todo o ordenamento jurídico constitucional e infra-constitucional, orientando-os.

Esse princípio é um ‘filtro interpretativo’, norma-valor de interpretação, essencial para o ordenamento. Os demais direitos devem ser interpretados à luz desse princípio. É o centro dos demais direitos fundamentais essenciais que asseguram uma vida digna ao indivíduo e a coletividade.

O direito à vida requer a garantia de um patamar mínimo de existência. Assim, não basta que o princípio da dignidade da pessoa humana assegure o direito à vida, mas é necessário que também assegure os meios fundamentais de existência. Em outras palavras, o estado tem que se preocupar não apenas em assegurar o direito à vida, mas uma vida com dignidade, com os meios de subsistência suficientes da pessoa e da sua família.<sup>62</sup> Para tanto, mostra-se necessário uma prestação positiva do Estado, ou seja, a interpretação constitucional e infra-constitucional deve se ajustar ao enfoque garantista; as leis que retiram do indivíduo os meios mínimos de existência, de vida devem ser declaradas inconstitucionais e retiradas do ordenamento.

“Sem dignidade humana, de que nos serve pensar, ensinar e crer? Sem dignidade humana, por que trabalhar, se educar, se beneficiar de vantagens econômicas e sociais? Em suma, a dignidade humana é colocada sobre um pedestal. É o sustentáculo, é o ponto de referência...”<sup>63</sup>

O respeito devido à pessoa humana e a sua dignidade deve colocá-la ao abrigo de tratamentos desumanos ou degradantes. O estado deve dispor de meios que assegurem o bem estar de seus cidadãos e os meios de subsistência necessários. O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser a base e fundamento do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>62</sup> DEPÉRÉE, Francis. O Direito à dignidade humana. In: BARROS, S. R.; ZILVETI, F. A. (coord.). **Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 151-159.

<sup>63</sup> Ibid., p. 159.

Na verdade, afirmar a “dignidade da pessoa humana” é reconhecer a autonomia ética do homem, de cada homem singular e concreto, portador de uma vocação e de um destino, únicos e irrepetíveis, de realização livre e responsável, a qual há de cumprir-se numa relação social (e de solidariedade comunitária) assente na igualdade radical entre todos os homens – tal que nenhum deles há de ser reduzido a mero instrumento ou servo do “outro” (seja outro homem, seja o Estado). E sublinhar esse princípio como fundamento da República – isto é, do Estado – é dizer que este se constrói a partir da “pessoa”, e para servi-la. Ou seja – e numa perspectiva mais acentuatadamente política – que há de ser um Estado de “cidadãos”.<sup>64</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana se perfila como um direito fundamental, conferindo unidade de sentido aos demais direitos expressos na Constituição, pois logo no artigo 1º, inciso III, esta traz, entre outros, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

Assim, pode-se concluir que a dignidade da pessoa humana norteia todo o sistema de direitos trazidos pela Constituição e exprime o reconhecimento de um conjunto de direitos inalienáveis e inderrogáveis de todos os homens e anteriores ao Estado e que este deve respeitar, sendo de onde derivam todos os demais direitos do homem. São absolutos, irrenunciáveis e indisponíveis.<sup>65</sup> A interpretação e integração de qualquer preceito constitucional deve basear-se neste princípio, sob pena de termos uma interpretação equivocada, contrária a vontade do legislador constituinte, devendo nortear todas as decisões jurídicas.

A dignidade humana remete ao âmago mais profundo da personalidade. Neste sentido, ela merece ser inscrita no frontão dos direitos do homem. Ela serve para definir os direitos mais fundamentais (...). A dignidade é – dizem – o respeito que merece o homem. E, de acordo com esta definição, o mérito foi primordial. A dignidade humana não se reclama, nem tampouco se negocia. Ela se impõe, de maneira absoluta, para que a vida seja digna de

---

<sup>64</sup> COSTA, José Manuel M. da. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa. In: BARROS, S. R.; ZILVETI, F. A. (coord.). *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 191-192.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 192

ser vivida.<sup>66</sup>

Pode-se concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral, pois esta “visa proteger a pessoa em suas múltiplas características, naquilo ‘que lhe é próprio’, aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada.”<sup>67</sup>

Isso reforça a nossa idéia de que o primado da Pessoa Humana é noção que impregna todo o ordenamento jurídico nacional. Com esta visão, o princípio da dignidade da pessoa humana ocupará lugar de fundamento central das respostas que se pretende dar à questão da prisão civil, enquanto previsão constitucional.

## **CAPÍTULO II - DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

### **SEÇÃO I – DIREITOS HUMANOS E TRATADOS INTERNACIONAIS**

Há um liame profundo entre os direitos humanos e os tratados internacionais. Pode-se dizer que os tratados, de maneira geral, asseguram uma maior efetivação aos direitos humanos.

O movimento de internacionalização dos direitos humanos é um movimento recente na história, surgindo, a partir, dos pós-guerra, como uma resposta às atrocidades e horrores cometidos durante o nazismo, período marcado pela descartabilidade da pessoa humana. Nessa época, o principal delinqüente foi o aparato estatal. Enquanto para a concepção jusnaturalista bastava apenas a condição exclusiva de ser humano para ser sujeito de direitos, a era Hitler introduziu a barbárie,

---

<sup>66</sup> DEPÉREÉ, op. cit., p. 162.

<sup>67</sup> MOARES, M.C.B. de., op.cit., p. 128.

negando a determinados grupos os direitos humanos básicos.<sup>68</sup>

Neste sentido, em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos. Introduce a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque chama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada.<sup>69</sup>

Essa declaração afirmou que o reconhecimento da dignidade humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo, bem como que o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade tem sido a mais alta aspiração do homem comum.

Segundo Alexandre de MORAES: “A evolução histórica da proteção dos direitos humanos fundamentais em diplomas internacionais é relativamente recente, iniciando-se com importantes declarações sem caráter-vinculativo, para posteriormente assumirem a forma de tratados internacionais, no intuito de obrigarem os países signatários ao cumprimento de suas normas”.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> PIOVESAN, Flávia. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a convenção americana de direitos humanos. *In*: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (Coords.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p. 17-18.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>70</sup> MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais.....**, p. 36.

A referida Declaração foi uma resolução da Assembléia, não constituindo obrigações jurídicas aos estados-partes, isto é, a implementação não é obrigatória. Prevê somente normas de direito material, não estabelecendo nenhum órgão jurisdicional internacional com a finalidade de garantir a eficácia dos princípios e direitos nela previstos. O Brasil assinou a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 10.12.1948, ou seja, na data de sua adoção e proclamação.

A partir dessa Declaração e a concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzia, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados voltados à proteção de direitos fundamentais. Forma-se, assim, o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas. Esse sistema é integrado por instrumentos de alcance geral (como Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos) bem como por instrumentos de alcance específico (como Convenções Internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a tortura, a discriminação, etc.). Assim, no âmbito do sistema global, firma-se a coexistência dos sistemas geral e especial de proteção dos direitos humanos, como sistemas complementares.<sup>71</sup>

Ao lado do sistema global, surge o sistema normativo regional de proteção, que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional. Nesse contexto é que surgiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. Esta Convenção também é chamada de Pacto de San José da Costa Rica, pois foi assinada em 22 de Novembro de 1969, nesta cidade.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> PIOVESAN, *Introdução ao sistema.....*, p. 20-21.

<sup>72</sup> “Esta convenção foi assinada em San José, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978. Somente Estados-membros da Organização dos Estados Americanos têm o direito de aderir à Convenção Americana. Segundo dados da Organização dos Estados Americanos, dos 35 (trinta e cinco) Estados-Membros da OEA, 25 (vinte e cinco) Estados são hoje partes da Convenção Americana. Neste universo, o Estado Brasileiro foi um dos Estados que mais tardiamente aderiram à

Esse Pacto assegura um catálogo de direitos civis e políticos. Em face disto, cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício destes direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. O governo tem a obrigação de não violar os direitos individuais e adotar medidas para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção. Esta trouxe inovações em relação a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pois não possui apenas normas de caráter material, mas prevê órgãos competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o descumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados signatários, quais sejam: Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>73</sup> Cada qual dos sistemas regionais possuem um aparato jurídico próprio.

Os tratados são acordos internacionais celebrados entre sujeitos de Direito Internacional e, por excelência, expressão de consenso. Segundo Flávia PIOVESAN, “apenas pela via do consenso podem os tratados criar obrigações legais, uma vez que Estados soberanos, ao aceitá-los, comprometem-se a respeitá-los.” A exigência do consenso é prevista no art. 52 da Convenção de Viena, concluída em 23 de maio de 1969, sob pena de nulidade do tratado. Esta tem a finalidade de servir de ‘Lei dos Tratados’ e foi assinada pelo Brasil na mesma data da conclusão, mas ainda não ratificada.<sup>74</sup>

O tratado deve ser assinado pelo Presidente da República e aprovado pelo Congresso Nacional (mediante decreto legislativo), seguindo-se a ratificação do mesmo pelo Poder Executivo, nos termos dos artigos 84, VIII e 49, I da Constituição

---

Convenção, fazendo-o apenas em 25 de setembro de 1992.”( PIOVESAN, **Introdução ao sistema...**, p. 29-30.)

<sup>73</sup> PIOVESAN, **Introdução ao sistema...**, p. 30-33.

<sup>74</sup> PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (Coords.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.154-155.

Federal. Não consta prazo para que o Congresso aprecie o tratado assinado e nem mesmo previsão para ratificação do mesmo, caso seja aprovado. Além disso, salvo na hipótese de tratados referente aos direitos humanos, no texto não há qualquer dispositivo que enfrente a questão entre o Direito internacional e o interno.

A doutrina predominante tem entendido que, em face do vazio e silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas: a ordem interna e a ordem internacional. Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional. No caso brasileiro, este ato tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno.<sup>75</sup>

Flávia Piovesan sustenta que essa interpretação não se aplica aos tratados referente aos direitos humanos por força do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, pois este têm aplicação imediata assim que ratificados, devendo irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando-se a edição de decreto de execução. No entanto, para os tratados tradicionais é necessário o decreto.<sup>76</sup>

Destarte, em relação à hierarquia dos tratados face ao Direito brasileiro, a Carta Magna acolheu dois regimes diferenciados: um em relação aos tratados de direitos humanos e outro aos tratados tradicionais. Ao final da Declaração de Direitos contida do art. 5º, precisamente no § 2º da CF, há previsão de que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

“A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de

---

<sup>75</sup> PIOVESAN, *A incorporação...*, p. 159.

<sup>76</sup> Id.

que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional.”<sup>77</sup> Logo, apresentam aplicabilidade imediata, pois os tratados internacionais de direitos humanos apresentam caráter especial, distinguindo-se dos comuns.

Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.<sup>78</sup>

O que fazer quando o direito enunciado no tratado internacional contrariar preceito do Direito interno? Poder-se-ia adotar o critério ‘lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível’? Nas palavras de Flávia PIOVESAN:

...na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da norma mais favorável à vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana. (...) Consagra-se, assim, o princípio da norma mais favorável, seja ela do Direito internacional, seja ela do Direito interno. Adiciona-se que a escolha da norma mais benéfica ao indivíduo é tarefa que caberá fundamentalmente aos Tribunais nacionais e a outros órgãos aplicadores do direito, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano.<sup>79</sup>

Com efeito, o principal objetivo dos tratados é conferir as pessoas o maior grau de proteção possível. Por isso, busca-se incentivar a harmonia e interação entre as

---

<sup>77</sup> PIOVESAN, *A incorporação...*, p. 160.

<sup>78</sup> *Id.*

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 177-178.

suas disposições e as normas editadas internamente.

Em síntese, os direitos internacionais contidos em tratados de direitos humanos vêm aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno. Há obrigação de o Estado brasileiro de conferir efetividade aos direitos humanos, trazendo a obrigação de implementar instrumentos que possam ser utilizados pelos beneficiários para impedir ou reparar o dano advindo da violação ou não observação de tais direitos.<sup>80</sup>

Sem pretender uma superioridade pura e simples das normas internacionais sobre as normas internas, este aparato chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos é comprometido muito mais com a supremacia da norma mais favorável ao indivíduo, o que quer dizer uma supremacia substancial, dentro da lógica de complementaridade e da cooperação, sem excluir a natural contribuição dos Direitos Internos para a proteção da pessoa humana. (...) A supremacia substancial de normas, proposta pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao fundar-se no princípio da dignidade da pessoa humana – ou qualquer outro que abarque, no sentido mais amplo, a proteção do ser humano – dá um passo decisivo e mesmo definitivo para a interação entre Direito Internacional e Direito Interno.<sup>81 82</sup>

## SEÇÃO II – PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA

A transição democrática pela qual o Brasil passou nos idos dos anos 80 não fez com que o Governo Brasileiro ratificasse de pronto os instrumentos internacionais

---

<sup>80</sup> MELO, Mônica de.; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos nos Direitos Cíveis e Políticos. *In*: GOMES, Luiz Flávio.; PIOVESAN, Flávia. **Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>81</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 249-250.

<sup>82</sup> “A superação da constitucionalização, em face do direito supranacional deve ser levada em conta, ao menos como uma possibilidade, na medida em que, numa sociedade sem fronteiras, a Constituição deixa de ser a norma de base, tornando-se um direito regional, sujeito à observância das regras estatuidas para toda a comunidade a respeito de determinado assunto.” (RAMOS, *op.cit.*, p. 18)

de proteção aos Direitos Humanos. Somente em 1992 foram ratificados a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, permitindo assim que a possibilidade de interpretação do art. 5º, § 2º da Constituição, concedendo aos tratados de Direitos Humanos estatura constitucional, se tornasse mais concreta.<sup>83</sup>

O Pacto de São José da Costa Rica veda a prisão civil por dívida relativa ao depositário infiel. O Artigo 7, VII do Capítulo II, intitulado ‘direitos cíveis e políticos’ diz: “*Ninguém será detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judicial competente expedidos por inadimplemento de dívidas alimentares.*”<sup>84</sup> Tal disposição, inclusive, deve ser analisada em conjunto com o art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, assim redigido: “ninguém poderá ser preso somente por não poder cumprir uma obrigação contratual.”<sup>85</sup>

Da leitura do texto extrai-se a ressalva quanto à prisão civil por dívidas alimentares, ou seja, o inadimplemento de pensão alimentícia. De acordo com Rosana FACHIN, baseada na obra de Nádia de Araújo, intitulada ‘Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira.’:

O surgimento dos Direitos Humanos, consubstanciados num conjunto de direitos protetivos à pessoa, cujo eixo axiológico é o princípio da dignidade da pessoa humana, que se traduz na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, impulsionou profundas modificações no âmbito do Direito Internacional, assim como estimulou a reestruturação da ordem jurídica interna dos Estados, gerando um Direito interpretado a partir de seus postulados, os quais, no âmbito interno, são representados pelos direitos fundamentais.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> GALINDO, op. cit., p. 253.

<sup>84</sup> Pacto de São José. Disponível em: [www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html) Acesso: 28.07.04. “*Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandados de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentares.*”

<sup>85</sup> MELO; PFEIFFER, op. cit., p. 318.

<sup>86</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...*, f. 52.

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXVII, determina que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.” Assim, apesar da proibição genérica da prisão civil por dívida, há duas exceções.

Observa-se que, enquanto o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos não prevê qualquer exceção ao princípio da proibição da prisão civil por dívidas, a Convenção Americana excepciona o caso de inadimplemento de obrigação alimentar. Ora, se o Brasil ratificou estes instrumentos sem qualquer reserva no que tange à matéria, há que se questionar a possibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel. Mais uma vez, atendo-se ao critério da norma mais favorável à vítima no plano da proteção dos direitos humanos, conclui-se que merece ser afastado o cabimento da possibilidade de prisão do depositário infiel, conferindo-se prevalência à norma do tratado.<sup>87</sup>

## **PARTE II – PESSOA, DIGNIDADE E A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Sob as luzes do Estado Liberal, buscava-se a satisfação da obrigação, sancionando o descumprimento do débito de forma coerente com os dois valores primordiais desse Estado: o patrimônio e a liberdade. Tratava-se de sanção pessoal por ausência de cumprimento do dever obrigacional, restringindo-se a liberdade do devedor.<sup>88</sup>

A Constituição de 1988 estabeleceu princípios norteadores do sistema jurídico, alterando profundamente as relações familiares, bem como as relações jurídicas obrigacionais. A realidade social se impôs, de modo a requer um tratamento constitucional centrado na pessoa e não apenas no patrimônio, tendo em vista as

---

<sup>87</sup> PIOVESAN, *A incorporação...*, p. 179.

<sup>88</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...*, f. 9.

injustiças da ordem globalizada.

Como se analisou nos tópicos anteriores, o valor da dignidade da pessoa humana alcança todos os setores da ordem jurídica. É na dignidade humana que a ordem jurídico (democrática) se apóia e se constitui.<sup>89</sup> Dignidade significa liberdade, autonomia no modo de gerir a vida em sociedade, poder de mando sobre si próprio. A pessoa é digna porque é livre. No entanto, deve respeitar os limites impostos pelo ordenamento jurídico e os direitos dos demais indivíduos. A dignidade é pré-ordenamento jurídico; pelo fato de ser pessoa já existe dignidade.

Embora possa haver conflito entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, cada uma delas amparadas em princípios diferentes, mas de igual importância hierárquica, a medida da ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade humana.<sup>90</sup> Assim, torna-se necessário analisar o instituto da prisão civil à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com PERLINGIERI, “a solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam.”<sup>91</sup>

## **CAPÍTULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA**

Há um contexto histórico e jurídico no qual se desenvolveu a idéia da prisão

---

<sup>89</sup> MORAES, M.C.B. de., op. cit., p. 84.

<sup>90</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão Civil por Dívida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 85.

<sup>91</sup> PERLINGIERI, op., cit., p.5.

civil por dívida. Desse modo, é fundamental que façamos uma análise desse ambiente histórico para podermos compreender o significado atual do instituto.

## SEÇÃO I – CIVILIZAÇÕES MODERNAS

A antiguidade conheceu várias formas de prisão civil, as quais não serão tratadas nessa pesquisa. Na passagem da antiguidade para a modernidade, ainda subsistiu a prisão civil em alguns sistemas jurídicos, analisando-se, aqui, apenas os mais significativos para o Direito Brasileiro, quais sejam: Direito Francês, Italiano e Inglês.

### 1. Direito Francês

Na França, a prisão civil por dívida, ou *contrainte par corps* surgiu por volta do ano 1200, sendo abolida em 1274 e readmitida em alguns casos. Mantida pelo rei Luís XIV desde 1563, sustentou-se até a Revolução Francesa de 1789, quando a Declaração dos Direitos dos Homens restringiu a prisão às dívidas comerciais, para estrangeiros e em alguns casos excepcionais para débitos civis. Abolida pela Convenção em 1793, e reincorporada pelo Código Napoleônico de 1804, cabia somente no caso de depósito necessário.<sup>92</sup>

### 2. Direito Italiano

No Direito italiano, a prisão civil era conhecida como “*arresto personale per debiti*”. Esse arresto, corresponde ao conceito de uso legal da força sobre o corpo do devedor, em razão de um direito obrigacional. Esse instituto permeou o Direito italiano por mais tempo que em outros países.<sup>93</sup>

O “*arresto personale*” foi abolido pela Lei 4.166, de 6.12.1877. “Essa lei, após declarar abolido, em seu art. 1º, esse arresto personale, por débito de natureza civil e comercial, contra nacionais e estrangeiros, conservou-o, excepcionalmente, para

---

<sup>92</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...* f. 63.

<sup>93</sup> AZEVEDO, *op. cit.*, p. 40

a execução das condenações proferidas por tribunais criminais, para restituições, indenizações e reparações contra os autores ou cúmplices de crimes e delitos.”<sup>94</sup>

Apesar do instituto ter caído em desuso, só restou completamente abolido o “*arresto personale*”, com o advento do Código Civil de 1942.

No tocante ao débito alimentar, seu inadimplemento é regulado pelas normas disciplinadoras do descumprimento das obrigações, em geral; todavia, a lei reserva, para esse caso, sanções especiais, inclusive no campo penal, em que integra o crime de violação das obrigações de assistência familiar, previsto no art. 570 do CP. Esse delito ocorre, quando o alimentante deixa de fornecer os meios de subsistência aos descendentes de menor idade, ou incapacidade ao trabalho, aos ascendentes ou ao cônjuge não separado por culpa sua.<sup>95</sup>

Assim, em relação aos débitos de natureza alimentar, a prisão é sanção penal e não civil. “No âmbito do Direito Civil, portanto, não existe pena de prisão por dívida, ainda que alimentar, embora possa o descumprimento dessa levar, até, à perda do pátrio poder (conforme arts. 151 e 330 do Código Civil Italiano).”<sup>96</sup>

### 3. Direito Inglês

“O devedor, que fosse citado, e que não comparecesse à presença do magistrado, podia ser preso até que pagasse seu débito ou oferecesse garantia desse pagamento. Ao credor, bastava que jurasse, perante o juiz, a existência do débito.”<sup>97</sup>

A prisão por dívida, na Inglaterra, sofreu fortíssima relutância à abolição. No entanto, com os abusos e horrores cometidos dentro das prisões, houve uma reação muito grande da sociedade inglesa contra a prisão por dívida, a ponto de ter sido

---

<sup>94</sup> AZEVEDO, op. cit. p. 40-41.

<sup>95</sup> Ibid., p. 42.

<sup>96</sup> Ibid., p. 43

<sup>97</sup> Id.

constituída, em 1792, uma sociedade filantrópica que, em alguns anos, conseguiu libertar 12.590 devedores, pagando uma média de 2 libras por pessoa.<sup>98</sup>

Em 1832, não era mais possível a prisão por dívida antes de proferida sentença condenatória. A abolição da prisão por dívida ocorreu, como uma medida geral, pelo “*Debtor’s Act*”, de 09/08/1869, editado pela Rainha Vitória. No entanto, esse estatuto manteve essa prisão em alguns casos, como no de insolvência fraudulenta, sendo que o limite que autorizava a prisão foi elevado para 50 libras, sendo reduzido a duração do aprisionamento por seis semanas.<sup>99</sup>

## **CAPÍTULO II – INSTITUTO DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

### SEÇÃO I - CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Prisão civil se realiza no âmbito do Direito Privado, consumando-se em face da dívida impaga, fundada em norma jurídica de natureza civil. A palavra prisão significa prender, ou seja, segregação celular de alguém. “Prisão é, portanto, um ato de apoderamento físico, em que o aprisionado fica limitado em sua liberdade e sob sujeição de alguém; atualmente, sujeito à autoridade legitimada à realização desse ato.”<sup>100</sup>

Prisão Civil é o ato de constrangimento pessoal, sendo meio legal compulsório de obter o cumprimento de determinado dever. Não tem como objetivo imputar ao faltoso ou omissor uma penalidade ou castigo, mas a compeli-lo a realizar obrigação inadimplida. É um instrumento de coercibilidade, de cunho eminentemente econômico, com o objetivo de compeli-lo o devedor, seja de alimentos ou depositário, a

---

<sup>98</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 44.

<sup>99</sup> Id.

<sup>100</sup> Ibid, p. 45.

cumprir seu dever ou obrigação.<sup>101</sup> É, portanto, meio executivo de finalidade exclusivamente econômica.

Possui caráter diferente da prisão penal, apresentando natureza jurídica de meio coercitivo e é regulada pela legislação civil. A prisão penal está regulamentada pela legislação penal e é decretada quando os princípios reconhecidos por esta são violentados e ameaçados, possuindo o caráter de punição. Decorre da aplicação de pena criminal, em decorrência da prática de um ilícito penal, definidos como crime ou como contravenção.<sup>102</sup>

“Primeiramente, a prisão civil por dívida apresentou caráter de servidão humana, pois o devedor se torna servo do credor, devendo para este trabalhar, com sua família, até o pagamento do débito. Depois, a prisão civil por dívida assumiu um caráter de aprisionamento, privado ou público, de pena imposta ao devedor pela quebra da promessa de pagamento. Finalmente, esse mesmo arresto tornou-se simples experiência de solvabilidade do devedor.”<sup>103</sup>

“Vê-se, nítido, nas três posições, o primitivismo, em que, sempre, esteve mergulhado o instituto da prisão civil por dívida, que, dando preferência ao crédito, tem humilhado o devedor, o ser humano.”<sup>104</sup> O princípio da dignidade da pessoa humana fica claramente mitigado em favor dos interesses econômicos do credor. Nas palavras de AZEVEDO:

Entendemos que, por ser essa a natureza da prisão civil por dívida, **de meio coativo direto ou ativo**, [grifo nosso] não à punição, mas para favorecer o cumprimento obrigacional, termina por violar o direito da personalidade; pois, em sentido prático, ela constringe a pessoa, com a perda da liberdade, para proporcionar a realização de um interesse

---

<sup>101</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 45-46.

<sup>102</sup> Ibid., p. 46-47.

<sup>103</sup> Ibid., p. 47.

<sup>104</sup> Ibid., p. 48.

econômico. Mesmo que considerada, desse modo, um experimento à solvabilidade do devedor, o certo é que a natureza jurídica da prisão civil por dívida apresenta caráter de meio de constrangimento, incompatível com o sistema jurídico contemporâneo.<sup>105</sup>

## SEÇÃO II - PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NA HISTÓRIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, as Constituições de 1824, de 1891 e a de 1937, deixaram de tratar da matéria relativa à prisão civil. Antes do Código de 1916, a Consolidação das leis civis previa a prisão do depositário infiel, bem como o Regulamento 737, de 1850. Alertara Pontes de Miranda<sup>106</sup>, citado por Azevedo (1993, p.62), que a Constituição de 1937 não possuía garantia contra prisão por dívida, tendo o legislador ordinário a possibilidade de criá-la. Situação diversa tomou a Constituição de 1934 estabelecendo que “não haverá prisão por dívidas, multas ou custas.”

A prisão civil teve guarida no Código Civil de 1916, passando a vincular o patrimônio do devedor ao cumprimento da obrigação no seu artigo 1.518, o qual corresponde ao atual artigo 652 do Código Civil de 2002. O Código de Processo Civil de 1939 estampou em seu conteúdo a prisão civil, assim como o fez o Código de 1973, atualmente vigente, com suas alterações.<sup>107</sup>

A Constituição de 1967, bem como na Emenda Constitucional n.º 1/69 e a Constituição de 1988 estabeleceram a prisão do depositário infiel e do devedor de alimentos.<sup>108</sup> Esta última dispõe, em seu artigo 5º, LXVII que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de

---

<sup>105</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 49.

<sup>106</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição Federal de 1937**. Rio de Janeiro: Pongetti, 1938, v. 2, p. 487.

<sup>107</sup> FACHIN, **Vertentes Contemporâneas...**, f. 63.

<sup>108</sup> *Ibid.*, f. 65.

obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

O texto constitucional de 1988, embora tenha mantido as duas inconcebíveis exceções, que autorizam a prisão civil por dívida, minimizou a violência dessa execução pessoal, exigindo que o inadimplemento do devedor de alimentos e do depositário infiel seja voluntário e inescusável. É preciso, portanto, que o devedor queira descumprir sua obrigação e não tenha qualquer desculpa, para tanto.<sup>109</sup>

Devemos ressaltar que no Estado Liberal, não havia preocupação concreta com a efetividade da dignidade da pessoa humana. Atualmente, diante da nova ordem constitucional vigente, a dignidade da pessoa humana constitui a pedra angular do direito civil em detrimento do patrimônio.

Se não houve qualquer participação da vontade do devedor, nenhuma culpa pode existir de sua parte. O mesmo ocorre em situações impeditivas do pagamento em razão de caso fortuito e força maior, inexistindo culpa do devedor e ficando este liberado do cumprimento obrigacional, sem qualquer pagamento indenizatório e sem responsabilidade pessoal. Por outro lado, pode descumprir voluntariamente a obrigação desde que baseado em motivo justo.<sup>110</sup>

### SEÇÃO III - PROBLEMATIZAÇÃO DO INSTITUTO DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA

Atualmente, as prisões se mostram insuficientes para punir, com dignidade, e recuperar o indivíduo que praticou o ilícito penal. Assim, precisamos repensar o instituto da prisão civil, pois o cárcere, desde os tempos remotos, nunca se mostrou adequada para solucionar os problemas sociais da criminalidade, os quais decorrem, na maioria das vezes, de problemas econômicos, muito menos para compelir um devedor

---

<sup>109</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 64.

<sup>110</sup> Ibid, p. 64.

costumas a cumprir suas obrigações. Nem sequer há estabelecimentos prisionais para o indivíduo que encontra-se aprisionado em decorrência de um ilícito civil.

Nas palavras de Rosana FACHIN, citando Azevedo, “não se pode omitir que a problematização proposta suscita dúvidas sobre o mecanismo da prisão civil, pois ‘o Direito Contemporâneo não pode conviver com violências dessa ordem, na área do Direito Privado’. Ademais, ‘a prisão civil por dívida pode intimidar, mas não é solução, atualmente, em que as prisões são insuficientes, até, para conter, condignamente, elementos perigosos da sociedade.’”<sup>111</sup>

Devemos, pois, procurar outros meios para solucionar os conflitos de ordem civil, pois o princípio dignidade da pessoa humana é colidente com a prisão civil. O Estado deve dispor de meios de solução de conflitos, sem restringir a liberdade pessoal, para que os princípios constitucionais sejam devidamente efetivados, seja no inadimplemento de obrigação alimentar como no caso do depositário infiel.

Na problematização da prisão civil, não se busca sustentar o inadimplemento das obrigações, mas a necessidade de se examinar um instituto que nos parece ultrapassado sob a ótica dos direitos de personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana em face de um sistema prisional ‘falido’, bem como dos demais meios existentes no ordenamento jurídico brasileiro para forçar o adimplemento de uma obrigação. Destarte, busca-se uma superação das vias tradicionais.

“A prisão civil imbricada com a responsabilidade patrimonial alcança patamar que reflete, no trânsito jurídico, o conceito de bens, interesses e patrimônio. O tema do patrimônio, conectado à idéia de responsabilidade evoca, no mundo ocidental contemporâneo, debate sobre o Estado e o mercado.” Neste século XXI, surge a importância dos direitos humanos, que, como meios discursivos e normativos possibilitam aos seres humanos, no circuito de reprodução e manutenção da vida, abrir espaços de luta e reivindicações frente a ordem globalizada e a racionalidade

---

<sup>111</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...*, f. 109.

econômica, a qual concebe dois fins: um produto ou um serviço, a partir dos quais são definidos os meios necessários para sua execução.<sup>112</sup>

É nesta seara que se busca discutir o instituto da prisão civil por dívida, problematizando-a, expondo a colidência de direitos, sendo que de um lado se tem a liberdade e a dignidade humana e de outro os direitos do credor, também merecedor de tutela jurídica, pois o sistema jurídico é feito de paradoxos e não apenas de assertivas lineares.<sup>113</sup>

Busca-se estabelecer o liame entre o contexto social, histórico e jurídico das transformações, e a influência de tal ordem de idéias na prisão civil. Nas palavras de Rosana FACHIN:

Colocar a pessoa e seus valores fundamentais como norte concreto das preocupações teóricas, superando o abstracionismo e os dogmas positivistas, é uma mudança de paradigmas, fenômeno que se dá em diversos aspectos do Direito Civil. É sob o influxo dessa repersonalização que o presente exame se desdobra.<sup>114</sup>

#### SEÇÃO IV – ALIMENTOS

Para atender os propósitos desta monografia, é importante delimitarmos alguns conceitos, não se detendo demasiadamente sobre eles, apenas buscando uma análise geral e não minuciosa.

##### **4.1. Conceito e função do dever alimentar**

Alimentos são inerentes ao ser humano. Nesta perspectiva, derivam da lei e se assentam numa relação de parentesco. No âmbito desta, o vínculo familiar e a

---

<sup>112</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...* f.11.

<sup>113</sup> *Ibid.*, f. 17.

<sup>114</sup> *Ibid.*, f. 18.

solidariedade está na base de significativas hipóteses do dever alimentar.<sup>115</sup> Alimentos são, em última análise, os valores prestados, em dinheiro ou espécie, para assegurar a alguém, em sentido amplo, sua sobrevivência. Incluem-se sustento, vestuário, habitação, assistência médica, hospitalar e odontológica, e, ainda, educação, se devidos a menores. Portanto, os ‘alimentos’ devem ser suficientes para que quem os receba possa subsistir, realizar o direito à vida, tanto a física quanto a intelectual e moral.<sup>116</sup>

Nas palavras de Venosa:

O ser humano, desde o nascimento até sua morte, necessita de amparo de seus semelhantes e de bens essenciais ou necessários para a sobrevivência. Nesse aspecto, realça-se a necessidade de alimentos. Desse modo, o termo alimentos pode se entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário para sua subsistência. Acrescentamos a essa noção o conceito de obrigação que tem uma pessoa de fornecer esses alimentos a outra e chegaremos facilmente à noção jurídica. No entanto, no Direito, a compreensão do termo é mais ampla, pois a palavra, além de abranger os alimentos propriamente ditos, deve referir-se também a satisfação de outras necessidades essenciais da vida em sociedade.<sup>117</sup>

“Portanto, os alimentos têm como escopo suprir as necessidades vitais de uma pessoa, o que permite inferir conotação muito mais ampla do que seu simples sustento.”<sup>118</sup> No atual Código Civil em seu art. 1.920 encontramos o conteúdo legal 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.” Assim, os alimentos traduzem-se em prestações periódicas fornecidas para alguém suprir essas necessidades, assegurar sua subsistência, sendo que a obrigação nasce com o ser

---

<sup>115</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...*, f. 23.

<sup>116</sup> AZEVEDO, *op. cit.*, p. 114-115.

<sup>117</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 3.ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 371.

<sup>118</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...*, f. 24.

humano, pois diz respeito à própria sobrevivência da pessoa enquanto lhe falta os meios de sobrevivência.

“Os alimentos estão fundamentados no princípio da dignidade humana e na solidariedade social, constituindo-se em prestações personalíssimas entre as partes que compõem essa relação jurídica, ligadas pelo vínculo do parentesco (inclusive o sócio-afetivo).”<sup>119</sup> Assim, há o dever alimentar decorrente do negócio jurídico casamento.

#### 4.2 Espécies de dever alimentar

Conforme a natureza, os alimentos podem ser classificados de forma diferente. A doutrina faz diferenciação entre *alimentos naturais ou necessários*, possuindo alcance limitado, compreendendo o estritamente necessário para a subsistência; e o *alimentos civis*, que incluem os meios suficientes para satisfação de todas as outras necessidades intelectuais e morais básicas do alimentando, segundo as possibilidades do alimentante. O Código Civil faz essa diferenciação no art. 1.694, discriminando alimentos necessários ao lado dos indispensáveis, permitindo ao juiz que fixe apenas estes últimos em determinadas situações restritivas.<sup>120</sup>

O ordenamento ainda distingue o parentesco *jus sanguinis*, estabelecendo o dever alimentar, assim como aquele decorrente do âmbito conjugal definido pelo dever de assistência e socorro mútuo entre cônjuges e companheiros.

Os alimentos podem ser provisionais ou regulares, sendo que aqueles são fixados na pendência de processo judicial, enquanto estes são os estabelecidos pelo Juiz ou mediante acordo das próprias partes, com prestações periódicas de caráter permanente, ainda que sujeitos a eventual revisão. Em relação ao momento da prestação, podem ser alimentos futuros, os quais se prestam em virtude de acordo ou

---

<sup>119</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...*, f. 25.

<sup>120</sup> VENOSA, *Direito Civil: Direito...*, p. 372.

decisão judicial e a partir dela, e alimentos pretéritos, os quais são anteriores a qualquer desses momentos.<sup>121</sup>

#### **4.3 Fundamentos e pressupostos essenciais do dever alimentar**

O ser humano, desde a sua concepção é um ser carente por excelência, necessitando-os em razão da sua incapacidade ingênita de produzir os meios necessários à sua manutenção, fazendo com que se lhe reconheça, por um princípio natural, o direito de ser nutrido pelos responsáveis por sua geração. Subsiste essa responsabilidade durante todo o período de desenvolvimento físico e mental do ser gerado. No entanto, apesar do indivíduo adulto, com desenvolvimento completo dever assumir a responsabilidade por sua subsistência, há situações momentâneas ou permanentes, como a idade avançada, a invalidez, doenças, inabilitação para o trabalho que podem colocar o adulto diante de uma impossibilidade de buscar a sua própria subsistência, necessitando de alguém que o faça por ele. Assim, assistir ao próximo na necessidade é um dever.<sup>122</sup>

De acordo com o art. 1.695 do Código Civil: “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamem, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.”

Desse artigo, pode-se concluir que o montante dos alimentos deve ser fixado de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, cabendo ao juiz ponderar os dois valores em destaque para manter o padrão de vida daquele e sem prejudicar este. Não há que se exigir sacrifício do alimentante e nem os alimentos podem converter-se em prêmio para os

---

<sup>121</sup> CAHALI, Youssef Said. **Dos alimentos**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 12-13.

<sup>122</sup> Ibid., p. 12-16.

descompromissados com a vida. Pode também o montante dos alimentos fixados ser alterado de acordo com a situação econômica das partes, sendo sempre admissível a ação revisional ou de exoneração de alimentos, sendo que a decisão que concede ou nega alimentos nunca faz coisa julgada.<sup>123</sup>

Essa proporcionalidade é fundamental, porque evita que o alimentante venha a não suportar o encargo alimentar, que possa ser suficiente ou necessário ao alimentando. Por outro lado, por mais que seja abastado o alimentante, a proporcionalidade não pode chegar ao absurdo de possibilitar o pensionamento do necessitado de alimentos muito além de suas necessidades vitais. Pois, a assim ser, os alimentos estariam a enriquecer o alimentando, perdendo seu objeto, de satisfazer à sobrevivência dele. (...) Por isso que outro indispensável pressuposto do dever alimentar é a possibilidade econômica-financeira do alimentante, que não pode ser condenado a pagar, em detrimento de sua própria subsistência.<sup>124</sup>

#### 4.4 Características do dever alimentar

A principal característica da obrigação alimentar se define por ser um direito personalíssimo, não podendo ser objeto de alienação ou transmissão, gratuita ou onerosa, a qualquer título. É um direito previsto no art. 5º *caput* da Constituição Federal, na qual a obrigação alimentar é modo de garantir a sobrevivência, pressuposto mínimo de uma existência digna.<sup>125</sup>

De acordo com o art. 1.694 do Código Civil, podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns dos outros os alimentos de que necessitam. Logo, por ser o dever ser recíproco, o devedor também pode vir a ser credor e vice-versa. Esse princípio de solidariedade surge de laços sanguíneos ou de convivência. “O direito-

---

<sup>123</sup> VENOSA, **Direito Civil: Direito...**, p. 374-375.

<sup>124</sup> AZEVEDO, *op. cit.*, p. 119.

<sup>125</sup> FACHIN, **Vertentes Contemporâneas...**, f. 34.

dever alimentar, (...) tem como escopo a salvaguarda da própria existência.”<sup>126</sup>

A vida merece especial proteção tanto no âmbito do Direito Civil, como efetivo direito de personalidade, como por normas de direito público. Esses direitos-deveres não apresentam, propriamente, esse caráter de direito público, mas, sim, de serem regulamentados por normas de ordem pública não modificáveis pela vontade dos interessados.<sup>127</sup>

Alimentos não se cuida de uma mera obrigação de dar, mas de um dever moral.

Esse caráter público das normas disciplinadoras do dever legal de prestar alimentos, no pressuposto de que elas não concernem apenas aos interesses privados do credor, mas igualmente ao interesse geral, pois tem como finalidade assegurar o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Na palavras de CAHALI:

Sendo o direito à vida uma emanção do direito da personalidade, que interessa precipuamente ao indivíduo, não se descarta a necessidade de uma estrutura jurídica inspirada no interesse social com vistas à preservação da vida humana e ao seu regular desenvolvimento; daí a identificação também dos interesses do Estado, na disciplina da sua regulamentação. A obrigação alimentícia não se funda exclusivamente sobre um interesse egoístico-patrimonial próprio do alimentando, mas sobre um interesse de natureza superior, que se poderia qualificar como um *interesse público familiar*.<sup>128</sup>

#### **4.5 Inadimplemento do dever de prestar alimentos, execução e prisão civil do devedor**

Preliminarmente, vale relembrar que o pressuposto essencial para a existência da obrigação alimentar é a real necessidade do alimentando, bem como a impossibilidade de prover sua própria subsistência por meio do trabalho, dependendo ainda da possibilidade do alimentante em prestar os alimentos. Essa é análise que

---

<sup>126</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 120.

<sup>127</sup> Id.

<sup>128</sup> CAHALI, op. cit., p. 20.

deve-se fazer preliminarmente. Há diversos fundamentos que a legislação pátria construiu para compelir o inadimplente da obrigação alimentar a cumprir com o seu dever.

Em função de sua excepcionalidade, a prisão civil como meio coercitivo que se dirige contra a liberdade do indivíduo, garantida pelo Estado, não é admitida senão em virtude de norma expressa. Para o adimplemento de obrigação alimentar, é cabível apenas no caso dos alimentos previstos nos arts. 231, III, e 396 e seguintes do Código Civil, que constituem relação de direito de família, não sendo admitida por falta de pagamento de prestação alimentícia decorrente de ação de responsabilidade *ex delicto*.<sup>129</sup> Além disso, a prisão civil só deve ser decretada quando todos os outros meios forem exauridos anteriormente, pois há o princípio do menor sacrifício do devedor que deve ser respeitado, sendo que a constrição da liberdade é medida extrema.

A Lei de Alimentos de 1968 foi recepcionada pela Magna Carta de 1988 e em seu art. 19 dispõe que “o juiz, para instrução da causa, ou na execução da sentença ou acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de **prisão do devedor até sessenta dias**.”[grifo nosso] O Código de Processo Civil prescreve, no art. 733 que “na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.” O art. 18 faz remissão aos arts. 732, 733 e 735 do CPC igualmente à execução da sentença de alimentos.

O § 1º desse artigo diz que o juiz deve decretar a prisão do devedor pelo prazo de **1 (um) a 3 (três) meses** [grifo nosso] se este não pagar e nem se escusar. O § 2º desse mesmo artigo fale que o cumprimento da “pena” de prisão, não exime o devedor de pagar as prestações vencidas e vincendas. Como já foi visto anteriormente,

---

<sup>129</sup> CAHALI, op. cit., p. 1005-1006.

a prisão do devedor não se trata de pena, mas de meio coercitivo. “Decreta-se prisão civil, não como pena, não com o fim de punir o executado pelo fato de não ter pago a prestação alimentícia, mas sim com o fim, muito diverso, de coagi-lo a pagar.”<sup>130</sup>

Assim, como há um descompasso entre a Lei de Alimentos e o Código de Processo Civil relativamente ao tempo de prisão do devedor, qual prazo deve ser aplicado? Poder-se-ia interpretar que o prazo da prisão do CPC refere-se a falta de pagamento provisionais e a Lei de Alimentos à prisão pelo não pagamento de alimentos definitivos, no entanto essa interpretação é restritiva e assistemática. Há doutrinadores, como Barbosa Moreira, que entendem que o CPC derogou o art. 19 da Lei 5.478/68, aplicando-se então o prazo de 1 (um) a 3 (três) meses em todos os casos. Outro critério que pode ser utilizado é o da aplicação da lei especial em detrimento da geral.

Interpretando-se o art. 2º, § 1º e 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, pode-se chegar a conclusão que se deve aplicar o art. 19 da Lei de Alimentos. Segundo Yussef CAHALI,

Na aplicação da “pena” de prisão contra o devedor recalcitrante, o juiz deverá dosar o tempo de duração segundo as circunstâncias, sempre respeitado porém o limite máximo de 60 dias, caracterizando-se como ilegal a estipulação no que exceder àquele limite; não se permitindo, muito menos, a “prorrogação” por ato do juiz do referido prazo, como forma (inócua) de constranger o devedor ao adimplemento frustrado.<sup>131</sup>

Adroaldo Furtado FABRÍCIO<sup>132</sup>, citado por CAHALI, 2002, defende que “A prisão do alimentante, quanto à sua duração, segue regulada pela lei especial, podendo

---

<sup>130</sup> CAHALI, op. cit., p. 624.

<sup>131</sup> Ibid., p.1034.

<sup>132</sup> FABRÍCIO, Adrolado Furtado. A legislação processual extravagante em face do novo CPC. *In: Ajuris*, 3/85.

ser decretada ‘até sessenta dias’. Impõe essa conclusão o fato de tratar-se de *lei posterior*, à parte a circunstância de conter regra mais favorável ao paciente da medida excepcional (*odiosa restringenda*).”

Em acórdão no qual o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito foi relator, a decisão foi de que “A prisão civil, cuidando-se de execução fundada no art. 733 do Código de Processo Civil, pode ser fixada de um a três meses, nos termos do § 1º do referido dispositivo.”<sup>133</sup> Nota-se que essa decisão, como muitas outras, segue rigorosamente a prescrição legal prevista no CPC, ou seja, aplicação da medida mais gravosa ao devedor.

Tratando-se de medida apta a constringer a liberdade do indivíduo, o entendimento mais coerente deveria ser no sentido de utilizar-se a regra mais favorável e, ademais, que é especial em detrimento da geral, ou seja, a do art. 19 da Lei 5.478/68, que prevê a prisão até 60 (sessenta) dias.

Relativamente ao momento da decretação da prisão do devedor, o que se depreende da análise jurisprudencial é que o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça segue a orientação de que só pode ser decretada a prisão civil do devedor de alimentos relativa a execução das três últimas parcelas vencidas e em relação as anteriores a este prazo, por perderem o caráter alimentar, aplica-se a execução por quantia certa. Vejamos acórdão nesse sentido, no qual o Ministro Barros Monteiro foi relator:

“Tratando-se de dívida atual, correspondente às três últimas prestações anteriores ao ajuizamento da execução, acrescidas das vincendas, admissível é a prisão civil do devedor (art. 733 do CPC). [grifo no nosso] (...) Precedentes do STJ. Recurso improvido.”<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> RHC 16005 / SC, TERCEIRA TURMA, DJ 01.06.2004.

<sup>134</sup> AGRHC 32854 – MG, 4ª Turma, J: 16/12/2003, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ:05/04/2004.

Nesse sentido é o entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça.

## SEÇÃO V- DEPÓSITO

### 5.1 Conceito de depósito

O art. 627 do Código Civil diz que “pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel para guardar, até que o depositante o reclame.” Desse modo, trata-se de um contrato real, pois não depende só do consenso das partes, mas da entrega da coisa ao depositário. Sem essa tradição, não há contrato de depósito, pois ele não se aperfeiçoa sem a entrega do bem a ser tutelado. Elemento fundamental do contrato de depósito é a guarda da coisa, ou seja, a sua própria finalidade.<sup>135</sup> O termo *depósito* é utilizado não apenas para nomear o contrato, como também para designar a própria coisa que é seu objeto. Se as partes estabelecerem negócio para entrega da coisa no futuro e não houve depósito, houve apenas promessa de contratar, cujo inadimplemento segue as regras gerais para essa categoria negocial.<sup>136</sup>

Tanto a idéia de guardar o objeto é essencial que não poderá servir-se da coisa o depositário sem licença do depositante, sob pena de responder por perdas e danos, nos termos do art. 640. No entanto, o uso não pode e não deve ser o fim primordial do contrato, sob pena de ser desnaturado o contrato. Essa espécie de contrato se difere dos contratos de comodato e mútuo. “No depósito, é vedada a utilização do objeto pelo guardião (depositário), pois a essência contratual reside na guarda do mesmo; no comodato, por outro lado, seu elemento fundamental reside na utilização gratuita da coisa, sendo conhecido, mesmo, como empréstimo de uso, em

---

<sup>135</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 67.

<sup>136</sup> VENOSA, **Direito Civil: contratos em espécie**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 247.

contraposição ao mútuo, que é um empréstimo de consumo.”<sup>137</sup>

O depósito necessário resulta do desempenho de uma obrigação legal (depósito legal) ou de circunstâncias emergenciais ou de calamidade pública. Essa espécie de depósito rege-se pela própria lei, que o regula, aplicando-se a ele, subsidiariamente, as disposições relativas ao depósito voluntário, quando omissa ou deficiente a primeira. O depósito voluntário prova-se por escrito, o depósito necessário pode ser provado por qualquer meio de evidenciação, pois este ocorre em situações de emergência em que é praticamente impossível a realização contratual escrita.<sup>138</sup>

O depósito voluntário se presume gratuito e o necessário, oneroso. Em princípio, trata-se de contrato unilateral, pois somente o depositário assume obrigações. No entanto, pode assumir feição de contrato bilateral imperfeito quando se atribuem obrigações ao depositante, como quando este é obrigado a pagar a aquele as despesas com a coisa e os prejuízos decorrentes de seu depósito (como nas situações do art. 643). No entanto, não se pode considerar a remuneração como elemento essencial do negócio jurídico, mas se é estabelecida de início, o contrato assume natureza bilateral. A definição legal reporta-se a depósito de coisa móvel. Porém, levando-se em conta a disseminação do depósito como ato judicial, a doutrina e jurisprudência vêm admitindo o depósito de imóvel. Apenas coisas incorpóreas não podem ser objeto de depósito.<sup>139</sup> O objeto deve ser conhecido do depositário, mesmo que esteja embalado.

Quando o depósito não decorra de lei, é necessário que o depositário manifeste o *animus* de receber a coisa depositada. É um contrato de duração ou manifestação continuada, porque pressupõe dilatação temporal mais ou menos longa. Quando há termo final, deve o depositário restituir a coisa no dia designado, caso

---

<sup>137</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 68.

<sup>138</sup> Ibid., p. 76-77.

<sup>139</sup> VENOSA, **Direito Civil: Contratos ...**, p. 247-248.

contrário, quando lhe for solicitado.

## 5.2 Prisão civil do depositário infiel

### 5.2.1 Ação de depósito

Antes de adentrarmos no assunto referente a prisão civil do depositário infiel, é necessário que façamos um parênteses em relação a ação de depósito.

A ação de depósito, com procedimento especial, é regulada pelos artigos 901 a 906 do CPC. Seu objetivo é exigir a restituição do bem perante o depositário, com frutos e acrescidos ou seu equivalente em dinheiro. A ação de depósito, a par de ser processo de conhecimento com conteúdo condenatório, apresenta forte eficácia executória em sua natureza. Trata-se da chamada execução *lato sensu*, em que não é necessária a propositura de ulterior ação executiva. A pretensão executória traduz-se na devolução da coisa.<sup>140</sup>

Se o pedido for julgado procedente, a sentença determinará a expedição de mandado para entrega de coisa em 24 horas, ou o equivalente em dinheiro. Se o mandado não for cumprido pelo depositário, o juiz decretará a prisão do depositário infiel (904). O artigo 905 do CPC dispõe que, sem prejuízo do depósito ou da prisão do réu, o autor pode promover a busca e apreensão da coisa. Encontrada ou entregue esta voluntariamente, cessará a prisão e será devolvido o equivalente em dinheiro.

### 5.2.2 Prisão civil

O artigo 652 do Código Civil de 2002 prevê: “seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e ressarcir os prejuízos.”<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> VENOSA, *Direito Civil: Contratos ...*, p. 260.

<sup>141</sup> “A prisão do depositário infiel inclui-se, juntamente com a do devedor de pensão alimentícia, nas duas hipóteses de prisão por dívida em nosso ordenamento. O sentido não é de

A prisão civil do depositário infiel, admitida pela lei civil, não se trata propriamente de pena, mas de medida coercitiva a fim de obrigá-lo a restituir a coisa depositada. Trata-se de mera técnica processual de coerção. Assim, a sua natureza jurídica é de meio coercitivo. “Quer se considere a prisão do depositário pena ou simples meio coercitivo de obrigá-lo a cumprir a obrigação de restituir, a verdade é que tem caráter violento, conservando-se, nas legislações, como resquício da prática odiosa da prisão por dívida.”<sup>142</sup>

Segundo Amilton Bueno de CARVALHO<sup>143</sup>, citado por Azevedo (1993, p.133) mesmo com essa natureza jurídica, embora venha a Constituição atual (art. 5º, inc. 67) admitindo a prisão do depositário infiel, “Na verdade, é disposição injusta, pois se resume em prisão por dívida, o que é repellido por princípios de ordem supraconstitucional. Nos dias atuais é injustificável o aprisionamento do devedor.”

No tocante a prisão civil do depositário infiel, apesar da ressalva da Magna Carta, admitindo-a, deve ser entendida com base no Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário e segundo este, como já visto, não é possível a decretação da prisão. No entanto, a jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal possui entendimento diverso:

A prisão civil, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforma-se em entendimento, (...) segundo o qual não há, na prisão civil do depositário infiel, “ofensa à constituição da República ou em transgressão ao Pacto de São José da Costa Rica, consoante atestam inúmeros precedentes, antigos e recentes, emanados desta Suprema Corte (RT 795/178-156 – RT 708/243-244 – RTJ 85/354 – RTJ 89/220 – RTJ 114/205 – RTJ 114/606 – RTJ

---

punição do devedor, mas de **constrangimento ou constrição** [grifo nosso].” (VENOSA, **Direito Civil: Contratos...**, p. 261)

<sup>142</sup> AZEVEDO, **Direito Civil: contratos ...**, p. 79.

<sup>143</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. Magistratura e mudança social: visão de um juiz de primeira instância. In: **Ajuris. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n.49, julho de 1990, p. 87 -102, especialmente, 99.

118/228 -- RTJ 174/145, v.g.).”<sup>144</sup>

Em capítulo específico será analisada mais detalhadamente o papel construtivo da jurisprudência.

### **5.3 Alienação fiduciária, depositário infiel e prisão civil**

“A trajetória da história brasileira, política e econômica, ganha relevo no período pós-revolucionário de 1964, pois o novo cenário nacional, a sociedade e o Direito a ele se conformam.”<sup>145</sup> Nesse contexto, o eixo econômico também se altera. A sociedade, que antes era rural, passa a ser urbana e as relações de produção também mudam. Assim, o direito brasileiro necessitou de novos instrumentos para acelerar o consumo e satisfazer a necessidade das empresas que estavam se instalando no país.<sup>146</sup>

Novos instrumentos de garantia são necessários em face desse novo cenário econômico, uma vez que a complexidade da vida moderna não se satisfaz com aqueles de cunho tradicional. Além do penhor e da hipoteca, imaginou-se a venda com reserva de domínio pela qual o bem adquirido a crédito permanece na propriedade do vendedor, até liquidação final do preço, sujeito à apreensão e venda judicial.<sup>147</sup>

Daí a importância de mecanismos como o instituto da alienação fiduciária. Transplantado do modelo europeu, visava a incrementar o poder aquisitivo da população, para proporcionar a aquisição de bens de consumo duráveis, uma vez que o crescimento econômico era a meta do governo. Criado pela Lei 4.728/65, (art. 66), sofre mais tarde alterações pelo Dec.-lei 911/69, justamente para dar maior eficácia ao instrumento, garantindo às instituições financeiras não só maior garantia mas um atrativo para injetar no

---

<sup>144</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...*, f. 46.

<sup>145</sup> FACHIN, *Uma releitura...*, p. 209.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>147</sup> PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil: Vol. IV, Direitos Reais*. 18. ed., Rio de Janeiro: Forensc, 2003.

país mais circulação de moeda estrangeira.<sup>148</sup>

Para Orlando Gomes, alienação fiduciária é “um negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento com a prisão, já não tem mais assento nessa nova ordem constitucional.”<sup>149</sup>

Não sendo a dívida paga, a instituição financeira pode se valer de uma ação de busca e apreensão para retomar o bem que garante a dívida. Se o bem não for encontrado, converte-se em ação de depósito, enquadrando-se o devedor como depositário infiel. Assim, como garantia adicional e privilegiando-se as finanças, implementou-se a possibilidade de prisão, pois viu-se que a reserva de domínio não era suficiente para atender aos interesses dos credores.

O art. 66 da Lei 4.728/66 diz: “A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel, e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei.” Esse artigo, de forma expressa, não prevê a equiparação da alienação fiduciária ao contrato de depósito típico.

No entanto, 3 anos após, é editado o Dec.-lei 911/69, o qual, em seu art. 4º, enquadrando o cabimento da ação de depósito: “Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.”

---

<sup>148</sup> FACHIN, *Uma releitura...*, p. 212

<sup>149</sup> GOMES, Orlando. *A Alienação Fiduciária em Garantia*. 4. cd., São Paulo: RT, 1987, p. 02.

O Dec.-lei 911/69 estabelece a possibilidade da prisão civil do devedor fiduciário nas hipóteses de conversão da Ação de Busca e Apreensão em Depósito, revelando um desvirtuamento do contrato de depósito, instituto do direito civil, com características bem delimitadas.<sup>150</sup>

Na atualidade, ao equiparar o devedor fiduciário ao depositário infiel, há uma afronta ao texto constitucional, aumentando-se as hipóteses de incidência da prisão civil, não previstas na Magna Carta de 1988. Claramente, a gênese constitucional foi a de colocar a pessoa em primeiro plano, sendo que a alienação fiduciária causa um desvirtuamento da intenção do constituinte originário, cuja vontade foi, claramente, a de tutelar a pessoa.

A prisão civil do alienante fiduciário visa apenas o resgate do bem depositado ou os equivalente em dinheiro. Em última análise, a prisão visa exclusivamente a tutela de interesses meramente econômicos, o cumprimento da obrigação contratual, violando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, os direitos de liberdade, de locomoção e de igualdade.

Ainda, como já foi constatado no presente estudo, o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, veda a prisão civil do depositário infiel, bem como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que repele o cabimento da prisão civil em qualquer hipótese. Dessa forma, seguindo a linha defendida pela ilustre jurista Flávia Piovesan, acredita-se que, em tratando-se de Direitos Humanos, deve-se aplicar a norma mais favorável ao indivíduo, excluindo-se por completo a hipótese da prisão civil do depositário infiel e, conseqüentemente, nos casos de equiparação do alienante fiduciário ao depositário típico.

Nessa linha, O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Recurso Especial 198.191/MG: “Alienação Fiduciária. Prisão Civil. Não cabe a prisão civil do devedor fiduciante como depositário infiel. O Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo

---

<sup>150</sup> FACHIN, *Uma releitura...*, p. 220.

Brasil e introduzido no nosso ordenamento no nível de eficácia da lei ordinária, revogou a norma geral do art. 1.287 do Código Civil, que previa a prisão do depositário infiel.”<sup>151</sup>

Rosana FACHIN, ao concluir trabalho sobre a prisão civil do alienante judiciário traduz o que pensamos:

A Constituição cidadã que recepcionou os diversos pactos internacionais da nova ordem então proclamada pela Declaração Universal dos Direitos, em 1948, dando-lhe, por meios dessas novas roupagens, o mote de que o homem na sua integridade está no centro do ordenamento jurídico. Por isso, toda e qualquer legislação infraconstitucional deve estar em consonância com essa base principiológica. Por conseguinte, devem ser consideradas, prioritariamente, as garantias previstas no texto constitucional, notadamente a que se refere à inconstitucionalidade do Dec.-lei 911/69. Depreendemos que a via da prisão civil por dívida não tem lugar na ordem jurídica vigente, pois não há fundamento legal para a manutenção desse privilégio a uma determinada classe de credores, ferindo princípios como o da igualdade. Dessume-se que poderá o credor lançar de outros meios processuais para ver satisfeito o seu crédito, significando possibilitar ao devedor a garantia da ampla defesa.<sup>152</sup>

## SEÇÃO VI – APONTAMENTOS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A FUNÇÃO DO JUDICIÁRIO NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

As questões suscitadas pelas mudanças havidas nas relações sociais contemporâneas não encontram soluções tão-só nas leis, pois estas nem sempre acompanham as mudanças ocorridas na sociedade, revelando-se, então, a importância da jurisprudência e o seu papel construtivo. Dessa maneira, o Direito se atualiza e a sociedade se transforma, recolhendo-se novos valores emergentes da realidade concreta dos sujeitos, individuais ou coletivos. Aí se apresenta a função criadora da

---

<sup>151</sup> REsp. 198.191/MG, publicado em 10.05.1999, julgado por unanimidade pela Quarta Turma do STJ.

<sup>152</sup> FACHIN, *Uma releitura ....*, p. 230-231.

jurisprudência, por meio da qual se pode, nos diversos campos do Direito, transformar a realidade.<sup>153</sup>

Segundo Pietro PERLINGIERI, nas palavras de Carmem Lucia RAMOS, “... um sistema jurídico não é mais considerado uma conquista definitiva, um resultado final e exaustivo, mudando quotidianamente com a interpretação dos operadores jurídicos, que apontam seus rumos atuais, cabendo aos estudiosos desenvolver uma atitude crítica diante dos indicativos jurisprudenciais e dos novos textos de lei.”<sup>154</sup>

Os tribunais brasileiros, à luz das regras aplicáveis e dos princípios encontráveis no sistema jurídico, edificaram a jurisprudência sobre o tema da prisão civil do devedor de alimentos, depositário infiel e do devedor na alienação fiduciária quando comparado ao depositário infiel.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o entendimento majoritário é de que não há, na prisão civil em relação ao depositário infiel, ofensa à Constituição da República, sendo que é considerado por esta corte como um instituto constitucional. Em relação ao Pacto de São José da Costa Rica, considera o STF que esta regra não derogou, por ser regra infraconstitucional geral, as regras infraconstitucionais especiais sobre a prisão civil.

A ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade pra restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência

---

<sup>153</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...* f. 44-45.

<sup>154</sup> RAMOS, *op. cit.*, p.17-18.

normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.<sup>155</sup>

Assim, no âmbito do Supremo Tribunal Federal refuta-se a idéia de um questionamento mais profundo, pois é mais cômodo manter-se um entendimento simplista, conservador e inerte ao invés de buscar argumentar um novo posicionamento baseado na interpretação sistemática, na doutrina mais progressista centrada na tutela da dignidade da pessoa humana e dos demais valores constitucionais traduzidos em princípios que devem nortear a atividade do jurista e intérprete do direito.

Vejam os acórdãos recentes emanados da Suprema Corte Constitucional:

**Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil. - Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária em garantia, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel... [grifo nosso] (Ag. Reg. no Agravo de Instrumento – PR, AI 374231, Rel. Min. Nelson Jobim, 2º Turma, J. 06/08/2002, D.J. 11/10/2002)**

Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil. - Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. - Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. - Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade

---

<sup>155</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. HCML 82262/SP. João Evangelista de Araújo e Adib Ayub Filho. Rel. Min. Celso de Mello. 13 de agosto de 2002. DL 23/08/02.<http://gemini.stf.gov.br/cgibin/nph>.

do depositário em alienação fiduciária em garantia. - **É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional.** [grifo nosso] Recurso extraordinário conhecido e provido. (grifo nosso) (RHC 80035 – RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de MelloJ. 21/11/2000, D.J. 17/08/2001).

...O depositário judicial de bens penhorados, que é responsável por sua guarda e conservação, tem o dever ético-jurídico de restituí-los, sempre que assim for determinado pelo juízo da execução. O desvio patrimonial dos bens penhorados, quando praticado pelo depositário judicial ex voluntate propria e sem autorização prévia do juízo da execução, caracteriza situação configuradora de infidelidade depositária, apta a ensejar, por si mesma, a possibilidade de decretação, no âmbito do processo de execução, da prisão civil desse órgão auxiliar do juízo, independentemente da propositura da ação de depósito. Precedentes. **A QUESTÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.** - A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. Precedentes. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de subordinar-se, no plano hierárquico-normativo, à autoridade da Constituição da República, não podendo, por isso mesmo, contrariar o que dispõe o art. 5º, LXVII, da Carta Política, também não derogou - por tratar-se de norma infraconstitucional de caráter geral (lex generalis) - a legislação doméstica de natureza especial (lex specialis), que, no plano interno, disciplina a prisão civil do depositário infiel.** [grifo nosso] (HC 74381 – PR, 1º Turma, Rel. Min. Moreira Alves, J: 26/08/1997, DJ: 26/09/1997)

O tratamento jurisprudencial da questão revela a importância que é posta como sendo, prioritariamente, da soberania nacional para o ordenamento jurídico do Estado, colocando no centro do ordenamento jurídico, a persecução das razões do Estado em detrimento da pessoa humana. A razão que informa o Estado deve ser outra, ou seja, deve estar pautado no respeito à dignidade da pessoa humana, esta considerada em si e não apenas como cidadã de determinado Estado. O Direito deve se orientar no sentido de aprimorar a tutela da pessoa humana e relativizar os valores patrimoniais baseados no sistema patrimonialista que informou as codificações do

século XIX.

O ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a partir da Constituição de 1988, se fundamenta na efetividade dos direitos humanos por sua tradução interna em direitos fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana deve nortear a interpretação de todos os demais direitos fundamentais, dentre eles a proteção à pessoa do devedor. O caminho traçado pela jurisprudência para legitimar a aplicação da regra constitucional relativa à prisão civil em detrimento do Pacto de São José da Costa Rica, no caso do depositário infiel, antes de proteger o ordenamento jurídico nacional, o contraria em sua força motriz, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

156

O reconhecimento da validade de uma norma internacional em detrimento da nacional não significa necessariamente uma usurpação do poder estatal, posto que este Estado carrega no bojo a função primeira de proteção à pessoa humana, nem o afastamento de uma regra constitucional. Lembre-se que não apenas a ordem jurídica internacional está pautada nos direitos humanos, como o próprio Estado deve estar alicerçado nos direitos fundamentais.

157

O Poder Judiciário brasileiro deveria dar efetividade à máxima de que se deve aplicar-se o direito mais favorável ao indivíduo, que lhe confere maior proteção, não importando tratar-se de regra proveniente do direito interno ou de tratado internacional do qual o Brasil seja signatário.

No entanto, é possível encontrar-se na mais alta Corte do país entendimento contrário ao majoritário. O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, relator do Habeas Corpus n.º 12.547-DF, proferiu decisão relativa à prisão civil argumentando em favor da proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Vejamos:

---

<sup>156</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...*, f. 47-48.

<sup>157</sup> *Ibid.*, f. 49.

Habeas Corpus. Prisão Civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. **Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes.** [grifo nosso] Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, *caput*, da CF. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida

Esse acórdão demonstra que o Poder Judiciário pode e deve construir uma jurisprudência que tutele a pessoa humana e não apenas os valores patrimoniais.

Em relação a prisão civil do devedor de alimentos, o entendimento majoritário é de que é possível a decretação da prisão civil desde que a execução de alimentos prevista pelo artigo 733 do Código de Processo Civil restrinja-se às três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e às que vencerem no seu curso. Vejamos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

**PRISÃO CIVIL. DEVEDOR DE ALIMENTOS. EXECUÇÃO NA FORMA DO ARTIGO 733 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A execução de alimentos prevista pelo artigo 733 do Código de Processo Civil restringe-se às três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e às que vencerem no seu curso, conforme precedentes desta Corte.** [grifo nosso] Ordem parcialmente concedida, apenas para adequação do fundamento da prisão à jurisprudência do STJ, mantida a constrição imposta na origem. (HC 30528 – SP, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, J: 18/11/2003, DJ:19/04/2004)

**Tratando-se de dívida atual, correspondente às três últimas prestações anteriores ao ajuizamento da execução, acrescidas das vincendas, admissível é a prisão civil do devedor (art. 733 do CPC).** [grifo nosso] (AGRHC 32854 – MG, 4ª Turma, J: 16/12/2003, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ:05/04/2004)

**A pena de prisão por dívida alimentar tem como pressuposto a atualidade do débito. Tal pressuposto foi observado na hipótese dos autos, em que a pena prisional se ateve**

**ao pagamento apenas das três últimas parcelas em atraso, anteriores à execução, acrescidas das vincendas.** [grifo nosso] II. Inobservado o prazo legal (art. 30 da Lei n. 8.038/90), inadmissível o recurso ordinário, conhecendo-se do pedido como habeas corpus, em substituição. (RHC 15157 – RS, 4ª Turma, J: 16/12/2003, Min. Aldir Passarinho Junior, DJ:08/03/2004)

“Emblemático é a postura permissiva da lei internacional quanto à prisão civil por débito alimentar, posto que poderia se aplicar o mesmo raciocínio atinente à prisão do depositário infiel. Trata-se de uma concessão do sistema jurídico internacional a essa hipótese e que encontra, no direito brasileiro, abertura na previsão constitucional.”<sup>158</sup>

Assim, cabe aos juristas não tornar a medida permissiva da prisão civil por débito alimentar como medida absoluta e sim relativizar a sua incidência quando em colisão com o princípio da dignidade da pessoa humana, analisando-se a necessidade de aplicação do instituto no caso concreto. Ademais, constata-se que o sistema Internacional dos Direitos Humanos é imperfeito, cabendo avançar no sentido da prevalência integral do princípio da dignidade da pessoa humana no caso concreto, devendo haver um juízo de ponderação.<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...*, f. 49.

<sup>159</sup> *Ibid.*, f. 49-50.

## CONCLUSÃO

Os princípios presentes na Constituição Federal de 1988 espelham os valores mais relevantes da sociedade e do ordenamento jurídico, enraizando-se por todo o sistema e conduzindo a interpretação das normas constitucionais e infra-constitucionais. Com efeito, “a atividade interpretativa no campo jurídico civil deve ter como ponto de partida, sempre, os princípios constitucionais, que são postulados básicos que espelham a diretriz de uma dada ordem jurídica.”<sup>160</sup>

Os fenômenos da “constitucionalização” e da “publicização” do Direito Privado devem ser lidos à luz dos princípios constitucionais, mais precisamente à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual permeia a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Sem dúvida, houve uma inversão nos paradigmas tradicionais do Direito Civil oriundo das transformações sociais dos séculos XVIII e XIX, as quais culminaram com o fenômeno da codificação. Na nova ordem constitucional, a pessoa passou a ser o centro do ordenamento jurídico e os valores patrimoniais foram mitigados. É a partir desta visão que as normas jurídicas devem ser interpretadas.

O desafio que se coloca aos civilistas é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, por meio dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direito, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais. (LOBO<sup>161</sup>, citado por CORTIANO JUNIOR, 2002)

---

<sup>160</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...* f. 124.

<sup>161</sup> LOBO, Paulo Luiz Neto. *Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, p. 103.

Segundo Perlingieiri, ‘personalismo’ é superação do individualismo e ‘patrimonialismo’ é a superação da patrimonialidade fim em si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores.<sup>162</sup>

Ao Poder Judiciário incube a árdua missão de adequar regras jurídicas ultrapassadas, úteis em uma outra época histórica, à realidade social atual, na qual não basta apenas ‘ter’, mas ‘ser’, com vistas a efetiva dignidade da pessoa humana. Outra importante missão desse poder é a concretização dos direitos assegurados no texto constitucional, possibilitando aos seus membros uma atuação interventiva, com a finalidade de diminuir as injustiças e desigualdades sociais, transformando a realidade e buscando uma maior justiça social.

Ao intérprete os princípios fundamentais servirão de guia. Isso significa possibilitar, por meio de uma hermenêutica construtiva, que a Carta fundamental do Estado seja produto dialético. Ainda que expresse um consenso, não é capaz de garantir a colisão de normas, quando então a solução far-se-á à luz dos princípios maiores da Constituição e nos valores fundantes de uma sociedade mais justa, solidária e igualitária.<sup>163</sup>

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, III diz que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamento: a dignidade da pessoa humana.” De fato, a CF contempla como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Por ser princípio constitucional, perpassa toda a racionalidade do ordenamento jurídico nacional. É um princípio que diz respeito à proteção da pessoa concreta, não se referindo a um sujeito abstrato, inserida em um contexto real e não ideal. “Não se trata, pois, do sujeito de direito da codificação civil, que se coloca em uma dimensão abstrata, mas da pessoa

---

<sup>162</sup> PERLINGIERI, op. cit., p. 33.

<sup>163</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...*, f. 126.

concretamente considerada.”<sup>164</sup>

Como já foi frisado anteriormente, o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais elementar, orienta toda a ordem constitucional e infra-constitucional. Trata-se de um princípio anterior a tudo, condiciona o Estado Democrático de Direito, o qual alicerça-se sobre esse princípio. Da promulgação da Constituição de 1988, fruto da transformação do Estado Ditatorial em Estado Democrático de Direito, até os tempos atuais, verificou-se um progressivo avanço na tentativa de se estabelecer o ser humano como o centro do ordenamento, bem como a existência do Estado em razão dele. Nesse contexto, cabe ao interprete, no momento da concretização da norma, afirmar a incidência desse princípio, vinculando as demais normas do ordenamento ao passar pelas relações concretas.<sup>165</sup>

De outra parte, não se pode falar em qualquer outro Direito e garantia constitucional sem que se faça alusão à dignidade humana, razão pela qual é denominado princípio unificador. Assim, o exercício da liberdade e da igualdade, entre outras, significa, igualmente uma liberdade e igualdade digna, (...) e quando a Constituição resguarda Direitos e garantias fundamentais, resguarda imediatamente a dignidade da pessoa humana. Ademais, na interpretação e aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico, deverá ser observado o princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, pode-se dizer que funciona como verdadeiro princípio hermenêutico. Verifica-se dessarte, que mais que princípio, a dignidade humana ocupa posição de verdadeiro valor que informa e sustenta todo o sistema jurídico.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano eficiente. *In: BARBOZA, Helois Helena; FACHIN, Luiz Edson; GEDIEL, José Antônio Peres; et al(Orgs.) Diálogos sobre Direito Civil: Construindo a Racionalidade Contemporânea.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 129-130.

<sup>165</sup> “Vale dizer: o direito tem no referido princípio um componente ético inafastável. Desse modo, no âmbito do Direito Civil, impõe-se uma releitura dos institutos no sentido de preservar e de promover a dignidade da pessoa humana.” (RUZYK, op. cit., p. 132.)

<sup>166</sup> PELEGRINI, Carla Liana Waldow. Breves considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. *In: Jornal O Estado do Paraná.* Caderno: Direito e Justiça, 07/09/2003, p. 12.

Assim, mostrou-se de fundamental importância adentrarmos ao estudo do princípio da dignidade humana como princípio que deve nortear o estudo da prisão civil por dívida.<sup>167</sup> Nas palavras de TEPEDINO<sup>168</sup>, citado por CORTIANO JUNIOR, 2002, “A pessoa humana, portanto – e não mais o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio – qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado.”

Em relação a recepção do Pacto de São José da Costa Rica pelo ordenamento jurídico brasileiro, já se conhece o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual adota a tese de que

...A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de subordinar-se, no plano hierárquico-normativo, à autoridade da Constituição da República, não podendo, por isso mesmo, contrariar o que dispõe o art. 5º, LXVII, da Carta Política, também não derogou - por tratar-se de norma infraconstitucional de caráter geral (*lex generalis*) - a legislação doméstica de natureza especial (*lex specialis*), que, no plano interno, disciplina a prisão civil do depositário infiel.<sup>169</sup>

Esse entendimento mostra-se tanto quanto reacionário, isto é, vai contra toda a dogmática relativa aos Direitos Humanos, firmada a partir da Segunda Guerra Mundial. O presente estudo permite-nos compartilhar a idéia defendida por vários

---

<sup>167</sup> “A personalização envolve diretamente o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser protegido, e a guiar a aplicação e interpretação de toda ordem jurídica. Este o material pré e metajurídico, e agora jurídico, que vai informar a renovação do direito privado. Nessa direção vai o direito brasileiro, a partir da assunção, pela ordem constitucional, de que a dignidade da pessoa humana – feita agora em cláusula geral do ordenamento – constitui um dos fundamentos da República (Constituição Federal, art. 1º, inciso III).” (CORTIANO JUNIOR, op. cit., p. 173).

<sup>168</sup> TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de de direito à pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 2., Editorial, p.v, abr./jun. 2000.

<sup>169</sup> HC 74381 – PR, 1º Turma, Rel. Min. Moreira Alves, J: 26/08/1997, DJ: 26/09/1997.

doutrinadores, entre eles a eminente jurista Flávia Piovesan, de que deve ser aplicado a norma mais favorável ao indivíduo no caso concreto. “O princípio da norma mais favorável pode se identificar com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, na medida em que este prevê que ‘no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.’”<sup>170</sup>

Nesse sentido, é incontroverso, embora o STF possua entendimento majoritário em sentido diverso, que a prisão civil do depositário infiel não deve ser decretada em face da regra prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, em face do princípio da aplicação da norma mais favorável ao indivíduo. Nesse caso, esta norma provém de um tratado internacional do qual o Brasil é signatário, prevalecendo sobre a norma constitucional por ser mais benéfica.

Ademais, os interesses meramente patrimoniais não devem prevalecer sobre os valores da pessoa humana. Não se pode privar um indivíduo de sua liberdade, o maior bem que alguém pode ter e da qual os outros direitos humanos necessitam para se efetivarem, para se garantir que outro ser humano tenha seus interesses patrimoniais satisfeitos. Trata-se de uma injustiça, mitigando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual foi devidamente analisado e que deve nortear a interpretação das demais normas constitucionais e infra-constitucionais, em face de valores econômicos e patrimoniais.

Destarte,

... a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que proíbe a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados (art. 29, “b”); proíbe, ainda, a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de “excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração

---

<sup>170</sup> GALINDO, op. cit., p. 317.

Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza” (art. 29, ‘d’). O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), da mesma maneira, determina que “não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.” (art. 4º)<sup>171</sup>

Nesta seara, o Poder Judiciário brasileiro possui entendimento contrário as tendências internacionais de proteção aos Direitos Humanos, ferindo não só os princípios da Carta Magna, bem como os tratados e convenções do qual o Brasil é signatário e se comprometeu a respeitar.

Por outro lado, em um país em que o sistema carcerário encontra-se em estado de calamidade, como é notório e acompanha-se diariamente nos meios de comunicação, não há como manter-se um indivíduo encarcerado e a sua dignidade preservada. Os estudos sobre a teoria da pena, os quais não cabem análise nesse estudo, demonstram que a prisão como sanção penal é um método ineficaz e que deve ser reservada apenas para os crimes considerados mais graves, em especial os crimes dolosos contra a vida.

No âmbito civil, a prisão é um instrumento arcaico, resquício da época antiga e medieval, devendo ser superado pelo nosso ordenamento jurídico por ser um instrumento comprovadamente ineficaz. Há inúmeros métodos que podem constranger o depositário infiel a cumprir a obrigação, quais sejam: fixação de multa por dia, utilização da busca e apreensão do objeto depositado e, em último caso, até mesmo conversão em perdas e danos, ou seja, nada mais que a utilização das tutelas específicas previstas nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, relativas as obrigações de fazer e não fazer, que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

---

<sup>171</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos & Relações Internacionais**. Campinas: Agá júris, 2000, 134.

Em relação a prisão civil por inadimplemento do dever alimentar, o tema se mostra mais complexo e não se pode decretar a prisão sem uma análise mais profunda do caso concreto, pois não só há valores patrimoniais envolvidos como extrapatrimônios. Segundo Rosana FACHIN,

No campo específico da prisão civil por dívida alimentar, adicionam-se outras conseqüências negativas do aprisionamento, agravando a ruptura do afeto familiar, especialmente entre pais e filhos, uma vez que se os cônjuges se separam, deles não devem se separar os filhos. A prisão do pai também provoca um sentimento que pode gerar um selo de indignidade que se projeta para além do devedor e alcança sua própria família. E além da perda do trabalho, as conseqüências do afastamento do grupo familiar (...) tem nefasto efeito dessocializador.<sup>172</sup>

*Mais adiante, a mesma autora sustenta ainda que*

... a punição com pena de prisão na grande maioria dos casos que batem às portas da Justiça revela que a inadimplência da pensão é fruto de real impossibilidade de cumprir o dever alimentar, e portanto, haverá por parte do Magistrado a necessidade avaliar [*sic.*], em cada caso concreto, as medidas eficazes para ver realizada a prestação jurisdicional no sentido de dar efetividade à pensão alimentícia e assegurar o legítimo direito do alimentando.<sup>173</sup>

O Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento no sentido de que a prisão por dívida alimentar tem como pressuposto a atualidade do débito, ou seja, apenas em relação as três últimas parcelas em atraso, anteriores à execução, acrescidas das vincendas. As prestações anteriores, como perderam o caráter alimentar, devem ser executadas por quantia certa.

Há ainda o problema com o prazo, pois a Lei da Ação de Alimentos fixa o

---

<sup>172</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...*, f. 69-70.

<sup>173</sup> *Ibid.*, f. 70.

prazo da prisão até sessenta dias e o Código de Processo Civil de um a três meses. Nesse sentido, no caso de a prisão do devedor ser decretada, pelo estudo feito, chegou-se a conclusão de que o juiz deve fixar o prazo máximo de sessenta dias, por ser a Lei de Alimentos uma lei específica e, ainda, levando-se em conta que a prisão civil é uma medida extrema e de exceção, bem como a aplicação do princípio do menor sacrifício para o devedor. Nota-se que nem sempre é esse o entendimento dos tribunais.

Pode-se chegar a conclusão de que mesmo no caso de débito alimentar, a prisão civil não se mostra um instrumento adequado para satisfação da obrigação. Quando um indivíduo está imbuído de má-fé, pode ser encarcerado que continuará inadimplente e, ainda, utilizar-se-á do instrumento constitucional do Hábeas Corpus ou do Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo para voltar à liberdade em pouco tempo.

Em outros casos, o alimentante não possui recursos financeiros para cumprir com o dever alimentar e se estiver empregado, corre o risco de perder o emprego e cair em situação de miserabilidade, não podendo, então, de forma alguma adimplir com a obrigação. Por outro lado, pode a prisão se mostrar relevante para cancelar o inadimplemento culposo e contumaz em alguns casos isolados.<sup>174</sup>

Rosana FACHIN advoga a tese de que pela realização de deveres essenciais à vida digna, em favor das crianças e adolescentes responde, de modo mediato, o Estado. Assim, cabe pensar num Fundo De Segurança Social de Garantia Alimentar à criança e ao adolescente, a ser gerenciado para esse efeito. Em relação aos débitos alimentares entre ex-cônjuges podem ser suscitados outros instrumentos como a criação de um cadastro de devedores de pensão alimentícia, a exemplo dos cadastros do SERASA, a fim de que sejam inscritos os inadimplentes, o que lhes impossibilitaria de exercer atos de comércio, de contrair empréstimos bancários, participar de licitações, constituir participação em sociedades civis e comerciais, comprar e vender

---

<sup>174</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...*, f. 128.

móveis e imóveis, dentre outros. Aos devedores despídos de patrimônio, comprovadamente, poderão ser dirigidas sanções de prestação de serviços à comunidade.<sup>175</sup>

Por fim, a tutela da dignidade humana deve ser o parâmetro para a resolução de conflitos e os institutos de Direito Civil devem ser lidos de acordo com os princípios constitucionais.

“A crença é antes no homem e na força daqueles que buscam conduzir o Direito em verdadeiro respeito aos valores constitucionais e que, em contrapartida, não se deixem levar por interesses meramente egoísticos.”<sup>176</sup>

---

<sup>175</sup> FACHIN, *Vertentes Contemporâneas...*, f. 127-129

<sup>176</sup> CASTRO; NALIN, *op. cit.*, p. 122.

## BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil por Dívida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BARBOZA, Heloís Helena; FACHIN, Luiz Edson; GEDIEL, José Antônio Peres; *et al* (Orgs.) **Diálogos sobre Direito Civil: Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Resende de; ZIVETI, Fernando Aurélio (Coord.). **Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed., Coimbra: Almedina, 1989.

CORTIANO JUNIOR, Eroulth. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: Uma análise do Ensino do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. (Coord.) **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Vertentes Contemporâneas do Dever Alimentar: baldrame para a construção de um novo Direito de Família**. Curitiba, 2003, 151 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOMES, Luiz Flávio.; PIOVESAN, Flávia. (Coord) **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Orlando. **A Alienação Fiduciária em Garantia**. 4. ed., São Paulo: RT, 1987.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos & Relações Internacionais**. Campinas: Agá júris, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 60

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**, 5 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. **Breves considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. O Estado do Paraná**. Curitiba, 07 set.2003. Caderno: Direito e Justiça, p. 12.

PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: Vol. IV, Direitos Reais.** 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Carmem Lucia. (Coord.) **Direito Civil Constitucional: Situações Patrimoniais.** Curitiba: Juruá, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 8.ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Maria de Lourdes Seraphico Peixoto da. **Conceito Constitucional de Dano Moral: o desrespeito pela dignidade humana.** (não publicado) PUC, São Paulo, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie.** 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Direito de Família.** 3.ed., São Paulo: Atlas, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Vol. 34. jan/março de 201, p. 111.

TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **Problemas de Direito Civil – Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

[www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html)Acesso; 28.07.04.

## OBRAS CONSULTADAS

ALVES, José Carlos Moreira Alves. **Direito Romano**. 12. ed., vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação Fiduciária em Garantia**. Campinas: Millennium, 1998.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Inibitória da Vida Privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.