

SILVIA CAROLINA PAMPLONA E SILVA

PRISÃO (?) CIVIL: Reflexões por um enfoque Criminológico Crítico

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Criminologia no Curso de Especialização (Pós-Graduação *lato sensu*) em Direito Penal e Criminologia, realizado pelo Instituto de Ciências Criminais e Políticas Públicas – ICPC, com vínculo com o Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Juarez Cirino dos Santos.

CURITIBA
2008

Com amor, ao querido Maurício Stegemann
Dieter, pela compreensão, concessão, e apoio.

TERMO DE APROVAÇÃO

SILVIA CAROLINA PAMPLONA E SILVA

PRISÃO (?) CIVIL: Reflexões por um enfoque Criminológico Crítico

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Criminologia no Curso de Especialização (Pós-Graduação *lato sensu*) em Direito Penal e Criminologia, realizado pelo Instituto de Ciências Criminais e Políticas Pública – ICPC, com vínculo com o Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Juarez Cirino dos Santos.

Curitiba, _____, 2008.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – BREVES PONTUAÇÕES	4
1. SOBRE A PRISÃO: teorizações superficiais sobre a interlocução pena criminal – pena civil.....	4
2. AS RAÍZES DA RACIONALIDADE AUTORIZATIVA DE PRISÃO CIVIL: antecedentes históricos e base axiológica.....	6
CAPÍTULO II - A NORMA AUTORIZATIVA DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL	9
1. VISÃO CONTRATUALISTA MODERNA E NORMATIZAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL.....	9
2. A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL PARA O DEPOSITÁRIO INFIEL E O DEVEDOR-FIDUCIÁRIO.....	11
3. INAPLICABILIDADE DE PRISÃO CIVIL AO DEPOSITÁRIO INFIEL EM VIRTUDE DAS DISPOSIÇÕES RATIFICADAS EM TRATADOS INTERNACIONAIS.....	14
4. SOBRE A VALIDADE DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE PRISÃO CIVIL AO DEPOSITÁRIO INFIEL E AO DEVEDOR-FIDUCIANTE.....	18
CAPÍTULO III - PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS	23
1. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS E POSITIVOS DO ORDENAMENTO CIVIL.....	23
2. ASPECTOS PROCESSUAIS DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS.....	25
CAPÍTULO IV - A “PENA DE PRISÃO” E A PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS	30
1. FUNÇÕES ATRIBUÍDAS À “PENA DE PRISÃO” NO DIREITO PENAL..	30
2. FUNÇÕES ATRIBUÍDAS À PRISÃO NO DIREITO CIVIL.....	32
3. ALTERNATIVAS (?) À PENA DE PRISÃO CIVIL.....	35
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS	42

RESUMO

A prisão como pena que restringe a liberdade do indivíduo é amplamente estudada pela dogmática penal, pela criminologia, e até mesmo pela sociologia. Não obstante, é no direito civil que, temerosamente, também se encontra essa medida como sanção, estando amparada em dispositivo constitucional, tratados internacionais e legislação ordinária. Veda-se a prisão civil por dívida exceto para o devedor de alimentos que voluntária e injustificadamente não cumpre com a obrigação e para o depositário infiel. O presente estudo se dedica a demonstrar que, apesar de não se confundir com as funções atribuídas à pena no Direito Penal, a prisão civil é injusta e ineficaz no seu propósito, quando não ilegal, o que determina refletir sobre os fundamentos (que autorizam) e os limites (que balizam) a aplicação desta sanção.

Palavras-chave: *Prisão civil; funções da pena; tratados internacionais de direitos humanos; execução de alimentos.*

INTRODUÇÃO

Pela ótica da preservação dos direitos fundamentais, e entre eles especialmente a liberdade do cidadão, a Constituição da República nega o instituto da prisão civil como garantia ou modo de execução do pagamento, a exceção de dois casos, restritos à literalidade do artigo 5º inciso LXVII¹ – não haverá prisão civil por dívida, a não ser (e somente) para os casos de depositário infiel ou de devedor de alimentos que injustificadamente não cumpre com a obrigação.

Historicamente, o Código Civil de 1916, em seu art. 1287, já regulamentava a possibilidade de prisão civil ao depositário, que se conveniu chamar de “infiel”. A matéria alcançou status constitucional com a Constituição de 1934 (Art. 113, 30 – “não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”), foi suprimida na Constituição de 1937 e retornou de forma mais elaborada na Constituição de 1946 (Art. 141, § 32 – “não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”), mantendo-se nas Constituições seguintes.

O legislador ordinário, contudo, foi capcioso e passou a regular a responsabilidade do devedor-fiduciante, nos contratos por alienação fiduciária, segundo as regras aplicáveis ao contrato de depósito, assim estendendo por equiparação a figura da prisão civil a este (Decreto-Lei nº 911/69). Ou seja, previsão infraconstitucional trouxe mais uma exceção à vedação de prisão civil por dívida, o que durante décadas foi entendido como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

¹ Constituição da República. Artigo 5º. LXVII – Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel.

No plano internacional, as legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos (cite-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos) passaram a proibir expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente².

Com a ratificação pelo Brasil dos tratados que regulavam a matéria, no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão “depositário infiel”, e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possuía fundamento direto ou indireto.

De todo o modo, se de um lado a discussão sobre a possibilidade de prisão civil ao depositário infiel está por se assentar – o Supremo em breve julgará recurso extraordinário que será paradigma na questão –, quando se está a tratar da prisão civil do devedor de alimentos, são raras as exposições que vão para além do estabelecido como incontroverso pela doutrina e jurisprudência clássicas. (E não que as críticas não sejam necessárias).

O presente trabalho se dedica, então, a abordar de forma crítica as hipóteses de prisão civil, agitando o tema com relação à constitucionalidade, legitimação, e fins a que se propõem. Para isso, a análise se utilizará sobretudo de critérios da disciplina penal, pois se defende que é impensável falar em “prisão” sem necessariamente adentrar à essa sistemática.

É a partir de uma aproximação entre as duas disciplinas que se pode compreender que o direito civil se utiliza de um instrumento característico do direito criminal, qual seja, pena

² Art. 7º (nº 7), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” Art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

que restringe a liberdade do indivíduo, mas pretende alcançar funções diversas daquelas declaradas pelo discurso penal oficial.

Por certo que os objetivos da pena criminal são incompatíveis com o propósito da sanção civil; o que não significa dizer que não haja nada em comum entre as medidas. Assim, é necessário i) anunciar sob quais valores se fundamenta essa sanção na seara civil, ii) compreender qual a sua função precípua, iii) compará-la com as funções da pena no direito penal, e v) analisar se a sanção possui legitimidade ou não.

Nesse sentido o trabalho, em primeiro e de forma sucinta, tratará da prisão como instituição e medida que por séculos marca o sistema penal, e fará referência à interiorização dessa racionalidade repressiva em meio às relações privadas.

Em segundo, far-se-á a análise de cada uma das hipóteses de prisão civil, pontuando suas especificidades. Inicia-se com o depositário infiel e o devedor-fiduciante, trazendo a discussão sobre a aplicabilidade dos tratados internacionais no plano interno. Logo após, o estudo se destinará à hipótese de prisão para o devedor de alimentos, anunciando-se, desde logo, que se dará mais atenção a esta possibilidade por ser a única autorizada pelos tratados de direitos humanos, e por se encontrar com extensa aplicação na prática forense.

No sistema econômico vigente, diante das inúmeras ações políticas que elevam a proteção do patrimônio e do contrato em detrimento de direitos fundamentais, compreender as possibilidades de prisão civil sobre um enfoque crítico é imprescindível, sobretudo para se evitar o retorno das antigas práticas que estabeleciam que o corpo deve responder pelas dívidas.

CAPITULO I

BREVES PONTUAÇÕES

1. SOBRE A PRISÃO: teorizações superficiais sobre a interlocução pena criminal – pena civil.

A prisão, entendida em juízo próprio do senso comum, é a instituição que limita fisicamente a liberdade individual do recluso, independentemente de sua vontade. Esse castigo consiste atualmente na expressão formal mais violenta do Estado em relação ao cidadão³.

Uma vez abandonados oficialmente os castigos corporais e as penas infamantes, hoje é a pena de reclusão, especialmente a de regime fechado, o elemento simbólico central no programa de política criminal nacional e a resposta máxima autorizada constitucionalmente.

Como apogeu do gradiente repressivo do Estado contra o indivíduo, a prisão é encarada sempre como último recurso, aplicada somente para os casos de violação de bens jurídicos absolutamente essenciais à coletividade.

No Direito Penal, especialmente sob a lente histórica, e na Criminologia, notadamente sob a visão crítica e radical, o estudo da prisão como instituição e elemento central do discurso repressivo pós-industrial é amplo⁴.

³ É no modelo capitalista, fundado na contradição capital-trabalho assalariado, que a prisão se radica e ganha força, fundamentando-se na função declarada de correção do criminoso e prevenção da criminalidade, embora, em verdade, seja evidente seu desastre na realização de tal objetivo – desde FOUCAULT já se vem a declarar que à história da prisão é a história de duzentos anos de fracasso (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. 26 ed., Petrópolis: Vozes, 2002). De todo modo, prevalece o princípio trazido por RUSCHE/KIRCHHEIMER, de que “todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações produtivas.” (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 18). Ou seja, a manutenção desse sistema punitivo encontra justificação na própria manutenção do sistema capitalista.

Sob esta ótica, os avanços e retrocessos no estudo das justificações e da aplicação da pena criminal, em suas funções *declaradas e reais*, constituem um tema profícuo e abordado por teóricos tributários ou resistentes à ideologia comprometida com a manutenção do Poder.

Nada obstante a profundidade do estudo em âmbito penal, na seara civil a análise crítica da função atribuída à prisão ainda é incipiente.

Parece ser evidente que no Direito Civil a prisão cumpre funções diversas daquelas atribuídas pelo discurso do poder no Direito Penal, especialmente por estar deslocada do programa de política penal do Estado. A grosso modo, pode se destacar que na sistemática civilista, a prisão existe para garantir obrigações contratuais e dívidas alimentares, enquanto que para o sistema penal ela declara servir à manutenção da ordem, à prevenção e redução da criminalidade, e à ressocialização do criminoso⁵. Todavia, devem haver semelhanças, pois compartilham da mesmo meio, ainda que para atingir fins diversos.

No plano legal, a possibilidade de encarceramento presentifica-se no Direito Civil Brasileiro como hipótese sancionatória excepcional, garantida, *prima facie*, nos termos do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal.

Artigo 5º. LXVII – Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel.

⁴ Como expoentes cite-se: i) FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**; História da Violência nas Prisões, 26 ed., Petrópolis: Vozes, 2002; ii) RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999; iii) MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcel y Fábrica (los orígenes del sistema penitenciario)**. Siglo XXI, 1980; iv) BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002; v) CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral, 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

⁵ Segundo CIRINO DOS SANTOS, esses objetivos manifestos possuem funções ilusórias de encobrimento da natureza das relações sociais. Na realidade o sistema de justiça criminal, compreendido pelo tripé polícia, justiça e prisão, vem possibilitar os reais objetivos do sistema penal e do Estado, quais sejam, a reprodução das estruturas de classes e a manutenção das desigualdades. Longe das funções de prevenção e ressocialização, o que se almeja é fazer o controle social por meio de gestão diferenciada da criminalidade, visando assim a manutenção do poder. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral, 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 3-14).

Diante de novas limitações legislativas, como o Pacto de São José da Costa Rica, e valorativas, construídas pela releitura principiológica das regras civis, a incidência da prisão como medida coercitiva garantidora reduz-se tão somente ao inadimplemento da dívida de alimentos – vez que a hipótese de prisão para o depositário infiel é inconstitucional, como se verá adiante.

De todo o modo, apesar de não se confundir com as funções atribuídas à pena no Direito Penal, a prisão civil se mostra injusta e ineficaz no seu propósito, quando não ilegal, e por isso necessário tecer considerações críticas acerca do instituto, refletindo-se sobre os fundamentos (que autorizam) e os limites (que balizam) a aplicação desta sanção.

2. AS RAÍZES DA RACIONALIDADE AUTORIZATIVA DE PRISÃO CIVIL: antecedentes históricos e base axiológica.

Apoiado na ideologia liberal moderna, o Direito Civil disciplinou legalmente os institutos que poderiam garantir a perpetuação do modelo econômico burguês, alicerçando a dogmática nos três pilares fundamentais que sustentam o modo de produção capitalista na seara das relações entre pessoas físicas: contrato, propriedade e família⁶.

⁶ Assim entende a doutrina que capitaneia o processo de Constitucionalização do Direito Civil: “Três pilares fundamentais, em cujos vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas e sobre as coisas”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 10.

Como a disciplina das relações civis neste quadro teórico sempre está vinculada à propriedade, a confusão entre o “ser” e o “ter” é típica do Direito Civil Clássico⁷. É nesta perspectiva que a responsabilidade patrimonial se confunde com a responsabilidade individual, sempre determinando a absoluta supremacia dessas instituições próprias do pensamento liberal. Nessa moldura ideológica a prisão, como sanção, relaciona patrimônio e sujeito.

Em perspectiva paralela, de viés contratualista, a prisão civil pode ser compreendida segundo às ordens do pacto social. O Estado detém o poder, explicitado pelo controle ou regulação exclusiva da disposição dos meios de produção e pelo poder de polícia. A prisão, como elemento máximo de repressão estatal, é a medida extrema da qual dispõe o Estado, vinculado pelo pacto social, para manutenção da paz social. Deste modo, a aplicação de tal reprimenda pressupõe uma violação significativa da estrutura sistêmica do Estado. Assim, o sentido da prisão no tocante à disciplina das relações sociais privadas afastadas, em tese⁸, da racionalidade pública, constituiria por si só uma incoerência.

Acontece que a Constituição Federal de 1988, em seu projeto de Estado Democrático de Direito, nega a racionalidade essencialmente patrimonial do Direito Civil, deslocando o eixo da ordem jurídica nacional para o *ser* em sua dimensão concreta. Assim, pela ótica da preservação dos direitos fundamentais, e entre eles especialmente a liberdade do cidadão, nega o instituto da prisão civil como garantia ou modo de execução do pagamento, a exceção de dois casos, previstos no artigo 5º inciso LXVII, segunda parte: a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel.

⁷ O presente trabalho, dada seu objetivo anunciado, não versará especificamente sobre a raiz histórica da responsabilidade patrimonial que autoriza o encarceramento. Sobre o recorrido histórico de tal medida ver, AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil por Dívida**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁸ Tese, aliás, insustentável pela ótica da Constitucionalização do Direito Privado, a qual desloca o centro do ordenamento civil da tutela patrimonial para a dignidade da pessoa humana.

No primeiro (prisão civil ao devedor de alimentos), o bem jurídico que se pretende tutelar por meio da possibilidade de restringir a liberdade é o valor abstrato “vida”, conceituado como superior a outro valor abstrato, a saber, a “liberdade”.

Tal entendimento contemporâneo não é original: já nas fontes históricas a vida é o núcleo protegido nas relações alimentícias, e a recusa de prestação dos alimentos assemelhava-se, em precedente histórico, ao homicídio⁹.

No presente, e fundada a República do Brasil na dignidade da pessoa humana e na cidadania, a preferência pela vida como direito que precede todos os demais direitos, não é apenas lógica, mas necessária.

De outro modo, vê-se que qualquer hipótese de prisão civil que não contraste a incompatibilidade da coexistência entre vida e liberdade no caso concreto é arbitrária e injusta à luz da própria Constituição – e por isso toda a discussão acerca da segunda hipótese de prisão elencada no art. 5º, LXVII, qual seja, a do depositário infiel.

⁹ Aproximação que é sintetizada na fórmula latina: *necare videtur qui alimonia denegat*.

CAPITULO II

A NORMA AUTORIZATIVA DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

I. VISÃO CONTRATUALISTA MODERNA E NORMATIZAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

O contrato se desenvolve à luz da ideologia individualista típica dos regimes capitalistas de produção, fundamentando-se no primado da livre iniciativa e da autonomia privada – contrato como fruto exclusivo da autonomia privada, capaz de fazer lei entre as partes (*pacta sunt servanda*). O direito privado, para instituir essa primazia da vontade do particular, estabeleceu-se de modo a permitir a total liberdade na pactuação, elevando a autonomia privada à posição absoluta e requerendo uma postura abstencionista do Estado. Todavia ele não se olvidou da tarefa de organizar uma gama de institutos para assegurar o cumprimento do pactuado, impondo prestações de garantias e criando um largo sistema de sanções para o descumprimento.

Ao longo dos anos, toda a disciplina do direito privado, e em particular o direito contratual, se estruturou visando debelar dois “perigosos” riscos inerentes ao sistema de trocas e relações comerciais: o da insolvência e o do inadimplemento. Contra o risco da insolvência, a ordem jurídica trouxe o sistema de garantias fidejussórias e reais. Já contra o eventual inadimplemento, esta estabeleceu cláusulas penais, moratórias e compensatórias.¹⁰

No entanto, quando vieram as crises econômicas, esses expedientes que normalmente serviam à tutela contratual se mostraram insuficientes no alcance dos interesses dominantes. O

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 76.

resultado foi uma onda de exacerbação dos riscos apontados e de intensificação dos mecanismos de proteção colocados em funcionamento pelo Estado, muita das vezes em sacrifício de princípios constitucionais indisponíveis¹¹. Assim, revestiu-se a disciplina contratual de garantias superpostas e exigências exageradas, acompanhadas de meios excessivos de coerção, como a prisão.

É nesse momento que a prisão civil passa a ser anunciada como própria das relações negociais (como algo normal), esquecendo-se do fato de que por séculos o corpo já não mais respondia pelas dívidas.

Nessa esteira, no plano normativo, a legislação infraconstitucional brasileira desde o Código Civil de 1916 (art. 1287) já regulamentava a possibilidade de prisão civil ao depositário, que se conveniu chamar de “infiel”. Com o Decreto-Lei n.º 911/69, a legislação equiparou o devedor-fiduciante ao depositário, estendendo a prisão civil à alienação fiduciária. Décadas depois, não obstante a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil em 1992, excluir qualquer possibilidade de prisão por dívida a não ser a do devedor de alimentos, vem ainda o Novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), no art. 652, sustentar essa hipótese extremada de sanção¹².

Em plano superior, a Constituição Federal de 1988, desde a sua redação original, traz a regra geral autorizativa da prisão civil do depositário infiel dentro de seu art. 5º, que prevê os direitos e garantias fundamentais do homem¹³.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil...**, p. 77-78.

¹² Há que se ressaltar que esses regulamentos se limitaram a simples tarefa de prever a hipótese de prisão, não se preocupando em assegurar as garantias mínimas exigidas quando se autoriza a intervenção, em qualquer nível, na liberdade de um cidadão.

¹³ Não é necessário um exame mais minucioso para avaliar que é verdadeira teratologia norma que possibilita prisão civil por inadimplemento contratual estar no rol de direitos e garantias fundamentais de todo ser humano, sendo consagrada ao lado de valores supremos como vida e liberdade.

Por tempos os tribunais pátrios se restringiram a um exame extremamente superficial de legalidade, aceitando como constitucional a hipótese de prisão civil para o depositário e implementando sua efetivação na prática, sobretudo no tocante à alienação fiduciária.

À parte da doutrina esclarecida, que sempre lutou contra esse disparate legislativo, a regra sempre foi permitir que a última *ratio* do Poder Punitivo Estatal fosse evocada para garantir o cumprimento dos contratos civis.

2. A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL PARA O DEPOSITÁRIO INFIEL E O DEVEDOR-FIDUCIÁRIO.

Como visto a Constituição da República veda a prisão civil por dívida, excetuando aos casos do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentícia e do depositário infiel. Cabe verificar portanto quando a figura do depositário infiel estará presente.

Em princípio, o legislador ordinário conformou a norma constitucional ao regular o contrato de depósito (CC, art. 627 e ss.). Segundo a lei, o *contrato de depósito* é aquele em que o devedor recebe a guarda de determinado bem incumbindo-se da obrigação, contratual ou legal, de restituí-lo quando o credor o requeira. Se o depositário não restitui o bem quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão, sem prejuízo de ressarcimento possível. Tratar-se-á, portanto, de depositário infiel.

Todavia, o Decreto-Lei n.º 911/69 trouxe previsão de que, na alienação fiduciária, o devedor-fiduciante se equipara ao depositário “*com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal*”. Logo, o decreto equiparou o devedor-fiduciante ao depositário infiel para fins de prisão civil.

Esclarecendo, a alienação fiduciária é entendida como garantia real concebida para estimular e expandir o crédito direto por meio das instituições financeiras ao consumidor¹⁴. O objetivo é facilitar a circulação de riquezas, o acesso aos bens de consumo. A alienação vem definida pela doutrina como o “negócio jurídico pela qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la”¹⁵. Ou seja, o tomador do empréstimo (fiduciante) aliena a propriedade de uma coisa, móvel ou imóvel, ao financiador (fiduciário), permanecendo aquele com a posse direta e este com a posse indireta, até que se extinga o contrato pelo pagamento ou pela inexecução.

Se o fiduciante paga a dívida, há o implemento da condição resolutiva, perdendo o fiduciário a condição de proprietário, sendo obrigado a restituir o domínio do bem alienado em garantia. De outro modo, se o fiduciante se torna inadimplente, cabe ao fiduciário a execução de várias medidas para garantir seu crédito: ele pode ajuizar ação de busca e apreensão para garantir a posse direta, pode alienar o bem se o devedor o entregar, pode ainda ajuizar ação de execução, e pode, caso tais medidas não seja eficientes, suscitar a ação de depósito.

Mas não obstante a previsão de todos esses meios legais para perseguir o crédito, o art. 66 da Lei nº 4.278/65 (Lei do Mercado de Capitais), com a redação determinada pelo Decreto-Lei nº 911/69, determinou que o alienante-devedor se equipara ao depositário para o fim de responsabilização civil e penal, possibilitando portanto a sanção máxima de prisão civil também para este.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil...**, p.78.

¹⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.459.

A determinação legal ensejou interpretação até pouco tempo vigente no Supremo Tribunal Federal de que o fiduciante inadimplente torna-se “depositário infiel” e, por força do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, está sujeito à prisão civil¹⁶.

A doutrina esclarecida, contudo, reiteradamente advertia que essa equiparação era indevida, pois na alienação fiduciária em garantia não se vislumbram presentes os pressupostos jurídicos do depósito, o que a *prima facie* já não permitiria a possibilidade de prisão civil¹⁷.

O Superior Tribunal de Justiça compreendendo tais argumentos posicionou-se em seus julgados de maneira decidida pela inconstitucionalidade da prisão do alienante frente a ausência de identificação entre os institutos¹⁸.

Mas foi somente pelo RE 466.343/SP, com tramite desde 2006 no Supremo Tribunal Federal, que este passou a modificar sua concepção, trazendo a discussão sobre a possibilidade de prisão ao alienante e, por conseguinte, ao depositário infiel, para o plano da aplicação dos tratados internacionais ao direito interno.

¹⁶ Veja: HC nº 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 4.9.1998; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; HC nº 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.8.2003; HC nº 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.8.2005.

¹⁷ Destaca-se que o depositário deve guardar bem alheio enquanto que o alienante possui bem em nome próprio. O depósito impede que o guardador retire os bens da coisa, retire utilidade; já na alienação o fiduciante tem o objeto para dele se utilizar. Tecnicamente se o depositário utilizasse da coisa depositada estaria a se desnaturar a relação contratual, transformando-a em locação. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil...**, p.79. VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. **Prisão Civil por Dívida(...)**.

¹⁸ HC nº 2.771-0/DF da 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DOU 5.6.1995; HC nº 5.583 da 3ª Seção, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 5.8.97.

3. INAPLICABILIDADE DE PRISÃO CIVIL AO DEPOSITÁRIO INFIEL EM VIRTUDE DAS DISPOSIÇÕES RATIFICADAS EM TRATADOS INTERNACIONAIS

Depois de muitas discussões o STF vem dando um novo almejo sobre a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e do devedor-fiduciante. No julgamento do RE 466343/SP, o STF, reconhecendo orientação doutrinária que defende que os tratados internacionais de direitos humanos têm caráter especial (Flavia Piovesan¹⁹, Antonio Augusto Cançado Trindade²⁰, Valério Mazzuoli²¹), vem entendendo que a Convenção Americana de Direitos Humanos – também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica – e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foram incorporados no direito brasileiro com *status* supralegal.

Por conseguinte, não seria mais possível, daí a diante, falar em prisão civil para o depositário infiel vez que o art. 7º, nº 7 do Decreto 678 de 1992 (Pacto de São José da Costa Rica), que compõe o sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, dispõe expressamente que *“ninguém será detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”*. E ao seu lado, no âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos, vem a previsão do art. 11 do Decreto 591 de 1992 (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos) garantir que *“ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”*.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

²⁰ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

²¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão Civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**: de acordo com o Novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002). Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Antes, segundo o STF todo o tratado tinha *status* de lei ordinária. A doutrina vanguardista²², contudo, não concordava com tal posicionamento, pois defendia que os tratados internacionais de direitos humanos, por força do art. 5º, §2º, CF²³, teriam incorporação automática e status de norma constitucional. Sustentava-se uma dupla hierarquia aos tratados internacionais: tratados que não versam sobre direitos humanos têm o trâmite comum de lei ordinária, porém os tratados internacionais de direitos humanos têm caráter constitucional. Afirmava-se então que como no Pacto de San Jose da Costa era mais benéfico que a CF/88, pois não previa a prisão civil ao depositário infiel, ele iria prevalecer (eis que sua força também era constitucional).

O argumento forte sempre foi o de que no art. 5º, §2º, a Constituição adota uma teoria material de direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais são identificados por seu conteúdo e não pela forma que foram consagrados. Assim, não só o que está expresso na Constituição que é direito fundamental; outros direitos também podem ser, como aqueles decorrentes de tratados internacionais que o Brasil pactuou. Ora, os direitos humanos têm o mesmo conteúdo que direitos fundamentais. A diferença é que direitos fundamentais estão consagrados no plano interno da Constituição, e os direitos humanos estão consagrados no plano internacional, nos tratados e convenções internacionais.

O Supremo, no entanto, não concordou com essa tese e continuou a afirmar em seus julgados que os tratados internacionais tinham *status* de lei ordinária, mantendo assim em vigor a hipótese da prisão civil.

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

²³ Art. 5º. §2º: Os direitos e garantias expressos nesta 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.

Entretanto, em 2004, a Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, acrescentou o §3º²⁴ ao art. 5º da CF, o que pareceu apaziguar em parte o conflito de posições. Determinou-se que os tratados de direitos humanos aprovados por 3/5 dos membros das casas legislativas, em 2 turnos de votação serão equivalentes as emendas. Parecia então que estava concretizada a dupla hierarquia: *status* de emenda para o tratado de direitos humanos aprovado sob o quorum, e *status* de lei ordinária para outros.

Diante desta previsão, afirmou o STF que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, levantada pela doutrina, havia sido, de certa forma, esvaziada.

Mas a problemática acerca da prisão civil do depositário infiel ainda persistia pois o Pacto de San Jose da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foram aprovados antes da existência da norma do art.5º, §3º. Persistiria então para esses tratados o *status* de lei ordinária? As teorias se dividem, seguindo os argumentos da doutrina e jurisprudência anteriores à emenda. Mas, o que de novo há, é que em breve um indicativo forte deve ser dado pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP.

Nesse recurso, o Min. Gilmar Mendes proferiu voto no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm *status* “*supralegal*”: ficariam acima das leis mas abaixo da CF²⁵. Como sete outros ministros já votaram também nesse sentido, é quase certa a prevalência desse entendimento na corte²⁶.

²⁴ Art. 5 § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

²⁵ Declara Gilmar Mendes em seu voto: “Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o

Se assim se assentar, segundo o voto do Min. Gilmar Mendes, os tratados internacionais de direitos humanos possuirão *status* normativo supralegal, e terão portanto força de tornar a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação do tratado inaplicável ao caso concreto. Ou seja, a internalização do tratado no ordenamento jurídico pátrio com *status* supralegal teria o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Vale salientar que vem se entendendo nesse recurso extraordinário que a exceção constitucional de prisão civil para o depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, 7). A previsão continuaria a existir no plano constitucional. No entanto a legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (incluindo o art. 1.287 do CC/16 e o Decreto-Lei nº 911/69) deixará de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante provocado pela ratificação desses tratados, assim como a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante (como é o caso do art. 652 do CC/2002).

Enfim, a posição que será afirmada é a de que, desde a ratificação pelo Brasil do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, ambas no ano de 1992, não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF, ou seja, não é mais possível a prisão civil do depositário infiel.

seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”. RE 466.343/SP, www.stj.gov.br.

²⁶ Votaram com o relator Cezar Peluzo, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Brito, Marco Aurelio e Celso de Melo. Os recentes julgados em Habeas Corpus já vêm refletindo esse posicionamento declarado pela maioria dos membros do STF. Veja: HC 87585/TO e HC 90.751/SC.

Desta forma, ter-se-á uma tripla hierarquia, em que no topo está a Constituição, as emendas e os tratados internacionais de direitos humanos aprovados por 3/5, em 2 turnos, de cada casa legislativa. Abaixo deles, está os tratados internacionais de direito humanos aprovados na forma do art. 47 da CF (quorum de aprovação simples), que teriam *status* “supralegal”. Abaixo desses viriam, ao lado dos atos normativos primários, os tratados internacionais que não de direitos humanos, com *status* de lei ordinária.

Por certo seria recomendável que aqueles legitimados constitucionalmente para propor emendas submetessem o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, CF para conferir-lhes *status* de emenda constitucional. Assim estaria a se envolver das devidas garantias a vedação de prisão civil ao depositário, podendo até se defender que tal vedação se tornaria cláusula pétrea.²⁷

Portanto, em suma, sem possibilidade de prisão para o depositário infiel, haverá que se admitir que a prisão civil só é legalmente autorizada quando se refere ao devedor de alimentos que pode, mas não quer, injustificadamente, pagar.

4. SOBRE A VALIDADE DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE PRISÃO CIVIL AO DEPOSITÁRIO INFIEL E AO DEVEDOR-FIDUCIANTE

É evidente que a paralisação das normas legais que contrariam a vedação da prisão civil do depositário infiel e do devedor-alienante é avanço significativo na linha dos tribunais.

²⁷ É defensável que as normas de direitos humanos contidas em tratados internacionais se tornam também cláusulas pétreas, quando benéficas e ampliativas de cláusulas pétreas, como é o caso da prisão civil. É que se o tratado foi incorporado, ele passou a ser um direito individual. Assim ele se encaixa no inc. IV do art. 60, CF, que prevê que não é possível abolir os direitos individuais. Ou seja, se transforma em cláusula pétrea.

Contudo, não se deve olvidar que o art. 5º, inciso LXVII, parte final, da CF é nitidamente inconstitucional, o que determina que enquanto a prisão civil do depositário não for definitivamente erradicada do ordenamento jurídico brasileiro, haverá de se anunciar as suas contradições.

Facilmente se constata que a possibilidade de prisão civil ao depositário infiel não ultrapassa ao exame de constitucionalidade pela seguintes razões.

Em primeiro, parece que o legislador ao “importar” do Direito Penal a privação da liberdade como sanção para o âmbito das relações jurídicas civis esqueceu-se que estava a regular um conflito bens jurídicos²⁸.

No caso em questão, o bem jurídico que se pretende tutelar por meio da possibilidade de prisão é o patrimônio – a restituição do bem, no depósito clássico, ou o pagamento da obrigação, na alienação fiduciária. Assume-se que o patrimônio é superior ao valor abstrato “liberdade”. No entanto, como já foi ressaltado, somente seria pensável a restrição da liberdade quando o valor contraposto a ser protegido fosse a “vida”, pois somente ela é direito que precede a todos os demais direitos. Assim, qualquer hipótese de prisão civil que não contraste a incompatibilidade da coexistência entre vida e liberdade no caso concreto é arbitrária e injusta à luz da própria Constituição, fundada na dignidade da pessoa humana e na cidadania.

Há que se destacar que essa incoerência não se aplica somente no que diz respeito a prisão civil, pois até na seara criminal são inúmeros os tipos penais que trazem penas em abstratos maiores para a lesão ou perigo de lesão à propriedade que à vida.

²⁸ Ensina CIRINO DOS SANTOS que o bem jurídico ainda é conceito necessário ao Estado Democrático de Direito pois é critério de criminalização e objetivo de proteção penal. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral..., p. 14-17).

Por certo que a liberdade é um bem tão forte que somente pode ser limitado nas relações com alguns direitos, e não por todos os direitos. A Idéia de retribuir com a pena tem que ser referente à qualidade dos bens. Nesse sentido, só a vida que tem o mesmo nível que a liberdade²⁹.

Em segundo, a previsão da sanção prisão ao depositário infiel e ao devedor-fiduciante não passa no exame de constitucionalidade porque afronta violentamente o princípio da proporcionalidade.

Esclarece a dogmática alemã que o princípio da proporcionalidade é composto por três elementos: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo núcleo *adequação*, estabelece-se que a medida tem que ser adequada ao fim a que se propõem; tem que chegar ao resultado que se deseja. Essa faceta é alcançada pela prisão civil, pois a restrição à liberdade é sanção que visa coagir o devedor. Se com a ameaça de ou efetiva prisão o devedor paga ou restitui o bem, é porque a medida alcançou o fim a que se dispunha. Aqui portanto não haveria violação.

Pelo núcleo *necessidade*, estabelece-se que a medida tem que ser necessária, indispensável; não pode haver medida menos gravosa. Nesse tocante, a prisão civil infringe o princípio. É certo que o credor da relação negocial possui outros meios de perseguir a prestação, todos menos gravosos que a prisão³⁰. Para citar, ocorrendo o descumprimento da obrigação pode o credor se valer da ação de depósito ou da busca e apreensão da coisa. Ainda,

²⁹ Os próprios padres do séc. XVII já defendiam que só os delitos com violência contra o ser humano poderiam ser punidos com privação da liberdade. Deste modo, não se poderia castigar com a privação da liberdade o ataque ao patrimônio.

³⁰ “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 seu crédito, significando possibilitar ao devedor a garantia de ampla defesa”. FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Uma Releitura Constitucionalizada da Prisão Civil (desafios e perspectivas à luz da jurisprudência recente)**. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (coord.). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 231.

nos contratos por alienação fiduciária mais duas possibilidades são ofertadas pois pode o fiduciário alienar o bem se o devedor o entregar, ou ainda promover ação de execução para alcançar seu crédito. A própria lei, portanto, dá instrumentos processuais eficazes à satisfação do credor, o que torna a prisão como sanção um disparate³¹.

Pelo núcleo *proporcionalidade em sentido estrito*, tem-se a regra de que, no conflito de valores, terá que se tutelar o valor mais importante. E aqui, como já dito, certamente a liberdade é valor mais significante, o que determina reconhecer que a prisão civil também viola essa faceta do princípio. Enfatiza-se que não se poderia admitir a sobreposição do “direito ao crédito” (que abrange o direito à propriedade e a segurança jurídica) sobre a “liberdade”.

Não se pode nunca olvidar que quanto maior a intervenção no direito fundamental do indivíduo, maior é a necessidade de justificação da necessidade de intervenção³². Por isso é necessário ponderar o custo da medida tomada *versus* os benefícios por ela trazidos. É necessário colocar na balança os custos e os benefícios, especialmente quando se está a tratar da restrição da liberdade de um indivíduo.

Por fim, para assentar o reconhecimento de total ausência de proporcionalidade do instituto, se destaca que o legislador ordinário se preocupou mais em preservar o direito ao crédito que a própria vida. É que a prisão civil por não pagar a dívida fiduciária ou não restituir o bem em guarda é seis vezes mais grave que a prisão civil do devedor de alimentos.

Deste modo, tendo em conta todo o exposto, pode-se afirmar com precisão que a privação da liberdade como forma de coação ao cumprimento de uma obrigação pactuada é

³¹ Ou ao menos demonstra o poder da ideologia liberal de matiz contratualista.

³² Veja ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Do mesmo autor, **Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular**. In: *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: 2007, p. 295-304.

incompatível com as restrições estabelecidas pelo princípio da proporcionalidade – o que por si só é capaz de determinar a inconstitucionalidade da previsão de prisão não só para o devedor-fiduciante (como defende alguns) como também para o depositário infiel, eis que a desproporção é nítida nos dois segmentos.

Em terceiro, ainda deve se ressaltar que enquanto persistir autorização para a prisão civil do depositário infiel na Constituição Federal será válida a crítica de TEPEDINO, que com maestria declara que a prisão civil para essa hipótese:

“Trata-se de inegável exagero do legislador em garantia do crédito, provocando justificado temor no sentido de que se esteja reintroduzindo em nossas relações obrigacionais a prisão por dívida, uma espécie de nexu corporal que, abolido do sistema romano desde a Lex Poetelia Papilia, de 326 a.C., sujeitava o corpo do devedor ao poder jurídico do credor, na hipótese de inadimplemento contratual”³³

³³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil...**, p.80.

CAPITULO III

PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

1. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS E POSITIVOS DO ORDENAMENTO CIVIL.

Sem a possibilidade de prisão para o depositário infiel, conforme explanado supra, partir-se-á da premissa de que a prisão civil só é legalmente admitida quando se refere ao devedor de alimentos que pode, mas não quer, injustificadamente, pagar.

Nesse sentido, o estudo da prisão civil para o devedor de alimentos será mais aprofundado e crítico, visto que essa medida repressiva se encontra em pleno vigor e usualmente é evocada pelos operadores do direito. O que desde já se pode adiantar é que até esta hipótese de prisão se encontra em crise de legitimação, pois se mostra injusta e ineficaz em relação aos fins perseguidos.

A prisão civil aqui em questão é, por natureza, um meio de coação contra aquele que teve proferido em seu desfavor decisão (preliminar ou definitiva) que determina a prestação de alimentos, mas que, injustificadamente, não vem cumprindo com tal obrigação. O bem jurídico que se pretende tutelar por meio da constrição é a “vida”, valor abstrato conceituado como superior ao próprio valor de “liberdade”.

A prisão civil para o devedor de alimentos encontra seu fundamento em pressuposto constitucional autorizativo (art. 5º, LXVII - *não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia [...]*). A partir do disposto no texto dessa norma, a matéria é balizada pelos tratados internacionais de

direitos humanos e prevista em legislação infraconstitucional nos Códigos Civil e Processual Civil, além de Lei Especial (Lei 5.478/68).

A análise parte, por conseguinte, do exame da regra prevista no artigo 5º da Constituição, a qual deve ser entendida, pelo viés garantista que deve permeá-la, em sua literalidade.

Exatamente para evitar o arbítrio e a injustiça, a racionalidade essencial à prestação de alimentos no Código Civil reside no binômio *necessidade-possibilidade*³⁴, que vincula pessoas capazes à carentes sob a égide da solidariedade que deve pautar as relações parentais e familiares³⁵, ainda que frustrados determinados projetos de vida.

Neste jaez, sobressai em importância o momento em que o juiz fixa os valores da prestação alimentícia, liminarmente se provisórios ou definitivamente por sentença³⁶, pois é neste ato que o referido binômio incide de modo mais significativo.

Uma vez fixados em título judicial, os alimentos, quando indevidamente prestados, ensejam a Ação de Execução, que se rege segundo as disposições do Código de Processo Civil (CPC) e da Lei de Alimentos, e que serão examinados no tópico seguinte.

³⁴ Conforme dispõe o parágrafo primeiro do artigo 1694 do Código Civil: Art. 1964. §1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

³⁵ “Note-se que são as possibilidades econômico-financeiras do alimentante que fundam um dos pressupostos da obrigação alimentar, colocando indisfarçavelmente em relevo o acervo patrimonial; de outra parte, ressalte-se que é na prisão civil que se realizam dois vetores, de um lado a função repressiva do Estado, e de outro a restrição pessoal no campo da liberdade individual”. FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Vertentes Contemporâneas do Dever Alimentar**, p. 9.

³⁶ Diz-se definitivo ainda que esta sentença, por suas características, não transite em julgado.

2. ASPECTOS PROCESSUAIS DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

A obrigação de alimentar, decorrente da relação de parentesco, casamento ou união estável, quando tutelada definitiva ou provisoriamente, através de sentença ou decisão liminar, é passível de execução³⁷, sendo disciplinada pelos artigos 732 ao 735 do Código de Processo Civil.

Na prática forense, contudo, a execução de alimentos se rege a luz de somente dois dispositivos procedimentais: o rito da penhora, enunciado no art. 732³⁸ e o rito da prisão,

³⁷ Em breve síntese é necessário discorrer sobre a nova disciplina dos processos de execução. Em busca de celeridade e efetividade nas execuções, a Lei 11.332/05 trouxe uma grande inovação ao procedimento executivo, pois tornou regra do sistema a modalidade executiva de execução por fase, por módulo. A execução por módulo pode ser entendida também como execução sem intervalo, porque a execução se dá no próprio processo de conhecimento. Haveria uma fase de conhecimento seguida por uma fase de execução, ou seja, o processo de execução não seria autônomo. Na execução por módulo foi dado ao juiz a opção de usar as duas técnicas (art. 475-J). Caso o devedor não efetue o pagamento da quantia determinada em sentença no prazo de 15 dias, o montante será acrescido de multa (técnica mandamental). Se mesmo assim o devedor não cumpre com a obrigação, o juiz manda, a pedido, expedir mandado de avaliação e penhora, substituindo-se a vontade do devedor (técnica executiva). O art. 475- N do CPC enumera os títulos executivos judiciais que em regra são executados por módulo. O inc. I traz como título a sentença proferida em processo civil que reconhece a existência de obrigação de pagar quantia. Deste modo poderia se entender que a nova sistemática do cumprimento de sentença é compatível com a execução de alimentos. Mas é necessário algumas cautelas antes de assumir essa posição. É que, em primeiro, a execução de alimentos, quando for pelo rito do art. 733 do CPC (rito da prisão), continua sendo autônoma – ela é uma exceção à regra do cumprimento por módulo. Haverá um novo processo, com o réu sendo citado pessoalmente. O art. 733 diz que o réu será citado para, no prazo de dez dias, pagar, comprovar que pagou ou justificar o não pagamento. Esse artigo, contudo, só abrange os alimentos atuais, os das três últimas prestações vencidas, como se explicará adiante. Em segundo, surge o problema da execução do art. 732 do CPC (rito da penhora). Como se trata de uma execução de quantia deveria seguir o regramento do cumprimento da sentença. Mas se sucede um problema prático que influencia no procedimento em questão. É que quando o devedor deixa vencer muitas prestações depois da condenação, o processo principal acaba sendo destinado ao arquivo. Seria portanto inviável toda a vez que houvesse lapso de tempo no pagamento desarquivar os autos para proceder a execução, além do que se causaria tumulto processual que poderia implicar em prejuízo a própria parte exequente. Tendo em conta isso, alguns vêm defendendo um duplo regramento: i) as parcelas vencidas no curso da ação de conhecimento que as fixou devem ser executadas por módulo, como é exemplo as vencidas da citação à sentença; ii) já as parcelas vencidas a mais de três meses após arquivamento da ação de conhecimento devem ser, pela lógica, executadas em ação autônoma. Isso parece ser mais coerente e ir de encontro também aos interesses da parte exequente. De qualquer modo, nas duas formas o réu vai ser intimado/citado para pagar nos termos do art. 475-J (multa e penhora).

³⁸ Dispõe o art. 732: “a execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título”. O capítulo IV traz a sistemática da execução por quantia certa contra devedor solvente, devendo ser feitas as ressalvas da nota supra.

constante do art. 733³⁹, ambos do CPC. Cabe ao credor optar por qual procedimento pretende executar o devedor⁴⁰, pois entende a maioria da doutrina que não se aplica a regra da execução pelo meio menos gravoso.

Para que a prisão civil se justifique a necessidade do alimentado deve ser atual e urgente. Assim sendo, a custódia civil só deve ser autorizada na medida em que há necessidade iminente dos valores fixados em pensão para garantir a própria vida dos alimentados. É inconcebível a prisão civil para garantia de adimplemento de parcelas atrasadas de alimentos (visto que não há urgência requerida), assumindo o pagamento caráter de ressarcimento⁴¹.

Partindo desses pressupostos, os tribunais, de forma uníssona, admitem o manejo da execução de alimentos sob a luz do art. 733, o qual admite a prisão civil somente com relação às três últimas prestações em atraso (as três prestações anteriores à propositura da demanda, acrescidas das vincendas no decorrer do processo)⁴².

³⁹ Dispõe o art. 733: “na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três dias (3), efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo”.

⁴⁰ Antes era pacífico na jurisprudência a possibilidade de cominação dos dois pedidos (penhora e prisão) em uma só demanda, porém atualmente, em virtude das alterações do procedimento executivo do CPC, há quem entenda que a divisão deve se operar.

⁴¹ Consoante este pensamento veja excerto do julgado do Ministro Moreira Alves: “A prisão civil não deve ser tida como meio de coação para o adimplemento de parcelas atrasadas de obrigação alimentícia – acumuladas por inércia da credora – já que, com o tempo, a quantia devida perde o cunho alimentar e passa a ter caráter de ressarcimento de despesas realizadas” (HC 75.180-MG, rel. Min. Moreira Alves, j.10.06.97; ‘apud’ Inf. STF 75 de 9.6.97, p.2). In: NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e Legislação em Vigor**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 767.

⁴² Assim, e como exemplo, transcreve-se excerto da decisão do Ministro Anselmo Santiago: “Consolida-se na jurisprudência o entendimento de que, em caso de dívida alimentar que se acumular por longo período, deixa a mesma de ter esse caráter, salvo quanto à três últimas parcelas. Destarte, enquanto estas podem ser cobradas sob pena de prisão do devedor, as demais devem ser exigidas executivamente, na forma do art. 732 do CPC” (STJ 6ª Turma, HC 6.789-ES, rel. Min. Anselmo Santiago, j.1.9.98, DJU 13.10.98, p. 183). In: NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e Legislação em Vigor...**, p. 767. Foi editada também nesse sentido a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que venceram no curso do processo”. No entanto, há posições contrárias a esse entendimento como a do ilustre doutrinador Yussef Said Cahali: “(...) os débitos atrasados, valor de pensão alimentícia, não perderam, por força do inadimplemento de obrigação de prestar alimentos, o caráter da causa de que provieram. Os efeitos, quaisquer que sejam, tem o mesmo caráter ou natureza da causa. No caso, a dívida continuou sendo de alimentos; (...) deduzindo-se, daí, que, tendo tais débitos

Com efeito, deve-se relevar que a cobrança dos alimentos pretéritos via aplicação do art. 733, além de descaracterizar sua função precípua - que é satisfazer *necessidades emergenciais* -, apresenta-se como uma ação injusta frente ao devedor, que deverá dispor de altas quantias de pecúnia para efetuar o pronto pagamento a fim de evitar a expedição de mandado prisional.

Cabe ressaltar ainda que a (im)possibilidade de prestar os alimentos devidos não pode ser deduzida, mas deve ser comprovada judicialmente. Portanto, não basta a recusa do devedor para decretar a prisão; esta recusa deve ser injustificada⁴³. Caso apresente justificção, o que compreende não somente os casos de força maior mas também quando há comprovação de um estado real de dificuldade, o decreto prisional é descabido.

A forma prevista processualmente de defesa desse decreto é o agravo, nos moldes do art. 522, do CPC. No entanto, reza o art. 19, §3º, da Lei 5.478/68 que “a interposição do agravo, não suspende a execução da ordem de prisão”. Se assim fosse, o prejuízo da parte executada seria evidente frente ao abarrotamento processual no Judiciário, posto que, quando o agravo pudesse ser apreciado não mais teria eficácia, uma vez procedente. É defensável portanto que embora o art. 19, §3º, da Lei 5.478/63 seja regra especial, deverá se aplicar a sistemática do recurso de agravo segundo norma do art. 527, inc. III, cumulada com o art. 558, ambos do CPC, por serem normas posteriores e mais benéficas ao agravante-devedor. Segundo esses artigos poderá o relator nos casos de prisão civil, a requerimento do agravante,

pretéritos, sempre, caráter alimentar, nenhuma ilegalidade há no decreto de prisão do alimentante, que é medida constritiva legalmente prevista, para que este cumpra sua obrigação de alimentar.” In: CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3 ed., São Paulo: RT, 1999.

⁴³ No Código de Processo Civil, o artigo 733 e seu §1º prevêm expressamente que o inadimplemento deve ser injustificado: Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três dias (3), efetuar o pagamento, provar que o fez ou **justificar a impossibilidade de efetuá-lo**. §1º Se o devedor não pagar, **nem se escusar**, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um (1) a três (3) meses.

suspender o cumprimento da decisão até pronunciamento definitivo da turma ou câmara, ou seja, poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso⁴⁴.

Não sendo contudo estendido o efeito suspensivo ao agravo, ou sendo este rejeitado, caberia recorrer ao *habeas corpus* como forma de defesa, porém esse remédio constitucional vem sendo equivocadamente rejeitado pelo Superior Tribunal de Justiça, que alega que o mesmo não constitui uma via adequada para o exame aprofundado de provas, no sentido de averiguar a possibilidade econômica do devedor, a real necessidade do credor dos alimentos e a eventual excessividade do valor fixado a título de alimentos.⁴⁵

É válido ainda, incorrer acerca da grande discussão doutrinária com relação ao prazo de fixação da custódia do devedor. O Código de Processo Civil define, com relação aos alimentos provisionais, um período de reclusão compreendido entre 1 (um) e 3 (três) meses (§1º do art 733). Contudo, a Lei de Alimentos dispõe, no caput do art. 19, prazo diverso, sendo que, em alimentos definitivos, a segregação se dá no máximo de 60 dias.

De fato, é incoerente atribuir uma sanção mais grave ao descumprimento de uma tutela provisória à uma tutela definitiva. Defende-se ser imprescindível a adoção do prazo máximo de reclusão de 60 dias, seja por estar estipulado em lei especial (posto o princípio da especialidade), seja por conter regra mais favorável ao executado, frente medida excepcional (*odiosa restringenda*).⁴⁶

⁴⁴ No caso o termo “poderá” constante nos artigos deve ser compreendido como “deverá”, como verdadeira imposição ao magistrado.

⁴⁵ Assim também discorre o acórdão do STJ, em HC 37.727/SP: “A jurisprudência desta eg. Corte já consolidou o entendimento de que, salvo para reparar manifesta ilegalidade, não se admite a impetração de *Habeas Corpus* contra decisão monocrática de relator, sob pena de supressão de instância”.

⁴⁶ Francisco Fernandes de Araújo discursa, de forma um tanto quanto contrária, que “a Lei 5.478/68 é mais antiga do que o CPC, e a inovação dos três meses de prisão ocorre neste, e é possível que tal se tenha verificado por ter o legislador sentido a necessidade de um maior rigor a respeito da matéria, elevando, destarte, os limites da prisão. É possível, ainda, que se tenha adotado critério um pouco mais rigoroso para o caso de alimentos provisórios ou provisionais, em relação aos alimentos definitivos, porque neste já existe título definido para imediata execução. São hipótese aventadas para a busca de fundamentos que justifiquem a diferença de tratamento, e que o juiz poderá levar em conta, no estudo de cada caso específico, sem desconsiderar os

Explicitados os contornos processuais que tangenciam esta matéria, e sua incompatibilidade com os valores e regras constitucionais e civis, impende buscar novas formas para lidar com o tema na seara civil e processual civil. Antes, porém, deve-se estudar as funções atribuídas à prisão como instituição política de controle social, para verificar se seus fins aproximam-se do fim pretendido pela execução da dívida de alimentos.

princípios norteadores do art. 5º, da LICC e também do art. 5º do Código de Menores, se for o caso, aplicáveis por extensão mesmo em matéria de alimentos”. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil por Dívida...**, p. 170. Vale destacar que o STJ vem pacificando entendimento de que o prazo máximo do decreto prisional seria mesmo de 60 dias, conforme se defende.

CAPITULO IV

A “PENA DE PRISÃO” E A PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

1. FUNÇÕES ATRIBUÍDAS À “PENA DE PRISÃO” NO DIREITO PENAL

Como a pena⁴⁷ é o elemento central dos programas de política criminal dos países periféricos⁴⁸, o estudo sobre suas funções é vasto na doutrina nacional. Todavia, a discussão nesse âmbito é freqüentemente condicionada às funções *atribuídas* à pena, descuidando (por ignorância ou conveniência), das funções *reais* cumpridas pela sua aplicação. Neste sentido, todas as justificativas para a pena remetem às funções declaradas, e oscilam na maioria dos casos entre a retribuição e a prevenção.

A **retribuição** é a conseqüência lógica da institucionalização da vingança privada consagrada na *lei do talião*: trata-se de ministrar um mal ao sujeito infrator da norma violada, na mesma proporção do dano causado e no limite subjetivo da sua responsabilidade. Os mecanismos utilizados para infringir este prejuízo e os pressupostos que autorizam sua

⁴⁷ A expressão “pena” será utilizada aqui como recurso discursivo para evitar a repetição da expressão “pena privativa de liberdade em regime fechado”, um equivalente notoriamente simplista para representar a prisão no Direito Penal. Esta adaptação forçosa servirá apenas para facilitar a interlocução pretendida neste trabalho, e carece de um maior critério científico. Torna-se importante, entretanto, esclarecer desde já que a prisão civil não é uma pena, ao menos não no sentido atribuído à pena na dogmática penal, constituindo um instituto (*ainda que aberrante*), próprio do Direito Civil, como se evidenciará adiante.

⁴⁸ A tal ponto reduz-se a amplitude de visão do discurso da *política criminal* neste sentido, que não se pode afirmar sequer que há no Brasil um programa de política criminal, mas apenas um programa de *política penal*. Explicitando este posicionamento, atesta CIRINO DOS SANTOS: “No Brasil e, de modo geral, nos países periféricos, a política criminal do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser a política criminal do Estado existe, de fato, como simples política penal instituída pelo Código Penal e leis complementares – em última instância, a formulação legal do programa oficial de controle social do crime e da criminalidade: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a resposta oficial para a questão criminal”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005, p.1.

aplicação são produtos históricos e culturais pertinentes a cada tempo e espaço definido sem que, entretanto, na história do Direito Penal, estivesse a retribuição ausente como elemento central na justificação da pena.

A **prevenção** pretende, por sua vez, garantir que o dano causado por lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico seja evitado, utilizando-se para isso de estratégias que incidem sobre o indivíduo ou sobre a coletividade.

No caso da prevenção em relação ao indivíduo, temos a prevenção especial, dividida ainda em prevenção especial positiva e negativa. A **prevenção especial negativa** tem como escopo evitar a realização de novas infrações pela neutralização do criminoso, isolando-o do contato social, o que decorre de um pensamento criminológico antigo, que considera o crime um fenômeno patológico que ataca a coletividade sadia, sendo a única solução extirpar o elemento patogênico do corpo saudável. A **prevenção especial positiva** refere-se à reeducação do indivíduo, através da institucionalização do sujeito aos programas sociais adequados para sua ressocialização, em uma tentativa de evitar futuros delitos pela correção moral do ser, por meio do método denominado *ortopedia da moral*⁴⁹.

Também a prevenção geral, relativa à coletividade, divide-se em positiva e negativa. A função de **prevenção geral positiva** pretende prevenir novos delitos ao reafirmar o Direito por meio da condenação de indivíduos infratores: a paz social estaria garantida na aplicação da pena no plano simbólico, pela manutenção das expectativas comportamentais normativas adequada para a preservação do sistema. Em sua **acepção negativa**, a prevenção geral vale-se do sentimento de medo para evitar a prática de novas infrações: a coletividade, ao ver o sujeito

⁴⁹ Imprescindível, para compreensão do sistema de “normalização dos desviantes”, FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**(...).

infrator receber uma pena dura e forte, limita seus impulsos criminosos e evita a infração por medo e certeza da punição.

Esta breve e incompleta explanação sobre as funções atribuídas à pena de prisão no Direito Penal é suficiente para demonstrar o sentido meramente retórico do discurso oficial de justificação da prisão. O próximo passo é refletir sobre as funções atribuídas à pena no Direito Civil, para só então analisar, comparativamente, se estas funções se aproximam, antes de chegar ao resultado comum: o cárcere.

2. FUNÇÕES ATRIBUÍDAS À PRISÃO NO DIREITO CIVIL

Em face da necessidade imediata de alimentação para subsistência, somada à recusa injustificada do devedor e no limite dos princípios e regras elencados, aplica-se a forma de coerção máxima da qual dispõe o Estado para garantir a vida do alimentado: a prisão civil.

Os doutrinadores do Direito, em sua maioria, admitem a prisão civil não como um meio de execução, mas apenas como forma de coação. Neste sentido, BARBOSA MOREIRA adverte que o disposto no art. 733, do CPC

“(...) não (é) uma particular modalidade de procedimento executório, mas um meio de coerção, tendente a conseguir o adimplemento por obra do próprio devedor: a prisão civil, autorizada a título excepcional pela Constituição da República (art. 5º, LXVII) é totalmente despojada de caráter punitivo, a despeito do uso impróprio da palavra ‘pena’ do § 2º do dispositivo processual.”⁵⁰

⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 17 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 310.

Destarte, o objetivo que se destaca desta racionalização é o caráter preventivo-pedagógico desta medida: preventivo porque pretende impedir o inadimplemento e garantir a própria vida do alimentado, e pedagógico porque pretende orientar a conduta do alimentante culposamente inadimplente.

A instrumentalidade garantista decorrente da ameaça de prisão não é, portanto, contemplada na justificativa proposta para este caso, e já foi superada inclusive no estudo da prisão do depositário infiel⁵¹. Ainda assim, parece ser esse o efeito mais eficaz da prisão na prática: vencer a resistência injustificada do devedor de alimentos pela ameaça ou aplicação de um injusto maior, conforme ratifica FACHIN, “(...) a prática forense revela que, não raro, somente o decreto prisional e a iminência do seu respectivo cumprimento tornam o devedor adimplente de sua prestação”⁵².

Considerando esta perspectiva, tem-se por certo que os objetivos da pena criminal são incompatíveis com o propósito da sanção civil, pelos seguintes motivos: i) a prisão civil tem por escopo o adimplemento de uma obrigação, não a expiação de um delito; ii) a prevenção não está embasada no grau de culpabilidade do autor, mas na recusa voluntária da possibilidade de adimplir; iii) a medida não tem como propósito readequar o sujeito encarcerado aos valores sociais pretendidos pelo Estado ou isolá-lo da comunidade. Não haveria, portanto, consoante esta lógica, um diálogo entre as funções clássicas declaradas da pena criminal e as funções declaradas da prisão civil. Nada obstante, são possíveis algumas aproximações teóricas.

⁵¹ “O que não se justifica – sob pena de tornar letra morta as mais importantes prerrogativas constitucionais do cidadão – é a pretensão de conferir ao credor fiduciário uma garantia adicional (inexistente em outras espécies de contrato), permitindo-lhe impor a privação da liberdade do devedor, com vistas ao recebimento de determinada soma em dinheiro”. FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Uma Releitura Constitucionalizada da Prisão Civil...**, p. 227.

⁵² FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Vertentes Contemporâneas do Dever Alimentar: Baldrame para a Construção de um Novo Direito de Família**. Dissertação [Doutorado] Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, 2003, p. 5.

Em relação à função de **retribuição**, a prisão civil não nega seu caráter intimidante, o qual conota a possibilidade de uma vingança privada como sentimento orientador desta prática. Pior, a retribuição na prisão civil parece violar expressamente o princípio da proporcionalidade presente em âmbito penal: a recusa em adimplir prestações alimentícias (uma dívida patrimonial) determina uma consequência pessoal para o devedor, podendo caracterizar uma resposta desproporcional pela não equivalência entre a o valor (liberdade) e a coisa (pecúnia).

Em relação à **prevenção**, não se caracteriza a hipótese negativa da prevenção especial, pois a prisão civil por dívida não tem por escopo neutralizar indivíduos mal pagadores, mas forçá-los a adimplir. Positivamente, a prevenção especial também não é tão nítida, pois não se pretende reeducar o indivíduo pela ressocialização - até porque em muitas oportunidades, o cidadão vítima da prisão civil é considerado socialmente integrado -, ainda que de certa forma se pretenda reforçar o sentimento de obrigação que decorre dos laços sociais.

Não obstante, a prevenção geral incide também como função atribuída à prisão civil: em sua forma negativa, vale-se do medo para garantir o cumprimento da obrigação, mostrando-se como consequência certa e grave para o inadimplemento; pela prevenção geral positiva, a expectativa de pagamento é reafirmada na ordem jurídica pela condenação de infratores, o que reafirma a ilusão de segurança jurídica e estabiliza as relações sociais.

Feita a comparação, vemos que há sim um caráter punitivo na prisão civil: há semelhança entre as funções atribuídas a ambas as medidas no Direito Penal e Civil, e apesar de suas particularidades é suficiente para demonstrar que a prisão sempre será uma pena, independentemente do meio que determina sua aplicação.

3. ALTERNATIVAS (?) À PENA DE PRISÃO CIVIL.

A prática da aplicação da prisão civil como forma de coação está tão inserida no pensamento repressor da sociedade⁵³ que ultrapassa outros dispositivos de execução, disciplinados em lei e muito mais adequados à Constituição de 88 e até mesmo mais eficazes.

Com efeito, vislumbra-se aqui que a intenção do legislador foi no sentido da utilização somente em última instância da custódia civil, uma vez que está previsto, no Código de Processo Civil, pelo menos três vias de execução de alimentos⁵⁴.

A primeira forma de ter satisfeito o débito emergencial é tida por vários doutrinadores como a mais vantajosa e eficiente: trata-se do desconto em folha de pagamento, aludido no art. 734, do Código Processual⁵⁵. OLIVEIRA E CRUZ chega a dispor que:

*“(...) a consignação em folha de pagamento é, sem dúvida, a melhor forma de execução da obrigação de alimentar, como a experiência demonstra. Como determina a lei [determinava, à época, e hoje, do mesmo modo], sempre que for possível, a execução deverá ser feita mediante consignação em folha de pagamento, como acontece quando o executado é servidor público, civil ou militar, ou pertence a profissão regulamentada pela legislação do trabalho”.*⁵⁶

⁵³ “Sociedade” aqui em referência não somente à comunidade que recorre ao Poder Judiciário para garantir seus direitos decorrentes de ações de alimentos, mas também com relação aos juristas, advogados, e profissionais que atingidos pelas ideologias do poder, participam do complexo momento que antecede a maioria dos processos que tangenciam o tema proposto.

⁵⁴ Há que de ressaltar que determinados autores entendem que algumas dessas vias só se aplicariam à dividas vincendas no decorrer do processo de execução. Não é essa a posição aqui defendida. A aplicação desses institutos deve ser feita amplamente, pois em todos os seus efeitos é mais vantajosa que a coação pessoal do indivíduo.

⁵⁵ Determina o art 734: “quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia”. Deve se compreender que este rol de sujeitos à quem pode ser estendido o desconto em folha não é taxativo, podendo o juiz, em outras hipóteses, utilizar da medida.

⁵⁶ OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil por Dívida...**, p. 156.

Tem razão o autor, afinal mostra-se incoerente a utilização de um meio de execução que incide sobre um direito fundamental ante a possibilidade do desconto em folha de pagamento. Até porque se trata de uma exigência legal, em face a previsão da Lei de Alimentos, que afirma em seu art. 16 que: “Na execução de sentença ou de acordo nas ações de alimentos, será observado o disposto no art. 734 e seu parágrafo único do CPC”. A incidência desta regra não restringe o justo escopo do alimentado, pois são dispensadas as formalidades e os empecilhos inerentes ao procedimento de apreensão e expropriação forçada de bens.

Ainda, o art. 17 da Lei 5.478/68 prevê a possibilidade de, quanto frustrada a forma de execução por desconto, abater-se as prestações devidas diretamente de aluguéis ou quaisquer outros rendimentos do devedor.

Destarte, pela própria estrutura em que estas regras estão dispostas conclui-se que somente “se, com todas essas hipóteses executivas, não for possível o pagamento do débito alimentar, autoriza o art. 18 da Lei de Alimentos que o credor requeira a execução da sentença nos moldes dos arts. 732, 733 e 735 do CPC”.⁵⁷

Defende-se então a aplicação ampla desses dispositivos menos graves que a prisão (apesar da utilização indiscriminada desta pelos tribunais), uma vez que existem meios mais assentidos com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – o que é coerente com o binômio orientador desta temática e especialmente relevante quando nas relações em xeque figuram pessoas mais humildes (seja alimentado ou alimentante).

Deve se frisar que de fato, são os cidadãos marginalizados das instâncias deliberativas e detentoras dos meios de produção que sofrem as conseqüências mais duras da prisão civil. A prisão civil é mesmo infamante quando se apreende a realidade brasileira e suas mazelas

⁵⁷ AZEVEDO, Álvaro. **Prisão Civil por Dívida...**, p.156.

típicas de país periférico, em que persistem o alto índice de desemprego e o padrão de informalidade das relações de trabalho.

O devedor de alimentos que não possui um contrato de trabalho fica a mercê da proteção legislativa, pois não será amparado pelo art. 734, e dificilmente disporá de bens suficientes para responder ao procedimento de execução por quantia certa. Apesar da possibilidade de impetrar uma Ação Revisional de Alimentos para demonstrar a ausência do binômio *necessidade-possibilidade*, ele dependerá não só da assistência estatal via Defensoria Pública, mas também da boa vontade jurisdicional, pois esse remédio processual não suspende o processo de execução.

Ademais, os tribunais pátrios não vêm admitindo a alegação de desemprego como justificante do não pagamento, somente acolhendo como exculpante ao inadimplemento a superveniência de fato de força maior (como exemplo alguma moléstia grave)⁵⁸. Defende-se então, como proposta alternativa para estes casos, a inversão do ônus da prova quando alegado o desemprego como fator determinante do inadimplemento. Ou seja, deverá o credor das prestações alimentícias provar que o devedor dispõe dos meios para pagar os débitos vencidos. Somente assim, admitir-se-ia a hipótese de prisão.

De fato, se a prática forense continuar seguindo a atual orientação axiológica, não restará ao cidadão marginalizado e devedor outro resultado que a aplicação do art. 733 do Código de Processo Civil – salientando-se ainda que o cumprimento da sentença prisional não irá exonerar o devedor da obrigação de pagar as prestações vencidas e vincendas.

⁵⁸ “Mero desemprego, sem a prova da impossibilidade do pagamento, não tem sido considerado, sendo necessária a comprovação de ocorrência de força maior, estranha à vontade do devedor” (RT 529/301) In: AZEVEDO, Álvaro. **Prisão Civil por Dívida...**, p. 157. Também nesse sentido, o julgado em RHC nº. 13.799/PR, do STJ explicita que “a simples afirmativa de desemprego não é o suficiente para desonerar o alimentante da obrigação de prover a manutenção dos filhos menores”.

CONCLUSÃO

A idéia da modernidade de restrição da liberdade do indivíduo é intrínseca ao sistema penal clássico, compreendido em viés garantista, como forma de limitação do poder punitivo estatal. Mas a modernidade também é comprometida com a idéia de contrato, e ao final, a partir de um pensamento crítico, é possível estabelecer que tanto a pena como o contrato se prestam a estabelecer a disciplina.

Dentro desta temática, o que se vê é que não só no sistema penal a pena privativa de liberdade se presta para determinados fins. Também o regramento das relações privadas se vale sorrateiramente dessa medida, e quase chega ao ponto de ressuscitar a temerosa relação dívida-corpo. Se à primeira vista a prisão no âmbito criminal e a prisão civil parecem pertencer a mundos jurídicos distintos, quando aproximados os institutos, em enfoque crítico, se infere que em ambos o que prevalece é o caráter punitivo-pedagógico. Seriam portanto dois lados de uma mesma moeda; estar-se-ia sempre a estabelecer uma pena, independentemente do meio de aplicação.

Essa característica da prisão civil é facilmente constatada quando se trata da hipótese “depositário infiel”, e sua variação direta “devedor-fiduciante”. A sanção prevista para aquele que deixa de restituir um bem entregue por meio de contrato de depósito ou para aquele que se torna inadimplente em contrato por alienação fiduciária está longe de obedecer ao princípio da proporcionalidade e aos fundamentos de dignidade da pessoa humana. A supremacia da propriedade em detrimento da liberdade demonstra que o que se busca é mais do que a mera garantia de execução.

Mas em boa hora vem a se declarar o afastamento dessa possibilidade de prisão civil, que está prestes a perder sua efetividade por conta de futuro pronunciamento da suprema corte

de justiça. É bem verdade que a previsão do art. 5º, LXVIII, parte final, da CF/88 é genuinamente inconstitucional, portanto ainda se almeja não só a paralisação mas a efetiva retirada das normas regulamentadoras da prisão do sistema jurídico pátrio.

Contudo, prevalece ainda com força a hipótese de prisão civil para o responsável por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, e por isso a preocupação do trabalho foi de se debruçar sobre essa possibilidade para estabelecer limites e alcançar garantias.

É certo que essa medida é um meio equivocado para um fim inalcançável. A prisão como suporte para forçar o pagamento da dívida de alimentos é paradoxal, como constata a própria doutrina:

“Isso pode parecer um paradoxo, mas a própria efetividade do direito subjetivo alimentado que estaria sendo, em tese, protegida pela prisão, sofre uma solução de continuidade com a prisão do devedor de alimentos. Parece óbvio que o devedor estando preso, não poderá realizar suas atividades normais das quais decorrem as possibilidades de cumprir com o débito”⁵⁹.

Muito embora pareça correta na ponderação entre os valores abstratos *vida e liberdade* a preferência daquele em relação a este, os problemas que emergem da escolha constitucional na disciplina do Direito Civil e Processual são complexos e devem ser analisados com a devida cautela.

Afinal, a utilização de um instrumento característico do direito criminal para preservar a vida demanda a presença de garantias suficientes para barrar o possível poder arbitrário e praxista dos magistrados. Especialmente porque, como visto, há sim uma aproximação entre

⁵⁹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Vertentes Contemporâneas do Dever Alimentar...**, p. 5.

as funções desempenhadas por ambas sanções, mas carece a medida civil dos princípios garantistas que orientam a pena em âmbito penal.

Mesmo elevando o caráter emergencial que fundamenta a execução dos débitos recentes, a prisão civil não pode ser tomada como primeira medida, seja por ser extrema e gravosa, seja por haver, disposto em lei, outros meios mais justos e eficazes de satisfação das necessidades alimentares. Cumpre reafirmar que também se evidenciam benefícios ao credor quando recursos como o desconto em folha de pagamento ou desconto em renda são utilizados. Ademais, deve se afastar de imediato a custódia civil àqueles que estão desempregados, posto que, frente às mazelas típicas de países subdesenvolvidos, não pode ser admitida tal sanção simplesmente por não restar figurado o estado de força maior.

Explicitadas as funções da prisão, como instituição típica do capitalismo industrial⁶⁰ que avança sem alterações substanciais no atual modelo econômico neoliberal⁶¹, percebe-se que seu propósito está bastante deslocado da função que lhe é atribuída como elemento não patrimonial do *obligatio*. A pena de reclusão em regime fechado não é adequada, tanto em suas funções declarados como reais, para garantir o adimplemento da dívida de alimentos. Também é evidente que referida medida mostra-se absolutamente ineficaz nos casos em que o devedor não dispõe de meios para adimplir, reduzindo-se a prisão à mera retribuição.

A evidência dos argumentos apresentados confronta o discurso que advém da prática. Como atestam os membros do Poder Judiciário que atuam na área de Direito de Família, a prática forense revela que somente a iminência da aplicação da sanção faz com que o inadimplente quite sua obrigação.

⁶⁰ A prisão é invadida pela racionalidade do capital-industrial a partir da revolução industrial, como demonstram MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcel y Fábrica*(...).

⁶¹ As contradições do sistema capitalista projetam-se na prisão como instituição central do programa de Política Penal dos Estados subdesenvolvidos. A perspectiva crítica é mais aprofundada em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da Pena*..., p. 35-38.

No entanto, entende-se que esta resistência retórica deve ser superada em nome da realização dos princípios constitucionais, os quais explicitam a excepcionalidade da prisão, especialmente em âmbito Civil. Não pode o uso reiterado do medo de prisão fundamentar a disciplina da dívida de alimentos em um país que tem como um de seus fundamentos a cidadania⁶² e um de seus objetivos declarados a construção de uma sociedade justa, livre e solidária⁶³. Impende, neste sentido, não apenas exigir a necessidade de efetiva aplicação de medidas alternativas à prisão nos casos concretos, mas também valorizar os instrumentos processuais legítimos que evitam o cárcere preventivamente até mesmo nas hipóteses em que o devedor recusa-se a efetuar o pagamento sem justificativa plausível.

Evidenciados os limites legais que tornam a prisão o último recurso para a questão da dívida de alimentos e suas contradições face às funções declaradas e reais da pena de prisão, pode-se inferir que o Direito Civil perpetua a tradição incômoda da prisão civil tão somente por falta de criatividade e sensibilidade social do legislador, transformado em regra a sanção que, dado o conteúdo axiológico da Constituição Cidadã, deveria ser sempre excepcional.

Pode-se portanto afirmar, com relação ao tema exposto, que tanto o sistema penal quanto o sistema civil infelizmente podem convergir para um caminho em comum que é o do controle social.

⁶² Art. 1º. 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 fundamentos: II - a cidadania.

⁶³ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular**. In: A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: 2007, p. 295-304.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil por Dívida**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 17 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena: Fundamentos políticos e Aplicação Judicial**. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2005.

_____. **Direito Penal: parte geral**, 2. ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Uma Releitura Constitucionalizada da Prisão Civil: desafios e perspectivas à luz da jurisprudência recente**. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (Coord.). **Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Vertentes Contemporâneas do Dever Alimentar:** Baldrame para a Construção de um Novo Direito de Família. Dissertação [Doutorado] Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões.** 24. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal:** parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão Civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica:** de acordo com o Novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002). Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcel y Fábrica:** los orígenes del sistema penitenciario. Madri (Espanha): Siglo XXI, 1980.

MOLITOR, Joaquim. **Prisão Civil do Depositário.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e Legislação em Vigor.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** v. 2. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.