QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE A PRISÃO CIVIL

Marcelo Cerveira Gurgel, Juiz de Direito do Estado de Sergipe. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Processual Civil pela FANESE. Texto apresentado para fins de conclusão do curso de Especialização.

RESUMO: A prisão civil como instituto de coerção pessoal é instrumento que pode ser utilizado pelo Poder Judiciário em situações excepcionais e plenamente justificadas. A prisão civil do devedor fiduciante inadimplente prevista no Decreto-Lei n.° 911/69 é inconstitucional e a interpretação conforme sana a inconstitucionalidade da regra. A prisão civil do devedor de alimentos privilegia a vida e dignidade do credor em detrimento da liberdade do devedor. O limite de três meses definidos na Súmula n.° 309 do STJ não deve constituir óbice à utilização do rito do Art. 733 do CPC na execução da prestação alimentícia. A prisão civil com fundamento no art. 461 do CPC tem sede na Carta Política e pode ser justificada por meio da interpretação constitucional fundada nos princípios da Unidade, Máxima eficiência e Proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Civil; Alienação Fiduciária; Prestação Alimentícia; Art. 461 do CPC.

ABSTRACT: The civil arrest as institute of personal coercion is instrument that can be used by the Judiciary Power in exceptional situations and fully justified. The civil arrest of the in debt fiduciary agent defaulter provided in the Decree n.° 911/69 is unconstitutional and in agreement interpretation cures the unconstitutionality of the rule. The civil arrest of the payer of alimony privileges the life and dignity of the creditor in detriment of the freedom of the debtor. The limit of three months defined in the Abridgement n.° 309 of the STJ does not have to constitute obstacle to the use of the rite of Art. 733 of the CPC in the execution of the nourishing installment. The civil

arrest based in art. 461 of the CPC has headquarters in the Letter Politics and can be justified by means of the established constitutional interpretation in the principles of the Unit, Principle efficiency and Proportionality.

KEYWORDS: Civil arrest; Trust receipt; Installment Nutritive; Art. 461 of the CPC.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Prisão civil do feduciante inadimplente; 2.1 Inconstitucionalidade do instituto; 3. Execução e prisão civil do devedor de alimentos; 3.1 Liberdade do devedor *versus* dignidade do credor; 3.2 Prestações pretéritas: os polêmicos três meses da súmula 309 do STJ; 4. Prisão civil e o art. 461 do CPC; 4.1 Onde está a constitucionalidade do instrumento?; 4.2 Prazo e limites da segregação pessoal; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A caracterização do ser humano como pessoa, dotada de direitos e garantias, é algo que não ocorreu desde os remotos tempos.

A escravidão, bastante arraigada nos hábitos dos povos clássicos da Grécia e de Roma, implicava na privação do estado de liberdade do indivíduo, bem como em repudiável distinção entre o homem escravo e o liberto, cujas conseqüências podem ser caracterizadas pela utilização daquele como meio ao alcance dos fins deste.

O pensamento cristão, pautado pela fraternidade e solidariedade, deu novo rumo ao tratamento do ser racional, em direção a igualdade entre todos os homens, que daí em diante passam a ser considerados como pessoas e deixam de ser meios para os outros, mas fim e valor em si mesmos, e, em conseqüência, possuidores de direitos subjetivos ou fundamentais, circunstâncias que lhes transmite o que chamamos de dignidade.

Assim, a dignidade da pessoa humana reflete um estado do homem no qual lhe é assegurada a igualdade com os seus semelhantes; a garantia de sua existência material e espiritual mínima e de sua independência e autonomia; a proibição de ser considerado como objeto e de ser

submetidos a ações degradantes; bem como a sua individualização como um fim em si mesmo e em função da coletividade.

Tratando-se de prisão civil, muito se argumenta em relação à dignidade da pessoa humana como princípio supremo, pois, afinal, a liberdade é um dos principais direitos decorrentes desse. Aliás, foi com base no direito de liberdade e de respeito ao homem como pessoa e da proibição de sua utilização como meio ao alcance de outros fins, que as dívidas de valor deixaram de ser executadas em detrimento de partes de corpo ou da liberdade do devedor e passaram a alcançar o seu patrimônio como regra geral.

A lógica se inverteu e o patrimônio do devedor passou a ser a regra e a sua privação de liberdade a exceção, como meios de proporcionar o adimplemento das dívidas de valor.

As constituições atuais seguem esta regra, a exemplo da Constituição brasileira em vigor, que prevê logo em seu art. 1º, como princípio fundamental, o da dignidade da pessoa humana, daí decorrendo todos os demais direitos fundamentais.

Na mesma lógica supra mencionada, a Carta Política do Brasil também tem como regra que o adimplemento das dívidas de valor deve ser realizado por meio do patrimônio do devedor. Todavia, também tem suas exceções, que podem ser claramente visualizadas no seu art. 5º, inciso LXVII.

É importante reconhecer, destarte, que o direito de liberdade não é de natureza absoluta e em várias situações deve ceder espaço a alguns outros direitos, dentre eles, especialmente o direito à vida, e em menor número de casos, o direito à propriedade e à segurança, todos também albergados no caput do art. 5º da Carta Constitucional brasileira.

Dois exemplos já foram mencionamos acima, ambos da área cível. Em relação à prisão do devedor de alimentos se privilegia a vida do alimentando credor em detrimento da liberdade do devedor, que também é desprestigiada em contraposição ao patrimônio do credor depositante.

Outros mais comuns são conhecidos de todos na área penal, pois afinal, nos crimes contra o patrimônio o autor do delito responde com a privação da sua liberdade por ter violado o direito ao patrimônio da vítima. Da mesma forma, se durante uma instrução processual penal,

restando demonstradas ameaças do autor do crime em desfavor da vítima, a lei admite que o mesmo tenha a sua liberdade restringida de forma a proporcionar a segurança daquela.

Não creio, portanto, nem entendo correto, que a prisão civil possa ser considerada um retrocesso na evolução da humanidade, mas tão somente um instrumento de adequação da conduta do homem, na medida em que esta esteja violando as regras de convivência pacífica entre os seres sociais.

Isto porque, os impulsos psicológicos que direcionam o comportamento de cada homem pautam-se por seus valores pessoais próprios, que para certas pessoas pode ser preponderante a liberdade, mas para outras o patrimônio pode ser mais importante. Restringir a possibilidade de coerção pessoal como meio de adequação da conduta humana é proporcionar uma falha no sistema de pacificação dos conflitos sociais, pois, em alguns casos, e principalmente naqueles em que o valor liberdade é preponderante na pessoa, é somente com o risco ou a efetiva restrição desta liberdade que se alcançará o objetivo pretendido de evitar determinada conduta lesiva ao bom convívio da coletividade.

Destaco, apenas para ratificar e não causar entendimentos conflitantes com o espírito que pretendo atribuir à prisão civil, que esta deve ser utilizada como exceção e em casos que estejam comprovados e justificadas a sua necessidade.

Tais casos, ao menos os mais polêmicos na atualidade das discussões jurídicas, serão melhor detalhados nos capítulos específicos deste trabalho, pois abordaremos as questões polêmicas referente à prisão civil do devedor fiduciante inadimplente, analisando a sua constitucionalidade ou não; a prisão civil do devedor de alimentos, onde faremos um estudo comparativo entre os direitos fundamentais do devedor e do credor e questionaremos acerca da limitação temporal estabelecida pela Súmula n.° 309 do STJ; e por fim, analisaremos a possibilidade de prisão civil por descumprimento de ordem judicial com base no art. 461, do Código de Processo Civil, apresentando um

estudo sobre a sua constitucionalidade, bem como sobre detalhes de sua operacionalização prática.

2. PRISÃO CIVIL DO FIDUCIANTE INADIMPLENTE

O instituto da alienação fiduciária em garantia surge no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei n.º 4.728/65 e nasce com o objetivo de proporcionar às instituições financeiras mais um instrumento de garantia distinto dos já existentes, numa tentativa de minimizar a inadimplência nas operações de financiamento e, conseqüentemente, baratear o crédito no setor econômico.

Em 1969, por meio do Decreto-Lei n.º 911, o instituto sofreu modificações e teve por consolidada a sua regulamentação, cuja maioria das regras até hoje se encontram vigentes, com algumas alterações posteriores, a exemplo das ocorridas com a edição da Lei n.º 10.931/2004.

Por meio do instituto da alienação fiduciária, a instituição financeira assume a função de credor fiduciário e adquire, por uma ficção jurídica, a propriedade resolúvel e, conseqüentemente, a posse indireta do bem financiado. Por outro lado o comprador passa a ser o devedor fiduciante, permanecendo apenas com a posse direta do bem adquirido.

A propriedade é resolúvel, pois subordinada a condição resolutiva, qual seja, o pagamento integral do financiamento pelo devedor fiduciante, que, após cumpri-la, recupera a propriedade do bem, sendo que desta feita de forma plena.

Ocorre que o regramento do instituto proporcionou ao mesmo uma série de acessórios, cujas funções são garantir ainda mais a efetividade dos pagamentos dos financiamentos, tornando a alienação fiduciária uma supergarantia à disposição das instituições financeiras.

Um exemplo destes acessórios é exatamente a possibilidade de decretação da prisão civil do devedor fiduciante inadimplente. Para tanto, o Decreto-Lei n.º 911/69, criou em seu art. 1º uma equiparação do devedor fiduciante ao depositário, com as responsabilidades e encargos decorrentes da lei civil e penal.

De acordo com o art. 4º do referido decreto-lei, 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, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil. Este capítulo do Diploma Processual, em especial no seu art. 904, parágrafo único, é que prevê a possibilidade de prisão do depositário infiel, caso não cumpra a ordem judicial de entrega da coisa ou o equivalente em dinheiro no prazo de 24 horas.

O Código Civil de 2002 manteve a equiparação do devedor fiduciante ao depositário, a teor do seu art. 1.363.

A jurisprudência, todavia, é vacilante acerca da possibilidade jurídica da prisão civil do devedor fiduciante inadimplente. O aprofundamento do estudo deste dissídio será tratado a seguir.

2.1 INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO

Interessa neste momento aprofundar o estudo da exceção prevista no texto constitucional que viabiliza a prisão civil do depositário infiel, pois é justamente por este título que vem sendo decretada a prisão do devedor fiduciante inadimplente.

O cerne da questão, em nosso entendimento, encontra-se na identificação da extensão da expressão "depositário infiel" constante na Carta Magna.

É óbvio que quando a Constituição menciona o termo depositário infiel pretende dar ao mesmo um significado específico e pré-concebido.

Este significado deve ser buscado no instituto do depósito, classicamente previsto nos estatutos cíveis e atualmente localizado no art. 627 do Código Civil, que o define como sendo aquele no qual o depositário recebe um objeto móvel para guardar até que o depositante o reclame. Percebe-se assim que o objeto do depósito é a guarda do bem e, por esta razão, este deve ser devolvido nas mesmas condições que foi recebido, inclusive lacrado, fechado, colado ou selado (art. 630, CC).

Destarte, o uso ou a possibilidade de não ser necessária a devolução do bem ao seu término desnatura o contrato de depósito típico.

De forma diametralmente oposta, a essência da alienação fiduciária em garantia é caracterizada exatamente pelo uso do bem pelo devedor fiduciante, bem como pela possibilidade, o que é a regra, do bem não

ser devolvido ao final do contrato, quando ocorre o pagamento integral do financiamento.

Ora, como se admitir então que o devedor fiduciante possa ser considerado um depositário, se não for por uma ficção jurídica?

Ocorre que a ficção jurídica desnatura o instituto e, conseqüentemente, denomina de depositário quem efetivamente não o é.

Nesta fase fica fácil perceber que o termo depositário infiel previsto no texto constitucional não deve alcançar o devedor fiduciante. Pensar de outra forma é admitir a possibilidade de o legislador infraconstitucional dar origem a outras ficções jurídicas, equiparando institutos diversos ao depósito verdadeiro. Em última instância, estaríamos admitindo a possibilidade de o legislador considerar qualquer devedor de quantia certa como depositário do dinheiro do credor, permitindo-se a utilização da prisão civil também nestes casos.

É óbvio que esta hipótese absurda acima imaginada, não tem viabilidade jurídica concreta. Isto porque não é razoável que a privação da liberdade seja posta novamente como instrumento regra para garantir o adimplemento das obrigações de pagar quantia.

O princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade são instrumentos muito úteis quando da pacificação de conflitos entre direitos fundamentais.

Por conseguinte, se não fosse pela inconstitucionalidade decorrente da inadequada interpretação dada ao texto constitucional, não é razoável, nem tampouco proporcional admitir que a liberdade do consumidor, em regra hipossuficiente, seja desprestigiada em face do patrimônio do credor, instituição financeira, normalmente com o risco de inadimplência embutido nas taxas de juros, circunstância que de fato afasta qualquer tipo de prejuízo, mesmo com a inadimplência rotineira do consumidor.

Não se está aqui a defender a inadimplência generalizada pelos consumidores, pois para inibir esta prática existem os órgãos de proteção ao crédito, cujos cadastros de devedores contumazes estão à disposição de todas as instituições financeiras, que podem se recusar a celebrar contratos de financiamento com tais pessoas.

Por tais motivos, concluo que a prisão civil do devedor fiduciante inadimplente é inconstitucional e da mesma forma devem ser tratadas

as normas que viabilizam juridicamente este instituto, incluindo o dispositivo do art. 1.363, Código Civil vigente, que equipara o devedor fiduciante ao depositário.

Tal inconstitucionalidade pode ser sanada por meio de uma interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto. Isto é possível restringindo a extensão do art. 4° do Decreto-Lei n.° 911/69 em relação ao parágrafo único do art. 904, do Código de Processo Civil. Assim, restaria excluída a interpretação que admite a prisão civil do devedor fiduciante, sem necessidade de redução de texto de qualquer norma.

O Superior Tribunal de Justiça vem afastando reiteradamente a possibilidade de ameaça ou de efetiva ordem de prisão civil em casos de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária em garantia. Neste sentido podemos citar o precedente que deu origem a este posicionamento, consubstanciado no voto do Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar no REsp 1499.518/GO.

O Supremo Tribunal Federal, apesar de aceitar e utilizar plenamente a *interpretação conforme*, de forma contrária, vem mantendo a admissibilidade da prisão civil nos casos ora em comento. Parece-nos que seja mais uma opção política de que jurídica, pois como já mencionamos neste trabalho, o instituto da alienação fiduciária em garantia originou-se como uma forma de minimizar os índices de inadimplência no setor econômico e, conseqüentemente, diminuir os custos do crédito no Brasil, impulsionando a economia.

Creio, contudo, que já chega a hora de evoluir este posicionamento em direção aos princípios de ordem constitucional que fundamentam o Estado Democrático de Direito, onde o ser humano deve ser considerado de forma digna, com o capital servindo a suas necessidades e não, diversamente, pondo-se este, o capital, como fator principal a direcionar a observação, ou não, dos direitos e garantias fundamentais do homem.

Digo isto, pois dentro do próprio STF existem vozes que percebem claramente esta inconstitucionalidade, a exemplo do Ministro Sepúlveda Pertence, no voto preferido no RE 345345-9/SP, em 25/02/2003, que a seguir transcrevo um trecho para que seja compreendido em sua extensão:

> "Convicto da inconstitucionalidade da prisão civil fundada na equiparação do devedor fiduciário ao depositário, reafirmei então o voto que proferira no HC 72.131, ficando novamente vencido, na honrosa companhia dos ems. Ministros Marco Aurélio e Carlos Veloso. Sem perspectivas visíveis de sua reversão, posto ressalve minha velha convicção em contrário — à qual, com todas as vênias, sigo fiel — devo render-me à jurisprudência."

3. EXECUÇÃO E PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

A prisão civil do devedor de obrigação alimentícia, consoante já citamos, é a segunda exceção prevista no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal.

A execução de prestação alimentícia não cumprida espontaneamente está prevista nos art. 732 e seguintes do Código de Processo Civil.

A Lei n.° 5.478/68, em seus artigos 16 a 18, disciplinou o procedimento da execução, estipulando algumas regras que necessitam ser observadas, antes da utilização do instrumento de coerção pessoal.

Esta lei estipulou uma ordem de preferência entre as diversas opções que o credor tem a sua disposição para alcançar os alimentos em atraso.

Neste sentido, diz o art. 16 da lei que a primeira opção a ser utilizada pelo credor é a disciplinada no art. 734 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre o desconto da pensão alimentícia em folha de pagamento do devedor.

Esta foi a primeira escolha do legislador, pois entendeu que seria a de maior eficácia, visto que o cumprimento da obrigação, além de possuir uma fonte de recursos certa e estável, passa a não depender de uma conduta ativa do devedor, já que o desconto ocorre diretamente em sua folha de pagamento, com crédito imediato na conta do credor. Ademais, a forma de sua implementação também é bastante simples, dependendo tão somente de um ofício do Juízo onde tramita o processo de execução para a fonte pagadora dos salários do devedor da pensão, para que proceda ao lançamento do desconto.

Ocorre que em muitos casos não é possível o cumprimento da prestação alimentícia mediante desconto em folha, em face da grande informalidade atual do mercado de trabalho. A grande maioria dos devedores de pensão alimentícia não possui um emprego formal ou simplesmente é autônomo, não havendo fonte pagadora para implementação da pensão.

Nestes casos, o art. 17 da Lei de Alimentos prevê uma segunda opção na ordem de prioridade das opções de execução da prestação alimentícia. Diz o artigo que não sendo possível o desconto em folha poderão ser as prestações cobradas de aluguéis de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos diretamente pelo alimentando ou por depositário nomeado pelo juiz.

Esta hipótese também recebeu prioridade do legislador, pois, mais uma vez, a fonte dos recursos para pagamento do credor tem origem certa e constitui-se por dinheiro, que facilita e proporciona celeridade na realização do cumprimento da prestação alimentícia. Entretanto, esta opção é ainda menos comumente utilizada que a primeira, pois são raros os casos em que o devedor vive da renda de seus investimentos, seja no ramo imobiliário, ou em qualquer outro.

Não sendo possível a utilização de nenhuma das duas opções acima, é o art. 18 da Lei de Alimentos que disciplina a forma de execução, segundo o qual, nestes casos, devem ser utilizados os procedimentos previstos nos artigos 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil.

Alguns doutrinadores entendem que o art. 18 estipulou uma ordem interna de prioridades entre os procedimentos que faz menção, no sentido de que caberia ao devedor em primeiro lugar a utilização do rito previsto no art. 732 do CPC.

Não concordo com esta corrente e neste aspecto comungo do entendimento de Araken de Assis (2004), segundo o qual a ordem dos artigos previstos no art. 18 da Lei de Alimentos é apenas em função da seqüência numérica.

Este posicionamento, além de lógico, atende integralmente o espírito da lei.

É lógico, pois quando o legislador quis destacar prioridades em relação aos procedimentos, assim o fez de forma expressa, a exemplo do art. 16 e 17 supra comentados.

Por outro lado, há que se observar que a razão de ser da Lei n.° 5.478/68 foi exatamente proporcionar métodos mais eficazes e céleres

para a efetivação da prestação alimentícia em favor do alimentando. Não é por outro motivo que concentrou atos processuais em uma única audiência (art. 9°), simplificou a comunicação dos atos processuais (art. 5°, §§ 2° e 8°) e excluiu da apelação o seu efeito suspensivo (art. 14).

Não é razoável, desta forma, interpretá-la em favor do alimentante e em detrimento do alimentando.

Conclui-se, pois, que o legislador ao dispor sobre os artigos 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil no art. 18 da Lei de Alimentos, apenas disponibilizou ao alimentando mais de uma opção para a execução da prestação alimentícia, cabendo a ele, o alimentando, a escolha pelo procedimento que mais se adeque ao seu caso concreto.

3.1 LIBERDADE DO DEVEDOR *VERSUS* DIGNIDADE DO CREDOR

Muito se cogita que a admissão do art. 733 como primeira escolha do credor de alimentos, em detrimento, por exemplo, do rito previsto no art. 732, ambos do CPC, viola o art. 620 do mesmo Diploma Processual, que versa que quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Mais uma vez neste trabalho recorro ao texto constitucional para interpretar a lei.

Seria constitucional aplicar o art. 620 do CPC às execuções de prestação alimentícia e impor ao alimentando um procedimento de execução mais longo e moroso, e no mais das vezes sem nenhuma eficácia, para só em seguida permitir que utilize o rito do art. 733 do CPC?

Cremos que não. O cerne da questão está em decidir se devemos privilegiar a liberdade do devedor em detrimento da vida ou dignidade do credor. Isto porque na maioria dos casos o alimentando-credor depende da prestação alimentícia para suprir as suas necessidades básicas, a exemplo de alimentação, vestuário e higiene. Não fosse somente por isso a inadimplência também põe em xeque a própria dignidade do alimentando, pois também precisa ir à escola, com todas as conseqüências financeiras daí decorrentes. O lazer também faz parte do arcabouço de dignidade da pessoa, mais não chegamos a colocá-

lo, em regra, como elemento a ser suprido pela prestação alimentícia, pois na maior parte das vezes, em razão da carência financeira experimentada pelo alimentante, nem mesmo ele o possui.

Assim, ponderando-se entre a liberdade do devedor e a vida e dignidade do credor de alimentos, impõe-se a prevalência destas últimas e uma interpretação contrária deve ser tida por inconstitucional, pois viola não só os artigos 1º e 5º da Constituição Federal, como também os princípios da razoabilidade e proporcionalidade que permeiam o sistema jurídico como um todo.

Na prática, a preferência pela utilização do art. 733, do CPC, vem produzindo bons resultados. O que se percebe é que em muitos casos o devedor resiste num primeiro momento ao pagamento espontâneo da prestação alimentícia. Quando se determina a sua citação para pagar, sob pena de ter restringida sua liberdade, alguns, de plano, já efetuam o adimplemento. Outros, porém, somente assim o fazem após encontrarem-se com o oficial de justiça que traz consigo o mandado de prisão em mãos. Por fim, os últimos e mais resistentes somente efetuam o pagamento, ou pelo menos parte dele, quando efetivamente são recolhidos à prisão. O que importa de fato é que por meio do art. 733 do Diploma Processual Civil, o cumprimento da prestação alimentícia vem sendo realizado com um percentual de sucesso considerável.

Diferentemente, as execuções que seguem o rito do art. 732, do CPC, normalmente são fadadas ao insucesso, pois, e principalmente, em relação à população mais carente, não há bens do devedor a serem penhorados. E mesmo quando há, o rito da execução é tão demorado, se comparado com o do art. 733, que se torna desestimulante a execução da prestação alimentícia pelo credor, que não pode guardar as suas necessidades para a oportunidade futura e incerta, resultante do processo de execução comum.

3.2 PRESTAÇÕES PRETÉRITAS: OS POLÊMICOS TRÊS MESES DA SÚMULA 309 DO STJ

Grande polêmica que se instalou tanto na doutrina quanto na jurisprudência é a que diz respeito à natureza das prestações alimentícias chamadas pretéritas.

Parte da doutrina e a jurisprudência em sua maioria consideram que a prestação de alimentos atrasada e não executada por certo lapso temporal perde sua natureza alimentar e transmuda-se, em essência, em um crédito de caráter indenizatório.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já editou súmula de jurisprudência de número 309 sobre a matéria, alterada por decisão de 27/04/2005, que limita prisão civil em relação a débito de natureza alimentar as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e às que se vencerem no curso do processo.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

> "Argumenta-se, para limitar a cobrança pelo rito do art. 733 do Código de Processo Civil, as três últimas prestações vencidas, que a execução assim tão célere disciplinada no aludido dispositivo legal, acrescida de coerção através da cominação de sanção privativa de liberdade, só deve ser imposta para que não faltem ao credor alimentos presumidamente indispensáveis a sua sobrevivência." (GONÇALVES, 2005, p. 506)

Não concordamos com este posicionamento.

O art. 733, do CPC, não limitou a possibilidade de utilização do rito coercitivo as três últimas prestações. A Constituição Federal, da mesma forma, também não limitou a prisão civil do devedor alimentante inadimplente as três últimas prestações vencidas. Não há qualquer disposição normativa que estabeleça distinção entre uma ação executiva de força nova e outra de força velha.

Ademais, a prática nos mostra que são várias as razões que fazem com que o credor de alimentos, muitas vezes, não ajuíze o processo executivo tão logo perceba o inadimplemento da primeira ou terceira parcela.

A principal delabs, que não pode ser alegado judicialmente, mais existe, é o desconhecimento pela maior parte dos alimentandos de que

existe uma súmula no Superior Tribunal de Justiça que limita a três meses a utilização do art. 733, do CPC.

Além disso, existem outros fatores de natureza extraprocessual que retardam o ajuizamento da ação executiva. Podemos citar, como exemplo, os entraves de relacionamento entre os integrantes da família, pois muitas vezes o representante legal do credor de alimentos evita a demanda judicial num primeiro momento, como forma de evitar algum desgaste na relação entre o alimentando e o alimentante.

Não fosse por isso, não devemos restringir o conceito de alimentos às necessidades básicas de sobrevivência do alimentando, mas como vimos, também devem ser englobadas necessidades que garantam dignidade ao credor. Por exemplo, imaginemos que o devedor, por má-fé, atrasou a prestação alimentícia em cinco meses e, em conseqüência, o alimentando foi obrigado a atrasar a mensalidade escolar em cinco meses. Segundo o entendimento do STJ só poderá o credor cobrar pelo rito eficaz do art. 733, do CPC, as três últimas prestações. Indaga-se: será justo ou razoável exigir que o alimentando tenha que utilizar o procedimento comum de execução que não lhe garante nem mesmo que terá algum resultado positivo e, ainda, para a quitação da prestação escolar vencida, ter que se sujeitar a redução do montante direcionado às suas necessidades alimentares para que seja possível aumentar a parcela de recursos destinados à sua instrução visando quitar o débito? Atenderia ao princípio da dignidade da pessoa humana esta interpretação?

Não cremos que este entendimento deva prevalecer.

Estipular um limite de tempo para a utilização do rito do art. 733, do CPC, é presumir a impossibilidade de adimplemento do devedor. É desequilibrar a igualdade das partes em desfavor daquele que é o hipossuficiente da relação jurídica. É antecipar a defesa do devedor. Isto porque de acordo com o próprio texto deste dispositivo legal, o alimentante terá a oportunidade de demonstrar em juízo a sua capacidade econômica de pagamento. Cabe tão somente a ele o ônus desta prova. Demonstrando o devedor em sua defesa o quanto pode pagar ou até a sua impossibilidade, caberá ao julgador, já com a prova produzida e com base no princípio da razoabilidade, decidir se acata

ou não a justificativa apresentada pelo devedor e formar seu convencimento acerca da sua real capacidade econômica.

É de se admitir, todavia, que em alguns casos o procedimento do art. 733, do CPC também é utilizado como instrumento de vingança e retaliação pelo representante legal do credor em face do devedor de alimentos. Nestes casos, cabe ao magistrado garantir a utilização do instrumento processual tão somente aos seus fins, qual seja como instrumento de coerção ao pagamento da prestação alimentícia.

Isto implica, por exemplo, a depender do caso concreto, em aceitar o pagamento parcial da dívida para suspender ou evitar o instituto da prisão, pois nestes casos já existe indício de que o devedor não está imbuído de má-fé e pretende solver o débito. Nestas circunstâncias, com fundamento no art. 598, do CPC, o mais recomendável é a aplicação do art. 125, IV, do mesmo diploma, para designar uma audiência de conciliação e tentar resolver o restante do débito por meio de um acordo.

4. PRISÃO CIVIL E O ART. 461 DO CPC

A possibilidade da prisão civil como instrumento coercitivo ao cumprimento de ordens judiciais é um questão muito pouco discutida na doutrina. A problemática surge principalmente quando tratamos na seara das obrigações de fazer e não-fazer.

Tamanha foi a preocupação do legislador com este nicho do processo civil que reformulou totalmente o procedimento das execuções em relação a esta natureza de obrigação, com a alteração do art. 461 do Código de Processo Civil, por intermédio da Lei n.º 8.952/94.

O legislador entendeu que a antiga forma de execução das obrigações de fazer e não-fazer prevista no art. 632 do CPC comprometia a efetividade das respectivas decisões judiciais e colocava em risco a prestação da tutela jurisdicional efetiva.

A velha concepção de que o inadimplemento da obrigação resolver-se-ia em perdas e danos, não mais atendia a necessidade de prestação

de uma tutela específica e adequada às necessidades do jurisdicionado, pois que a esse nem sempre era útil futura indenização.

A nova roupagem do art. 461 e seus parágrafos deu nova vida ao processo de execução das obrigações de fazer e não-fazer, conferindo-lhes instrumentos de celeridade e efetividade ao cumprimento das decisões judiciais. Para tanto foi necessário ampliar os poderes do magistrado, garantindo-lhe maior autonomia para optar entre o melhor mecanismo, em relação a cada caso concreto, para viabilizar o cumprimento das decisões judiciais e a entrega do direito material ao seu legítimo titular.

A questão é analisar se dentre as medidas necessárias à efetivação da tutela específica ou à obtenção do resultado prático equivalente, citadas no parágrafo quinto do art. 461 do CPC é possível extrair a possibilidade de prisão civil como instrumento coercitivo.

4.1. ONDE ESTÁ A CONSTITUCIONALIDADE DO INSTRUMENTO?

O grande óbice apontado pela doutrina e jurisprudência à utilização da prisão civil como instrumento coercitivo ao cumprimento das obrigações está no texto do art. 5°, inciso LXVII, da Constituição Federal.

Em nosso sentir, todavia, a limitação do texto constitucional não impõe de plano a pecha da inconstitucionalidade a outras hipóteses de prisão civil.

Antes de adentrarmos propriamente ao cerne da questão, necessário, porém, alguns comentários acerca do processo de interpretação constitucional, que nos proporcionará conteúdo suficiente ao aprofundamento do tema.

O processo de interpretação constitucional é mais complexo que a interpretação da lei infraconstitucional, pois o texto da Carta Política normalmente, e principalmente se estamos tratando de direitos fundamentais, é constituído por normas abertas e abstratas a que chamamos de princípios, diferentemente da lei que se constitui por regras, que já possuem um substrato fático em seu conteúdo.

Por tal razão, é comum que a interpretação constitucional seja realizada a partir do estudo do caso concreto, pois somente ele emprestará o substrato fático que direcionará o trabalho do intérprete.

Neste contexto, a realidade fática sob interpretação poderá proporcionar conflitos, tensões ou contradições ao texto constitucional,

a exemplo de um conflito entre o direito de liberdade de uma parte e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado da coletividade.

A resolução de tais conflitos deve pautar-se por alguns princípios de interpretação constitucional.

O primeiro deles é o princípio da Unidade da Constituição.

Como anota Klaus Stern, citado por David Dinis Dantas:

> "a norma constitucional não deve ser interpretada de maneira isolada, nem pode ser entendida exclusivamente a partir de si mesma. Para construir o sentido da norma constitucional, o intérprete deve conectar o preceito objeto com os demais preceitos da Constituição, levando-se em consideração que a Lei Fundamental deve apresentar uma unidade interna." (DANTAS, 2004, p. 261)

Um outro importante princípio da Interpretação Constitucional é o princípio da Máxima Efetividade. Consoante elucida Canotilho, também citado por David Dinis Dantas, o princípio da máxima efetividade pode ser enunciado da seguinte maneira:

> "na interpretação da norma constitucional, a esta deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Tem grande aplicação na esfera dos direitos fundamentais – em caso de dúvida, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais, não havendo espaço na Lei Maior para meras exortações morais, recomendações vazias ou promessas a serem atendidas no futuro." (DANTAS, 2004, p. 264)

Por outro lado, os conflitos entre direitos fundamentais e a coerência do sistema constitucional faz surgir a idéia de ponderação. O intérprete deve buscar harmonizar os direitos em tensão, de forma que se faça prevalecer um em detrimento ao outro, preservando-se ao máximo o direito "vencido". A ponderação é realizada por meio da proporcionalidade ou balanceamento entre os bens jurídicos em tensão. Nasce aqui o princípio da proporcionalidade como um importantíssimo instrumento de resolução dos conflitos entre os direitos fundamentais.

Assim, de suma importância neste estudo, é a compreensão de que nenhum princípio ou direito fundamental pode ser tido, *a priori,* como de natureza absoluta. Qualquer interpretação que dê a determinado princípio constitucional, de forma *a priori,* ou seja, ainda no plano da abstração da norma, prevalência em relação aos demais é equivocada, pois somente o caso concreto emprestará densidade aos princípios.

Com tais considerações, cabe-nos interpretar a expressão "*prisão civil por dívida"* do texto constitucional brasileiro, para definir qual o alcance do seu significado.

Entendemos que o termo de maior dubiedade é exatamente a palavra "*dívida*".

Para uma corrente, o termo "*dívida"* possui significado amplo e, por conseguinte, alcança qualquer tipo de obrigação do devedor, seja de natureza patrimonial ou não. Alcançaria, então, as obrigações de pagar quantia, de fazer, não-fazer, ou de dar, mesmo sem cunho patrimonial. Alcança, por exemplo, as prestações decorrentes de decisões judiciais condenatórias, mas também as de natureza mandamental e executiva.

Para esta corrente de doutrinadores, a prisão civil somente é admitida nas hipóteses previstas na Constituição, independentemente do caso concreto, pois toda e qualquer dívida estaria englobada pelo termo "*dívida"* do texto constitucional.

Uma outra corrente, todavia, dá à palavra "*dívida"* um significado mais restrito e empresta a este termo uma conotação eminentemente patrimonial. Restringe, pois, a sua aplicação às hipóteses em que o patrimônio seja o objeto da prestação, a exemplo da obrigação de pagar do devedor de alimentos e a de devolver o bem do depositário. Esta corrente permite uma interpretação mais elástica e exclui da restrição do texto constitucional a prisão civil, por exemplo, nos casos de prestações de origem mandamental ou executiva, que não tenham o patrimônio como objeto principal. Esta doutrina entende possível a prisão civil em casos excepcionais que não estejam previstos no texto constitucional.

Filio-me a esta segunda corrente, pelas razões a seguir expostas.

De acordo com o que apresentamos acima, a primeira corrente empresta caráter absoluto ao princípio da vedação da prisão civil por dívida, pois veda de forma abstrata qualquer outra hipótese de prisão civil, ressalvadas as exceções constitucionais.

Por outro lado, a segunda corrente permite uma interpretação que atenda por exemplo, aos princípios da máxima eficiência e da unidade. Além disso, viabiliza o uso da ponderação ofertada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, em um conflito entre direitos fundamentais no caso concreto em que a prestação imposta ao devedor tenha natureza, por exemplo, de uma obrigação de fazer, decorrente de uma decisão de ordem mandamental, sendo possível entender que o bem jurídico em disputa do credor deve preponderar sobre o do devedor, seria admissível a utilização da prisão civil do devedor como instrumento coercitivo à efetivação do direito do credor.

Não podemos esquecer que o próprio constituinte positivou o princípio da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional efetiva, quando em seu art. 5°, XXXV, dispôs que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*"

Ora, de nada adiantaria impor ao Poder Judiciário uma prestação para evitar a lesão ou ameaça a direito se esta prestação não puder ser efetiva.

Podemos citar o seguinte exemplo, tão comum no dia-a-dia forense, mas que vem sendo, a meu entender, mal interpretado pela jurisprudência. É a hipótese da obrigação de fazer do Órgão de Previdência de implantar um benefício previdenciário em folha de pagamento, decorrente de decisão judicial.

Trata-se de uma obrigação de fazer em que estão em conflito a liberdade do servidor que tenha a atribuição legal de cumprir a ordem judicial, ou a do representante legal do órgão, e a vida do devedor que normalmente depende daquela prestação para a sua sobrevivência. A imposição da multa como instrumento coercitivo pode resolver o caso, proporcionando o cumprimento espontâneo da obrigação. Mas caso não favoreça, seria razoável entender que estaria o Poder Judiciário impedido de cumprir a sua missão institucional de prestar a tutela jurisdicional efetiva a quem dela depende a sua vida?

Creio que não. A interpretação ao caso hipotético leva-nos a entender que a máxima eficiência do texto constitucional somente é alcançada fazendo-se preponderar o princípio da efetividade da tutela jurisdicional e o direito fundamental à vida do credor, em face da liberdade do representante legal do órgão devedor ou do servidor a quem compete cumprir a ordem judicial, que permanece inerte sem nenhuma justificativa plausível.

Outro exemplo interessante para discussão é o seguinte: a parte provoca o Judiciário alegando que possui problemas de saúde e necessita

urgentemente de um procedimento hospitalar, sob pena de risco de morte, e pleiteia que a operadora do plano de saúde forneça a prestação necessária, já que a medida tem previsão contratual e legal. A decisão liminar é concedida, todavia a operadora não cumpre espontaneamente a ordem judicial. A imposição de multa em muitos casos pode ser suficiente à solução do litígio. Mas, nos casos em que assim não ocorra, que instrumento poderia dispor o Poder Judiciário para ofertar a tutela? É mais um caso em que a obrigação é de fazer e de natureza infungível, pois tem por objeto a autorização de um procedimento hospitalar.

A única pessoa que pode cumprir a decisão é a própria parte e a imposição de multa não proporcionou o efeito desejado, pois não interessa ao credor executar futuramente a multa, se nem mesmo vivo sabe se vai estar. Esta é mais uma hipótese em que a prisão civil pode ser utilizada como instrumento coercitivo em face do devedor, para garantia da prestação efetiva da tutela e realização do direito material do credor. Esta interpretação privilegia o direito à vida do credor em detrimento da liberdade do devedor e tem total amparo no texto constitucional, consoante acima já analisado.

Citarei um último exemplo para demonstrar que podemos encontrar na prática vários casos em que os instrumentos de coerção patrimonial usualmente utilizados nem sempre são eficazes e que o ordenamento jurídico precisa apresentar as soluções possíveis a este problema.

Imaginemos um estabelecimento onde funcione um bar, localizado em uma área residencial, cujo proprietário arrendou o local a terceiro, e este tem por costume emitir sinais sonoros de música em níveis bem acima dos admitidos pela legislação, os quais vêm violando a integridade psíquica dos vizinhos e a paz social. Em decisão judicial foi determinada, inicialmente, a redução dos níveis sonoros, o que não foi cumprido. Em seguida foi aplicada multa coercitiva, mas também não surtiu efeito, pois o arrendatário do bar não possui patrimônio em seu nome e preferiu continuar descumprindo a decisão judicial. Após, foi determinada a apreensão dos equipamentos de som, mas também não surtiu efeito, pois o arrendatário adquiriu outro. Em seguida, determinou o magistrado o fechamento do estabelecimento, mas

mesmo assim, o arrendatário descumpriu a ordem e deu continuidade as suas atividades.

Neste caso, será que a responsabilidade criminal é suficiente a resolver o problema da coletividade, já que a música permanece sendo emitida em níveis exorbitantes? Entendemos que não. Por mais que o devedor responda a processo criminal nos Juizados Especiais, o Poder judiciário não conseguiu resolver a questão civil posta em exame, deixando de prestar a tutela efetiva e útil. Outra opção não há, senão a de utilização da prisão civil como instrumento de coerção pessoal. Privilegia a integridade psíquica da coletividade e a paz social em detrimento da liberdade do devedor, que viola mandamento judicial por pura liberalidade.

Apesar de todos estes argumentos, a jurisprudência pátria é pacífica no sentido da impossibilidade de prisão civil fora dos casos previstos no texto constitucional, consoante podemos observar pelos acórdãos proferidos no Agravo de Instrumento nº 70011719515, 4ª Câmara Cível do TJRS e no Habeas Corpus n.° 8428/STJ, da lavra do Ministro Cesar Asfor Rocha.

4.2 PRAZO E LIMITES DA SEGREGAÇÃO PESSOAL

Um outro ponto de suma importância diz respeito a definição do prazo da segregação pessoal do devedor nos casos não previstos na Constituição ou na legislação ordinária.

Para tanto, faremos uma breve comparação entre a prisão decorrente da responsabilidade criminal e a prisão civil.

A primeira, como é cediço, possui natureza de sanção e tem por finalidade a prevenção geral e especial, bem como tem caráter retributivo em relação ao delito executado pelo réu. Pelo princípio da legalidade e da tipicidade penal, a pena da seara criminal deve estar previamente prevista em lei, cabendo ao operador apenas concretizá-la, dentro dos limites legais.

Na seara cível, o instituto da prisão tem finalidade completamente diversa. Serve tão somente como instrumento de coerção pessoal ao

cumprimento das obrigações judiciais e, portanto, há de ser afastada qualquer perspectiva sancionatória.

Nesta linha de raciocínio, fácil é perceber que o prazo da prisão civil por descumprimento de ordem judicial é definido pelo próprio devedor, pois, por mais que seja fixado pelo juiz inicialmente um mês de segregação, tão logo seja cumprida a determinação judicial deverá ser solto o devedor, pois o instrumento cumpriu aos fins a que se destinava.

Ocorre que também é necessária a fixação de um prazo máximo para a prisão civil, sob pena de perder o instituto a característica de instrumento dotado de proporcionalidade constitucional.

Como é um instituto que não tem regra específica que o discipline, aplica-se, aqui, as disposições da Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4°, segundo a qual, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A hipótese legal mais semelhante que podemos utilizar como analogia é a do art. 902, § 1°, do Código de Processo Civil. Neste dispositivo, o legislador previu a prisão civil do depositário infiel pelo prazo máximo de um ano.

Assim, entendemos ser razoável a aplicação, por analogia, deste prazo de um ano às hipóteses de prisão civil não reguladas pela lei. Isto porque são hipóteses excepcionais, onde os valores que justificam a interpretação constitucional permissiva são superiores ao do depositário infiel.

Concluímos, pois, que o prazo mínimo a ser aplicado nas hipóteses de prisão civil por descumprimento de ordem judicial deve ser fixado pelo juiz, que transfere ao devedor a possibilidade de conseguir a liberdade antes deste prazo, com o cumprimento da obrigação judicial, e o prazo máximo deve ser estipulado em um ano, por analogia ao art. 902 do Código de Processo Civil.

5. CONCLUSÃO

Algumas conclusões podemos extrair do estudo:

A prisão civil não possui natureza sancionatória e é um importante instrumento de coerção pessoal que deve ser utilizado pelo Poder Judiciário na consecução de sua missão constitucional.

A ficção jurídica que equipara o devedor fiduciante inadimplente ao depositário infiel não encontra guarida no texto constitucional, pois dá ao instituto do depósito conotação que não é da sua essência, além de violar o princípio da proporcionalidade, já que em tensão sempre estão o patrimônio de uma instituição financeira e a liberdade do devedor.

Nas execuções de prestação alimentícia, dois direitos fundamentais estão em conflito: de um lado a liberdade do devedor e do outro a vida e dignidade do credor, devendo estes últimos preponderar sobre o primeiro. O prazo de três meses estipulado pela Súmula n.° 309 do STJ não deve restringir o uso do procedimento previsto no art. 733 do CPC, devendo a capacidade econômica do devedor ser avaliada pelo magistrado, após a apresentação de sua resposta.

O termo dívida do texto do art. 5°, LXVII, da Constituição Federal deve ser interpretado de forma restrita, de modo a alcançar tão somente as obrigações de conteúdo patrimonial, dentre elas as obrigações de pagar quantia.

O art. 461 do CPC revolucionou o procedimento das obrigações de fazer e não-fazer, proporcionando instrumentos ao juiz de efetivação da tutela jurisdicional. Dentre estes instrumentos, a prisão civil pode ser utilizada em caráter de excepcionalidade, pautando-se pelos princípios da unidade, máxima eficiência e da proporcionalidade, todos de origem constitucional. O prazo da prisão civil com fundamento no art. 461 do CPC deve ser fixado pelo juiz, observando o máximo de um ano, por analogia ao art. 902 do Código de Processo Civil.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ASSIS, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BOBBIO. Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliese, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO. Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Claudio De Cicco. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2002.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª ed. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2002.
DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume I: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.
JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
JUNIOR, NERY,Nelson Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borge. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.
MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
PORTO, Sergio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Prisão civil e os direitos humanos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.