



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA DIANTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:

Rediscutindo sua aplicação como medida extrema.

Autor: Denilson José de Arantes

Orientador: Profº. Daniel de Silva Meira (UFPE)

Trabalho de Conclusão de Curso

Recife, 2017.

Denilson José de Arantes

PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA DIANTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:

Rediscutindo sua aplicação como medida extrema.

**Monografia Final de Curso
apresentada como requisito
para obtenção do título de
Bacharelado em Direito pelo
CCJ/UFPE.**

**Direito Civil. Direito
Processual Civil.**

**Orientador: Profº. Daniel de
Silva Meira (UFPE)**

Recife, 2017.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
GRADUAÇÃO EM DIREITO
2017**

PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA DIANTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:

Rediscutindo sua aplicação como medida extrema.

Denilson José de Arantes

Data de Apresentação: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Orientador
Prof.º Daniel de Silva Meira (UFPE)

Prof.º (UFPE)

Prof.º (UFPE)

Prof.º (UFPE)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus; agradeço ainda a meu orientador, Prof. Daniel de Silva Meira, que se dispôs a me orientar e a dirimir minhas dúvidas com sua paciência, intelectualidade e virtude impares; a meu pai (*in memoriam*); aos meus familiares que sempre se dispuseram a me ajudar nos momentos difíceis; aos professores e servidores do Curso de Direito da FDR, que contribuíram com minha formação profissional e senso crítico; aos colegas de turma, pelos bons momentos compartilhados na graduação; por fim, agradeço a todos aqueles que, de certo modo, contribuíram para minha formação acadêmica.

“Um livro deve ser o machado que
quebra o mar gelado em nós.”

(Franz Kafka)

RESUMO

Fruto de inquietações ao longo de debates no meio acadêmico, o presente trabalho busca analisar os horizontes da aplicação da prisão civil por dívida no Direito brasileiro.

Para isto, buscou-se resgatar a origem da história da prisão civil por dívida numa perspectiva de compreensão da natureza deste instituto, sem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas observar as delimitações e aplicações da medida coercitiva nas sociedades ao longo do tempo.

Ademais, procura-se notar a diferença da prisão civil por dívida em relação a outras espécies de prisão, com a finalidade de perceber as peculiaridades presentes na prisão civil por dívida em relação às demais espécies de prisão.

Procura-se aqui também observar qual espécie de obrigação constitui o dever de prestar alimentos e as consequências legais que decorrem desta obrigação. Interessa ainda desvendar a natureza da prisão civil por dívida no ordenamento jurídico pátrio, compreendendo os efeitos de sua aplicação sobre o executado.

À luz dos princípios que embasam o processo de execução, procura-se esclarecer quais os limites e melhor interpretação da aplicação das medidas executórias, garantindo-se, com isto, a legitimidade do processo de execução alimentar. Necessário também trazer discussões sobre (in)constitucionalidade da prisão civil por dívida no Direito brasileiro e os reflexos de sua aplicação nas práticas forenses.

O resgate em torno da discussão do poder geral de efetivação dos magistrados em razão da inovação trazida pelo Código de Processo Civil Brasileiro torna-se crucial para compreensão da aplicação da prisão civil por dívida nas execuções de alimentos.

Por fim, em respostas a problematização aqui lançada, procurar-se salientar em que hipóteses e por fundamentos em quais critérios deve-se aplicar as medidas coercitivas atípicas em lugar da prisão civil por dívida. Ademais, também se discutirá a (des)necessidade de obediência a uma ordem de aplicação de medidas executórias.

PALAVRAS-CHAVE: Débito alimentar. Poder geral de efetivação. Prisão civil por dívida. Medida extrema.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	9
2. HISTÓRIA DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA	10
2.1. ANTIGUIDADE.....	10
2.2. IDADE MÉDIA.....	13
2.3. MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE: DIREITO COLONIAL PORTUGUÊS E DIREITO BRASILEIRO	14
3. CONCEITO E ESPÉCIES DE OBRIGAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	17
3.1. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO.....	17
3.2. ESPÉCIES DE OBRIGAÇÕES.....	18
3.2.1 DA OBRIGAÇÃO DE FAZER	18
3.2.2 DA OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER.....	20
3.2.3 DA OBRIGAÇÃO DE DAR COISA	21
3.2.4 OBRIGAÇÃO MOMENTÂNEA OU INSTANTÂNEA. OBRIGAÇÃO CONTINUADA OU PERIÓDICA	23
3.2.5 RELEVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES.....	24
4. DAS ESPÉCIES DE PRISÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA.....	24
4.1. CONCEITO DE PRISÃO	24
4.2. PRISÃO PENAL (PRISÃO-PENA).....	25
4.3. PRISÃO PROCESSUAL	28
4.4. PRISÃO ADMINISTRATIVA.....	29
4.5. PRISÃO DISCIPLINAR	31
4.6. PRISÃO CIVIL.....	31
5. NATUREZA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS E DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS NO BRASIL.....	32
6. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO DE EXECUÇÃO.....	33
6.1. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE.....	33
6.2. PRINCÍPIO DA TIPICIDADE E DA ATIPICIDADE	34
6.3. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL.....	36
6.4. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL (EXECUÇÃO REAL)	37
6.5. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA TUTELA ESPECÍFICA, PRINCÍPIO DA MAIOR COINCIDÊNCIA POSSÍVEL OU PRINCÍPIO DO RESULTADO.....	38
6.6. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	38
6.7. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO	39
6.8. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO.....	40

6.9. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	41
6.10. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO	41
7. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NO BRASIL: (IN)CONSTITUCIONALIDADE E POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO.....	42
7.1. BREVES CONSIDERAÇÕES.....	42
7.2. DIREITO OBRIGACIONAL CONSTITUCIONAL. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITO HUMANOS E A VEDAÇÃO DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NAS HIPÓTESES CONVENCIONAIS. ANÁLISE DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.....	43
7.3. APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS REFERENTES A CUMPRIMENTO DE MEDIDAS COERCITIVAS E PRISÃO CIVIL EM RAZÃO DO NÃO ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE CARÁTER NÃO ALIMENTÍCIO. REFLEXÕES NO PANORAMA DOCTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL.....	47
7.4. PRISÃO CIVIL POR DÉBITO ALIMENTAR: ÚNICA E NECESSÁRIA HIPÓTESE NO DIREITO BRASILEIRO	51
8. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS E O DEVER-PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	52
9. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA COMO MEDIDA EXTREMA NA EXECUÇÃO DE DÉBITO ALIMENTAR	54
9.1. DOS ALIMENTOS E DO DÉBITO ALIMENTAR.....	54
9.2. DO PROCESSO DE CONHECIMENTO, REVISÃO E EXECUÇÃO DA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS	55
9.3. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NA AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS: REFORÇO DA NATUREZA DE <i>ULTIMA RATIO</i> DIANTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	58
10. CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
11. REFERÊNCIAS	63

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho volta-se a analisar a possibilidade de aplicação da prisão civil por dívida no ordenamento jurídico brasileiro e, uma vez compreendido o seu campo de destinação, busca-se compreender os motivos determinantes da aplicação dessa medida coercitiva como razão extrema.

Trata-se, hodiernamente, de questão central, fruto das inovações trazidas pelo novo código de processo civil pátrio, o qual, através das disposições sobre aplicação de medidas coercitivas em fase execução, prevê a aplicação da prisão civil por dívida alimentar. A partir deste posicionamento, observa-se que a doutrina pátria admite a possibilidade de afastar a prisão civil por dívida, com fundamento nas normas do art. 536, §1º combinado com art. 139, IV e art. 297 do CPC, as quais embasam o do poder geral de cautela, de efetividade e eficácia da tutela jurisdicional, materializando, desta forma, a idoneidade da aplicação de outras medidas coercitivas em substituição à prisão civil por dívida.

Assim, em vista da análise sobre a aplicação da prisão civil por dívida no ordenamento jurídico brasileiro, como medida coercitiva típica em casos de descumprimento da prestação alimentar, busca-se compreender as hipóteses de seu uso como recurso extremo, diante da inúmeras formas impositivas prevista na legislação processual.

Este trabalho utilizou como métodos a revisão literária sobre o tema abordado, o levantamento de dados coletados em fontes diversas (Livros, Jurisprudência, artigos científicos, revistas, sites), a sistematização e análise destes dados.

Os métodos indutivos e dedutivos – seja o a priori dedutivo, seja hipotético dedutivo – serão as linhas mestras da produção deste trabalho, em razão problematização levanta.

Dentre as técnicas utilizadas, decorrente do método, serão cruciais as pesquisa bibliográfica e documental.

Tendo por base os dados coletados e catalogados e a revisão literária sobre o tema, com o devido uso das técnicas e métodos, buscar-se-á compreender a possibilidade de aplicação da prisão civil por dívida como medida coercitiva última no processo de execução contra o devedor de alimentos.

2. HISTÓRIA DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA

As críticas sobre este objeto de estudo não podem ser feitas sem o conhecimento histórico e social de tal tema. A História é ciência basilar para compreensão de institutos e instituições sociais. Desta forma, um olhar panorâmico sobre a prisão civil por dívida reforça o senso sobre sua (des)necessidade. Outrossim, buscando facilitar a problematização deste trabalho, a compreensão sobre a origem e evolução da prisão civil por dívida no mundo é etapa necessária para exata compreensão da natureza desta medida coercitiva.

Para o recorte desta abordagem utilizar-se-á uma perspectiva linear, sem olvidar, contudo, que a História é formada por rupturas e permanências que se lastreiam no tempo. Por isto, apenas por questões didáticas e metodológicas far-se-á um recorte pontual e espacial neste trabalho, sem se esquecer das especificidades de cada período e sociedade.

2.1. ANTIGUIDADE

Na Babilônia existiam disposições normativas que tratavam sobre a prisão do devedor inadimplente. Pelo Código de Hamurabi era possível que caso o devedor não cumprisse com sua obrigação, poderia ser objeto de execução da dívida com o fim de satisfazer o débito totalmente. Também se admitia que terceiros (como por exemplo, um escravo ou familiar do devedor) pudessem cumprir a dívida em lugar do devedor ou juntamente com este, podendo falar-se em substituição e solidariedade obrigacional, respectivamente.

O código babilônico previa ainda que passados três anos da constituição da imposição adotada, seria o devedor (bem como aqueles que fossem com ele obrigados a cumprir a obrigação) liberado da medida coercitiva. Curioso destacar que as hipóteses mais comuns de admissibilidade de prisão por dívida eram relacionadas com depositário infiel. Ao responsável pela custódia do devedor caberia os cuidados sobre sua saúde, pois em caso de violação de sua integridade física poderia caber aplicação de penas desde a morte até pagamento de multa, a depender da pessoa devedora morta (escravo, homem livre, familiar de homem livre).

No Egito o instituto da servidão temporária era forma de garantir o cumprimento da obrigação pelo devedor ao credor, quando não fosse o caso de escravidão por dívida. Assim, quando se pudesse cumprir a obrigação com trabalho até que se solvesse totalmente a dívida, adotava-se este instituto como regra. Pode-se verificar ainda que Estado egípcio apresentou períodos de idas e voltas da abolição da prisão civil por dívida, em que, a semelhança dos ordenamentos presentes, preferia-se o pagamento do débito com bens. Por fim, verifica-se que, em razão do poder de império que o Estado teocrático exercia sobre seus súditos, os corpos dos egípcios pertenciam ao Estado, no entanto, apenas em medidas extremas havia o cerceamento da liberdade.

Nas normas hebreias encontramos passagens sobre a tratativa da prisão civil por dívida. Aqui, embora se permitisse a escravidão do hebreu em casos de crimes ou de insolvência, não se admita a escravidão quando as dívidas pudessem ser cumpridas, constituindo crime quem vendesse como escravo o hebreu que pudesse solver sua dívida com trabalho. Admitia-se, a semelhança das normas babilônicas, que terceiros pudesse cumprir temporariamente a obrigação do devedor ou, ao extremo, pudessem ser vendidos como escravos. Permitia-se, também, que terceiros pudessem pagar o débito, liberando o devedor da obrigação.

De acordo com o disposto por cada rei, as normas sobre a prisão civil por dívida variavam e encontra-se em passagens bíblicas vários mandamentos que tinham por fim tratar os devedores insolventes com respeito e compaixão, pois pertenciam ao mesmo grupo sociocultural do credor. Nestas passagens¹, podemos perceber que o período de servidão por dívida podia variar de sete a quarenta e nove anos e que o devedor era tratado de forma humanitária, pois poderia inclusive participar das festas e cultos familiares realizados pelo seu credor.

Na Índia o Código de Manu previa a disposição temporária sobre o corpo do devedor que, sendo depositário, não devolvesse aquilo que pertencia ao credor. Assim, permitia-se que por meios coercitivos ou por intermédio do Estado pudesse suprir a liberdade do devedor e de seus familiares para satisfazer todo o crédito, principalmente entre as castas sociais mais baixas. Embora não se fale sobre

¹ Vemos essas passagens em: Reis IV: 1 a 7; Êxodo 21: 2 a 6; Deuteronômio XV: 1, 12 e 18; Levítico XXV: 39 a 46. Conforme nos ensina, AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. **Prisão civil por dívida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19.

quanto tempo poderia se ter o devedor como propriedade temporária, entende-se que a medida deveria ser adotada até o total cumprimento da obrigação.

Na Roma antiga encontramos a nossa raiz sobre a compreensão da natureza deste instituto e por isso, analisamos com pormenores. A partir da compreensão de que o termo “obrigação” surge tarde no direito romano, a designação da expressão *nexum* correspondia a ato jurídico/contrato em que o devedor, diante de relação de empréstimo, dava como garantia o seu próprio corpo e/ou de sua família caso não cumprisse com a obrigação principal.

Tratava-se de obrigação marcada por formalidades orais e rituais, em que o devedor diante de uma balança e do bronze (moeda), na presença do credor e de outros partícipes do ato, poderia se “autoprenhorar” para pagar a dívida e resgatar a sua liberdade, declarando isto no ato de constituição do empréstimo. Temos, portanto, uma garantia pessoal. Assim, o devedor inadimplente era chamado de *nexus*, termo próximo ao que se compreende por servo. O *nexus* inclusive conservava sua cidadania, pois poderia exercer seus direitos políticos, servir no exército e conversava o poder familiar. Com isto, resta evidente o caráter transitório do cerceamento da liberdade, pois o devedor ainda seria considerado homem livre. O instituto do *nexum* servia de abusos cometidos pelos patrícios contra os plebeus e desta forma era observado pela plebe como medida odiosa e arbitrária, dada a ampla liberdade contratual em Roma.

A partir da *Lex Poetelia Papiria* houve discussões se a referida Lei haveria abolido ou não o *nexum*. Sobre as discussões de doutrinadores da História do Direito, observa-se que para a maioria deles a *Lex* não havia abolido o *nexum*, pois apenas condenou a autotutela e com isto, condicionou a execução a necessidade de concessão do ato por uma autoridade instituída pelo império (magistrados) e responsável por deferir os pedidos dos credores. Ademais, os que defendiam a extinção do *nexum* ressaltavam que seria possível a execução pessoal em caso de devedores de obrigação decorrente de delito que confesse a dívida perante o magistrado (*addictus*). Desta forma, continua presente, portanto, a prisão civil por dívida no império romano.

O *nexum* era cabível, portanto, diante da evidente impossibilidade econômico-financeira do devedor e assim, sem precisar socorrer a qualquer

autoridade, poderia o credor executar a “autopenhora” do devedor, garantindo o cumprimento da obrigação. O *addictus*, ao contrário, necessitava de confissão do devedor perante o magistrado, cabendo, a livre escolha dessa autoridade, decidir sobre a possibilidade da execução pessoal. Com a criação da *Lex Vallia*, os casos de débitos que pudessem recair sobre o cerceamento temporário da liberdade admitiam que o devedor embargasse a pretensão.

Destes intuitos, pode-se perceber que embora a regra fosse o cerceamento pessoal, em caso de possível insolvência do devedor, poderia ser ele reduzido à condição de escravo e, em caso de vários credores, ser condenado à morte em razão da partilha do seu corpo entre os credores.

Numa evolução do instituto do *addicti*, pode-se notar que na regência dos imperadores Diocleciano e Maximiliano foram construídos cárceres público para que ali fossem postos os devedores, buscando afastar vinganças privadas. Ademais, com a *Lex Lulia*, foi criado o instituto da *cessio bonorum*, que perdoava a dívida do devedor de boa-fé, abolindo o débito e as medidas coercitivas.

Ao poucos, com o surgimento de outras Leis romanas, o instituto do *nexum* foi cedendo espaço ao *mutuum* (mútuo), em que a dívida era paga com coisas, fruto da origem dos direitos das gentes. No entanto, pode-se perceber que não houve a extinção da prisão civil por dívida e mesmo no período pós-clássico ela esteve presente, ainda que novas e antigas roupagens, a depender da vontade do imperador e dos costumes romanos.

2.2. IDADE MÉDIA

A Idade Média é considerada o período das trevas não apenas pelas pestes e do temor que ressoava sobre o imaginário do homem medieval, mas devido à ausência de conhecimento científico e fontes escritas sobre o período.

Por isto, poucas informações sobre a prisão civil por dívida foram coletadas em relação ao *medievo*.

Deste período pode-se perceber a influência cultural dos povos bárbaros germânicos – baseada na vingança privada e medidas cruéis – gerando o retrocesso das conquistas determinadas pela legislação romana. Desta forma, com a queda do império romano e de todo aparato normativo que afastava a prisão civil por dívida

como regra, restabelece-se a servidão em razão de atos obrigacionais. Criou-se, com isto, o instituto da *obnoxatio*, semelhante ao *nexum* romano.

Nas cidades medievais havia tratamento diferente quanto à posição do estrangeiro na relação obrigacional. Neste ponto observa-se que quando o estrangeiro fosse credor garantia-se a ele executar seu crédito em tempo razoável, mas não caberia a ele pedir/executar a prisão civil do devedor. Já quando o exequente fosse o cidadão, poderia utilizar de todas as formas de execução em relação ao estrangeiro, inclusive a prisão civil por dívida.

Percebe-se, portanto, que na Idade Média o retorno a situações anteriores as conquistas romanas e a aplicação de situações distintas envolvendo estrangeiros e cidadãos demonstram pouco avançado legislativo em relação à matéria.

2.3. MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE: DIREITO COLONIAL PORTUGUÊS E DIREITO BRASILEIRO

Interessa neste momento a abordagem do ordenamento jurídico colonial-português em razão da diversidade de ordenamentos na era moderna, pois não é pretensão deste trabalho detalhar o instituto da prisão civil no mundo. Destarte, importa destacar, neste momento, nossas origens e especificidades em relação à prisão civil por dívida.

Enquanto colônia portuguesa, o atual Estado brasileiro se submetia as leis (Ordenações) portuguesas, ato que permaneceu até a independência nacional e vigência do Código Civil de 1916. Herda-se, portanto, as tradições jurídicas romanas e visigóticas advinda de Portugal.

Assim, podemos notar a existência das Ordenações Afonsinas que determinavam a prisão civil por dívida após a condenação judicial do devedor. Tal medida coercitiva tinha por finalidade garantir que o devedor pagasse o débito em decorrência da obrigação. Portanto, tinha a diligência o escopo de evitar o insucesso da execução, garantindo ainda ao devedor que indicasse bens para satisfazer a execução. Ademais, o alvará de 11.01.1517 vedou a prisão civil por dívida alimentar quando o obrigado não pudesse cumprir com a prestação.

As Ordenações Manuelinas caracteriza-se por não inovar as disposições das Ordenações Afonsinas, considerada aquela reprodução fiel desta.

As Ordenações Filipinas regulamentou a matéria da prisão civil por dívida observando, a semelhança da Ordenação Afonsina, a necessidade de trânsito em julgado para que se pudesse aplica a medida coercitiva. No entanto, nela se percebe a peculiaridade da ordem de execução, pois primeiro se executava os bens do devedor e apenas em caso de não cumprida integralmente à obrigação e a pedido do credor, era adotada a medida coercitiva. Ademais, a prisão era cabível para dívida de várias naturezas, tanto de natureza particular quanto pública. Ainda, vedava-se a prisão de civil por dívidas de mulheres, exceto as prostitutas. No entanto, como exceção, proibia-se a prisão civil das prostitutas em caso de débito oriundo de aluguel de vestidos e joias.

Estas ordenações e suas alterações possuem base eminentemente cristã e liberal, pois o sentimento de piedade e proteção ao corpo eram as justificativas de abolição ou aplicação da prisão civil por dívida como medida extrema.

A partir da independência nacional e com a criação de nossas primeiras legislações, vê-se que o tema foi abordado em matérias criminais e civis, sendo alvo de discussão entre os intelectuais da época.

Desta feita, com a criação do Código Criminal do Império de 1830, houve divergência sobre a vigência ou revogação das Ordenações Filipinas no ordenamento jurídico brasileiro e com isto, se se seria aplicada ou não a prisão civil nos processos criminais. Prevaleceu no judiciário a ideia de revogação das Ordenações e a aplicação da prisão civil por dívida do depositário infiel a qual, embora prevista no Código Criminal, teria natureza de medida coercitiva e não penal.

Nas Consolidações das Leis Civis do império, também era patente à possibilidade de prisão civil por dívida do depositário infiel no caso de não restituir a coisa no prazo de nove dias, ainda que houvesse oferecido fiança, confirmando a vigência das Ordenações Filipinas. Aqui, enquanto o depositário não depositasse o valor equivalente ao crédito, não poderia opor defesa na execução, a semelhança do CPC de 1939.

Diante desta celeuma provocada entre as legislações Civis e Criminais, O STJ decidiu que as disposições das Ordenações permaneciam vigentes e aplicáveis as relações civis em razão da natureza da prisão prevista na Ordenação ser civil e

não penal, sendo regulada, portanto, pela Lei Civil (julgado datado de 20.11.1895). Quase vinte e um anos depois, se posicionou o STF no mesmo sentido em acórdão datado de 08.08.1906.

Ademais, a tratativa dada às relações comerciais e civis previam que o procedimento de aplicação da prisão civil deve ser regulamentado por leis distintas, dadas as especificidades das relações comerciais e civis.

Percebe-se ainda que em razão da competência dada aos Estados para legislar sobre matéria processual, alguns deles aboliram a prisão civil por dívida, ao exemplo dos Estados do Pará e Rio Grande do Sul.

Nos projetos do Código Civil Brasileiro observa-se que naquele defendido por Teixeira de Freitas não havia previsão da prisão civil por dívida. No projeto de Coelho Rodrigues havia a previsão para aplicação da prisão civil por dívida do depositário infiel, cumulada com a prisão por estelionato, sendo alvo de críticas por imiscuir matéria penal dentro das regulamentações cíveis, pois, como assevera a doutrina:

A pena de prisão por dívida é civil e em nada tem a ver com a criminal. Nem é crível que o Código Civil, a par da pena, que lhe é da área, determine que existam em seu bojo penas criminais, como a de estelionato, de furto ou de qualquer outra.²

Ademais, no mesmo projeto há a previsão de prisão civil para os gerentes de bancos em caso de descumprimento de devolução dos depósitos bancários.

No projeto de Felício dos Santos havia a previsão de prisão civil por dívida do depositário infiel, após concessão de prazo judicial razoável para devolução da coisa. Ainda, percebe-se no projeto que, caso o depositário se utilizasse da coisa, haveria a conversão do depósito em contrato de empréstimo, sujeitando o devedor aos ônus previstos na referida relação contratual. Este projeto não previu a prisão civil por dívida do devedor de alimentos.

Em relação as nossas Constituições sobre a tratativa dada a prisão civil por dívida, as de 1824 e 1891 não cuidaram da matéria. A constituição de 1934 estabelecia a vedação da prisão civil por dívida, multas ou custas. A Carta Magna de 1937 não trouxe nenhuma previsão protetiva contra a prisão civil por dívida. As

² AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. **Prisão civil por dívida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 69.

Constituições de 1946 e 1967 trouxeram a vedação da prisão civil por dívida, mas permitiram esta prisão no caso do depositário infiel e do devedor de alimentos. A Constituição Federal de 1988 reproduz o texto das duas últimas Constituições com a ressalva de que o inadimplemento deve ser voluntário e inescusável, buscando isentar desta medida qualquer ato culposo ou resultante de caso fortuito ou força maior.

Desta evolução histórica, resta concluir, portanto, que a prisão civil por dívida sempre esteve presente nas sociedades, com valores, modalidades, conceitos e fontes legais diversas, a depende de cada contexto sociocultural. Até aqui, calha ressaltar que a prisão civil por dívida tinha como objetivo, a exceção de algumas pretensões penais, ser modalidade de medida coercitiva que garantisse o cumprimento da obrigação pelo devedor. Ademais, frisa-se que seu caráter subsidiário e extremo foi adotado pela maioria das civilizações, razão pela qual prevalece, no presente, essas características, embora existam defensores da abolição desta medida coercitiva que recai sobre o corpo.

3. CONCEITO E ESPÉCIES DE OBRIGAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

A compreensão e classificação das espécies de obrigações existentes no Direito brasileiro são essenciais para discussão que se pretende expor neste trabalho. Assim, as espécies de obrigações guarda estrita relação com estudo da obrigação de prestar alimentos, cuja classificação, reiterar-se, será essencial para o desenvolver deste trabalho.

Embora não exista uma definição uniforme de obrigação, a sua essência mínima pode ser encontrada entre os civilistas. Caio Mario da Silva Pereira sintetiza vários autores e observa que obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável³. Paulo lobo a define como relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, em que uma delas (o credor) pode exigir da outra (o devedor) da outra uma prestação⁴.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V.2. Teoria Geral das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 07.

⁴ LOBO, Paulo. **Direito civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28.

Destas definições se pode perceber que, apesar da primeira dar ênfase ao conteúdo econômico da prestação - embora o referido autor tenha trilhado um caminho histórico para perceber um núcleo essencial deste instituto, classificando-a de acordo com valores vigentes na contemporaneidade -, a segunda definição complementa a primeira, pois vem a abarcar toda forma de adimplemento, seja de conteúdo econômico ou não. Desta feita, pode-se definir obrigação como vínculo ou relação jurídica constituída e cujos efeitos se prolonga por determinado tempo, onde uma pessoa pode exigir da outra uma prestação, seja de natureza econômica, seja de natureza não econômica.

Lançada a base fundamental, a classificação das obrigações propostas neste trabalho terá por alvo o conceito acima ventilado, pois embora se reconheça que na essência da sociedade pós-moderna é sobre o aspecto econômico que se repousa parte considerável das obrigações, outras formas de relações obrigacionais possuem como objeto prestações não econômicas, embora não deixem de repousar sobre aspectos patrimoniais do devedor, pois a pesar de serem pessoais, é sobre o patrimônio, em regra, que recai o cumprimento das obrigações. Feitas estas considerações, passa-se a classificação das obrigações em suas espécies essenciais.

3.2. ESPÉCIES DE OBRIGAÇÕES

Como já acima ressaltado, neste estudo não se pretende esgotar todas as espécies de obrigações (classificação), mas apenas abordar aquelas imprescindíveis para as respostas da problematização objeto deste trabalho. Desta forma, dentre as obrigações abordadas, três serão alvo deste trabalho, qual sejam: obrigação de fazer, não fazer e dar coisas; ainda: obrigação momentânea ou instantânea e de execução continuada ou periódica. Ademais, deve-se ressaltar que, embora outras classificações não recebam capítulo destacado neste estudo, isto não implica que não poderão ser abordadas ao longo da dissertação, pois a imprescindibilidade aqui proposta não é enrijecida à forma como destacada por metódicos, adotando-se flexibilizações.

3.2.1 DA OBRIGAÇÃO DE FAZER

Quanto à natureza do objeto, as obrigações classificam-se em fazer, não fazer e dar coisas.

Assim, a doutrina observa que

O objeto da prestação das obrigações de fazer não é uma coisa, mas um comportamento do sujeito passivo. Neste tipo de vínculo obrigacional – que é quase sempre negocial, já que as obrigações não negociais (responsabilidade civil, prestação de alimentos, obrigações tributárias etc.) são normalmente pecuniárias -, o interesse do sujeito ativo é o de contratar com o passivo a adoção, por este, de uma determinada conduta.⁵

Dito de outra forma, pode-se notar que o objeto da obrigação de fazer tem por finalidade a prestação de conduta positiva do devedor em relação ao credor (desde que respeitos os requisitos de validade dos negócios jurídicos⁶), razão porque o seu não adimplemento gera responsabilidades de cunho patrimonial do devedor.

A obrigação de fazer tem por escopo um comportamento humano do devedor em relação ao credor do negócio jurídico legalmente estabelecido. Tal comportamento pode ser infungível ou personalíssimo, o qual só pode ser cumprido pela pessoa do devedor, em razão de suas qualidades pessoais, sem possibilidade de cumprimento por terceiros. Pode ainda o comportamento ser fungível, quando a obrigação pode ser adimplida seja pelo próprio devedor ou por terceiro. Neste último caso, ressalta-se que, o credor não é obrigado a aceitar o cumprimento por terceiro, podendo, desta feita, aceitar a prestação ou recusá-la, hipótese a qual poderá pleitear no judiciário perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação.

Destaca-se a observação da doutrina sobre a possibilidade da autotutela em caso de inadimplemento do devedor quanto à obrigação fungível e nos casos urgentes. Portanto, não obstante a obrigação personalíssima impedir o devedor de ser forçado a cumprir determinado comportamento, na obrigação fungível (com a urgência) o credor poderá mandar terceiro executar o comportamento esperado pelo devedor, após o que pode cobrar o ressarcimento ao devedor. Tal ação do credor

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. V.2. Obrigações. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 74.

⁶ C.f. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2012** (Código Civil), *in verbis* :

“Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

caracteriza-se por autotutela permitida por lei. Contudo, o ressarcimento dos valores deve ser feitos pela via judicial.

Percebe-se, portanto, que a obrigação de fazer recai sobre uma ação (comportamento) do devedor em relação ao credor. Assim, independente de se tratar de obrigação fungível ou infungível, não se pode cogitar que a princípio a obrigação de fazer tenha por objeto a entregar de coisas, embora em algumas formas peculiares de negócio estejam presentes as duas espécies de objeto prestacional. Estão são as características basilares da obrigação de fazer observada por vários autores.

3.2.2 DA OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER

Leciona a doutrina que a obrigação de não fazer é uma obrigação negativa, visto que o devedor se conserva numa situação omissa, pois a prestação negativa a que se comprometeu consiste numa abstenção ou num ato de tolerância⁷. Ainda, explica que obrigação de não fazer é a negativa típica. O devedor obriga-se a uma abstenção, conservando-se em uma situação omissiva. A sua prestação é *non facere*, seja mediante uma contraprestação, seja independentemente dela⁸. Ou seja, nota-se das definições que ao contrário da obrigação de fazer – que exige um comportamento humano – a obrigação de não fazer requer omissão legal do devedor, garantindo-se o cumprimento daquilo avençado com o credor da relação jurídica enquanto o devedor estiver cumprindo a omissão.

Outra observação essencial desta espécie de obrigação refere-se ao fato de ser uma obrigação pessoal que, ao contrário da oposição contra todos (*erga omnes*), típica de sujeições gerais e abstratas, na *Obligatio non faciendi* há um negócio jurídico que obriga o devedor diante do credor, cabendo àquele uma omissão constituída em razão de liame jurídico.

Nota-se que tal omissão possui eficácia prevista no contrato. Desta forma, a omissão produz efeito enquanto o contrato estiver vigente, e o cumprimento da obrigação será perfeita quando a omissão estiver sendo observada pelo devedor. No entanto, deve-se observar que caso nas hipóteses de obrigação de não fazer se tornar impossível a abstenção do ato a que se obrigou a não praticar o devedor, sem

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V.2. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva: 2011. p. 130.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V.2. Teoria Geral das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2010 p. 62/63.

sua culpa, deve ocorrer à resolução da obrigação⁹. Assim, resolve-se a obrigação sem falar em culpa do devedor, não cabendo qualquer espécie de indenização.

Ressalta-se, ainda, há autores que, por razões lógicas, observam que qualquer comportamento humano pode ser classificado quer como obrigação de fazer, quer como obrigação de não fazer, pois em termos lógicos, quem se obriga a fazer algo, obriga-se também a não fazer o oposto (contraditório); quem se obriga se obriga a não fazer obriga-se a fazer o inverso (contraditório)¹⁰. No entanto, deve-se notar que o ordenamento jurídico brasileiro não é preso a esta observação lógica, pois destaca ainda a doutrina que a lei, contudo, ignora observações da lógica e trata as obrigações de não fazer como figura distinta das de fazer. Destarte, destaca-se que nenhuma implicação relevante, porém, deriva deste distanciamento entre a ordem jurídica e a ordem lógica porque, em última análise, são idênticas as normas aplicáveis às duas modalidades de obrigação.¹¹ Ou seja, ainda que o ordenamento jurídico não traga à baila as razões lógicas entre obrigação de fazer e não fazer, as regras e princípios aplicáveis às duas espécies de obrigações são idênticas quanto ao preceito e às consequências.

3.2.3 DA OBRIGAÇÃO DE DAR COISA

A obrigação de dar consistem na entrega de uma coisa, seja a tradição realizada pelo devedor ao credor em fase de execução, seja a tradição constitutiva de direito, seja a restituição de coisa alheia ao seu dono.¹² Desta definição é lícito afirmar que a obrigação de dar exige uma prestação positiva do devedor em relação ao credor, mas ao contrário da obrigação de fazer que recai sobre um comportamento humano, aquela tem por escopo a entrega de um bem. Assim, o adimplemento da obrigação exige, como regra, a tradição (entrega) da coisa como condição essencial para a resolução do negócio jurídico, embora formalizado por contrato.

⁹ C.f. **BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2012** (Código Civil), *in verbis* :

“Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 ago.2017.

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. V.2. Obrigações. São Paulo: Saraiva: 2010.p. 86.

¹¹ Idem, *ibidem*.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V.2. Teoria Geral das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2010 p. 49.

Pode-se notar, portanto que nesta espécie de obrigação o sujeito da relação obrigacional é preterido em relação à coisa, pois é sobre o bem que repousa a importância da relação obrigacional. Assim, ainda que terceiro tenha cumprido a obrigação (entregue a coisa) resta ela solvida, pois não se trata de obrigação pessoal, muito menos personalíssima.

Ensina a doutrina que as obrigações de dar ou são obrigações de dar coisa certa ou obrigações de dar coisa incerta. A certeza ou incerteza são em relação à coisa e não a dívida ou a obrigação decorrente¹³. Desta lição percebe-se que há certeza quanto à obrigação (conduta), sendo incerta apenas a coisa a ser dada. Pode-se ainda notar que a incerteza nunca é total, pois a coisa será indicada ao menos pelo gênero e quantidade. Aqui é notório que, com o fim de dar eficácia às ações de execução desta obrigação, pode o magistrado fixar prazo para que o devedor cumpra a prestação e, caso houver descumprimento, haverá adoção pelo juízo, a requerimento da parte ou de ofício, de medidas adequadas ao caso, como a expedição de mandado de busca e apreensão de coisas ou pessoas, havendo inclusive violação do domicílio, com as ressalvas constitucionais, conforme norma do art. 536, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil¹⁴. Nota-se que a multa, nessas hipóteses é a última medida adotada, conforme súmula nº 500¹⁵ do Supremo Tribunal Federal, pois a Corte Superior acredita que o descumprimento da obrigação de dar é incompatível com aplicação de multa, ressalvado os caso em que há obrigação de dar é obrigação acessória da de fazer.

A classificação de obrigação de dar ainda releva as obrigações de restitui e as obrigações de dar coisa futura. As obrigações de restituir são da mesma natureza

¹³ LOBO, Paulo. **Direito civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 113.

¹⁴ Cf. BRASIL. **Código de Processo Civil**, de 16 de março de 2016.

“Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

(...)

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 jul. 2017.

¹⁵ Cf. _____. Poder Judiciário. **Súmulas STF**.

“Súmula nº 500: Não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>> acesso em: 06 jul. 2017.

da obrigação de dar, porém não dá o que é seu, e sim o que é de propriedade ou posse do credor, ou de terceiro a quem o credor transferiu a coisa.¹⁶

Percebe-se, portanto que a coisa é de posse ou propriedade do credor em razão da natureza da relação jurídica constituída, como um contrato de locação, por exemplo. Vê-se, então, que o devedor é mero possuidor, com obrigação de devolver (restituir) a coisa cuja propriedade é do credor da relação obrigacional, podendo responder por perdas e danos em caso de deterioração da coisa por culpa e, em caso de melhoramentos de boa-fé pelo devedor (por benfeitorias necessárias e úteis) é possível a restituição do valor pelo proprietário da coisa.

Na maior parte das relações jurídicas a obrigação de restituir recai sobre coisas certas, podendo recair também sobre coisas incertas quando o objeto for fungível e a natureza do negócio jurídico assim permitir.

Por fim há o contrato sobre coisa futura, mas certa, em que embora não exista no momento da celebração do negócio, tem-se a certeza futura de sua existência e na quantidade avençada no negócio celebrado. Muito comum no mundo dos negócios, tal espécie de obrigação é relacionada com contratos aleatórios, havendo mecanismos para mitigar os riscos decorrentes da álea negocial, como por exemplo, cláusula que determine que a relação jurídica somente se perfaz se a coisa vier a existir em quantidade mínima ou determinada ou ainda com a efetiva entrega da coisa.

3.2.4 OBRIGAÇÃO MOMENTÂNEA OU INSTANTÂNEA. OBRIGAÇÃO CONTINUADA OU PERIÓDICA

Essa classificação tem por base o tempo de cumprimento da obrigação.

As obrigações instantâneas são aquela que se consuma num só ato em certo momento.¹⁷ Dito de outra forma, trata-se de obrigação que se perfaz totalmente no momento do adimplemento da obrigação, sem prestações futuras. Aqui é necessário o inadimplemento momentâneo para que se possa exigir o crédito pela via judicial.

A obrigação continuada é a que se protraí no tempo, caracterizando-se pela prática ou abstenção de atos reiterados, solvendo-se num espaço mais ou menos

¹⁶ LOBO, Paulo. **Direito civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 115.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V.2. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva: 2011. p. 154.

longo de tempo¹⁸. Assim, pode-se notar que, embora a obrigação seja única, os efeitos (créditos) resultantes desta obrigação são distintos e periódicos, existindo, com isto, várias prestações vincendas que serão cumpridas pelo devedor. Em caso de inadimplementos de uma ou mais, pode-se cobrar retroativamente todas elas, resguardando-se aquelas devidamente cumpridas pelo devedor.

3.2.5 RELEVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

As classificações acima abordadas são relevantes para as inquietações ventiladas neste estudo, pois como se verá adiante, além de a doutrina não ser pacífica quanto ao horizonte da aplicação da prisão civil por dívida, há ainda entendimento de que tal meio coercitivo só possui eficácia constitucional em relação ao devedor de alimentos – classificada como obrigação de fazer e continuada ou periódica.

Desta forma, diante desta celeuma buscar-se-á solução condizente com a problematização aqui ventilada.

4. DAS ESPÉCIES DE PRISÃO PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

4.1. CONCEITO DE PRISÃO

Para o desenvolvimento deste trabalho, torna-se necessária a compreensão sobre as várias espécies de prisão previstas no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual se traz este tópico. Ademais, em vista da intelecção da natureza destas modalidades de prisão, perceber-se-á que a aplicabilidade destas medidas coercitivas possuem normas e dinâmicas processuais diferentes.

Tourinho filho define que

Em princípio, prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação de liberdade individual de ir e vir; e, tendo em vista a prisão em regime aberto e a domiciliar, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria.¹⁹

Da conceituação do referido doutrinador, pode-se perceber que, embora aborde aspectos relativos ao processo penal brasileiro, trata-se de uma definição ampla, pois se aplica a todas as modalidades de prisão previstas na legislação pátria. Desta feita e, dito de outra forma, pode-se definir prisão como medida ato que

¹⁸ Idem, ibidem.

¹⁹ TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. **Processo penal**. V.3. São Paulo: Saraiva, 2013. p.431.

priva a liberdade do indivíduo – de ir e vir – seja por meio processual ou administrativo, como consequência da prática de atos ou procedimentos (administrativos e judiciais) legais, ilegais ou ilegítimos.

Observa-se ainda que outros termos podem ser usados em lugar da expressão tradicional (prisão simples – para contravenções – e prisão para crimes, sinônimo de “reclusão” e “detenção”) tais como captura (significando prisão em flagrante ou em cumprimento de mandato) e custódia (significando recolhimento da pessoa ao cárcere) pois assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos esses sentidos, nada impede que se utilize os termos captura e custódia, com significados mencionados em substituição ao termo prisão²⁰. Em outros termos, embora as expressões tenham adequadas significações técnicas, nada impede que se utilizem as outras expressões como sinônimo de prisão, ampliando-se o universo vocabular.

Ao partir destas observações iniciais, passa-se a discorrer sobre as várias espécies de prisões previstas nas leis do Brasil, como etapa essencial ao desenrolar deste trabalho, como dito alhures.

4.2. PRISÃO PENAL (PRISÃO-PENA)

A prisão penal, nas palavras de Fernando Capez

É aquela em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar a decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Não tem finalidade acautelatória, nem natureza processual. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado.²¹

Isto é, a prisão-pena é marcada pelo seu aspecto sancionatório e executivo, pois se trata de medida judicial satisfativa, com o escopo de repreensão daquele que causou um mal, seja a sociedade, seja ao indivíduo. Assim, garantem-se as funções de prevenção geral (servir de exemplo à sociedade) e prevenção especial (repercussão no comportamento do indivíduo acusado). Além do mais, as normas sobre a prisão penal, são encontradas no Código Penal brasileiro, em razão desta espécie de prisão ter natureza de direito material.

20 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 361.

21 CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016. p 305.

A pena é medida extrema no nosso ordenamento e isto se justifica por que é a sanção mais violenta que o Estado pode impor. Por isto, ela deve ser a menos aplicada. Só haverá pena, dessarte, quando houver violação de bens jurídicos que o Estado considere dignos de proteção mais energética²². Ou seja, é nítido que a pena é medida executiva e satisfativa aplicável apenas nos casos em que a lei penal atribuir relevância ao bem jurídico que tutelado. Numa comparação alegórica, a pena é um mal necessário que recai sobre o bem de indivíduo que transgrediu as normas penais; esta pena recai sobre um dos bens maior do indivíduo – a liberdade. A sanção penal, portanto, é refração do sentimento de justiça que permeia a sociedade e o Estado, um mal justo que combate sua faceta oposta (mal injusto).

Dada a relevância sobre as características prisão-pena, dois tópicos interessantes sobre a discussão do tema referem-se a jurisprudências dos tribunais superiores quanto à sentença penal condenatória recorrível e o cumprimento da prisão penal. É o que se passa a dissertar.

O primeiro deles refere-se à possibilidade de o réu poder apelar em liberdade quando da sentença proferida em primeiro grau. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), com base nos precedentes²³, editou a súmula número 347 cujo enunciado é a seguinte:

O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão. (Súmula 347, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/04/2008, DJe 29/04/2008).²⁴

Desta forma, superando o pensamento anterior de que para oferecer o recurso de apelação caberia ao réu ser recolhido como condição de admissibilidade do recurso, a Corte Superior corroborou que não se admite antecipação de pena quando for possível apelar, cabendo a segregação provisória apenas em caso de medidas cautelares.

Contudo, o segundo tópico sobre a temática vem em sentido oposto. O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292, decidiu que não violaria o

22 BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 279.

²³ Sobre isto, ler o inteiro teor do informativo da súmula, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_30_capSumula347.pdf>. Acesso em: 14 set. 2017.

²⁴ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=347&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>>. Acesso em: 14 Set.2017.

princípio constitucional de presunção da inocência quando o réu fosse condenado por acórdão em órgão colegiado, pois haveria presunção de culpabilidade do réu.

Tal decisão foi sedimentada em sede de recurso extraordinário cujo acórdão se transcreve:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. **1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.** 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

(ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016)²⁵ (sem grifos no original)

Desta feita, mantida tal decisão, haverá repercussão em outras matérias, tais como a formação de maus antecedentes.

Reflexos maiores poderão recair na natureza da pena, pois se se confirmar este precedente, a prisão-pena, nessa hipótese, terá natureza satisfativa antecipada, inviável em sede de ações penais, pois a satisfação de uma tutela volta-se, geralmente, sobre direitos disponíveis. Ademais, não seria o trânsito em julgado uma das condições e características da prisão-pena, pois no caso de acórdão realizado por órgão colegiado bastaria para que se sedimente a prisão-pena, ainda que transitória.

Como se pode perceber, serão os julgados futuros da Corte Suprema que darão os contornos da prisão-pena.

As prisões que se seguem neste trabalho são as denominadas prisões sem pena, pois, como se verá, não tem por objeto a tutela satisfativa.

²⁵ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000971&base=baseRepercussao>> . Acesso em 06 jul. 2017.

4.3. PRISÃO PROCESSUAL

A doutrina define comumente a prisão processual em comparação com a prisão penal. Assim,

Enquanto o código penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regime de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.²⁶

Percebe-se que, segundo o autor, diferente da prisão condenatória, que possui efeitos enquanto durar a pena, as formas de prisões processuais são temporárias e necessárias enquanto bastar para garantir a medida processual a que destinada. Além disto, da referida definição pode-se ainda extrair que a prisão penal é fruto de sentença penal condenatória com o trânsito em julgado – a qual não pode mais ser atacada por recurso. De outro lado, a prisão processual pode ser alvo de decisão judicial ou sentença que podem ser objeto de recursos (possuem natureza cautelar, não definitiva, portanto).

Demais nunca lembrar que não é objeto deste trabalho esgotar ponto a ponto as formas de prisões processuais. No entanto, busca-se trazer ao debate aspectos relevantes sobre o tema que será abordado de forma geral, apontando características comuns. Desta feita, encontramos na doutrina a classificação das prisões processuais, sendo elas a prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão em decorrência de pronúncia, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível e prisão temporária.

Entre as características das prisões processuais está a reserva judicial para decretar a prisão²⁷ ou realizar o controle de legalidade, no caso da prisão em flagrante que é considerada ato administrativo e como tal, sujeita-se ao controle de legalidade e legitimidade, sem adentrar no controle de mérito.

É relevante destacar ainda que para ser legítima, a prisão processual devem cumprir o requisito de aparente tipicidade, pois os aspectos de ilicitude e culpabilidade não resultam em prejuízo para o réu, do que não se configura

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 757.

²⁷ Cf. BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689** de 03 de outubro de 1941. *In verbis*:
 “Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.
 Parágrafo único. O mandado de prisão:
 a) será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade;”

condenação antecipada. Trata-se, como se nota, de medida de segurança para garantir o regular andamento da ação penal ou do inquérito policial, bastando para tanto prova da existência do crime e indícios de autoria, conforme o art. 312 do Código Penal. Reitera-se ainda que, dentre os critérios de condição de admissibilidade das várias espécies de prisão processual, aqui se volta a abordar os aspectos comuns a todas.

A execução do mandado de prisão é feita por autoridade policial, respeitados os mandamentos constitucionais e legais. O uso da força é autorizado e permitido quando seja indispensável ao cumprimento da medida cautelar e nos casos em que o indivíduo sujeito à prisão tente empreender fuga ou resista à ordem de prisão.

Analisa-se, por fim, que o cumprimento das prisões processuais deve ser feito em celas ou estabelecimentos penais diferentes daqueles que se destinam para penas definitivas.

Ademais, a prisão especial é aquela destinada agentes políticos ou administrativos como também profissionais e aqueles que possuem curso superior, mas se aplica apenas nas medidas cautelares, pois como nota a doutrina o referido dispositivo refere-se a prisões provisórias, ou seja, às prisões cautelares, não se aplicando àquelas resultantes de sentença penal condenatória passada em julgado, tratadas como definitivas.²⁸

Quanto ao prazo das prisões processuais, estes variam conforme a espécie analisada. Por decorrência do controle judicial, as prisões processuais podem ser anuladas, revogadas ou red decretadas, conforme o juízo de discricionariedade e equidade do magistrado.

Com isto, percebe-se, em síntese que a prisão processual diverge da prisão penal quanto à finalidade (prisão sem pena) e ao aspecto temporal, além das demais peculiaridades procedimentais.

4.4. PRISÃO ADMINISTRATIVA

Conforme a doutrina, é modalidade de prisão genérica das quais são espécies a prisão civil e a prisão administrativa em sentido estrito. Em seu sentido estrito, portanto, é administrativa a prisão quanto ao órgão que a decreta, quanto à

²⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 584.

razão que a dita, e quanto ao fim de visa.²⁹ Trata-se de prisão cuja discussão sobre a revogação não é pacífica nos debates entre doutrina e jurisprudência, pois segundo o STF esta modalidade de prisão é possível no caso de processo de extradição. Distanciando-se desta celeuma, a abordagem desta espécie de prisão é salutar para este estudo.

Por critérios de exclusão, tratava-se de uma prisão que não tem o condão de aplicar pena e muito menos, ocorre em sede de processo. É, na verdade, ato administrativo que obriga alguém a fazer alguma coisa, desde que seja em virtude lei, como se observa o mandamento da Constituição Federal.

Esta prisão, segundo as normas do Código de Processo Penal – revogadas -, teriam como legitimados para propô-la agentes administrativos. No entanto, como a Constituição Federal outorga as autoridades judiciais o poder de decretar prisão, conclui-se que se esvaziou, com a promulgação da Carta Magna³⁰, parcialmente o conceito de prisão administrativa, pois ao agente não cabe decretá-la, embora persistam os motivos e finalidades administrativas para solicitá-la.

Esta modalidade de prisão, segundo as normas prescritas pelo Código de Processo Penal e normas administrativas (ambas revogadas), era ato exclusivo de altas autoridades, como medida de compelir o administrado ou particulares vinculados ao poder público a cumprir uma obrigação, seja por ação, ou entrega de valores ou de bens públicos, até que se cumprisse o ato obrigacional. Era cabível ainda contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, mas a decretação era feita por autoridade judicial brasileira apenas o quando o ato ilícito fosse praticado em território nacional.

Com a vigência da lei 12.403/2011 esta modalidade de prisão foi extinta do Código de Processo Penal, mas reitera-se que, para o STF é uma modalidade de

²⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 403.

³⁰ C.f. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.cuja redação é a seguinte:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 06 jul. 2017.

prisão permitida em casos de processo de extradição, decretada pelo STF quando solicitada pelo Ministro da Justiça.³¹

4.5. PRISÃO DISCIPLINAR

Dentro das modalidades de prisão sem pena presente no Direito brasileiro – e classificada como espécie de prisão administrativa -, a prisão disciplinar tem sede constitucional, visto que é permitida pela constituição para o caso de transgressões militares ou crime militares (CF, art. 5º, LXI).³²

Como se pode notar da definição, trata-se de espécie de prisão administrativa – prisão sem pena – nos casos restritos de transgressão disciplinar e crimes militares, cujas normas estão previstas no Código de Processo Penal Militar e Código Penal Militar.

É forma de prisão que se mitiga a exigência de que a prisão se efetue em flagrante e por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, diferente das demais modalidades de prisão, portanto, mas respeitadas as demais observação das prescrições legais e constitucionais. Nada impede que a sua decretação possa ser feita pela autoridade judiciária competente em sede de relação jurídica processual penal militar. Além do mais, ainda que decretada pela autoridade administrativa em sede de transgressão disciplinar, tal ato se sujeita ao controle de legalidade pelo judiciário, mas não de mérito.

4.6. PRISÃO CIVIL

A definição que se segue, neste momento, tem por base a análise de processualistas-penalistas e a definição dos processualistas-civilistas acerca deste objeto de estudo. Assim, as considerações que se seguem a respeito deste instituto considerar-se-á o seu aspecto macro, ou seja, a definição dos processualistas, sem processo catalisador ou purista. Ademais, em tópico separado far-se-á as discussões salutares sobre aspectos de legalidade e constitucionalidade desta modalidade de prisão. Feitas estas considerações, pode-se passar a análise deste objeto.

Para a doutrina, a prisão civil é espécie do gênero prisão administrativa em sentido amplo (ao lado da prisão administrativa em sentido estrito e da prisão

³¹ Sobre o tema ver: RHC nº 76.741-MG, DJU publicado em 22.05.1998, p.32.

³² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 309.

disciplinar constitucional), sendo, desta forma, classificada como prisão sem pena, obrigacional ou prestacional.

Esta modalidade prisão está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil. Demais nunca lembra que, em tópico destacado, será ventilada discussão sobre a constitucionalidade desta espécie de prisão.

É modalidade de prisão que pela sua natureza, só é decreta em situações extremas, sendo efetuada por policiais. Ademais, o preso ficará em estabelecimento separado daqueles condenados a prisão-pena e ainda ficará a disposição do magistrado que decretar a segregação.

Nesse sentido, observa a doutrina que

Prisão civil, assim, é a que se realiza no âmbito estritamente do Direito Privado, interessando-nos, neste estudo, essencialmente, a que se consuma em razão da dívida impaga, ou seja, de um dever ou de uma obrigação descumprida e fundada em norma jurídica de natureza civil.³³

E continua ressaltando que

Entendemos, desse modo, que a prisão civil é ato de constrangimento pessoal, autorizado por lei, mediante segregação celular, do devedor, para força o cumprimento de determinado dever ou de determinada obrigação.³⁴

Do que se pode perceber até aqui, a prisão civil é forma de execução coercitiva que se volta a fazer o devedor cumprir sua obrigação, tendo como consequência a aplicação de restrição a sua liberdade de locomoção. Deve-se observar, portanto, que não se trata de prisão-pena. Tal prisão deve ser aplicada apenas em casos extremos.

5. NATUREZA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS E DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS NO BRASIL

Trata-se de um tópico curto neste trabalho, mas que se preferiu fazer em separado dos demais dada à relevância da problematização lançada nesse estudo.

Pelo exposto, podemos observar que a obrigação de prestar alimentos classifica-se como obrigação de fazer, em que cabe ao devedor realizar a conduta de prestar alimentos, ainda que pagando em pecúnia, como já observado anteriormente. Assim, em razão do descumprimento do comportamento exigido,

³³ AZEVEDO, Álvaro vilaça de. **Prisão civil por dívida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 51.

³⁴ Idem, *ibidem*.

resta ao credor exigir do devedor a conduta, por meio de processo de execução, se já houver tido processo de conhecimento.

A prisão civil por dívida possui natureza de medida coercitiva (indireta), distinta da natureza sub-rogatória, pois enquanto esta é caracterizada como medida judicial que não necessita da participação do devedor (coerção direta), aquela obriga a participação do executado.

Na lição da doutrina, pode-se compreender que

Assim, prisão civil é meio executivo de finalidade econômica; prende-se o executado não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas para força-lo a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão, ou adquirir sua liberdade.³⁵

Melhor dizendo, a prisão civil por dívida possui natureza coercitiva civil, caracterizada por possuir função coativa indireta com o fim de verificar a situação de solvabilidade do devedor, diante da situação analisada no caso em concreto.

6. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Sabe-se que os princípios são mandados de otimização que orientam o trabalho da doutrina, da jurisprudência e mesmo do legislador. Desta feita, o papel basilar dos princípios serve para discussões em torno de um objeto que é alvo de debate acadêmico, na aplicação do direito no caso concreto ou na elaboração de regras que irão determinar as condutas em sociedade.

Dada a relevância dos princípios para o Direito, pode-se notar que nos processos executivos a observação de princípios específicos a tal fase procedimental é essencial para que se tenha o acesso à ordem jurídica justa e que os atos processuais sejam dotados de validade e legitimidade.

Antes de qualquer discussão sobre o tema, deve-se salientar que se selecionaram os princípios de maior ênfase na doutrina pátria, pois a seleção e aplicação do rol de princípios discutidos em obras não são pacíficos. Desta forma, uma vez justificada a escolha, passa-se a discussão sobre eles.

6.1. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

³⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 734

O devido processo legal é cláusula geral dos quais se retira a validade de todos os outros princípios. Isto não é diferente em relação ao princípio da efetividade, pois, o processo devido é um processo em que a efetividade da tutela jurisdicional se mostre idônea.

Nesta esteira, o princípio da efetividade sedimenta o direito fundamental à tutela executiva, que significa, grosso modo, a possibilidade de os meios executivos judiciais satisfazer a pretensão do exequente.

Assim, não basta que se garanta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, entendida em sua concepção puramente formal, mas se deve, sobretudo, garantir o acesso à justiça, com a prestação jurisdicional precisa, com otimização de tempo e ajustada ao caso concreto.

O direito fundamental à tutela executiva é corolário do princípio da efetividade à medida que a prestação jurisdicional no processo de execução deve obediência à interpretação/decisão judicial em que se garanta uma efetividade idônea, necessária ao caso concreto.

6.2. PRINCÍPIO DA TIPICIDADE E DA ATIPICIDADE

Tais princípios não poderiam ser analisados em tópicos separados e nisto há uma razão de ser.

Além de serem expressões antônimas, a aplicação destes princípios tem revelada discussão na doutrina.

O princípio da tipicidade dos meios de execução traz por pano de fundo a ideia de que os instrumentos executivos postos à disposição do magistrado devem ter previsão exaustiva, sem que o aplicador da lei possa ampliar ou criar novas situações. Tal princípio é fruto dos partidários da Escola da Exegese, em que o poder do legislador de criar as normas era absoluto, cabendo ao juiz escolher, dentre as possibilidades executórias possíveis, àquela adequada ao caso em concreto. Assim, em respeito a total e rígida separação dos poderes, não poderia o magistrado inovar na ordem jurídica, pois o juiz, como verdadeiro “boca lei”, restringir-se-ia a aplicar as medidas executivas com previsão legal. Como observa a

doutrina, tal princípio representava ideais que estão intimamente ligadas aos valores do chamado Estado liberal.³⁶

Como decorrência da evolução para um Estado de bem estar social e da força da Escola do Direito Livre, observa a doutrina que

Percebe-se atualmente uma tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, criando-se uma espécie de poder geral de efetivação, que permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados o caso concreto, sejam eles de coação direta, sejam de coação indireta.³⁷

Em outras palavras, não caberia mais ao aplicador do direito apenas escolher, entre as medidas executivas prevista na legislação processual. Ao contrário, o que se defendeu foi à ampliação do poder dos juízes em criar medidas executivas idôneas que satisfaçam a pretensão do exequente e adequadas ao caso concreto.

Foram as mudanças sociais provocadas pela necessidade de maior apelo à justiça como prestação jurisdicional efetiva que deram impulso a tais mudanças. Mas não apenas.

Também no plano doutrinário a Escola do Livre Direito difundiu a necessidade de criação do direito na lide pelo magistrado sempre, ainda que a lei tivessem medidas aplicáveis ao caso *sob judice*. O filtro crítico a tal postura do magistrado seria a aplicação do princípio da adequação conjugado com o princípio da atipicidade da execução.

Como consequência dessa mudança de postura, o Código de Processo Civil prevê o poder geral de efetivação do Juiz, presentes tanto no artigo 536, §1º³⁸, quanto no artigo 139, IV³⁹. Tais medidas corroboram, como dito em alhures, que

³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fred. **Curso de direito processual civil: Execução**. V.5. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 46.

³⁷ *Ibidem*, p. 47.

³⁸ C.f. BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**, cuja redação é a que se segue:

“Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

(...)

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”

³⁹ C.f. BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**, cuja redação é a seguinte:

tais normas preveem um rol exemplificativo dentre as medidas executivas postas a disposição do magistrado, cabendo a ele a escolha de qualquer outra, inclusive a criação de uma inédita, desde que respeite os outros princípios processuais e que ainda seja possível aplicar no caso em concreto.

6.3. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL

O princípio da boa-fé processual é observável em todas as fases do processo e, portanto, não poderia deixar de ser observado na fase executória.

Este princípio determina que a boa-fé processual é norma de conduta a ser observada pelos sujeitos do processo, sejam as partes, sejam os sujeitos imparciais. Assim, a boa-fé processual não se preocupa com a boa-fé subjetiva, que representa o *animus*, a intensão da parte em agir de má-fé. Boa-fé processual está relacionada com o aspecto objetivo e por isto, não se cabe falar em boa-fé processual subjetiva.

Como decorrência da necessidade de aplicação deste princípio no direito público, a boa-fé processual tem no princípio fundamental da solidariedade⁴⁰ a base constitucional para sua aplicação nas relações de Direito Público, como é a relação jurídica processual. Assim, o princípio da boa-fé irradiou-se do Direito Privado para o Público com fundamentos legais e constitucionais.

Prevista em cláusula geral do CPC⁴¹, em razão das inúmeras possibilidades de configuração de ato de má-fé, a boa-fé objetiva exige dos autores processuais além da não agir com má-fé, a proibição de agir em atitude desconforme ao comportamento anterior. Tal princípio proíbe ainda a prática de abusos de direito na relação processual, atos ilícitos, portanto. Ao fim, a boa-fé repulsa a *supressio*, que significa a supressão de posição jurídica processual ativa em razão do decorrer do

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
(...)

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;”

⁴⁰ C.f. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988.cuja redação é a seguinte:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária;**” (sem grifos no original).

⁴¹ C.f. BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**, *ipsi literis*:

“Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

tempo hábil para a prática processual, causando transtornos para a parte contrária em razão da prática de tal conduta, como por exemplo, a prática de ato processual atingido pela preclusão (em qualquer das espécies preclusivas).

Ademais, tal princípio também serve de base para aplicação e interpretação do direito, afastando qualquer Intelecção ou prática de ato judicial que venha a ferir tal princípio.

Desta forma, pode-se perceber que o princípio da boa-fé se irradia no processo de execução, proibindo-se qualquer postura processual de má-fé que atinja tanto o exequente quanto o executado ou terceiros.

6.4. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL (EXECUÇÃO REAL)

O princípio da responsabilidade patrimonial observa que é sobre o patrimônio do devedor ou de terceiros que recai o cumprimento da obrigação. Trata-se de um princípio que é fruto da evolução dos direitos das obrigações no ordenamento jurídico ocidental como se observará adiante.

Ao longo da história do direito das obrigações a execução de uma dívida poderia recair sobre o corpo da pessoa, como ocorria no Direito obrigacional romano-clássico. Deste ordenamento, as possíveis consequências da execução poderiam ser a escravidão ou a morte do devedor em razão da divisão de seu corpo se muitos fossem os credores da relação obrigacional.

Em decorrência da mudança de paradigma das obrigações, a responsabilidade ampla, que antes poderia recair sobre o corpo, sede espaço para uma reponsabilidade restrita, de cunho patrimonial.

Contudo, observa-se que difusão de técnicas de execução indireta retira parcialmente a força deste princípio, embora se defenda que tais técnicas possuem caráter psicológico, voltadas para forçar o devedor a cumprir a obrigação por meio de coação comportamental. Assim, no caso da prisão civil por dívida em razão de descumprimento da prestação alimentícia há nítida coerção pessoal e indireta, em que ressoa o legado da obrigação recaída sobre o corpo, não obstante tratar-se de medida psicológica, substituindo a vontade do devedor.

Com isto, pode-se notar que embora o adimplemento das obrigações em regra recaia sobre o patrimônio, nas obrigações de fazer e não fazer, - em especial o

cumprimento de prestações alimentícias – a aplicação de medidas específicas como a prisão civil é plenamente possível, relativizando a força do princípio ora analisado.

Desta forma, conclui-se que, em homenagem a aplicação de outros princípios, como o da efetividade e da adequação, a aplicação da prisão civil como medida executória pode ser empregada, representando o abrandamento do princípio da execução real.

6.5. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA TUTELA ESPECÍFICA, PRINCÍPIO DA MAIOR COINCIDÊNCIA POSSÍVEL OU PRINCÍPIO DO RESULTADO

Tal princípio não deve se confundir com o princípio da tipicidade com quem não guarda nenhuma semelhança. Pelo princípio da primazia da tutela específica, garante-se ao credor ver a obrigação satisfeita pela forma como foi celebrada no negócio jurídico ou, como observa a doutrina, o fim e o resultado da execução devem coincidir no sentido de dar ao credor aquilo a que ele faz jus segundo o título executivo.⁴²

Desta feita, apenas nas hipóteses em que não se possa adimplir a obrigação na forma avençada no negócio jurídico ou ainda, se o credor não preferir optar por formas alternativas de obrigações – estas previstas ou não no contrato - é que se adotará o pagamento em dinheiro ou em outra espécie bem.

É perceptível, portanto, que o princípio em análise garante que a forma inicial de prestação devida deve ser a primeira entre as possibilidades de execução a ser observada pelo magistrado/aplicador do direito. Apenas na hipótese em que não se possa ser cumprida ou em caso de opção do credor em exigir outra forma de prestação é que o julgador poderá adotar outra espécie de medida executória, incluso pagamento em dinheiro ou exigência de perdas e danos.

6.6. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Trata-se de princípio aplicado em todas as fases processuais. Assim como se diz que a jurisdição se efetiva por meio de processo (embora se admita jurisdição sem processo, como por exemplo, o *habeas corpus*), a atividade do juiz requer a observação não apenas da ampla defesa, como do contraditório, quer seja no processo de conhecimento, quer seja no processo de execução.

⁴² Fux, Luiz. **O novo processo de execução**: cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. Rio de Janeiro: forense, 2008. p. 27

Por isto, nas ações de execução afirma-se existir contraditório eventual, em que se garantem ao executado formas de defesa como embargos à execução e a exceção de pré-executividade, além de incidentes de natureza de conhecimento que surjam ao longo do processo de execução.

Da mesma forma que no processo de conhecimento, tal princípio garante as partes o direito de produção de provas ou manifestar-se sobre tal produção, o direito de audiência, o direito de ser intimado sobre a prática de atos processuais necessários ao deslinde da causa bem como o direito de apresentar impugnação as decisões judiciais.

Depreende-se, portanto, que o princípio do contraditório é inerente ao processo, seja de que natureza for e em que etapa este se encontrar, pois materializa verdadeira garantia as partes.

Por fim, pela sua natureza eventual no processo executório, admite-se que a provocação do contraditório depende da manifestação do executado, pois nessa fase processual o executado tem como dever maior cumprir a obrigação e apenas eventualmente e quando fundado em razões plausíveis, deve usar o contraditório com o ônus de provar o que alega (inverte-se, portanto, o ônus da prova na execução).

6.7. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO

Este princípio consagra que entre os meios executivos postos à disposição do credor para satisfazer a execução, deve-se adotar aquele menos oneroso ao devedor.

Tal prescrição normativa volta-se a proteger o devedor, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, em que se evita qualquer conduta abusiva e/ou de má-fé pelo credor no processo de execução.

O artigo 805⁴³ do CPC prevê tal princípio e observa que além de garantir a menor onerosidade da execução exige do devedor que alegar onerosidade da execução, indique (prove) outra forma de execução mais branda daquela determinada pelo juízo.

⁴³ C.f. BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**, cuja redação é a que se segue: “Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.”

Com isto, pode-se notar que o princípio da menor onerosidade exige do executado provar meio menos oneroso de execução quando for determinada execução onerosa. Ainda, admite a doutrina à possibilidade de aplicação deste princípio de ofício pelo magistrado.⁴⁴ Para mais, tal princípio não pode ser interpretado com o fim de restar prejuízo ao credor, observando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e efetividade.

6.8. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O princípio da cooperação não pode ser pensado sobre a imagem romântica de que no processo todos procuram ajudar um ao outro para que a justiça seja feita, ainda que contrária à pretensão deduzida por aquele que coopera. É necessário melhor compreensão sobre tal princípio.

Desta forma, o princípio da cooperação é entendido como a imputação de comportamentos aos sujeitos processuais para que se chegue a uma sentença justa e efetiva.⁴⁵

Cooperação, portanto, não significa o máximo de esforço e ajudas possíveis para que se faça a justiça ainda que contrária ao desejo pela parte, visão romântica que se deve afastar do imaginário do jurista. Cooperação está relacionada a deveres de todos que participam do processo. É, bem verdade, dever de lealdade observado durante a prática dos atos processuais.

A cooperação é repousada, além do dever básico de lealdade, sobre os deveres de esclarecimento (partes devem manifestar-se de forma clara, aplicável ao judiciário em caso de decisão obscura), dever de consulta (na prática de um ato processual deve-se oportunizar voz a ambas as partes pelo magistrado, corolário do devido processo legal), dever de prevenção (as partes devem evitar prática de atos processuais que venham a criar óbices à efetividade da tutela jurisdicional). Aqui, deve-se observar que tais deveres são os mais observáveis entre a doutrina, embora existiam outros. Como este trabalho não pretende analisar a fundo tais deveres, citou-se aqueles necessários ao esclarecimento da problematização lançada nesta monografia.

⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fred. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 55.

⁴⁵ C.f. BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**, cuja redação é a que se segue: "Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva."

Calhar ressaltar, portanto, que o dever de cooperação deve observação ao contraditório, ampla defesa, lealdade e boa-fé com o fim de obter uma prestação jurisdicional justa e efetiva. Lealdade é, antes, comportamento a ser observado pelas partes.

Por fim, diante de criação normativa prevista no artigo 6º do vigente código de processo civil, alega-se que no Brasil, os processos passaram a adotar o modelo cooperativo. No entanto, nota-se que pelos poderes e deveres atribuídos as partes e sujeitos imparciais no CPC, resta claro que o modelo brasileiro predominante é o adversarial.

6.9. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade serve como verdadeiro balizador entre os princípios que colidem nas ações de execução, pois nos conflitos entre tais princípios, além da técnica de ponderação, busca-se ainda analisar a aplicação das medidas sobre a ótica dos fins e dos meios.

Desta forma, quando exercer a jurisdição, determinando medidas executivas, ao magistrado cabe observar se os meios executivos atendem ao fim da satisfação obrigacional.

Calhar ressaltar que tal princípio encontra respaldo nos processos de execução de alimentos, pois somente se determinará a prisão civil do devedor de alimentos quando esta medida for crucial para satisfazer a obrigação, ponderando entre os vários princípios em debate no processo executório. Por isto, cabe ao aplicador do direito observar a congruência entre os meios aplicados e os fins pretendidos.

6.10. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

O princípio da adequação é observado pela ótica do legislador, do magistrado e das partes.

Assim, ao legislador cabe criar procedimentos executórios que sejam adequados em todas as espécies de obrigação, evitando-se incoerências entre o direito pretendido e a medida a ser adotada. Trata-se da adequação em abstrato.

Pode-se ainda falar em adequação negocial, onde as partes, por negócio jurídico processual fixam a medidas a serem adotadas em caso de

descumprimentos da obrigação. Deve-se ressaltar aqui, que tal negócio, embora não possam ser afastado, merece análise judicial para evitar abuso de direito ou violação a direitos indisponíveis. É espécie de adequação em concreto.

A adequação judicial é decorrência do poder geral de efetivação, em que o magistrado pode criar meios executórios atípicos necessários à efetivação da tutela jurisdicional. Temos, assim, a aplicação em concreto.

A adequação pode ainda ser objetiva, subjetiva e teleológica. A subjetiva refere-se à adoção de medidas em razão das pessoas presentes na relação processual, como por exemplo, nos processos que envolvam a Fazenda Pública. A adequação teleológica é relacionada aos objetivos que o procedimento busca alcançar. Isto justifica, por exemplo, a criação de juizados especiais e varas de Fazenda Pública. A adequação objetiva diz respeito à postura do legislador para harmonizar a proteção jurisdicional ao procedimento a ser adotado – podendo ser o procedimento adequado em razão da natureza do objeto posto em conflito, por motivo de urgência ou de evidência (tutelas de urgência e evidência).

Afirma a doutrina que a prisão civil por dívida é forma de adequação objetiva em que o direito do alimentando requer meio coercitivo enérgico.⁴⁶ Sem se esquecer do relativismo que cada caso exige, deve-se observar que a adequação em sua acepção objetiva é capaz de justificar a prisão civil, mas apenas nos casos em que outros meios não se mostrem suficientes para a satisfação do direito pretendido. Ademais, a prisão civil é medida extrema e pode ocorrer que em determinadas situações, em razão da adequação subjetiva, se torne impossível efetuar a prisão (como no caso de prisão do Presidente da República, por exemplo).

7. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NO BRASIL: (IN)CONSTITUCIONALIDADE E POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO

7.1. BREVES CONSIDERAÇÕES

As discussões em torno da constitucionalidade e possibilidades de aplicação da prisão civil no ordenamento jurídico pátrio é alvo de debates doutrinários desde a vigência da Constituição Federal. Tal alarido tornou-se ainda mais veemente com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a sua recepção no Direito

⁴⁶ DIDIER JÚNIOR, Fred. **Curso de direito processual civil: execuções**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 59.

brasileiro, em que se tornou quase unânime a concordância da inaplicabilidade da prisão civil por dívida do depositário infiel.

Desta forma, a prisão civil por dívida alimentar é a única permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, onde se sobressai à peleja intelectual em torno dos “abolicionistas” e “coercitivistas” desta forma de coerção. Porém, antes de adentrar na análise da prisão civil por dívida alimentar, torna-se necessário o exame das teses acerca da (in)constitucionalidade e possibilidade de aplicação da prisão civil por dívida em hipóteses de obrigações que não seja prestação alimentar.

7.2. DIREITO OBRIGACIONAL CONSTITUCIONAL. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITO HUMANOS E A VEDAÇÃO DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NAS HIPÓTESES CONVENCIONAIS. ANÁLISE DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Diz o mandamento constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Ao contrário da reserva legal – que exige a criação de matéria específica por meio de lei em sentido estrito -, O princípio da legalidade constitui mandamento positivo, ou seja, permite ao indivíduo desfrutar de ações, omissões e comportamentos não vedados pelo ordenamento jurídico.

Assim, dele se extrai a ideia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõe uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõe uma abstenção), provenientes do poder legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição.⁴⁷ Corrobora-se, desta forma, a noção de império da lei legitimada pela Constituição e por um processo legislativo legitimado pela soberania popular, os quais se reputam instrumentos capazes de limitar a liberdade individual.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V.2. Teoria Geral das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 238.

Por decorrência deste mandado de otimização, o campo dos direitos das obrigações encontra guarida idônea, pois se o ordenamento garante ao indivíduo a liberdade positiva – fazer ou não fazer tudo aquilo que a lei não proíba – o terreno obrigacional civil encontra dupla limitação, quer no texto magno, quer no texto infraconstitucional. Desta feita, as modalidades das obrigações e suas prestações só poderão ser oponíveis aos indivíduos quando a lei limitar a liberdade de agir, com a finalidade de resguardar direitos de outros indivíduos da relação obrigacional contra lesões ou ameaças. Uma das consequências dessa legítima limitação são os procedimentos (atos) administrativos ou judiciais capazes de impor uma ação ou abstenção como forma de garantir a execução de uma obrigação legal.

A discussão culminante sobre a legitimidade dos atos judiciais está em torno da possibilidade de aplicação da prisão civil por dívida em caso da não prestação voluntária e indesculpável do depositário infiel, cuja regra prescreve

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

De sua literalidade, poder-se-ia chegar à conclusão de que nos casos ressaltados previstos no inciso, há plena possibilidade de se agir sobre a liberdade do indivíduo, por meio de forma de execução processual com finalidade de forçá-lo a cumprir a obrigação a ele imposta.

Acontece que o Pacto de São José da Costa Rica, a qual o Brasil foi signatário e promulgado pelo decreto nº 678 de 1992, proibiu a prisão civil por dívida sobre o depositário infiel, que *ipsi literis* observa

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.⁴⁸

Assim, criou-se margem para inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da revogação ou não da parte final do dispositivo constitucional, em razão da norma internacional da qual o Brasil é signatário, com repercussões, sobretudo, na prática de atos processuais executivos. Dessa Forma,

⁴⁸ C.f. BRASIL. **Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992.

uma zona de incerteza foi criada sobre a possibilidade de aplicação de prisão civil por dívida em casos que não tenham por prestação a obrigação de cumprir prestações alimentícias.

Uma análise do panorama doutrinário deixa claro as divergências em torno da (in)eficácia da norma constitucional. As correntes de discussão repousam sobre a topografia em que se encontra o Pacto de São José da Costa Rica no nosso ordenamento e, por decorrência lógica, qual norma deve ser aceita no Direito brasileiro, corolário, reitere-se, sobre as relações processuais que buscam tutelar o direito daquele que pleiteia em juízo. Com isto, passa-se a discussão sobre as teses doutrinárias.

Entre as correntes que discutem o lugar das convenções sobre direitos humanos, há aqueles que vislumbram tais normas como supraconstitucionais, em razão dos valores meta-nacionais que protegem. Consequência do jusnaturalismo, estariam próximas a norma hipotética fundamental, a qual nenhum Estado Nacional deve afastá-la, dado seu caráter transindividual e de proteção universal, portanto.

Assim, qualquer modificação constitucional em conflito com normas internacionais seria considerada “suprainconstitucional” por colidir com mandamento de lei superior ao texto magno, passível, inclusive de controle pelos órgãos judiciários internacionais, anulando qualquer controle pelos tribunais pátrios. O Supremo Tribunal Federal em julgamento do RHC 79. 785/ RJ⁴⁹, afastou esta tese baseado na soberania brasileira. Nota-se que são poucos os doutrinadores adeptos dessa tese no Brasil.

Uma segunda corrente traz por argumento que tais acordos possuem lugar constitucional. Assim, em razão da interpretação sistemática das normas contidas no art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, os acordos internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados por quórum equivalente aos do processo de emenda constitucional, terão *status* constitucional, podendo, inclusive revogar disposições infraconstitucionais; doutrinadores mais ferrenhos afastam inclusive a força do quórum, priorizando, sobremaneira e matéria (direito humanos) tratada no acordo.

⁴⁹ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000015832&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 out. 2017.

Por essa razão, em caso de conflitos de normas constitucionais e dos tratados que versem sobre direitos humanos, haveria uma ponderação daquela que for mais benéfica aos destinatários dessa norma, em razão da interação delas, as quais têm como finalidade a proteção aos direitos e garantias fundamentais. Nossos tribunais superiores e a boa parte da doutrina adotam essa tese e como será analisado adiante, há repercussões sobre as normas infraconstitucionais, sobretudo as de natureza processual. Reitere-se que o fundamento da súmula vinculante nº 25 do STF tem como base a natureza constitucional do pacto de São José da Costa Rica. Outrossim, os precedentes que originaram a súmula reiteram tal posicionamento do tribunal constitucional.

Defende ainda a doutrina que as normas que versem sobre direito humanos teriam status de lei ordinária e por consequência, não teriam força de anular qualquer mandamento constitucional. É corrente pouco aceita no Brasil e superada pelos tribunais nacionais, principalmente após a emenda constitucional que acrescentou o §3º ao art. 5º da Constitucional (no STF havia discussão se a norma internacional teria *topus legal*, e assim, inúmeros debates sobre conflitos de norma no tempo e em razão da matéria foram resolvidas nos anos 70 do século passado, superando a tese esposada no RE 80.004/SE).⁵⁰

A defesa do caráter supralegal dos tratados internacionais sobre os direitos humanos (quarta corrente) pugna pelo argumento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam adotados do atributo de supralegalidade.⁵¹ Dito de outra forma, em razão de estarem num lugar intermediário entre a Constituição e as normas infraconstitucionais, os tratados sobre direito humanos não poderiam colidir com a Carta Magna, todavia seria fundamento de controle de supralegalidade pelo STF das normas infraconstitucionais que viesse a colidir com seus preceitos.

⁵⁰ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000021854&base=baseAcordao>>. Acesso em: 10.10.2017.

⁵¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 813.

Tal tese possui adeptos, mas se alerta que a forma, ou melhor, o rito como foi aprovado nas casas legislativas é determinante para fundamentar o lugar das normas sobre direito humanos. Desta forma, ainda que verse sobre direitos humanos, mas não tenham sido aprovados pelo número mínimo de votos exigidos pelo rito da emenda a Constituição, tais tratados teriam status supralegais em razão da proteção especial dada a eles, que não podem ceder a ingerências estatais. A decorrência da adoção desse entendimento é que as normas infraconstitucionais que vierem a colidir com os tratados sobre direitos humanos teriam sua eficácia paralisada, mas não teriam o condão de revogar (derrogar) o texto infraconstitucional. Outrossim, qualquer emenda à constituição que vier a retirar a eficácia da norma internacional teria o condão de por em movimento a eficácia da norma infraconstitucional antes paralisada (não se pode olvidar que não se trata de repristinação, mas de movimento eficaz da norma, num verdadeiro “dinamismo normativo”).

É fácil perceber, portanto, que considerações sobre a análise da adoção de uma das teses terá repercussão sobre a prisão civil por dívida em caso de cumprimento de obrigações que não sejam a de prestações alimentícias, pois em razão da revogação, paralisação da eficácia, ou de eficácia plena do dispositivo constitucional em face da norma internacional, chega-se a conclusão sobre a idoneidade da aplicação de um dos dispositivos.

Como já observado, as teses doutrinárias e jurisprudenciais observadas terão repercussão sobre aplicação das normas processuais referentes ao cumprimento de medidas coercitivas por motivo do não pagamento das obrigações de natureza não alimentícia, inclusive as recaídas sobre o depositário infiel. A esta altura, anota-se que no tópico seguinte irá se analisar, com base nessas teses, a possibilidade sobre aplicação da prisão civil por dívida e de outras medidas coercitivas para o caso de inadimplemento de obrigações de natureza cível não alimentar. É o que passará a fazer.

7.3. APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS REFERENTES À CUMPRIMENTO DE MEDIDAS COERCITIVAS E PRISÃO CIVIL EM RAZÃO DO

NÃO ADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES DE CARÁTER NÃO ALIMENTÍCIO. REFLEXÕES NO PANORAMA DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

Sobre as teses adotadas, haverá observação de repercussões sobre aplicação da prisão civil por dívida e outras medidas coercitivas sobre o inadimplente de obrigações cíveis de caráter não alimentar. Neste momento, um esforço contrafactual será necessário para perceber as nuances de repercussão destas teses no campo do Direito Processual Civil, em especial sobre as medidas restritivas, as quais possuem teses autônomas pautadas no campo processual. Aqui, deve-se observar que as teses constitucionais analisadas anteriormente enriquecem os argumentos e debates sobre o tema.

Assim, uma vez adotado o posicionamento sobre a natureza supraconstitucional, constitucional ou supralegal dos tratados sobre direitos humanos, pode-se chegar à conclusão de que a prisão civil como mecanismo legal coercitivo atípico que se volta para tutelar as obrigações de dar, fazer ou não fazer, bem como a do depositário infiel (considerada obrigação de dar coisa diversa de dinheiro), seriam eivadas de inconstitucionalidade, em razão do choque entre normas de hierarquias diferentes (norma legal da medida x norma supraconstitucional, constitucional ou supralegal).

Por consequência, doutrinadores defendem que o teor da súmula vinculante nº 25 do STF (“É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”) teria plena aplicação para toda e qualquer modalidade obrigacional, incluído as obrigações de dar, fazer e não fazer e principalmente, sobre o depositário infiel em qualquer de suas modalidades, espécie da obrigação de dar coisa.

Desta forma, os adeptos da proibição da prisão civil por dívida, observam que seja qual for a espécie de obrigação presente (ressalvada a obrigação alimentar), a vedação desta espécie de medida judicial afasta sua aplicação para o depositário infiel, quer pela impossibilidade de utilizá-la como meio satisfativo, quer como meio coercitivo (ou cautelar).

Assim, uma vez adotada a tese de que a prisão civil do depositário infiel também envolve a dívida de natureza pecuniária, não seria cabível a aplicação

dessa medida coercitiva, pois se deve prezar pelo direito fundamental à liberdade do indivíduo, a qual não pode ser restringida em razão de sua insuficiência patrimonial.

Por esta tese chega-se a conclusão de que em caso de conflito entre direitos fundamentais – obrigação de dar, fazer e não fazer em virtude de lei e do direito a liberdade individual do depositário infiel que não possui disposição econômica suficiente para solver a garantia, há o predomínio deste último direito cujo status constitucional está acima do direito fundamental a cumprir a obrigação.

Acontece que adeptos da teses da constitucionalidade e assim, aplicabilidade da prisão civil por dívida das obrigações de dar, fazer e não fazer refutam em terreno sólido os argumentos dos que afastam a prisão civil por dívida. Analisa-se a seguir.

Ainda que repousando seus argumentos sobre a constitucionalidade, supralegalidade ou legalidade da convenção de São José da Costa Rica, os adeptos da aplicação da prisão civil por dívida parecerem dar pouca relevância à natureza desta norma convencional e voltam-se a observar a plena vigência das medidas processuais que se destinam a garantir o adimplemento da obrigação, afastando, assim a vedação de qualquer prisão, incluso a de prestação alimentícia.

À vista disso, observam que a vedação da prisão civil por dívida abrange apenas a de natureza pecuniária, e que a norma do art. 5º, LXVII, tempo por fundo a proteção de direitos fundamentais como direito a vida, saúde, etc. Com isto, não há apenas conteúdo negativo na norma, pois ela se volta, também, por meio de tutela inibitória, garantir o cumprimento de prestações que não seja em dinheiro, concretizando a tutela efetiva. É fácil perceber que os adeptos da teoria da aplicação da prisão civil por dívida (ampla) afastam qualquer hierarquia entre os direitos fundamentais, adotando a noção de ponderação de direitos fundamentais em conflito, pois a prisão civil por dívida não seria encarada como verdadeira prisão odiosa, instrumento de vingança, mas instrumento hábil a tutelar direitos fundamentais, pois

Entretantes, quando o adimplemento da obrigação não depender da situação econômica ou financeira do devedor, mas, sim, de uma conduta consistente num fazer, não fazer ou entregar coisa diversa de dinheiro, a restrição da liberdade como forma coercitiva ao cumprimento da

determinação judicial não encontra, a nosso ver, nenhuma óbice de ordem constitucional.⁵²

Ou seja, observa-se que para a doutrina é cabível a prisão civil por dívida lastreada nas normas do art. 536, §1º combinado com art. 139, IV e art. 297 do CPC, em razão do controle do poder de império do juiz e do poder geral de cautela, de efetividade e de eficácia da tutela jurisdicional. Sedimenta-se, com isto, a idoneidade da prisão civil por dívida.

Por corolário, seu fundamento não é lastreado na situação econômica do devedor, mas o adimplemento obrigacional de natureza diversa da pecuniária, que determinará o resguardo de um direito fundamental, seja ele qual for, e que se sobrepõe, pelo caso concreto, ao direito a liberdade. Para doutrina, lembre-se, os mecanismos coercitivos e sub-rogatórios constituem rol exemplificativo, podendo o juiz aplicar o mais adequado ao caso concreto, como é a hipótese de prisão civil.

Por derradeiro, ao analisar os precedentes que deram origem a súmula vinculante Nº 25 do STF, observa-se que, unanimemente, os casos se tratavam de obrigação prestada em dinheiro, razão pela qual se estaria confirmando a regra, ou seja, a vedação da prisão civil por dívida. Desta forma, em razão de não haver nenhum precedente recaído sobre prisão das obrigações de dar, fazer e não fazer, haveria, no futuro, necessidade de revisão ou superação da súmula pelo órgão constitucional.

Desta tese é fácil perceber que, embora se ratifique ser incabível a prisão civil por dívida em razão de inadimplemento do depositário infiel – considerada de natureza pecuniária, é possível, para os adeptos desta corrente, a utilização deste meio coercitivo para as obrigações de dar coisa, fazer e não fazer (inclusa a obrigação alimentícia) que não fossem em dinheiro, dada a constitucionalidade plena da norma do art. 5º, LXVII e dos poderes concedidos ao magistrado presentes no Código de Processo Civil, que considera as medidas coercitivas hábeis ao caso concreto de acordo com satisfação do direito que se quer ver tutelado.

⁵² COUTO, Mônica Bonetti; ZACARELLA, Peterson. **Horizonte da prisão civil nas tutelas das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa no direito processual civil brasileiro: esvaziamento ante a súmula vinculante nº 25 do stf?** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=16105fb9cc614fc2>>. Acesso em 10 out. 2017. p. 18.

Há ainda os que adotam o posicionamento da prisão civil por dívida baseado no *Contempt of Court* em que é possível a prisão civil como forma de garantir a ordem da decisão judicial, por violar a boa-fé. Bem verdade, trata-se de prisão de natureza criminal - *criminal contempt* – oriunda da tipificação do crime de desobediência à ordem judicial, e desta forma, não teria o efeito desejado do cumprimento da obrigação. Ademais, deve-se ressaltar que, por se tratar de esfera penal, que não pode suplantar a esfera civil, dada a *ultima ratio* do direito criminal, violar-se-ia o princípio da razoabilidade, proporcionalidade e legalidade. Com isto, deve-se afastar o extremismo da utilização do direito como instrumento de vingança. Tal tese, portanto, repousa em base insustentável.

Destarte, é fácil perceber que os argumentos conflitantes possuem embasamento idôneos, dadas as bases argumentativas de cunho constitucionais, legais e jurisprudenciais. Ao que soa redundante, o trabalho argumentativo das teses, com ressalva da última, repousam sobre terrenos sólidos e férteis, deixando qualquer leitor sobre a armadilha pseudo-silogística, representando, bem verdade, uma contingência retórica. No entanto resta concluir que no Brasil a única hipótese para aplicação da prisão civil por dívida é a resultante de débito de natureza alimentar, espécie de obrigação de fazer.

7.4. PRISÃO CIVIL POR DÉBITO ALIMENTAR: ÚNICA E NECESSÁRIA HIPÓTESE NO DIREITO BRASILEIRO

Em que pese os argumentos trazidos pelas correntes constitucionais e processuais sobre a aplicabilidade ou não da prisão civil em caso que não se refiram as exceções previstas, busca-se um posição para resposta a este questão trazida ao debate, tomando por base os direitos e valores políticos resguardados.

Das posições trazidas ao debate, concorda-se que o não cabimento da prisão civil por dívida, como regra, é aquilo prezado tanto na norma constitucional, na convencional bem como no entendimento sumulado pelo nossa Corte Suprema.

Assim, partindo-se do brocado “onde a lei *não distingue*, ao *intérprete não é dado fazê-lo*”, pode-se observar que se fosse necessário distinguir as obrigações alimentícias e pecuniárias das de fazer, não fazer e dar coisa, todas as normas analisadas deveriam preterir tais distinções e não é isto que se observou no

estudo realizado. Ademais, lembra-se que a jurisdição é função criativa. Essa criatividade é limitada.⁵³ Reitera-se, com esta observação, os limites da atividade jurisdicional nas lides processuais dentro do que a lei permite, evitando distinções arbitrárias ou desarrazoadas. Por consequência, observa-se que a obrigação de natureza alimentar é, pela unanimidade doutrinária, obrigação de fazer.

Se não bastasse, observa-se que, embora se concorde com teoria da ponderação no caso de conflitos de direitos e princípios fundamentais, a liberdade é bem que medida coercitiva alguma se mostra idônea para garantir o adimplemento de obrigações. Desta feita, deve-se buscar na solução do caso concreto medidas que visem evitar impedir o exercício da liberdade ir, vir e permanecer, razão pela qual dado o caráter exemplificativo do rol das medidas presentes no CPC atual, soa inconstitucional qualquer medida inicial que recaia sobre direito de locomoção, quando há inúmeros outros meios de garantir a decisão judicial.

Nesta senda, superando-se as antigas formas odiosas de execução de débitos obrigacionais que recaíssem sobre o corpo ou liberdade, concorda-se com a doutrina majoritária que só vislumbra a prisão civil por dívida nos casos de inadimplemento inescusável de obrigação de natureza alimentícia, afastando-se a prisão do depositário infiel no seu sentido amplo, que abrange as obrigações de dar coisa, fazer e não fazer dada a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre essas espécies obrigacional. É o que se adota.

8. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS E O DEVER-PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com a vigência da lei nº 13.105/15, uma mudança quantitativa e qualitativa foi prevista no art. 139, do CPC, mudança esta bem recebida entre os juristas brasileiros. Como se observa da crítica doutrinária, o art. 139 desempenha o mesmo papel do art. 125 do CPC atual, indicando “deveres-poderes” do magistrado. É certo, contudo, que o rol do novo CPC é muito mais completo e bem acabado que o CPC atual.⁵⁴ Ademais, entendo que esse dispositivo claramente permite a aplicação ampla e irrestrita do princípio ora analisado (atipicidade) a qualquer espécie de

⁵³ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: juspodivm, 2015. p. 157.

⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 37.

execução, independentemente da natureza da obrigação.⁵⁵ Ou seja, trata-se de inovações que ampliam o rol de medidas judiciais dadas ao magistrado no processo de execução, cabível para qualquer tipo de obrigação legal.

O dispositivo do art. 139, IV, regulamenta o poder geral de efetivação que, conforme a redação do referido dispositivo, garante ao juiz a aplicação de medidas atípicas de execução sempre que as formas executórias típicas previstas nas disposições referentes ao cumprimento de sentença e no processo de execução não se mostrarem idôneas para garantir a satisfação da pretensão do exequente.

Vê-se que a partir da referida norma, temos a sedimentação do princípio da atipicidade da execução que, ao lado do princípio da tipicidade, busca garantir à efetividade do processo de execução, atribuindo, em tempo razoável e de forma proporcional à contenda judicial, medida satisfativa adequada à pretensão do exequente, respeitando o direito do executado. Como se pode perceber, há dever-poder instituído ao magistrado, pois com o objetivo de garantir a pacificação do conflito e manter a ordem social, deve-se buscar medidas coercitivas que solucionem o caso sob *judice*.

Como decorrência da previsão do dever-poder de efetivação, nota-se que o magistrado, diante circunstâncias analisadas no feito judicial, tem dever-poder de aplicar quaisquer medidas, sejam elas típicas ou atípicas, podendo, inclusive aplicar medidas não previstas nas disposições normativas, com base no juízo de equidade.

Desse modo, é lícito afirmar que com as regras previstas no CPC não há uma ordem a ser seguida pelo magistrado ao aplicar as medidas coercitivas, cabendo, com base no bom-senso, boa-fé e no juízo de equidade, aplicar a medida, seguindo um caminho indeterminado, até a satisfação da pretensão do exequente e em tempo razoável.

Assim, nas ações de execução das diversas espécies de obrigações, pode o judiciário aplicar medidas como retenção de passaporte, suspensão da carteira nacional de habilitação, bloqueio de contas do executado (penhora on-line dos rendimento/rendas/sobras mensais) e outras medidas que, com base na equidade, tutelem o direito do exequente.

Por decorrência, neste momento, soa a discussão sobre a possibilidade da aplicação da prisão civil por dívida alimentar diante deste novo panorama traçado

⁵⁵ NEVES, Daniel Assunção Amorim. **Manual de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 986.

pelo código de processo civil brasileiro, visto que, diante da perspectiva lançada pelo referido código, a prisão civil por dívida, além de medida última, pode ser suplantada no caso *sob iudice* diante do rol não exaustivo previsto no artigo 139 do CPC. Diante disso, embora não se tenha a pretensão abolicionista, pode-se notar que é possível a aplicação da prisão civil por dívida alimentar apenas quando esgotadas todas as possibilidades típicas e atípicas do CPC. É que se verá no capítulo seguinte.

9. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA COMO MEDIDA EXTREMA NA EXECUÇÃO DE DÉBITO ALIMENTAR

9.1. DOS ALIMENTOS E DO DÉBITO ALIMENTAR

Pela doutrina depreende-se que

Por alimentos devem ser consideradas todas as despesas ordinárias a que o alimentante faz jus, ou seja, prestações em dinheiro ou em *natura*, a serem pagas pelo alimentante ao alimentado, e que atendam às necessidades essenciais daquele que não pode prover o próprio sustento. Os alimentos compreendem não apenas os gêneros alimentícios, como também a educação, tratamento de saúde, habitação, vestuário e lazer.⁵⁶

Dito de outra forma, o conceito de alimentos não se restringe a aspectos fisiológicos, abrangendo também toda forma de provisão que garantam o sustento do indivíduo. Assim, percebe-se que o termo “alimentos”, definido na doutrina e no Código Civil⁵⁷ é amplo. Ademais, percebe-se da definição que os alimentos podem ser pagos *in natura* (referentes à alimentação) - ou em pecúnia, garantindo-se, dessa forma, o cumprimento do objetivo estabelecido pela prestação alimentar.

Quanto à classificação dos alimentos, vê-se que, da interpretação do art. 1.694 do Código Civil, estes podem, segundo a natureza, serem naturais - que são aqueles indispensáveis à manutenção do sujeito - ou serem alimentos civis, que aqueles destinados, sobretudo, a garantir ao indivíduo o desfrute de posição socioeconômica nos moldes da vivenciada antes da situação de crise.

⁵⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 1140.

⁵⁷ C.f. BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2012** (Código Civil), *in verbis* :

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

Os alimentos podem ainda, quanto à origem, serem classificados como legais (decorrem de prescrição das leis), voluntários (decorrentes de atos de vontade, como o previsto em testamento) e indenizatórios que são aqueles resultantes de reponsabilidade civil.

Podem ainda os alimentos, de acordo com a finalidade, serem definitivos (que são aqueles fixados em sede de sentença judicial com trânsito em julgado), provisórios (que são fixados liminarmente em ações de alimentos, podendo ser fixados de ofício pelo magistrado) e provisionais (aqueles pertinentes em ações cautelares que envolva direito de família ou prestação de alimentos, garantindo-se sempre que houver presente os requisitos de fumaça do bom direito e perigo na demora, típicos das tutelas de urgência). Detalhe essencial neste tópico recai sobre a discussão do caráter “definitivo” dos alimentos. Aqui se deve observar que, a “definitividade” se refere ao trânsito em julgado formal da ação de alimentos, pois, como se analisa no ordenamento jurídico, os valores fixados em sede de alimento podem ser objeto de ação de revisão, quando houver modificação da situação econômico-financeira do alimentante e do alimentado. Por isto, cabe observar que, o caráter definitivo refere-se ao aspecto formal do trânsito em julgado, não cabendo, nesta ação, a formação de coisa julgada material, dada sua especificidade.

Embora haja discussão sobre a diferença entre o dever de sustento (aqueles devidos entre cônjuges e dos pais com os filhos, por exemplo) e a prestação de alimentos, entende-se que, numa relação de pertinência, os alimentos estariam, pela sua finalidade, contíguo no dever de sustento. Desta feita, seria cabível, inclusive, ação de alimentos em face de cônjuge ou pai que abandona o lar, deixando em condições precárias de sustentabilidade o outro cônjuge ou filhos.

É perceptível, portanto, que o dever de alimentos é espécie de obrigação de fazer e, uma vez havendo necessidade do alimentado em ser sustentado por qualquer dos alimentantes (parentes, ex-cônjuges ou qualquer pessoa que possua liame civil com o necessitado), é lícita a proposição da ação de alimentos, bem como sua revisão e os meios de execução cabíveis para ter sua pretensão satisfeita. No tópico a seguir abordar-se-á com detalhes este tema.

9.2. DO PROCESSO DE CONHECIMENTO, REVISÃO E EXECUÇÃO DA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

Como visto acima, o escopo da ação de alimentos é garantir o sustento daquele que se encontra em situação de necessidade. Nas palavras da doutrina,

À evidência, o interesse tutelado pelo direito, com a imposição do encargo alimentar, é o interesse social na vida daquele que se encontra premido pelas necessidades e em indigência, sem condições de sobreviver pelo próprio esforço.⁵⁸

Melhor dizendo, o objetivo essencial da imposição da prestação de alimentos ao devedor é evitar a situação de miserabilidade do alimentado, objetivo este almejado por toda a sociedade e consequência do princípio da solidariedade, que norteia o dever de conduta dos alimentantes em relação aos alimentados.

A partir da situação de necessidade do alimentado nasce, portanto, a pretensão de ser sustentado pelos alimentantes, com a obrigação destes de prover aquele com suprimentos essenciais a razoável qualidade de vida.

Embora possa o alimentado pedir diretamente ao alimentante a prestação alimentar, podendo o obrigado de pronto oferecer a ajuda, na maior parte das situações é por meio da ação judicial que será garantido a pretensão do necessitado.

Assim, a ação de alimentos possui tiro especial, como previsto na Lei nº 5.478/68, art. 1º⁵⁹ e no art. 693 do CPC⁶⁰. O rito determinado pelas leis tem por finalidade a necessidade eminente do alimentante e com isto, busca-se evitar prejuízos para a parte necessitada diante da demora da medida judicial.

Pode-se observar que os legitimados para propor a ação podem ser representados ou assistidos nessas ações, a depender do tipo de incapacidade civil do alimentado.

Comprovados os requisitos necessários para proposição da ação, o juiz, ao despachar pedido, deverá fixar os valores devidos a título de alimentos provisórios. Este despacho funda-se com base no princípio da proporcionalidade e adequação.

⁵⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 32.

⁵⁹ C.f. Brasil. Lei nº 5478 de 25 de Julho de 1968, cuja redação é a seguinte:

“Art. 1º. A ação de alimentos é de rito especial, independente de prévia distribuição e de anterior concessão do benefício de gratuidade.”

⁶⁰ C.f.: BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**, *ipsi literis*:

“Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.”

O valor fixado a título de alimentos provisório poderá ser modificado em razão das situações fáticas (probatórias) coligidas na ação.

A obrigação alimentar deve basear-se na razoabilidade e proporcionalidade, devendo o Magistrado considerar os fatores determinantes em cada situação apresentada no Tribunal⁶¹, ou seja, ao sentenciar fixando o valor devido pelo alimentante, depois de esgotadas todas as fases processuais, o juiz fixará, com ponderação (equidade) o valor definitivo a título de alimentos. Reitere-se, nesse ponto, que tal valor não produz coisa julgada material em virtude da possibilidade de revisão dos valores fixados, quando ocorrer mudança da situação financeira das partes. A ação de revisão de alimentos, prevista no artigo 15 da lei 5478/68 pode ser pleiteada a qualquer momento, cabível sua execução assim que formada a coisa julgada formal.

Com isto, uma vez sentenciada o valor devido a título de alimentos, este poderá ser executado nos termos do art. 911, do CPC. Pode ainda ser exigido em virtude do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade da obrigação de alimentos, como se observa do art. 528, §§ 2 a 7º do CPC⁶².

Nota-se que a partir da formação de um título executivo deve o alimentante cumprir com o dever de prestar alimentos, efetuando o pagamento no prazo de três dias (bem como comprovar que já efetuou o pagamento ou comprovar a impossibilidade de realizá-lo).

Dentre as medidas executivas, pode-se notar que é possível o exequente requer o desconto em folha de pagamento do executado, a ser cumprido pela empresa por meio do responsável. Em caso de descumprimento desta medida, poderá ser decretar a prisão do responsável pelo desconto em folha, não em virtude da falta de prestação de alimentos, mas em razão de descumprimento de ordem judicial.

Uma vez não comprovada os impedimento para realizar o cumprimento da prestação, pode-se valer o alimentado dos meios executivos necessários à satisfação do crédito alimentar. Assim, embora as disposições normativas referentes à execução de alimentos não prevejam quais medidas serão adotadas, a exceção da

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.5. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 629.

⁶² Devido a grande quantidade de disposições a serem analisadas, recomenda-se a leitura do CPC, in: BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

prisão civil, pode-se concluir que, em razão das modificações trazidas pelo Código de Processo Civil, as possibilidades são amplas e cabe o magistrado, diante do caso em concreto, analisar qual medida adequada, razoável e proporcional a ser adotada. A atipicidade dos meios executivos garante, com isto, que a prisão civil só possa ser decretada em medidas extremas, em regra.

9.3. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NA AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS: REFORÇO DA NATUREZA DE *ULTIMA RATIO* DIANTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Como visto até aqui, o poder geral de efetivação dado aos magistrados garante a satisfação da tutela de acordo com a peculiaridade da situação fática proposta em juízo em qualquer fase do processo. Desta feita, isto não é diferente em relação às ações de alimentos.

Para a doutrina, no que interessa ao processo civil, sobressai a urgência com que deve ser atendida a pretensão alimentar, dado o seu caráter indispensável à satisfação das necessidades básicas do ser humano⁶³. Embora não se possa olvidar sobre a urgência da prestação de alimentos, deve-se observar que a aplicação da prisão civil, como medida *prima facie*, mostrar-se-ia inidônea ao referido objetivo (urgência da satisfação do direito), ainda que se considere que a situação de insolvabilidade do executado é falaciosa (fraudulenta). Assim, diante da possibilidade de fraude à execução, como ocultação de bens ou criação de meios maliciosos, deve o juiz valer-se de instrumentos eficazes ao caso em concreto, como o instituto da desconsideração da personalidade jurídica ou mesmo a penhor on-line do executado e de terceiros em conluio com este (BACENJUD/RENAJUD), garantindo assim uma satisfação célere.

No universo de medidas coercitivas judiciais atípicas pode-se ainda suspender a carteira nacional de habilitação, pois se o executado não tem possibilidade de pagar o débito alimentar, não condições de arcar com despesas do veículo, com a ressalva de comprovação de que o veículo e a habilitação são voltados para exercício de atividade remunerada. Ademais, se o executado ostenta carros luxuosos, pode-se utilizar o RENAJUD, ônus gravado sobre veículo, bem considerado de fácil execução (conversão em moeda).

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 110.

Ainda, no universo do poder geral de efetivação, pode-se apreender o passaporte do executado (alimentante), pois, quem não tem condições de pagar alimentos, não tem possibilidade de bancar viagens.

Vê-se também que se permite ao executado oferecer bens a penhora de fácil e rápida execução (tais como joias, utensílios domésticos, etc.), buscando, com isto a urgente satisfação do crédito alimentar, pois

Do ponto de vista processual, único que aqui importa, haja vista o propósito de tratar da realização executiva da obrigação alimentar, os alimentos constituem crédito, porque participam, nessa qualidade, da estrutura concebida pelo Código de Processo Civil, ou seja, do processo executivo.⁶⁴

Desta forma, buscando a satisfação do crédito alimentar, é imperioso buscar as medidas adequadas aos fatos analisados, sempre que o direito a alimentos exigir imediata satisfação.

Calha observar ainda que, nas hipóteses em que não houver urgência na efetivação da prestação alimentar (a depender do caso concreto), o juiz pode usar de outras medidas, como arresto, penhoras, sequestros, leilões, tudo com vistas a garantir o direito do alimentado.

Desta forma, embora não se adote uma postura abolicionista, compreende-se que a prisão civil por dívida deve ser adota como medida extrema e apenas nas hipóteses de suspeita de fraude a execução e quando as demais medidas atípicas não puderem ser efetivas.

Neste ponto, reputa-se que a prisão civil por dívida volta-se a garantir a satisfação do crédito referente aos três meses anteriores à ação de execução, conforme súmula 309 do STJ⁶⁵. Assim, o pedido de prisão civil por dívida tem por finalidade apenas a satisfação dos créditos vencidos nos três meses anteriores a execução, bem como os que vierem a vencer durante a aplicação da coerção pessoal (embora doutrina seja divergente sobre os créditos vincendos). Nada impende, no entanto, que o pedido possa ser partilhado, e com isto, os valores em atraso anteriores aos três meses que legitimam a prisão civil por dívida possam ser alvo de execução ordinária.

⁶⁴ ASSIS, ARAKEN de. **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 89.

⁶⁵ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27309%27>>. Acesso em: 20 out. 2017.

Pode-se ressaltar ainda que, superada a discussão sobre o período máximo de prisão que o executado (alimentante) deve cumprir, a fixação do período de segregação a ser determinado pelo magistrado deve compreender o período entre um e três meses.⁶⁶ Passado o período de cumprimento da pena, o executado é posto em liberdade, ainda que não tenha pago os valores devidos. Com isto, ressoa como medida ineficaz a aplicação da prisão civil por dívida se, após o cumprimento da prisão o exequente não tiver sua pretensão satisfeita, embora possa o executado sofrer nova prisão. No entanto, exige-se dívida diversa para renovar o aprisionamento, seja quanto a natureza da prestação, seja quanto ao lapso temporal nela compreendido.⁶⁷

Pelo exposto, resta concluir que embora seja possível aplicar a prisão civil por dívida, tal providência deve ser aplicada apenas como última diligência e na hipótese em forem esgotadas as possibilidades de aplicação de medidas atípicas. Ademais, deve a prisão se mostrar adequada, aplicável, sobretudo, diante de possível fraude pretendida pelo executado. Tal aplicação deve, ainda, respeitar os princípios da execução, garantindo-se a proteção aos direitos fundamentais do exequente e do executado. Desta forma, respeitadas as peculiaridades da situação fática trazida a juízo, nada obsta a aplicação da prisão civil por dívida como medida extrema.

⁶⁶ C.f.: BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**, cuja redação segue:

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

(...)

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

⁶⁷ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1345.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da prisão civil por dívida está presente em nossa sociedade desde a antiguidade, passando, por uma fase marcada por vinganças privadas – heterocompositivas - até total regulamentação pelos Estados nacionais modernos.

Na seara do adimplemento da obrigação alimentar, considerada espécie da obrigação de fazer, o descumprimento do dever legal da prestação positiva pode resultar, após um processo de conhecimento, em ação de execução que procure satisfazer a pretensão do alimentante.

Neste processo de execução, necessária é observação dos princípios constitucionais e legais que garantam os direitos do exequente e do executado, evitando atos processuais ilegais e ilegítimos.

Desta forma, ensina-nos a doutrina que a preferência pela prisão civil por dívida como mecanismo coercitivo é manifesta. Assim, se não paga a dívida no prazo de três dias ou não justificada a impossibilidade de fazê-lo, será executada a prisão do executado, prisão esta que será cumprida em regime fechado pelo prazo de um a três meses, devendo o preso ficar separado dos presos comuns. Se for paga, suspende-se o mandado de prisão⁶⁸. Dito de outra forma, no Brasil, por razões culturais, a prisão civil por dívida é medida primeira de que se faz o executado como forma de ver cumprida a obrigação, desconsiderando outras formas eficazes de garantir a execução.

Com isso, põem-se de lado as medidas coercitivas atípicas em nome de medida que se mostra insuficiente a satisfação do direito do alimentante, criando, ademais, constrangimento desnecessário aquele que sofre com a prisão.

Desta feita, é nítida que tal forma coercitiva mostra-se, no processo de execução, medida repudiável quando se puder, por outra forma executiva satisfazer a obrigação do exequente. Embora não se procure defender a extinção da prisão civil do ordenamento jurídico brasileiro, busca-se apontar que se deve utilizá-la como *última ratio*, devido à existência outros meios satisfativos no Código de Processo Civil. Destarte, a prisão civil por dívida, a semelhança das outras formas de prisão,

⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 360.

funciona como um aparelho do saber⁶⁹. De outra forma não se poderia lembrar a natureza da privação da liberdade, sendo, bem verdade meio executivo repousado sobre a privação de liberdade sobre o corpo, afetando o direito à liberdade, ao mesmo tempo em que procura moldar o comportamento dos indivíduos.

Como salientar a doutrina, o acesso à justiça, ganha, a partir da nova legislação processual, dos dados coletados e das novas disposições extrajudiciais de conflitos, uma concepção mais ampla, e com isto, será necessária novas revisões literárias sobre o tema, pois o conceito de acesso à justiça, observar-se, tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensinamento do processo civil.⁷⁰

Por esta perspectiva de acesso à justiça, deve-se observar que para se garantir o sentimento de justiça no processo civil brasileiro, cabe ao poder judiciário, com a legitimidade que lhe oferece o poder geral de efetivação, buscar, por meio de medidas coercitivas atípicas a satisfação do crédito do alimentado, garantindo também o respeito ao direito do alimentante. Para isso, a prisão civil por dívida mostra-se idônea apenas quando outras formas de execução não forem eficazes e desde que fundada em hipótese de fraude contra o exequente (credor) da relação processual alimentar.

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar punir**: Nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 122.

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998. p. 09.

11. REFERÊNCIAS

ASSIS, ARAKEN de. **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça de. **Prisão civil por dívida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Bonavides, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, de 16 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992 - Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Poder Judiciário. **Súmulas STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Poder Judiciário. **Súmulas STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 06 set. 2017.

_____. **Lei nº 5478 de 25 de Julho de 1968**. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. V.2. Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTO, Mônica Bonetti; ZACARELLA, Peterson. **Horizonte da prisão civil nas tutelas das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa no direito processual civil brasileiro: esvaziamento ante a súmula vinculante nº 25 do stf?** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=16105fb9cc614fc2>>. Acesso em: 18 out. 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. Salvador: juspodivm, 2015.

_____. **Curso de direito processual civil: Execução**. Vol.5. Salvador: Juspodivm, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V.2. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva: 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar punir: Nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2010.

Fux, Luiz. **O novo processo de execução: cumprimento da sentença e a execução extrajudicial**. Rio de Janeiro: forense, 2008.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. **Processo penal**. V.3. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOBO, Paulo. **Direito civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2013.

- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.2. Teoria Geral das Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- _____. **Instituições de Direito Civil**. v.5. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- Silva, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Processo de Execução**. 23 ed. São Paulo: Livraria e editora universitária de Direito, 2005.