

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO
RIO GRANDE DO SUL**
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM PROCESSO CIVIL

ANA CRISTINA BRENNER

**A PRISÃO CIVIL COMO MEIO DE EFETIVIDADE DA
JURISDIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

PORTO ALEGRE

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM PROCESSO CIVIL

ANA CRISTINA BRENNER

**A PRISÃO CIVIL COMO MEIO DE EFETIVIDADE DA
JURISDIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Processual Civil.

ORIENTADOR: Prof. Araken de Assis

PORTO ALEGRE
2008

**A PRISÃO CIVIL COMO MEIO DE EFETIVIDADE DA
JURISDIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Porto Alegre, de de 2008.

Banca examinadora

Prof. Orientador

Prof. Membro

Prof. Membro

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B838p Brenner, Ana Cristina
A prisão civil como meio de efetividade da jurisdição no direito brasileiro / Ana Cristina Brenner. — Porto Alegre, 2008.
209 f.

Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. PUCRS, 2008.

Orientador: Prof. Araken de Assis

1. Direito Processual Civil. 2. Prisão Civil. 3. Tratados Internacionais. 4. Depósito (Direito Civil). 5. Direitos Humanos. 6. Depositário (Direito). I. Título.

CDD 341.46529

Bibliotecário Responsável

Ginamara Lima Jacques Pinto
CRB 10/1204

AGRADECIMENTOS

Aos meus amados pais, de cujos ensinamentos retiro a lição de que não há limites para nossas realizações, se houver perseverança.

Ao meu irmão, por todo carinho e apoio durante os meus estudos para elaboração deste trabalho.

Ao meu estimado orientador, Prof. Dr. Araken de Assis, sem o qual o trabalho não teria chegado ao mesmo resultado. Agradeço por ter atuado para além do que se poderia esperar de um orientador; por suas valiosas sugestões, que concorreram, efetivamente, para a consistência deste trabalho, seja apontando equívocos ou indicando pontos onde era necessário adequar o texto, seja corrigindo lapsos de revisão. Soube ser crítico e flexível quando necessário, e porque não dizer, amigo, nos momentos de maior angústia e preocupação às vésperas do término desta dissertação.

Ao prezado Desembargador Armínio José da Rosa, meu orientador no Curso de Especialização em Processo Civil realizado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a quem devo reconhecimento por sua colaboração, de forma decisiva, na iniciação deste tema.

Ao Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, por ter me despertado, em uma de suas aulas sobre a Dogmática dos Direitos Fundamentais, o interesse pelo assunto.

Ao corpo docente e aos funcionários do Curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, por todo o auxílio prestado sempre que solicitado.

Rendo sinceras homenagens, também, aos Profs. Drs. José Maria Rosa Tesheiner e Sérgio Gilberto Porto, não só pelos seus ensinamentos ao longo do Curso, mas por admirar a inegável vocação que têm para a docência.

Ao Dr. Sérgio Cruz Arenhart, profundo conhecedor do tema, com quem tive o privilégio de conversar no Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado, realizado em Brasília no mês de junho do ano em curso, ocasião em que me indicou ricas fontes de consulta.

Ao colega de mestrado, Rolf Madaleno, estudioso do Direito de Família, por sua disponibilidade na troca de idéias sobre o tema.

Agradeço, sobretudo, à instituição a qual pertenço, Procuradoria-Geral do Estado, por ter autorizado o afastamento das minhas atividades profissionais, por meio de ato administrativo devidamente regulamentado, permitindo-me viver essa rica experiência jurídica.

Aos servidores da Procuradoria de Informação e Documentação e Pesquisa da Procuradoria-Geral do Estado, pelo apoio incansável no trabalho da coleta bibliográfica, em especial à Joseane Alminhana.

Ao Procurador do Estado, Dr. Ricardo Antônio Lucas de Camargo, conhecedor e estudioso dos Direitos Humanos e do Direito Internacional, com quem muito dialoguei durante a elaboração deste estudo, e a quem faço especiais agradecimentos pela recomendação de riquíssimas fontes de consulta.

À amiga Susana Galia, por suas contribuições intelectuais. Também pelas materiais, ao ceder-me, em empréstimo, obras de seu acervo que muito serviram para enriquecer este trabalho. Ainda, por todo apoio e estímulo nas horas difíceis.

Às amigas Márcia Noll Barboza e Maria Emília Corrêa da Costa, pela compreensão e pelo incentivo, sem os quais eu não eu teria chegado ao final desta missão com o mesmo entusiasmo.

Às amigas Helena Petrik, Luciane Pansera, Marília Bueno, Daniele Lerípio, Anne Perrot, Liane Fristch, Luciane Fabbro, por todo o carinho que me deram e também pela paciência e compreensão em privá-las da minha companhia em diversos momentos, nesses últimos anos, em razão dos estudos e da elaboração deste trabalho.

À colega Márcia Cadore Weber e às demais integrantes da Diretoria da Escola Superior da Advocacia Pública da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, por terem assumido as atribuições que a mim competiam, enquanto Diretora-Presidente, para que eu pudesse me dedicar integralmente à realização desta importante missão.

Ao colega Paulo Roberto Basso, pelo indispensável apoio.

Ao meu querido amigo, Fernando Uglione Pires, companheiro de tantos anos.

Ao meu amigo Michael da Costa Mora, por ter me tranqüilizado em muitos momentos, colaborando, decisivamente, para que esta missão fosse menos extenuante.

Ao meu amigo José Alexandre Pinto Nunes, por sua especial atenção nos momentos em que mais precisava de estímulo para ver este sonho realizado.

“... onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição”.

(Konrad Hesse)¹

¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Trad. da 20. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p-69-70.

RESUMO

A proposta deste trabalho é demonstrar a subsistência de fundamento jurídico para decretação da prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel (no caso de depósito típico e na hipótese de depósito judicial), mesmo após a ratificação pelo Brasil de dois dos mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, quais sejam, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também chamada de Pacto de San José da Costa Rica). Trar-se-á à discussão, inicialmente, o alcance da expressão “dívida”, prevista na norma do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, para estabelecer o conceito de prisão civil e sua natureza jurídica. As origens históricas do instituto também serão revisitadas, merecendo atenção, no particular, o tratamento conferido à prisão civil pelos diversos textos constitucionais brasileiros, a partir da Constituição Federal de 1824. Também será objeto de análise a relação existente entre a prisão civil e os Pactos Internacionais sobre direitos Humanos, quando, então, o foco estará centrado na forma como as normas enunciadas nesses tratados se incorporam ao direito interno e qual o *status* que lhes é conferido. Defender-se-á a idéia de que os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, e sem que se sujeitem ao processo legislativo das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da CF), situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias. Na seqüência, fixar-se-á o exato alcance da norma do art. 5º, § 2º, CF, a qual estabelece “que os Direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Procurar-se-á demonstrar, a partir da interpretação dessa norma, que a tese da equiparação entre os direitos fundamentais decorrentes dos tratados internacionais e aqueles direitos com sede na Constituição formal, por força do art. 5º, § 2º, da CF, não se harmoniza com o novo § 3º, introduzido no aludido art. 5º. Sendo assim, é constitucional, segundo a tese aqui defendida, a prisão civil nos casos de depósito genuíno (o depósito clássico previsto no CC) e, também, na hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de débito alimentar. Para chegar-se a tais conclusões, serão diferenciadas, primeiramente, as diversas espécies de depósito, com vista a estabelecer um conceito para a expressão “depositário infiel”, contemplada no texto constitucional. Depois, diante da possibilidade da prisão para o inadimplente de débito alimentar, defendida neste trabalho, o estudo voltar-se-á para as várias classes de alimentos e os meios coercitivos previstos na legislação constitucional e infraconstitucional para constrangê-lo ao cumprimento de sua obrigação. Seguindo no exame do tema, a preocupação direcionar-se-á a evidenciar que o depositário judicial (que assume um *munus* público, como auxiliar da justiça), ao descumprir o compromisso assumido perante a autoridade judicial, relativo à restituição da coisa depositada, estará sujeito à prisão, a qual poderá ser decretada nos próprios autos da execução, sem que tal medida represente qualquer afronta às normas inseridas nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, ou mesmo violação ao princípio do *due process of law*. Por fim, o procedimento para imposição da prisão civil, nos dois casos em que se admite a sua constitucionalidade, não ficará à margem desta exposição, merecendo especial destaque as questões de natureza processual mais controvertidas, quer na doutrina, quer na jurisprudência, tais como a apresentação da resposta, o

contraditório, a ampla defesa, a resolução do incidente que decreta a prisão, os recursos cabíveis, os efeitos da decisão, o prazo da prisão e o seu regime de cumprimento.

Palavras-chave: Tratados Internacionais – incorporação – ordenamento jurídico – hierarquia – prisão civil – depositário infiel – devedor de alimentos – constitucionalidade – procedimento

ABSTRACT

The purpose of this paper is to present the legal basis for decreeing the arrest of an alimony debtor and of a neglectful bailee (in the typical case and the hypothesis of a bailment), even after the ratification of two of the most important international treaties by Brazil, on human rights protection, i.e., the International Covenant on Civil and Political Rights, and the American Convention on Human Rights (also known as the Pact of San José, Costa Rica). The discussion will be started by setting the meaning of the expression “debt”, as foreseen in article art. 5th, LXVII of the Federal Constitution, for establishing the approach of civil imprisonment and its legal nature. The historic origins of such measure will also be revisited, with a particular approach on the civil imprisonment by the several Brazilian constitutional texts, as of the Federal Constitution of 1824. The relationship will be also analyzed, as existing between the civil imprisonment and the International Covenants on Human Rights, when the focus will be centered on the manner the rules provided in such treaties are incorporated into the internal law, and what status is conferred thereto. The idea is to be defended, that the international treaties or conventions, once regularly incorporated to the internal law, without being subject to the legislative procedure of constitutional amendments (art. 5th of the Federal Constitution), are placed in the Brazilian legal system, in the same areas of validity, efficacy, and authority where the ordinary legal acts are placed. Further, the precise reach of the provisions of art. 5th, paragraph 2nd of the Federal Constitution saying: “that Rights and guaranties expressed in this Constitution do not exclude other ones resultant from the system and from the principles adopted by the Federal Constitution, or from those international treaties entered by the Federative Republic of Brazil.” An attempt will be made to demonstrate, as of the construction of such rule, that the thesis of comparing the fundamental rights resultant from such international treaties and those rights dwelling in the formal Constitution, as provided in art. 5th, par. 2nd of the Federal Constitution, does not match up with the new 3rd paragraph introduced into said article 5th. Therefore, the civil imprisonment will be constitutional in those cases of a genuine bailment (the classical bailment provided in the Civil Code), and also in the case of a voluntary and inexcusable default of payment of alimony. In order to arrive to such conclusions, several kinds of bailments will be differentiated first, so as to set a concept for the expression “neglectful bailee” as provided in the constitutional text. Afterwards, in face of the possibility of imprisonment of a defaulter of alimony, as defended in this paper, the study will turn on to the several kinds of foods and the punishing means provided in the constitutional and infra-constitutional legislation for compelling such defaulter to accomplish his/her obligation. Following the examination of the theme, the attention will be focused on proving that the neglectful bailee (that assumes a public *munus* as a co-worker of justice), by not accomplishing the commitment assumed before a legal authority, in connection with restituting the property so committed, will be subject to imprisonment, which may be ordered in the very record of execution, such measure neither representing any confrontation against the rules set in those international treaties entered by Brazil, nor even a violation of the principle of due process of law. Finally, the procedure for imposing the civil imprisonment in the two cases where its constitutionality is admitted, will not be out of this exposition, deserving a special attention those more controversial questions of procedural nature, both in the doctrine and in jurisprudence, such as the placement of reply, the contestation and unrestricted defense, the resolution of the

incident resulting in such imprisonment, the applicable appeals, the effects of decision, the term of imprisonment and its serving system.

Key words: International Treaties – incorporation to – legal system – hierarchy – civil imprisonment – neglectful bailee - debt of alimony – constitutionality - procedure

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 PANORAMA GERAL DA PRISÃO CIVIL	18
1.2 Conceito de prisão civil.....	21
1.3 Natureza jurídica	22
1.4 Origens históricas do instituto	24
1.4.1 Na antiguidade	24
1.4.2 No Direito brasileiro	28
1.4.2.1 Direito anterior ao CC.....	28
1.4.2.2 Prisão civil por dívida nas Constituições brasileiras	28
2 A PRISÃO CIVIL E SUA RELAÇÃO COM OS PACTOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS	35
2.1 Os Tratados como Fonte do Direito Internacional	35
2.2 Conceituação dos Tratados.....	36
2.3 A forma como os Tratados Internacionais ingressam no ordenamento jurídico ..	39
2.3.1 Teorias	39
2.3.2 Recepção dos Tratados	40
2.4 Noção de sistema e hierarquia.....	41
2.5 As correntes de pensamento acerca da posição hierárquica dos Tratados Internacionais no sistema jurídico	42
2.6 O art. 5º, § 2º, da CF	49
2.6.1 Origem do parágrafo no direito constitucional pátrio	49
2.6.2 Significado e extensão do preceito constitucional	50
3 INSERÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS.....	55
3.1 Equivalência dos tratados de direitos humanos e das emendas constitucionais a partir da introdução, na CF/1988, do § 3º ao art. 5º	55
3.2 Interpretação do § 3º, recentemente introduzido ao art. 5º da CF/1988.....	55
3.3 Momento da interpretação.....	57
3.4 Da Equivalência	58
3.5 Significado da alteração introduzida pelo § 3º no que se refere à internalização dos direitos humanos	59
3.6 Constitucionalidade da prisão civil no Direito brasileiro.....	60
3.6.1 Apresentação do tema: colisão de direitos fundamentais	60
3.6.2 A prisão civil do devedor de alimentos e o princípio da proporcionalidade	62
3.6.3 A prisão do devedor no caso de alienação fiduciária em garantia (depósito por equiparação).....	66
3.6.4 A prisão do devedor no caso de depositário infiel	77
3.6.5 A prisão do devedor no caso do depósito judicial	78
3.6.6 Prisão civil por força do art. 461, § 5º, do CPC	82
4 DA PRISÃO CIVIL NO DIREITO COMPARADO.....	86
4.1 Notas introdutórias	
4.2 Direito italiano.....	87
4.3 Direito inglês.....	92

4.4 Direito francês	98
4.5 Direito argentino	101
4.6 Direito americano	104
4.7 Direito português	105
5 DA PRISÃO CIVIL	108
5.1 Introdução e pressupostos da análise	108
5.2 Enquadramento sistemático da execução indireta como execução forçada	109
5.3 Do devedor de alimentos.....	111
5.3.1 Conceito e conteúdo da obrigação alimentar	112
5.3.2 Análise sumária da classificação da obrigação alimentar	113
5.3.3 As diversas classes de alimentos e os meios coercitivos.....	116
5.3.4 Opção do credor pela coerção pessoal: uma possibilidade	120
5.4 Do depositário infiel.....	121
5.4.1 O conceito de depositário infiel segundo a CF/1988	121
5.4.2 Distinção entre as diversas espécies de depósito: contratual, por equiparação legal e judicial.....	122
5.4.2.1 Do depósito contratual.....	124
5.4.2.2. Do depósito por equiparação legal.....	124
5.4.2.3 Do depósito judicial	131
5.4.2.4 Notas distintivas entre a prisão civil do devedor de alimentos e a do depositário infiel.....	136
6 PROCEDIMENTO DA IMPOSIÇÃO DA PRISÃO CIVIL.....	139
6.1.1 Notas introdutórias	139
6.1.2 Questões processuais relevantes	140
6.1.2.1 A coação pessoal e as diversas classes de alimentos.....	140
6.1.2.2 A utilização do procedimento executivo com ameaça de prisão e o esgotamento das outras formas de execução	142
6.1.2.3 A execução de alimentos e a aplicabilidade do procedimento do art. 475 Q do CPC	146
6.1.2.4 Natureza do título que garante a execução pela via da coerção pessoal	147
6.1.2.5 Coerção pessoal e defesa do devedor de alimentos.....	149
6.1.2.6 Resolução do incidente	152
6.1.2.7 Recurso cabível.....	153
6.1.2.8 Efeitos da decisão	155
6.1.2.9 Prazo da prisão	157
6.1.2.10 Regime de prisão	160
6.2 Do depositário infiel.....	161
6.2.1 Depósito de direito material.....	161
6.2.2 Procedimento	163
6.2.2.1 Notas Introdutórias	163
6.2.2.2 Defesa do réu.....	165
6.2.3 Sentença na ação de depósito: natureza e conteúdo	167
6.2.4 Recurso cabível.....	170
6.2.5 Da prisão civil	170
6.2.6 Prazo da prisão	174
6.2.7 Regime de prisão	174
6.3 Do depositário judicial	175

6.3.1 Modo de aplicação da medida coercitiva, defesa do executado, recurso cabível e regime da prisão.....	175
6.3.2 Constitucionalidade do § 3º do art. 666 do CPC	178
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	180
REFERÊNCIAS.....	199

INTRODUÇÃO

O estudo do direito internacional e, por via de consequência, dos tratados internacionais, apresenta-se, na atualidade, em posição de destaque, tendo em vista os fenômenos da globalização.

Hodiernamente, o Brasil, já participante do Mercosul e assediado por outros grandes conglomerados comerciais, vê-se compelido a participar das grandes decisões mundiais, atuando, por esse mesmo motivo, cada vez mais na realização de novos tratados e convenções, bem como assumindo, na mesma proporção, o compromisso de ratificá-los, para que possam adquirir, assim, força coercitiva dentro de nosso ordenamento jurídico.

Ao voltar-se para essa nova moldura de relações mundiais, o legislador constituinte de 1988 salientou, de maneira expressa, a forma pela qual os tratados internacionais firmados pela República Federativa do Brasil ingressam em nosso direito positivo, inserindo, na Constituição Federal, artigo específico para regular a matéria (art. 5º, § 2º c/c §3º), cujo sentido é justamente informar o intérprete que o rol dos direitos constantes na aludida norma não é exaustivo, existindo, a par deles, outros direitos e garantias que integram a ordem positiva brasileira.

Por sua relevância nesse cenário, o tema, sem dúvida alguma, merece reflexões por parte dos operadores do direito, não só no que respeita à repercussão que essa série de acontecimentos trará para nosso ordenamento positivo, mas, sobretudo, pelas interferências que daí advirão em torno dos direitos e garantias expressas na Constituição Federal.

Por esse prisma, o presente trabalho propõe-se enfrentar a temática da constitucionalidade da prisão civil, após a ratificação pelo Brasil de dois dos mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, quais sejam, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também chamada de Pacto de San José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

O primeiro tratado, a *Convencion Americana sobre Derechos Humanos*, mais conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992, integrou nosso direito positivo interno a partir do Decreto Executivo 678, de 06.11.1992. Esse Pacto prevê que ninguém deve ser detido por dívida, exceto em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar (art. 7º).

O segundo tratado, o *Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos*, por sua vez, foi aprovado pelo Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991, entrando em vigor pelo Decreto Executivo 592, ratificado pelo Brasil em 06.07.1992. O art. 11 do aludido Pacto contém a seguinte previsão: “ninguém poderá ser preso apenas por não cumprir com uma obrigação contratual”.

Na ótica de que esses tratados se incorporaram ao nosso ordenamento jurídico, e que a Constituição não proíbe toda e qualquer forma de prisão civil, mas apenas a prisão “por dívida”, trar-se-á ao debate a questão sobre a constitucionalidade das hipóteses de prisão contempladas no texto da CF/1988 (art. 5º, LXVII).

O estudo dividir-se-á em seis capítulos. O primeiro deles terá a preocupação de esclarecer qual o alcance da vedação contida na Constituição, relativamente à prisão civil, ou melhor, como a expressão “dívida”, ali inserida, deve ser compreendida e qual a sua natureza jurídica. Ainda, nesse capítulo de abertura do presente estudo, descortinar-se-á, por meio de uma digressão histórica, a possibilidade de retorno até as origens mais remotas do instituto, na antiguidade, perpassando por seus diversos estágios de evolução, até chegar-se ao Direito brasileiro, quando, então, o propósito será evidenciar qual o tratamento conferido à prisão civil por nossas constituições, desde a primeira, de 1824.

O segundo capítulo lançará olhar atencioso para a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, no que respeita à proteção dos direitos humanos e à existência de eventuais conflitos entre as duas ordens jurídicas, levando em conta, no aspecto, a posição hierárquica assumida pelos tratados em nosso ordenamento positivo.

Mais adiante, já no terceiro capítulo, destacar-se-á o problema da equivalência entre os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e as emendas constitucionais, em razão da introdução, no art. 5º da CF/1988, do § 3º, que assim reza: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais”. Na análise dessa inovação trazida ao texto da Constituição pela EC 45/2004, tratar-se-á da polêmica - que grassa na doutrina e na jurisprudência - sobre a tese da equiparação (por força do art. 5º, § 2º, da CF/1988) entre os direitos fundamentais decorrentes dos tratados internacionais e aqueles direitos com sede na Constituição

formal, além de outras questões que circundam o tema, a saber: a) como interpretar o parágrafo 3º do art. 5º; b) em que momento o Congresso Nacional deve se manifestar quando pretende aprovar um tratado que verse sobre a proteção dos direitos humanos, nos termos do referido parágrafo; c) quais os efeitos da norma do § 3º do art. 5º, ou seja, pode ou não ter aplicabilidade aos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados anteriormente à EC 45/2004. Por último, especial relevo ganhará o tema da constitucionalidade da prisão civil no direito brasileiro, dando-se a conhecer os diversos casos em que o legislador, seja constitucional, seja inconstitucional, admite a medida extrema.

Avançando no exame do instituto, no quarto capítulo abordar-se-á a prisão civil no direito comparado, no intuito de que se possa melhor compreender os motivos pelos quais os ordenamentos jurídicos dos diversos Países, cuja legislação será objeto de acurado exame, conferem tratamento diferenciado acerca da admissibilidade ou não uso da prisão civil como meio coercitivo.

Na seqüência, já no quinto capítulo, analisar-se-á a prisão civil, no caso de débito alimentar, ganhando lugar, nessa perspectiva, a diferenciação entre as diversas classes de alimentos e os respectivos meios de coerção. Outrossim, a prisão nas hipóteses de depositário infiel será examinada, trazendo-se, nesse momento da exposição, o conceito de “depositário” segundo a CF/1988. A diferenciação entre as diversas espécies de depósito (contratual, por equiparação legal e judicial) não passará ao largo, por certo, desta importante parte do trabalho.

No capítulo sexto, o derradeiro desta dissertação, far-se-á minudente exame sobre o procedimento de imposição da prisão civil, seja no caso de débito de alimentos, seja na hipótese de depositário infiel, dissecando-se temas como a defesa do réu no procedimento, a natureza e o conteúdo da sentença na ação de depósito, os recursos cabíveis, o prazo da prisão e o regime de seu cumprimento.

Em apertada síntese, este estudo busca, ao fim e ao cabo, refletir acerca do problema da efetividade no processo civil. E por efetividade não se deve compreender, necessariamente, a tutela rápida, mesmo que insegura e instável, da situação submetida ao juiz. A tutela jurisdicional não se esgota com a prolação da última decisão judicial, mas quando as partes respondem positivamente à decisão judicial. E, para tanto, há necessidade de valorar e de aplicar os mecanismos existentes no ordenamento jurídico como forma de inibir o descumprimento ou de estimular o imediato cumprimento das ordens emanadas do Poder Judiciário.

A espécie de medida executiva que deverá incidir, caso a caso, irá variar de acordo com a importância do bem jurídico a ser tutelado e a natureza da cognição a ser realizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea reclama do operador do Direito o cumprimento da difícil tarefa interpretativa de descobrir o real sentido e alcance da norma jurídica aplicável ao caso concreto, levando sempre em consideração o fato de que uma lei não existe isoladamente, devendo ser compreendida em sintonia com todo o sistema jurídico.

Como já advertia Carlos Maximiliano:

[...] o magistrado não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém, como órgão de aperfeiçoamento deste, intermediário entre a letra morta dos códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social.²

Enfim, ao cabo dessa exposição teórica, parte-se, agora, para firmar as seguintes conclusões:

1. A prisão civil, na hipótese de depositário infiel, poderá decorrer de um dever jurídico descumprido, fundado em norma de natureza civil (depósito contratual ou legal), ou do descumprimento de decisão judicial (depósito judicial), quando tem, então, natureza processual. As duas situações são distintas, não sendo tecnicamente adequado dizer que a Constituição estaria a vedar a prisão, nesse último caso, porque teria como causa uma dívida. No contrato de depósito não há relação de débito e crédito que possa gerar dívida pecuniária (em sentido estrito) para o depositário.

2. Não se afigura acertado afirmar que as duas hipóteses que autorizam a prisão civil no texto da CF/1988 têm necessariamente natureza obrigacional. Basta ver que a relação de depósito pode ser o judicial e o legal. De outro lado, em relação aos alimentos, é discutível seu enquadramento no campo obrigacional propriamente dito, pois os alimentos decorrentes das relações de família são deveres legais, não tendo origem em obrigação, embora patrimonialmente aferíveis.

3. O legislador constitucional não conferiu autorização ao legislador infraconstitucional para dispor sobre a prisão civil em qualquer hipótese que não

² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 59.

relacionada a direitos obrigacionais ou a obrigações pecuniárias. O objetivo da norma do art. 5º, LXVII, da CF/1988, visou à proibição da prisão civil para toda e qualquer hipótese de violação ou inadimplemento de um dever civil, seja ele de natureza obrigacional, real ou de qualquer natureza civil (material). Daí por que não são as exceções da norma constitucional (depositário infiel e devedor de alimentos) necessariamente obrigacionais, nem muito menos pecuniárias. O sentido de prisão civil por dívida, assim, não está associado a “obrigações”, mas, sim, a “deveres civis”, que nada mais são do que imposições jurídicas à observância de determinados comportamentos prescritos pelas normas jurídicas de natureza civil (material).

4. A proibição da prisão civil não se limita às obrigações propriamente ditas, nem tampouco às obrigações pecuniárias. Estende-se a todos os deveres jurídicos fundados em normas jurídicas de natureza civil. Essa é a razão pela qual o legislador constitucional incluiu no texto da CF/1988 como exceções à vedação da prisão civil um exemplo de direito obrigacional (depósito) e um de direito de família (alimentos).

5. A prisão do depositário judicial não se insere no campo de violação de uma norma jurídica de direito material. Trata-se de prisão processual, resultante de provimento judicial incidental em processo de conhecimento, de execução ou cautelar, no qual tenha havido depósito. Pela sua própria natureza, não é alcançada pela vedação do art. 5º, LXVII, da CF/1988.

6. A conceituação de prisão civil é feita por exclusão, ou seja, forma de aprisionamento que não resulte de violação à norma penal. A prisão civil é aquela que não decorre da prática de ilícito definido na lei como delito, e que objetiva remover os óbices que o depositário esteja criando à restituição da coisa.

7. A prisão existente na jurisdição civil é, portanto, simples meio coercitivo de pressão psicológica, ou de técnica executiva, por assim dizer, com fins de compelir o depositário infiel ou o devedor de alimentos a cumprir com sua obrigação.

8. A CF/1988, no inciso LXVII de seu art. 5º, manteve o texto das Cartas anteriores, suprimindo, todavia, a expressão “na forma da lei”, que tinha por objetivo delegar para a lei ordinária a regulamentação sobre seu conteúdo, bem como estabelecer a forma procedimental para a medida coercitiva. A eliminação da locução “na forma de lei”, constante do texto constitucional anterior, restringiu ainda mais a possibilidade do encarceramento, na medida em que obsta que a legislação

infraconstitucional amplie as hipóteses de cabimento da sanção, mediante equiparação ao contrato de depósito de outras figuras contratuais.

9. A expressão “tratados internacionais” significa acordo de vontades entre Estados soberanos, ou entre Estados e organismos internacionais, destinado a produzir efeitos jurídicos.

10. Não existe hierarquia entre os decretos legislativos que incorporem tratados internacionais e as demais espécies normativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro (art. 59, CF/1988). As normas oriundas dos tratados, quando referendadas por meio de decreto legislativo, ocupam o mesmo grau na pirâmide jurídica.

11. A EC nº 45/2004, ao acrescentar ao art. 5º da CF o § 3º, estabeleceu que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais”. Enquanto não for aprovada tal proposição, entende-se que a tese defendida neste trabalho resta reforçada. Vale dizer, ainda, que os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias.

12. As correntes monista e dualista procuram explicar o complexo relacionamento existente entre o Direito internacional e o Direito interno. A primeira defende a existência de duas ordens jurídicas distintas: uma interna e outra externa, independentes entre si. A segunda sustenta que o Direito internacional e o Direito interno perfazem somente uma ordem jurídica, com um só fundamento de validade.

13. A teoria que o Direito Constitucional brasileiro encampou mais se aproxima da dualista. As normas contidas nos tratados internacionais, ao contrário do que defendem os monistas, não se tornam eficazes por força de cláusula geral de recepção automática. Para que tenham validade no âmbito interno, é mister que sejam referendadas pelo Congresso Nacional, por meio de uma lei em sentido material (lei sem sanção ou veto) que recebe o nome de decreto legislativo.

14. A CF/1988, no que respeita à celebração e incorporação dos tratados na ordem jurídica interna, trata da matéria nos arts. 21, I, e 84, VIII, c/c o art. 49, I.

15. O Decreto legislativo, previsto genericamente no art. 59, VI, da CF/1988, tem função de regular matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional

(art. 49) que produzam efeitos externos a ele. Para aprovação, segundo estatui o art. 47, exige-se *quorum* simples, presente a maioria absoluta dos congressistas.

16. A República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados, por intermédio da União, cuja representação compete ao Presidente da República, na qualidade de Chefe de Estado. Os tratados internacionais assim firmados devem, por sua vez, passar pelo referendo (aprovação do Congresso Nacional), a fim de que sejam incorporados ao direito interno. Para inovar a ordem jurídica por meio do tratado internacional, o Estado brasileiro deve, pois, obter a conjugação de vontades de dois de seus Poderes: Executivo (que firma o tratado) e Legislativo (que o aprova).

17. A promulgação se dá por meio de decreto presidencial, quando, então, o tratado ou convenção recebe o *exequatur*, passando a ter eficácia no Direito brasileiro.

18. O ordenamento jurídico é um sistema escalonado de normas - um sistema de normas juridicamente subordinadas em graus sucessivos de hierarquia, em que a norma subordinada busca fundamento de validade (material e formal) na norma subordinante, e assim por diante, até chegar às normas constitucionais.

19. A noção de hierarquia está ligada ao fato de uma norma subordinada, de grau inferior, extrair seu fundamento de validade de uma subordinante, de grau superior.

20. Estudar a hierarquia dos tratados nada mais é do que estudar a hierarquia dos decretos legislativos que contenham, em si, os tratados internacionais.

21. O fato de a CF/1988 contemplar, no rol dos direitos e garantias individuais, direitos outros que não aqueles explícita ou implicitamente dispostos em seu texto, não dá àqueles o *status* de normas constitucionais.

22. Atribuir aos tratados internacionais a natureza de normas infraconstitucionais ordinárias possibilita estabelecer um controle de constitucionalidade desses instrumentos (CF/1988, art. 102, III, *b*), seja quanto ao seu sentido expresso (ou formal), seja quanto ao seu significado essencial (ou material).

23. Adotar o entendimento sustentado pela primeira corrente, que apregoa a equivalência entre os tratados e as normas constitucionais, revela-se inviável, pois

implicaria admitir a existência de normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.

23. O Brasil consagrou o princípio da supremacia da Constituição ao conceder ao STF competência para declarar a inconstitucionalidade dos tratados.

24. Os tratados internacionais tornam-se válidos internamente quando contidos no corpo de um decreto legislativo, devidamente aprovado pelo Congresso Nacional.

25. Na dicção do que reza o art. 49, I, c/c o art. 84, VIII, seria inconstitucionalidade sustentar a incorporação automática na ordem jurídica, dispensando-se, por via de consequência, a edição de decreto pelo Executivo para que irradiem efeitos tanto no plano interno como no plano internacional.

26. As espécies legislativas arroladas pelo art. 59 da CF/1988, com exceção das emendas constitucionais, situam-se, *a priori*, no mesmo plano hierárquico. O tratado, recepcionado por decreto legislativo, coloca-se, sem dúvida, no mesmo nível das demais normas infraconstitucionais primárias.

27. Os tratados internacionais guardam relação de paridade com a legislação ordinária.

28. O real sentido da norma inserta no art. 5º, § 2º, da CF/1988 é de informar o intérprete do texto de que o rol de direitos constantes nesse dispositivo não é exaustivo, não conferindo, porém, a esses direitos a magnitude constitucional. E isso na medida em que não há norma expressa na CF que consagre a supremacia do direito internacional.

29. Os tribunais superiores mantêm, há muito, posição pacífica em relação ao conflito entre lei e tratado. Entendem que, uma vez internalizados os tratados através dos mecanismos de promulgação e publicação, estes passam a vigor com *status* de lei federal.

30. O § 3º do art. 5º da CF/1988 propiciará aos tratados internacionais sobre direitos humanos o processo legislativo a que se submetem as emendas constitucionais, equiparando aqueles a estas, à semelhança do art. 79 da Lei Fundamental alemã de 1949, a qual exige *quorum* de reforma constitucional para que o tratados adquiram *status* constitucional.

31. A tese da equiparação entre os direitos fundamentais decorrentes dos tratados internacionais e aqueles direitos com sede na Constituição formal, por força

do art. 5º, § 2º, da CF/1988, não se harmoniza com o novo § 3º introduzido no referido art. 5º.

32. As normas dos tratados só passam a ter aplicabilidade no plano interno quando forem validamente recepcionadas (art. 60, § 2º, da CF/1988) por meio do poder congressual. Enquanto isso não acontece, não há como falar em auto-aplicabilidade das disposições dos tratados.

33. A competência do Congresso Nacional para referendar os tratados internacionais assinados pelo Executivo, autorizando este último a ratificação do acordo, constante do art. 49, inc. I, da CF/1988, não fica suprimida pela regra do novo § 3º do art. 5º da CF/1988, já que a participação do parlamento no processo de celebração de tratados internacionais no Brasil é uma só: aquela que aprova ou não o seu conteúdo, e mais nenhuma outra.

34. A norma referida no item anterior (§3º do aludido art. 5º da CF/1988) não faz qualquer ressalva quanto aos compromissos assumidos pelo Brasil anteriormente, em sede de direitos humanos, não induzindo à compreensão, portanto, de que estará regendo situações pretéritas. Apenas autoriza o Congresso Nacional a atribuir aos tratados de direitos humanos o caráter de emenda constitucional.

35. Nada obsta que o citado § 3º seja também aplicado em relação aos tratados ratificados anteriormente pelo Brasil, de que são exemplos a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pela República Federativa do Brasil em 1992.

36. Os antigos tratados sobre direitos humanos, já aprovados por decreto legislativo, restarão com *status* de lei ordinária, a menos que se submetam ao novo processo legislativo (*quorum* qualificado de 3/5) previsto pelo novel § 3º, quando, então, poderão galgar a hierarquia de emenda constitucional.

37. A grande virtude do § 3º do art. 5º foi afastar a polêmica dogmática acerca de onde enquadrar os ajustes internacionais na pirâmide hierárquica das normas jurídicas internas, eliminando as discussões que grassavam até edição da EC nº 45/2004 em torno desse tema tão apaixonante.

38. A prisão civil do devedor de alimentos está autorizada no art. 5º, LXVII, da CF/1988 como exceção à proibição que esse mesmo texto impõe à prisão por dívida.

39. Os alimentos expressam, concretamente, o princípio da dignidade humana. Por isso, há necessidade de que a legislação preveja um mecanismo ágil, célere, eficaz e efetivo de cobrança das prestações alimentícias, sobremaneira porque a relutância no cumprimento da obrigação alimentar avilta não apenas a efetividade de uma decisão judicial, mas o próprio direito à vida.

40. O mesmo traço de essencialidade se faz presente em todas as espécies de dívidas de natureza alimentícia - quer advenham de relações familiares, do regime da responsabilidade civil ou de negócios jurídicos.

41. A CF/1988 autoriza o emprego da prisão civil para a tutela do alimentando, independentemente da fonte do direito a alimentos e de se tratar de dívida vencida ou vincenda.

42. Os alimentos vencidos há mais de um trimestre não perdem o caráter alimentar, ou melhor, o envelhecimento da dívida não altera a natureza do crédito, na medida em que este tem origem, exatamente, na espécie de obrigação que lhe dá nascimento.

43. Segundo a Súmula nº 309 do STJ, o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o correspondente às três prestações anteriores ao ajuizamento, assim como às parcelas que se vencerem no curso do processo.

44. O entendimento sufragado pela citada Súmula termina favorecendo o inadimplemento e frustrando, conseqüentemente, as garantias constitucionais. Tratar distintamente a dívida alimentícia - diferenciando período novo (relativo ao trimestre recente) e período velho (referente ao período vencido há mais de três meses) - constitui violação frontal ao texto constitucional.

45. A regra geral acerca da impossibilidade da prisão por dívida civil teve seu nascedouro na CF/1934. Esse texto não albergava qualquer exceção, o que somente veio a ocorrer a partir da CF/1937, repetindo-se as hipóteses ali contempladas até os dias atuais.

46. O art. 153, § 17, da já revogada CF/1969 rezava: “Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso de depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, **na forma da lei**”. (grifo do autor).

47. Essa expressão “na forma da lei” exibia, na verdade, duplo significado: o de delegar ao legislador ordinário o regulamento das hipóteses de prisão civil e o de estabelecer a forma procedimental para tanto.

48. O legislador constituinte de 1988, ao retirar de seu texto a partícula de restrição “*na forma da lei*”, prevista no art. 153, § 17, da CF/1969, deixou clara a impossibilidade de a legislação ordinária estabelecer conceito mais abrangente do contrato de depósito, para o fim de permitir a aplicação, por extensão, do texto constitucional. Assim, quando usa a expressão “*depositário infiel*”, toma em conta a noção tradicional de “depósito”, em que o elemento nuclear, específico do negócio jurídico, é, sem dúvida alguma, a finalidade com que se realiza: a guarda da coisa móvel.

49. A prisão civil do depositário infiel caracteriza hipótese de exceção à vedação de prisão por dívida, que continua autorizada no nível constitucional. Entretanto, a criação e cominação dessa responsabilidade na ordem civil, com excepcional sujeição coativa à privação da liberdade, constitui matéria de nível infraconstitucional, disciplinada, no que se refere ao conteúdo e à forma de aplicação, por leis gerais ordinárias, ou seja, pelo CC e pelo CPC.

50. A CF/1988 apenas autoriza a prisão civil do depositário infiel no caso de depósito típico, genuíno. Como corolário lógico, pode-se afirmar que a nova ordem constitucional não recepcionou Decreto-Lei nº 911/69, que trata da prisão nos casos de alienação fiduciária em garantia.

51. A lei especial citada no item anterior não apresenta vício de inconstitucionalidade por afronta ao conteúdo dos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil, mas, simplesmente, porque contraria o contido na própria CF/1988, cujas hipóteses de prisão civil são restritivas, não albergando a do depositário por equiparação legal.

52. As cláusulas dos Pactos internacionais que vedam a prisão por dívida e a prisão decorrente de disposição contratual não vinculam o legislador constituinte, que sempre poderá dispor em sentido contrário no próprio texto da CF.

53. A ordem constitucional vigente no Brasil não se compadece de interpretação que leve a reconhecer que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, teria se interditado da possibilidade de exercer, no plano interno, a competência que lhe fora outorgada pela própria CF.

54. Os tratados internacionais que ingressam na ordem jurídica como leis ordinárias, (ressalvada a possibilidade prevista no § 3º do art. 5º da CF/1988), não podem, *prima facie*, transgredir a normatividade emergente da CF. Bem por isso, não dispõem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas

constitucionais, de modo a delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos na CF/1988. As normas dos tratados situam-se hierarquicamente abaixo da CF.

55. A legitimidade jurídica da prisão civil do depositário infiel - para os casos de depósito verdadeiro, tal e qual doutrinariamente concebido - tem, na própria CF -, e não em outros instrumentos normativos de inferior *status* hierárquico - o fundamento de sua autoridade e o suporte de sua validade e eficácia.

56. A legislação infraconstitucional - como é o caso das normas dos tratados referidos anteriormente - não pode afastar as exceções impostas diretamente pela CF quando ocorrer inadimplemento de obrigação alimentar ou infidelidade de depositário. Os dispositivos do CC e do CPC que regulamentam essas duas situações, porque não apresentam incompatibilidade com a nova ordem constitucional, permanecem válidos e eficazes.

57. O termo “depositário infiel”, quanto ao seu significado, há de merecer interpretação técnica e estrita, apegada ao instituto de direito civil que lhe dá causa. Este não se volta à proteção deste ou daquele credor, mas do detentor do domínio de certo bem entregue em depósito, sempre a sugerir, em algum tempo e necessariamente, a devolução pelo depositário, o que não se verifica considerado o objeto da alienação fiduciária.

58. No caso da alienação fiduciária em garantia, não há permissivo constitucional a autorizar a prisão e, por essa razão, a medida coercitiva é inconstitucional. Nem é preciso recorrer aos Pactos firmados pelo Brasil para chegar-se a tal solução. É a própria ordem interna que não admite a medida coercitiva, na espécie, e não as normas dos tratados, que são de nível hierárquico inferior, subordinando-se, no plano normativo, à autoridade da CF e, em virtude disso, não podendo contrariá-la.

59. O Decreto-Lei nº 911/1969 já não subsiste na ordem jurídica em vigor, na parte em que dispunha sobre a prisão civil (art. 4º), quando pagas as prestações ajustadas e ausente a devolução do bem por aquele que, a um só tempo, em mesclagem de qualificações, o adquiriu e o alienou ao credor fiduciário. Se depositário não é, inviável falar em infidelidade e, conseqüentemente, em possibilidade de prisão civil.

60. Há indicativos veementes de que a prisão do depositário infiel por equiparação legal passe a ser considerada inconstitucional. O STF, se optar por esse caminho, agasalhará a orientação há tanto tempo firmada pelo STJ.

61. O art. 5º, LXVII, da CF/1988 autoriza a prisão civil do depositário infiel.

62. O preceito no aludido artigo, inserto no rol das garantias constitucionais, outro sentido não tem senão o de situar, como passível de vir a ser preso, o depositário infiel, ou seja, aquele que, à mercê da celebração de um contrato, o de depósito, haja recebido um objeto móvel, para guardar, até que a parte contrária, o depositante, reclame-o. Exsurge, como objeto único nesse ajuste, a entrega do bem móvel em depósito e a obrigação de devolvê-lo, tão logo o depositante manifeste a vontade de tê-lo de volta.

63. No caso de depósito típico, a prisão é constitucional, devendo ser afastado o argumento quanto à impossibilidade da medida coercitiva, diante da adesão, pelo Brasil, do Pacto de San José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

64. A prisão do depositário judicial não é prisão por dívida.

65. Ao contrário do que ocorre com a cláusula de alienação fiduciária - em que o decreto de prisão emerge como desdobramento automático de um inadimplemento de débito com a instituição financeira - a situação, no caso do depositário judicial, é bem distinta. O Estado-juiz não permite que o credor se dirija de mão própria ao patrimônio do devedor e ali satisfaça seu direito. Impõe-lhe a submissão ao processo de execução, para que a especialização de parcela do patrimônio do devedor a ser utilizada para a satisfação do crédito, sua liquidação e transferência forçada ao patrimônio do credor, se realizem sob a direção e de acordo com as ordens do Poder Judiciário.

66. O vínculo que se estabelece, desde o depósito até a entrega final da coisa, é entre o depositário e o Estado-juiz. Evidentemente, havendo prejuízo à(s) parte(s) por dolo ou culpa do depositário, nasce entre este e aquela(s) uma relação jurídica.

67. O depósito judicial não nasce do contrato, nem decorre do simples fato da dívida. É de natureza processual, decorrente da penhora.

68. A prisão, na hipótese do depositário judicial infiel, origina-se do descumprimento da obrigação assumida perante o Estado-juiz. Decorre do não-cumprimento da determinação judicial constante no mandado de intimação para que

apresente os bens penhorados sob sua guarda. E, não se tratando de prisão por dívida, nem decorrente de obrigação contratual, a medida coercitiva, por certo, não está vedada pelos Pactos Internacionais, estando autorizada pela CF.

69. O direito brasileiro admite apenas o emprego da multa, não da prisão civil, perante as atitudes desafiadoras das partes e de outros figurantes do processo às ordens judiciais. Na verdade, o direito pátrio ignora uma figura que corresponda, na sua amplitude, ao *contempt of court* dos ordenamentos anglo-saxônicos.

70. Nos ordenamentos jurídicos de diversos países (e.g. França, Itália, Inglaterra, Portugal, Estados Unidos), não há previsão para a prisão civil, nos termos em que autoriza a nossa CF/1988. À exceção da Argentina, nos demais sistemas, sequer há possibilidade de decretar a prisão do devedor de alimentos.

71. Atualmente, nos países integrantes da *common law* (Estados Unidos, Canadá, Índia e a própria Inglaterra), não existe a prisão civil por dívida, mas o devedor, contra quem o tribunal haja imposto o cumprimento de uma obrigação, poderá eventualmente ser preso, não por haver se tornado inadimplente, mas por descumprir ordem do tribunal, por um meio de coerção denominado *contempt of court*.

72. Não é a lei o fundamento jurídico para o poder de punir, nos países que adotam o *contempt of court*. Mas, sim, a própria instituição do Poder Judiciário, razão pela qual há referências no sentido de que o *contempt power* é um poder inerente à própria existência do Poder Judiciário. Deriva da própria natureza do órgão jurisdicional como tal, e por isso, costumam chamar tais poderes de “inerentes” (naturais).

73. Baseado em sua jurisdição inerente, os tribunais, no sistema da *common law*, têm inegável poder de forçar a observância de seu processo, a obediência e o cumprimento de suas ordens. Os poderes são atributos necessários para tornar efetiva a função jurisdicional de administração da justiça.

74. Por apresentarem natureza jurisdicional e integrarem o processo de execução para satisfação do direito do credor, as medidas coercitivas não podem deixar de ser caracterizadas como autênticas prestações de tutela executiva, o que leva à conclusão de que integram o conceito de execução (processual) forçada. Concretizam, em síntese, o direito fundamental à tutela efetiva.

75. Destinados a satisfazer as necessidades básicas do ser humano - sendo decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto ligados ao

direito à vida -, os alimentos encontram-se relacionados com certas obrigações, a saber: a) as previstas em lei (art. 1.694 do CC), b), as estipuladas por convenção (art. 1.920 do CC), e as originadas de ato ilícito (art. 948, II, do CC).

76. A prisão civil tem lugar para assegurar a prestação alimentícia de qualquer natureza, seja provisional, provisória ou definitiva.

77. Quando se cuida de devedor de alimentos, a eleição do meio expropriatório, em prol de preservar a intangibilidade física do executado, contraria a ordem indiscutivelmente estampada nos arts. 16, 17 e 18 da Lei nº 5.478/1968.

78. Ao credor cabe a opção do rito processual, de acordo com seu proveito. Nada obsta que busque a conversão do procedimento inicialmente adotado. Se optar pela satisfação do crédito mediante penhora, sem previsão da restrição de liberdade, deve prosseguir tão-só por esse meio. Todavia, nada impede que desde logo ajuíze o procedimento previsto no art. 733 do CPC.

79. A principal distinção a ser apontada no que se refere à prisão civil do depositário infiel e à prisão civil do devedor de alimentos diz com a forma de interpretar o núcleo conceitual dos termos “alimentos” e “depositário”, constantes da redação do art. 5º, LXVII, da CF/1988.

80. “Obrigação alimentícia” comporta sentido mais elástico, abrangendo todo e qualquer crédito cuja função precípua seja a subsistência digna do credor, porquanto o dever de alimentar está ligado ao direito à vida.

81. A palavra “depósito”, tal como concebida pelo constituinte, reclama aplicação mais restritiva, não permitindo que o legislador infraconstitucional qualifique de “depósito” hipóteses que não correspondam perfeitamente àquele núcleo conceitual sobre o qual repousa a definição de depósito típico (guarda e manutenção da coisa móvel e dever de restituí-la quando for determinado). A finalidade do depósito há de ser, necessariamente, a guarda. Se for para garantir obrigação, não se tratará de depósito.

82. Como o direito à vida é o mais sagrado de todos os direitos - conceituado como superior ao próprio valor da liberdade -, é necessário gerar mecanismos que garantam o cumprimento da obrigação de prover o sustento de quem não tem condições de manter-se sozinho.

83. O sistema processual, na verdade, dotou o credor de alimentos de outros mecanismos destinados à satisfação do crédito, mais ágeis do que os disponíveis

para os créditos de outra natureza, justamente porque as prestações alimentícias não se equiparam às dívidas comuns.

84. Por trazer a marca da indispensabilidade, o legislador optou por valorar a execução da prestação alimentícia a ponto de permitir a prisão do devedor (CPC, art. 733; Lei nº 5.478/1968, arts. 18 e 19), desde que fundamentada na voluntariedade e inescusabilidade do inadimplemento (art. 5º, LXVII, CF/1988).

85. Tornando-se inviáveis o desconto em folha ou a expropriação de créditos, o credor é livre, seja qual for o montante do crédito ou a sua natureza, para expropriar outros bens do executado (execução comum) ou escolher o meio executório do art. 733, § 1º, que contempla a prisão.

86. O art. 17 da Lei de Alimentos, que contém a expressão “quando não for possível...”, denota a idéia de ordem e de prioridade. A expropriação - quando seu objeto for a penhora de créditos - vem em segundo lugar, e somente na hipótese de existirem tais bens. E isso porque o credor, no caso, poderá levantar, mensalmente, mesmo na pendência de embargos, a importância da prestação (art. 732, parágrafo único, CPC).

87. Ao credor de alimentos a lei não facultou todos os meios executórios indistintamente. Há um roteiro a ser observado, conforme ordenam os arts. 16, 17 e 18 da Lei nº 5.478/1968 e segundo recomenda a jurisprudência mais atual, independentemente da natureza dos alimentos. Na impossibilidade do desconto e da expropriação dos rendimentos de aluguéis, o credor escolherá, ao seu talante, a coerção ou a expropriação de outros bens.

88. A reforma da execução de título extrajudicial, promovida pela Lei nº 11.232/2005, não alterou a disciplina da execução de alimentos, objeto do Capítulo V do Título II do Livro II (Do Processo de Execução). Desta feita, essa modalidade de execução não se realiza de acordo com o modelo estabelecido pelos arts. 475 e seguintes do CPC.

89. É possível que, mediante acordo, o alimentante assumira, por exemplo, a obrigação de pagar alimentos em caso de dissolução amigável de união estável. Tal obrigação poderá estar representada através de documento arrolado no art. 585, II, do CPC, tido como título extrajudicial, e apto, portanto, a aparelhar a execução de alimentos.

90. O processo de execução tem como característica estrutural mais marcante a inexistência de oportunidade para o devedor defender-se, quer opondo-

se ao próprio direito material a ser satisfeito *in executivis*, quer opondo-se ao atendimento dos requisitos formais exigidos para a prestação da tutela executiva. Para voltar-se contra a execução, ao devedor só é dada a via dos embargos, nos termos dos arts. 736 e ss. do CPC, que consistem em uma ação de conhecimento.

91. Na disciplina da prisão civil do devedor, todavia, no que toca à execução da prestação alimentícia, há uma exceção a essa sistemática do CPC: o devedor não é citado apenas para pagar ou sofrer a medida. É citado para, “em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo” (art. 733).

92. A defesa, de conteúdo sumário, será apresentada mediante mera justificativa, independentemente de contestação ou embargos, sem se atacar o título executivo, de modo que a manifestação do devedor estará restrita a provar que efetuou o pagamento ou, então, a impossibilidade de efetuá-lo.

93. A cognição será limitada quanto ao mérito, admitindo-se a perquirição em profundidade apenas quanto às exceções antes enunciadas, o que não se aplica, evidentemente, com relação aos pressupostos processuais e condições da ação, cuja apreciação pelo juiz pode e deve ser feita de ofício, sem as objeções impostas pelo sistema quanto à matéria de mérito, na medida em que comportam amplo conhecimento neste incidente.

94. No tríduo legal, a defesa, nessa sistemática prevista no art. 733 do CPC, é feita internamente no processo. Na forma de justificação, se destina a afastar a possibilidade de prisão, e não a atacar o título propriamente dito, que não pode ser desconstituído na própria demanda executória.

95. Julgando a dívida paga ou procedente a justificação no sentido de achar-se o alimentante impossibilitado de efetuar o pagamento da pensão alimentícia, o processo se extingue, ficando a decisão sujeita à coisa julgada, a não ser que, na última hipótese, cessem as causas de impossibilidade do pagamento, o que deve ser provado como fato novo.

96. Acolhida a justificativa de impossibilidade temporária de pagamento ou decretada a prisão, o art. 733, § 2º, aponta e recomenda, no primeiro caso, a conversão do meio executório, passando-se, desde que possível, à expropriação dos bens do executado. Não sendo viável, em razão da ausência de patrimônio penhorável, suspende-se o processo em curso até o desaparecimento de tal escusa para o inadimplemento. Na segunda hipótese, a execução, de igual modo, fica

suspensa na expectativa de pagamento ou do término da prisão. O provimento jurisdicional, em ambas as situações, tem natureza de decisão interlocutória, não extinguindo o processo.

97. Alegando pagamento, o devedor nega a própria existência do direito a ser tutelado. Nesse caso, restando provada a quitação da dívida, não há razão para que a execução continue. A decisão que acolhe a exceção de pagamento constitui sentença e extingue o processo de execução. Atacável, portanto, por meio de apelação.

98. Nos termos do art. 5º, LXVII, da CF/1988, e com o beneplácito da doutrina e da jurisprudência, o uso de *habeas corpus* contra a decisão que decreta a prisão é admitido, apenas nos casos de flagrante ilegalidade da medida, porquanto, nessa via, não admite dilação probatória.

99. Na prestação de alimentos, por ser ela uma relação de trato sucessivo, é possível restabelecer a custódia, anteriormente decretada, se houver futuro inadimplemento.

100. Se o processo de execução for suspenso, por força de acordo entre as partes, e ocorrer inadimplemento do ajuste, a prisão poderá ser decretada independentemente de nova citação do devedor, bastando, para tal finalidade, a intimação do respectivo procurador.

101. O executado fica liberado de novo aprisionamento se, cumprido o máximo do período de prisão, não satisfizer a obrigação. Nessa hipótese, sujeitar-se-á apenas à execução patrimonial comum, sem qualquer sanção de índole pessoal.

102. O prazo da prisão é de 60 (sessenta) dias, de modo a respeitar o enunciado do art. 620 do CPC, no sentido de que “a execução se faça pelo meio menos gravoso para o devedor” e porque a Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973 - posterior ao CPC, que data de 11 de janeiro de 1973, por seu art. 4º - deu nova redação ao art. 19 da Lei de Alimentos, limitando a custódia em 60 (sessenta) dias. Por ser lei posterior, mais favorável ao devedor, este diploma é que deve ser aplicado.

103. O regime de progressão de pena, previsto no art. 33, § 1º, *a, b, c*, do CP, é ínsito à condenação criminal, não se aplicando à prisão civil.

104. A ação de depósito é adequada quando se trata de depósito regular, legal ou convencional, que tem por objeto coisa infungível, sem a transferência da

propriedade ao depositário. O depósito de coisas fungíveis - de que é exemplo típico o depósito bancário - regula-se, *prima facie*, pelas regras do mútuo (art. 645 do CC), mas com ele não se confunde, já que no mútuo não pode ser pedida a devolução da coisa a qualquer tempo. Em outros termos, é possível afirmar que não há perfeita identificação entre mútuo e depósito irregular.

105. É possível que, mesmo quando se trata de bens fungíveis, o depósito seja tido como regular. Não é a natureza fungível do bem depositado que, por si só, transforma o depósito em regular. O empresário ou administrador de armazém geral que desviar a mercadoria confiada à sua guarda pode sofrer a prisão civil, prevista no Decreto nº 1.102, de 21 de novembro de 1903. Quer dizer, qualquer que seja a natureza do bem, fungível ou infungível, há a obrigação de restituição.

106. Um dos pontos altos do CPC/1973 foi o tratamento dispensado ao procedimento da ação de depósito, que rompe com a rigidez do sistema do CPC/1939, que não permitia ao réu direito de defesa sem antes fazer a entrega da coisa ou do seu equivalente em dinheiro. O juiz era obrigado, em requerendo o autor, a aplicar prisão liminar ao réu, mesmo que este demonstrasse razões ponderáveis para não entregar a coisa. O novo Código foi mais parcimonioso em jogar com a liberdade alheia, banindo a prisão liminar.

107. A sentença que julga procedente o pedido na ação de depósito e condena o réu a entregar a coisa depositada ou o equivalente em dinheiro em 24 horas (art. 904 do CPC) tem, a par de outras eficácias secundárias (e.g. declaratória e condenatória), a eficácia preponderante, ou seja, a executiva *lato sensu*. E isso porque a execução, no que diz com a entrega, ocorre no mesmo processo, como simples incidente, sem a necessidade de execução específica. A ação é executiva *lato sensu*, muito embora proferida no processo de conhecimento.

108. No procedimento que trata da ação de depósito, constata-se a existência de dois atos judiciais de conteúdos distintos e proferidos em momentos não-coincidentes: a sentença de procedência da ação e o decreto de prisão.

109. Não é na sentença que se decreta a prisão; nela se decide, sim, sobre a cominação da pena, mas a concretização só ocorrerá em momento posterior, ou seja, depois de haver o réu desatendido ao mandado de entrega.

110. O provimento judicial do art. 904, *caput*, é a sentença de mérito que acolhe o pedido do autor, impugnável mediante apelação (art. 513, CPC). Já a decisão proferida em cumprimento ao parágrafo único do art. 904 do mesmo diploma

processual deve ser atacada mediante agravo de instrumento (art. 522), ao qual poderá ser atribuído efeito suspensivo nos termos do art. 558.

111. A razão de ser da ação de depósito como procedimento especial é, sem dúvida alguma, a de se colocar à disposição do depositante instrumento processual mais eficaz do que a ação ordinária seguida da execução, que é a possibilidade de prisão. Tal rito não tem sentido sem a possibilidade de prisão.

112. É correto entender que o pedido a que alude o § 1º do art. 902 seja uma faculdade conferida ao credor, mediante requerimento, de pedir a decretação da prisão, se for o caso, antes do decreto de prisão, na forma do art. 904, parágrafo único (ocorrerá depois do não-cumprimento do mandado de execução da sentença), servindo de pressão psicológica para evitar que o réu, por falta de ameaça concreta, conteste pelo mero espírito de emulação.

113. Se o requerimento de prisão não for feito na inicial, poderá sê-lo depois do não-cumprimento do mandado de execução da sentença, como é o entendimento que domina na doutrina, no que se refere à prisão civil na ação de alimentos.

114. O prazo para a prisão, concretizado pela decisão a que faz menção o art. 904, parágrafo único, do CPC, é de até 1(um) ano. A prisão, sendo apenas medida coercitiva para motivar o depositário à entrega da coisa, e não uma pena, cessará tão pronto seja alcançado aquele objetivo (entrega ou equivalente).

115. No caso de depositário judicial infiel, a exemplo do devedor de alimentos, não cabe a prisão domiciliar, salvo no caso das exceções lá apontadas, tampouco prisão-albergue.

116. Como proclama o STF, a prisão, no caso do item anterior, pode ser decretada nos próprios autos da execução, sobremaneira porque a relação existente entre o depositário judicial e o Estado não é contratual, mas processual, isto é, de direito público.

117. Não há necessidade da ação de depósito, na hipótese de prisão do depositário judicial, pois não haveria legitimação ativa. Supor que o próprio órgão jurisdicional pudesse assumir a posição de autor seria inaceitável, sob o ponto de vista técnico, assim como cogitar que pudesse fazê-lo o credor, eventualmente prejudicado, que talvez nenhum direito subjetivo tenha à propriedade da coisa ou à posse da coisa.

118. A Lei nº 11.382/2006, adotando, no atual § 3º do art. 666 do CPC, a orientação que vinha prevalecendo no STJ e no STF (que é a da Súmula 619),

autorizou a prisão, na forma da lei, do depositário infiel, sem depender do ajuizamento da ação de depósito. Exigir a propositura da ação de depósito, no caso, seria render-se ao formalismo e à burocracia, que só ao infiel depositário beneficiariam, concedendo-lhe tempo em sua sonegação, que pode, eventualmente, ser até criminosa.

Tem-se por certo, à vista de todo o exposto, que a garantia fundamental de acesso à jurisdição tem o sentido de acesso à efetiva tutela jurisdicional, isto é, direito à obtenção de provimentos que sejam capazes de promover alterações nos planos jurídico e fático. Não basta mais, hodiernamente, a tutela formal dos direitos. É preciso que os provimentos jurisdicionais sejam capazes de produzir efeitos práticos para a obtenção do resultado útil às partes. O que se exige, como expressão da garantia constitucional do acesso às decisões judiciais, é que o resultado obtido no processo seja efetivo no sentido de que atenda (concretize), no mundo real, extramente aquilo que o provimento jurisdicional determinou.

Parece certo observar, nesse contexto, a importância de dotar o Judiciário de mecanismos adequados para satisfação dos interesses a ele submetidos. Somente dispondo desses instrumentos – que deveriam lhe ser imanentes – para usar uma teoria adotada no sistema da *common law* – e utilizando-os de forma sábia –, terá o órgão jurisdicional condições de atingir sua finalidade constitucional e, em última análise, dar adequada proteção ao direito objetivo.

Bem por isso, este trabalho alinha-se com as idéias de Sérgio Bermudes³, quando refere que a efetividade do processo será, no milênio próximo, a magna preocupação da processualística tanto quanto tem sido no fim deste milênio, quando se despertou para a realidade de que o processo não se exaure em si mesmo, constituindo instrumento da jurisdição, tanto mais apto quanto assegure com perfeição e presteza a administração da Justiça.

O processo civil contemporâneo há de ser visto como um processo civil de resultado. Não se pode mais olhar o Poder Judiciário apenas como um operador da máquina legal criada pelo Poder Legislativo. O Poder Judiciário deixa de ter uma posição neutra, passiva, acanhada, para assumir seu poder de império.⁴

³ BERMUDES, Sérgio. O processo civil no terceiro milênio. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros - Cidadania e Justiça*, ano 3, n. 7, 2º sem., 1999, p. 128.

⁴ VARGAS, Jorge de Oliveira. A pena de prisão para desobediência da ordem do juiz civil. *Gênesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 3, set./dez, 1996, p. 67.

Compreende-se, pois, porque ganham importância as medidas coercitivas destinadas a obter o cumprimento dos provimentos jurisdicionais, de que tanto se falou aqui.