

DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA ALIMENTAR, AINDA UM RETROCESSO, UMA AFRONTA AO DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO

Cristiane Vieira de Mello e Silva

Procuradora do Município de Diadema.

Professora Universitária da Faculdade de Direito – Centro Universitário Municipal – Imes.

Especialista em Direito Civil – Faculdades Metropolitanas Unidas.

Mestre em Processo – Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Doutoranda em Direito Constitucional – PUC/SP.

RESUMO

A prisão civil por dívidas é o tema desse estudo. Situação normalmente aceita em um passado remoto, não encontra mais amparo nas legislações modernas por recair sobre o corpo da pessoa a sanção pelo não-pagamento de obrigação de ordem patrimonial.

Resta saber se a prisão civil por dívida alimentar também se insere nesse contexto.

Acreditamos que sim e que as ressalvas existentes na Constituição Nacional serão abolidas em um futuro próximo, desde que haja um trabalho de conscientização e conhecimento do destinatário final do ordenamento jurídico, o cidadão.

ABSTRACT

The civil arrest for debts is the subject of this study. Normally accepted situation in a remote past and that is does not find more support in the modern laws for falling again on the body of the person the sanction for the not pay of patrimonial obligation order.

It remains to know if the civil arrest of alimentary debt also is inserted in this context.

We believe that yes and we believe that the existing exceptions in the National Constitution will be abolished in a next future since that it has a work of awareness and knowledge of the addressee of the legal system, the citizen.

1. INTRODUÇÃO

Já há muito tempo esse tema chama nossa atenção e a interpretação que ora apresentamos vem sendo amadurecida com o passar dos anos e de nosso estudo.

Durante o curso de especialização em Direito Civil realizado nas Faculdades Metropolitanas Unidas, Everaldo Augusto Cambler¹ nos apresentou algumas reflexões interessantíssimas sobre o assunto e que, na época, geraram para nós uma certa curiosidade para um estudo diferenciado.

¹ Nosso Professor no estudo das Obrigações e Contratos durante o Curso de Especialização realizado nas Faculdades Unidas Metropolitanas – FMU.

Durante o mestrado em Direito Processual cursado na Universidade Mackenzie, a *prisão civil por dívidas* foi discutida e apresentada de forma dinâmica e diferenciada, aguçando ainda mais nosso interesse sobre a matéria.

Cursando o doutoramento na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, voltamos toda nossa atenção ao sistema Constitucional, e a *prisão civil por dívidas*, expressa no texto da Lei Maior, voltou, silenciosamente, a ser um ponto de nossa reflexão.

Sempre tivemos vontade de expor nossa interpretação escrita sobre a *prisão civil por dívidas*, contudo, pensamos ser ousadia discorrer sobre o assunto em texto.

Interessante é ressaltar que, no exercício do magistério na Universidade Imes, deparamos novamente com a *prisão civil por dívidas*, ainda que por via transversa.

O tema em apreço foi objeto de estudo e trabalho de conclusão do curso (TCC), no mesmo ano, por três alunas orientandas² nossas no curso de Direito, em 1993.

A coincidência que acabamos de relatar no parágrafo anterior instigou nossa vontade em aprimorar esse estudo, renovando-o.

Registramos que cada aluna, nossa orientanda, estruturou um raciocínio diferenciado. Apresentaram aspectos interessantes da matéria, o que nos permitiu viajar juridicamente nas dúvidas preexistentes e no exercício lógico da orientação que à época realizávamos.

Todos os pontos considerados figuraram como estímulos para a elaboração do presente texto. No entanto, a confecção do presente trabalho só se deu após a leitura que fizemos do livro *Prisão civil do depositário*, de autoria de Joaquim Molitor,³ obra que nos encorajou a enfrentar o tema.

Nossa proposta consiste em reler o assunto *prisão civil por dívidas* segundo a legislação vigente. Na verdade sugerimos, a interpretação do tema nos moldes da Constituição.

Na exposição que realizamos, aproveitamos o conhecimento adquirido nos cursos de especialização, mestrado e doutoramento. Tentamos, na verdade, integrar nosso aprendizado harmonizando-o.

Procuramos respostas para alguns problemas de ordem teórica que vislumbramos por meio das normas existentes no Direito positivo, objeto de estudo pessoal.

Talvez, a apreciação que fazemos sobre a *prisão civil por dívidas* possa afastar eventuais antinomias,⁴

² Flávia Visentim, Heloísa Caíres e Mara Gogoni.

³ Joaquim Molitor, Professor de Direito Processual Civil no curso de Direito da Universidade Imes e Magistrado aposentado.

⁴ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 81-82 e 88. O autor nos ensina ser antinomia “a situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: *antinomia*. A tese de que o ordenamento jurídico constitua um sistema no terceiro sentido exposto pode-se exprimir também dizendo que o *Direito não tolera antinomias*. Em nossa tradição romanística o problema das antinomias já foi exposto com muita clareza nas duas célebres constituições de Justiniano, e com ele se abre o *Digesto*; aqui Justiniano afirma imperiosamente que no *Digesto* não há normas incompatíveis e usa a palavra *antinomia*... O fato de no Direito romano, considerado por longos séculos o Direito por excelência, não existirem antinomias foi regra constante para os intérpretes, pelo menos enquanto o Direito romano foi o Direito vigente. Uma das finalidades da interpretação jurídica era também a de eliminar as antinomias, caso alguma tivesse aparecido, recorrendo aos mais diversos meios hermenêuticos. Nessa obra de resolução das antinomias foram elaboradas algumas regras técnicas que veremos a seguir.

Mas, antes temos que responder à pergunta: *quando duas normas são ditas incompatíveis? Em que consiste uma antinomia jurídica?* Para esclarecer esse ponto recorreremos ao que dissemos no livro anterior sobre os relacionamentos intercorrentes entre as quatro figuras de qualificação normativa, o *obrigatório*, o *proibido*, o *permitido positivo* e o *permitido negativo*”.

se assim podemos chamar as questões suscitadas na doutrina e jurisprudência, pela existência de preceito constitucional expressamente contraposto por texto de documento firmado pelo Estado brasileiro na ordem internacional,⁵ e que foi integrado à ordem jurídica interna vigente e vem causando um descompasso interpretativo no sistema jurídico, afetando diretamente a soberania nacional, a integridade da ordem jurídica nacional em sua harmonia, a vida e a liberdade dos cidadãos.

Com nossa conclusão, objetivamos propiciar discussões contribuindo com o aprimoramento do

estudo científico e com a preservação da integridade interpretativa do sistema jurídico positivo.

Iniciamos nossa pesquisa por meio da *prisão civil*, tema que passaremos a, cuidadosamente, observar no próximo capítulo.

2. DA PRISÃO CIVIL

Parece-nos um tanto intrigante e até conflituoso tratar do assunto *prisão* e, ao mesmo tempo, reportarmo-nos à área *Civil*.

O Autor conclui seu raciocínio definindo “antinomia jurídica como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade. As antinomias assim definidas, podem ser, por sua vez, distintas em três tipos diferentes, conforme a maior ou menor extensão do contraste entre as duas normas”.

Também sobre o assunto *antinomias* não podemos deixar de citar Luiz Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 9-10. O autor preleciona que “a ordem jurídica de cada Estado constitui um sistema lógico, composto de elementos que se articulam harmoniosamente. Não se amolda à idéia de sistema a possibilidade de uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de normas distintas, contrastantes entre si. Justamente ao revés, no ordenamento jurídico não podem coexistir normas incompatíveis. O direito não tolera antinomias”.

“Ressaltamos a importância do posicionamento exposto pelo autor em sua obra: “um dos critérios comumente utilizados para evitar as antinomias, solucionando o conflito entre normas, é o critério hierárquico: a norma superior prevalece sobre a inferior. Assim pois, se a Constituição e uma lei ordinária divergirem, é a Constituição que prevalece. Se um decreto regulamentar desvirtuar o sentido da lei, será inválido nesta parte. Se a resolução deixar de observar o teor do regulamento, não poderá prevalecer. E assim por diante”.

“Um segundo critério de que se vale o sistema normativo para solucionar a regra aplicável, em meio a preceitos incompatíveis, é o da especialização. Havendo, em relação a dada matéria, uma regra geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generalis*”.

“Existem, no entanto, duas espécies de conflitos cuja solução, ao menos em princípio, não se socorre dos critérios hierárquicos ou de especialização, mas, sim, de outro instrumental teórico. São conflitos de leis no *espaço e no tempo*, cujo equacionamento percorre caminhos complexos e acidentados, que passam por diversos ramos do direito”. (Grifamos).

⁵ Lembramos nesse momento a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, celebrado em 22 de novembro de 1969, que em seu inciso 7º, do artigo 7º determina expressamente: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Esse regramento internacional foi inserido em nosso ordenamento jurídico em 26 de maio de 1992, ou seja, aproximadamente 04 (quatro) anos e 07 (sete) meses após o advento da Constituição Federal de 1988, através de Decreto Legislativo n. 27, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Decreto Presidencial n. 678 de 6 de novembro de 1992, autorizando o cumprimento de tal dispositivo em nosso país.

Joaquim Molitor, na obra *Prisão civil do depositário*, p. 19, ainda destaca a existência de outro documento internacional que cuida do mesmo assunto com origem também em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos aprovado pela XXI Sessão da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, dispondo em seu artigo 11 que: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir uma obrigação contratual”. O estudioso mencionado ainda nos informa que o dispositivo em apreço foi integrado “formalmente à ordem jurídica brasileira, tendo em consideração que foi aprovado pelo Congresso Nacional, por intermédio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991 e seu cumprimento foi autorizado pelo Decreto Executivo n. 592, de 6 de julho de 1992, que o promulgou”.

Imaginamos o espanto causado pelo assunto *prisão civil por dívidas* ao leigo, desvinculado de qualquer conhecimento jurídico.

Para o cidadão, o título desse estudo deve ser recebido como um paradoxo, isso porque a idéia de *prisão* corriqueiramente nos conduz a um raciocínio de ação humana irregular na esfera criminal, totalmente distante dos comandos e da postura que se extrai da estrutura civil, composta por segmento de normas que também apresentam sanções, mas de outras espécies, que não a *prisão*, em regra.

Precisamos, portanto, para o desenvolvimento desse trabalho, conceituar o termo *prisão*.

Vejamos:

Prisão, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira⁶ é “s.f. 1. Ato ou efeito de prender; captura. 2. *Pop. V. cadeia* (2). 3. Recinto fechado. 4. *Fig. Vínculo, peia*”.

A conceituação léxica apresentada dificulta ainda mais a vinculação do termo *prisão* com qualquer área jurídica que não seja criminal.

Nosso raciocínio se complica quando vislumbramos, pelo estudo topográfico da estrutura legislativa, que, no diploma Constitucional, há menção expressa no texto à *prisão civil por dívidas* em pleno século XXI.⁷

⁶ *Minidicionário da língua portuguesa*, p. 442.

⁷ No estudo que fizemos sobre a história da *prisão civil por dívidas*, encontramos uma passagem no livro *O direito na história: lições introdutórias*, p. 35, em que José Reinaldo de Lima Lopes compara no tópico a Grécia – a ruptura de uma ilustração no mundo antigo, as classes sociais gregas e em Atenas. Destaca o autor as diferenças e faz referência a **Aristóteles**, relatando que o filósofo “considerava um traço constitutivo da democracia ateniense a proibição da servidão por dívidas”.

Joaquim Molitor, quando em sua obra cuida do tema *Prisão civil em geral*, p. 7-9, analisa historicamente o Instituto na história das civilizações antigas e narra que “remonta às civilizações antigas, as origens da apreensão pessoal do devedor, e às vezes de seus familiares próximos, mulher e filhos, como instrumento compulsivo, com a finalidade de constranger o inadimplente ao cumprimento de sua obrigação, seja de pagar a quantia, seja de entregar a coisa”.

Registra que para os doutrinadores, em sua maioria, o aparecimento do instituto *prisão civil por dívida* está indicado no Código de Hamurabi, na Babilônia, aproximadamente no ano de 1.700 a.C., uma das mais antigas legislações que tratam dessa forma de coerção. Assinala que tal estatuto prescrevia que “aquele que se tornasse credor de dinheiro, prata, grãos, sementes, etc., podia tomar como garantia de seu crédito, a própria pessoa do devedor, ou de sua família”. Em se verificando “o inadimplemento da obrigação, tais pessoas podiam ser aprisionadas e transformadas em escravas, e coagidas a trabalhar para o credor, até o efetivo pagamento do débito”.

Nessa digressão histórica, o Joaquim Molitor passa ainda pela Índia, e menciona o Código de Manu, ainda no século XIII a.C. Informa que o inadimplente por dívida de ordem obrigacional sofria, aparentemente, as mesmas sanções determinadas no diploma babilônico e acrescenta que “na hipótese de depósito, essa legislação indiana, autorizava, além da prisão do depositário, tido como infiel, que lhe fosse infligido castigo corporal, para coagi-lo à restituição da coisa custodiada”. Nesse retrocesso que faz na história seguindo a linha do tempo, Joaquim Molitor elucida que no Egito também havia a “escravização por dívida”, sendo que tal servidão perdurava “até que integralmente quitada a sua obrigação”. Transita, nessa viagem ao passado sobre a prisão civil, por Roma, salientando que “nos primórdio do Direito Romano, prevalecia o princípio da execução pessoal, ou seja, mediante constrição exercida sobre o corpo do devedor, que podia ser vendido como escravo, para que com o produto arrecadado, fosse efetuado o pagamento do credor”. Ainda, apoiado em Washington de Barros Monteiro, Molitor ressalta que a “obligatio primitiva caracterizava-se como direito de garantia sobre a pessoa física do obrigado (...) se o credor não era pago num determinado prazo, assistia-lhe o direito de recorrer a um processo executivo extremamente violento, exercido contra a própria pessoa do devedor”. O autor em que nos apoiamos, Joaquim Molitor, ainda ressalta em sua obra os comentários de “Alcides de Mendonça Lima, ao se referir a *manus injectio*, prevista na ‘Lei das Doze Tábuas’. Menciona que “após a condenação judicial, o credor podia conduzir coercitivamente o devedor a juízo, promovendo a apreensão pessoal deste, que, se não efetuasse o pagamento do débito, seria colocado em prisão domiciliar e acorrentado”. Ainda norteados pelos ensinamentos e pela interpretação do mesmo estudioso, verificamos que a *humanização dos meios executivos* se dá de “forma gradual e se inicia a partir da Lex Poetelia Papiria, por volta do século V a.C., momento em que a execução de cunho pessoal passa a ser transferida para o patrimônio do devedor”. Baseado em Moacyr Amaral Santos, Molitor relata que “... no ano 636 de Roma, substituiu-se a prisão do devedor pela *pignoris capio*: todos os bens do devedor eram vendidos em praça (*bonorum venditio*) e o preço

O inciso LXVII, do artigo 5º, da Lei Maior dispõe que

“*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*” (grifo e destaque nossos).

Para o cidadão urbano, simples, que ouve o rádio, que assiste à televisão, que acompanha a vida dos artistas, dos cantores ou até dos jogadores de futebol no país, a idéia da *prisão civil por falta de prestação alimentar* não seria de todo um espanto.

De vez em quando surge na mídia a notícia da prisão de uma ou outra “celebridade” nacional pela falta de pagamento de pensão aos filhos. Mas esse leigo não reconhece de imediato o instituto, por falta de conhecimento específico legislativo e/ou téc-

nico por sua denominação científica, *prisão civil por dívidas* matéria de relevo Constitucional.

Há também o fato de a *prisão civil por dívidas* não ficar adstrita apenas ao inadimplemento da obrigação alimentar, outro elemento que também não é de domínio real do cidadão comum, insere-se nesse contexto como a *prisão civil do depositário infiel*. Esse tipo que permite a *prisão civil* também nos preocupa ainda mais pelos reflexos que podem decorrer de sua aplicação prática.

Se para o cidadão, o citadino, a *prisão civil por dívidas* é ou pode vir a ser de conhecimento relativo, àquele que reside no meio rural, no interior do estado ou em estados distantes,⁸ diante da imensidão territorial brasileira, deve ser situação quase que inimaginável.⁹

obtido entregue ao credor ou repartido entre os credores concorrentes”. Conclui o estudioso que essa postura humanista, civilizada, foi sendo repassada aos ordenamentos jurídicos dos demais povos e resultou na regra que proíbe a prisão civil por dívidas, excepcionando apenas casos relativos aos alimentos e do depositário infiel.

⁸ Lembrando aqui que segundo o artigo 1º, *caput* e o § 1º da *Lei de Introdução ao Código Civil*, Lei das Leis, a lei nacional começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada e, nos estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, se admitida, inicia-se três meses depois de oficialmente publicada. Por ser o Estado soberano, tem o poder de decretar suas leis em esfera espacial que abrange todo o território nacional e em suas extensões de forma integrada. Cumpre-nos ainda lembrar que não há falar em “*vacatio progressiva*” no território nacional, situação já admitida no passado. Hoje resta adotado o “*princípio da vigência sincrônica*”, ou seja, simultânea em todo o território nacional. O prazo de 45 (quarenta e cinco) dias é dilatado e teoricamente atende a vastidão territorial brasileira, ainda que em que alguns lugares os meios de comunicação em massa sejam precários, se existentes.

⁹ Segundo Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*, p. 82-83, ao comentar o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, “a lei depois de publicada, decorrido o prazo de *vacatio legis*, tornar-se-á obrigatória para todos, sendo inescusável o erro e a ignorância. *Uma vez publicada a lei obrigará a todos, sendo aplicada tanto aos que a conhecem como aos que não a conhecem, por ser necessário à administração da justiça*”. Continua a autora em sua obra a apreciar “*princípio ignorantia jûris neminem excusat*”. Argumenta que o princípio em apreço “*repousa numa razão de interesse social, pois seria o caos se a obrigatoriedade da lei dependesse da ignorância ou não de sua existência pelo destinatário, principalmente no Brasil, ante a inflação legislativa a que assistimos, pois o ritmo acelerado da legislação traz conseqüências inevitáveis. Nem mesmo os técnicos as poderiam integralmente conhecer*. Com isso ter-se-á um labirinto, no qual os peritos ou aplicadores, sem fio de Ariadne, não conseguirão mover-se. Como, então, se poderia para que tivesse obrigatoriedade a lei, exigir de seu destinatário pleno conhecimento de seu conteúdo? Daí a razão de ser daquele *princípio que se funda na necessidade social, colorário oriundo do interesse social, pois do contrário nenhuma ordem jurídica subsistiria, trazendo insegurança e anarquia. Por isso ninguém poderá alegar ignorância da lei para escapar à sua obediência ou aos efeitos de sua violação, quer para defender-se contra pretensão legítima de outrem, quer para exigir de alguém uma pretensão ilegítima. O art. 3º da Lei de Introdução contém o rigoroso princípio da inescusabilidade da ignorância da lei, requerendo que as leis sejam conhecidas, pelo menos potencialmente. Tal princípio legal apenas indica que a lei rita promulgata exige obediência, porque se o direito é uma das condições de existência da sociedade, há necessidade social de tornar as normas jurídicas obrigatórias com sua publicação oficial*”. Sabemos que a autora apresenta a interpretação do dispositivo legal em vigor, contudo, ato contínuo apresenta em sua obra posicionamentos contrários ao comando discutido. Laurent entende o disposto no artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil uma presunção “*jure et de jure*”, sendo portanto inadmissível que qualquer cidadão alegue seu desconhecimento ou procure esquivar-se ao seu comando. Posicionamento contrário também pode ser defendido, como o de Francesco Filomusi na *Enciclopédia giurídica*, 1910,

Ainda que *prisão civil por dívidas* em qualquer das modalidades previstas na lei seja culturalmente ou legalmente circunstância relativa ou absolutamente desconhecida para o cidadão ou para alguns deles, é instituto que pode vir a afetá-los e abrangê-los,¹⁰ sendo certo que não há como aduzir, no caso concreto, o desconhecimento da lei para escusar-se da pena de prisão.

Estranha também é a afirmativa sobre impossibilidade de ignorância da ordem legislativa por parte do cidadão, que acabamos de fazer.

O cidadão deveria, no mínimo, ter certo domínio sobre as garantias constitucionais, conhecer a Lei Maior que rege seu país e, no caso em tela, alcançar o significado do instituto *prisão civil por dívidas*, garantia constitucional que é, e mais, dimensionar a importância da norma infraconstitucional que deve guardar sintonia com o Texto Maior que orienta a estrutura e a atividade do Estado pois prevê tipos, negócios da vida privada que podem levá-lo a essa condição de ser preso civilmente por dívidas – hipótese que, infelizmente, cremos ser ilusória.

É difícil hoje argüir ou argumentar ignorância de qualquer situação em um mundo que possui uma rede de comunicação avançadíssima conduzida por satélites, o que encurta distâncias entre os países geograficamente opostos e, principalmente, diante da informática, que agiliza o acesso imediato a fatos e à notícia, a um acervo cultural diferenciado de porte complexo e globalizado.

Mas, a realidade brasileira ainda é outra.

Como já afirmamos há pouco, o termo *prisão civil por dívidas* não é comum, principalmente para o cidadão de pouca instrução, e esse tampouco pode valer-se, por determinação legal e por uma questão de segurança jurídica, de sua real ignorância do texto de lei, presumidamente conhecido por todos, o que nos leva a questionar se, na realidade, ou na prática, o desconhecimento da norma constitucional,¹¹ ou dos preceitos infralegais relativos à matéria, pode fazer com que um inculto incida na conduta civil e mais, sujeite-se à *prisão civil por dívidas* sem, contudo, mensurar a extensão, a importância, a complexidade de seus atos por não saber dimensioná-los.

p. 84, sobre a ficção de direito; Pollock na obra *Principles of contracts*, 1911, p. 479, nota “t”; Clóvis Beviláqua, todos citados em nota de rodapé da obra em comento, sendo que Clóvis Beviláqua não se apóia na interpretação da presunção absoluta, entendendo ser o princípio legal contido no artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil “imprescindível à coexistência social (...) não se teria uma presunção de que a lei é conhecida (...) mas uma conveniência de que ela seja conhecida”, (...) “o significado do artigo 3º seria afirmar a segurança jurídica”.

Maria Helena Diniz ainda trabalha a idéia de que “a publicação da norma visa neutralizar da ignorância da norma, sem contudo eliminá-la.” Isso porque a ignorância da lei induz a uma situação que consideramos um tanto grave e complexa que seria a ignorância da autoridade como se essa não existisse, o que seria um problema no seio social, teoria apresentada por Tércio Sampaio Ferraz Jr”.

¹⁰ Realizamos com reservas essa afirmativa, pois o cidadão que mora em zona rural também tenta adquirir imóveis, automóveis e necessita, por vezes, de auxílio bancário, pode vir a ser depositário de bens e assumir compromissos perante o Poder Judiciário como depositário.

¹¹ Lembramos nesse momento o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, Lei das Leis. Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, comentando *A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*, p. 75-76, especificamente o artigo 3º do diploma mencionado, que dispõe “ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece” nos explicam sobre a ignorância da lei e o erro do direito. Os autores em estudo prelecionam que “a lei, após publicada e decorrida a *vacatio legis*, se torna obrigatória para todos nós... mas ao mesmo tempo os estudiosos elucidam” de efeito, muito conhecidas são, com frequência, invocadas as fórmulas – *nemo jus ignorare censetur* – e – *error júris non excusat* – para exprimirem o mesmo conceito. Mas, o Direito moderno estabelece distinção entre o princípio – a lei se aplica tanto aos que a conhecem como aos que a ignoram – e o da escusa por ignorância ou erro de direito.

No primeiro caso, não se trata, propriamente, de uma presunção de que todos conhecem a lei, uma vez publicada. Em hipótese nenhuma poderia isso corresponder à verdade. Dereux, em curioso estudo crítico sobre o adágio – *Nul n'est cens'ignorer la loi* –, faz observações como estas: “As universidades, além da Mancha, parece, conferem, por vezes, a altas personalidades, ou a sábio, que nunca estudaram o direito, o título honorífico, mas, no caso, puramente fictício, de doutor em ciências jurídicas”; ora, graças ao adágio que acabamos de recordar, o jurista francês faz ainda mais: confere ficticiamente, não a alguns, mas a todo o mundo, muito mais que um simples título de doutor: um conhecimento

A reflexão que fazemos, bem como as constatações cultural e legislativa que realizamos nos parágrafos anteriores, são lamentáveis, pois assentam-se, inicialmente, nas premissas relativas à grandeza geográfica brasileira, mas seu respaldo reside, principalmente, na diversidade de ordem cultural e econômica, realidades extremadas no país ainda hoje.

O desconhecimento que pontuamos já não acontece àquele que estuda as ciências jurídicas ou não poderia acontecer, para quem atua tradicionalmente no mundo dos negócios.

Mas, acreditamos que ainda assim restem dúvidas sobre o tema.

Vejamos:

- a) A menção do tema *prisão civil por dívidas* no texto constitucional revela-se como uma verdadeira garantia para o cidadão diante das dúvidas que gerou no passado e ainda estão presentes nos dias atuais?
- b) Qual a natureza jurídica desse instituto, *prisão civil por dívidas*, nos moldes de hoje e nos termos da Constituição vigente?
- c) Perquirimos qual a intenção do legislador constituinte ao manter a *prisão civil por dívidas* na Lei Maior que rege o país. O tema em pauta insere-se no título II, que cuida especificamente dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, capítulo I, *Dos direitos e*

Deveres Individuais e Coletivos, artigo 5º, inciso LXVII, e repetimos que quando da promulgação do texto constitucional vigente já haviam sido firmados dois pactos contrários ao assunto, sendo que a integração ao texto, independentemente da forma legislativa hierárquica adotada, seria apenas uma questão de tempo, contudo previsível.

Para o cientista do Direito, a temática proposta não assume menor relevo.

A *natureza jurídica* de qualquer instituto é sempre um tópico que exige muita atenção e causa muita preocupação para o estudioso do Direito, gera muita discussão, principalmente, esse que se mostra como uma exceção à regra, e chama nossa atenção por ser conexo a outros temas e outras áreas importantes, como o Direito Civil, por envolver a situação alimentar que diz respeito à família, à vida e à sobrevivência; envolve ainda o contrato de depósito e por via transversa se aplica à alienação fiduciária, negócios de relevo na mesma órbita.

A *prisão civil por dívidas* possui também reflexos no Direito Processual Civil, que cuida da ação de Depósito nos artigos 901 *usque* 913, como procedimento especial cuidado aplicável à alienação fiduciária, fato que cuidaremos oportunamente e que hoje assume um relevo ainda maior quando constatamos a recepção e a interpretação que devem ser oferecidas ao Pacto de San José da Costa Rica,

perfeito da integralidade do direito. E pode-se perguntar se tal ficção não nos afasta, até ao excesso, da realidade. Não é perigoso atribuir assim às pessoas um conhecimento que elas não têm, e nem pretendem ter, de modo algum? O *‘médico à força’ existe, apenas, na comédia; deve o ‘jurista à força’ existir na realidade?* Pode-se presumir que conheça todas as leis o estudante reprovado no primeiro exame do primeiro ano de direito? E até o camponês, que sabe falar, somente num dialeto obscuro? E ainda, o estrangeiro, que atravessa, acidentalmente, a França, sem conhecer Francês?

Demais, se fora presunção de conhecimento, deverá ceder ante a prova em contrário. E pretender, como o fazem Chirioni e Abello, dar um caráter absoluto a essa presunção, com isso tornando irrelevante a impossibilidade subjetiva real, equivaleria a criar uma ficção, raramente correspondente à realidade.

Mas, no domínio da jurisprudência, do que não resta dúvida é que, depois de publicada, a lei obriga em todos os casos, aplicando-se não só aos que a conhecem como até aos que demonstrem a impossibilidade de conhecê-la, por ser isso indispensável à administração da justiça. É um cânon absoluto, que não pode sofrer exceções ou restrições. Coviello diz muito bem: “Do princípio que – é necessidade social se torne obrigatória para todos, a lei publicada – decorre, necessariamente, a consequência que os seus efeitos abrangem a todos, independentemente do conhecimento ou da ignorância subjetiva (...) essa consequência, tão evidente eu se admitiria ainda sem disposição legislativa expressa é absoluta; uma só exceção destruir-lhe-ia o fundamento racional.”

de âmbito internacional, firmado por nosso país e aceitos regularmente em nosso ordenamento interno os reflexos que possam vir a ensejar.

Cada aspecto apontado tem perfil próprio, no entanto, todos afetam o Direito de Liberdade do cidadão, seu bem maior.¹²

Assim, continuamos nossa apreciação da matéria observando o que é civil ou Direito Civil, tipicidade e ilícito civil?

3. DO CIVIL, DIREITO CIVIL, DA TIPICIDADE NA ESFERA CIVIL E DO ILÍCITO CIVIL

O que é civil ou qual a finalidade do Direito Civil?

Pode-se aduzir tipicidade na estrutura civil na mesma forma e importância aduzidas ou imputadas para o Direito Penal?

Existe um ilícito na esfera civil?

Essas são as questões que pretendemos resolver nesse tópico.

Continuando a mesma lógica por nós adotada no capítulo anterior, devemos determinar o contorno do termo **civil**, premissa inicial dessa análise.

Apoiamo-nos novamente no dicionário para tentar elucidar a questão.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹³ se reporta à expressão **civil** da seguinte forma: “... 2. *concernentes às relações dos cidadãos entre si, reguladas por norma de direito civil*, 3. *não militar...*”.

A conceituação apresentada não nos permite supor a existência de prisão civil ou de tipos normativos cíveis que redundem em perda da liberdade na esfera cível, conclusão a que chegamos em termos penais.

Parece-nos que a análise meramente léxica do termo civil é omissa ou imprecisa, podendo-nos induzir a erro por ser genérica e não técnica.

E *Direito Civil*? Como podemos conceituar essa área ou ramo do Direito?

Silvio de Sálvio Venosa, na obra *Direito civil*,¹⁴ parte do conceito de Direito para alcançar o objetivo por nós almejado.

Ensina-nos o autor citado:

“Direito é ciência do ‘deve-ser’ que se projeta necessariamente no plano da experiência. Para cada um receber o que é seu, o Direito é coercível, isto é, imposto à sociedade por meio de normas de conduta.”

Afirma, ainda, especificamente que

“o direito privado é o que, tradicionalmente, regula o ordenamento dos interesses particulares, sendo o Direito Civil o ramo do direito Privado por excelência.”¹⁵

E explica-nos com maestria:

“À medida que perguntamos o que devem os membros da sociedade uns aos outros; ou o que é meu e o que é teu; quando estudamos as relações entre os indivíduos e as relações entre esses indivíduos e as associações, estamos perante o ramo do direito privado que se denomina *Direito Civil*”¹⁶ (g.n.).

Ressalta que para o Direito Civil:

“preponderam as normas jurídicas reguladoras das atividades dos particulares. Trata dos interesses individuais. Estuda-se a personalidade; a posição do indivíduo dentro da sociedade; os atos que pratica; como o indivíduo trata com outros indivíduos; como adquire e perde a propriedade; como deve o indivíduo cumprir as obrigações que contraiu com o outro; qual a posição do indivíduo dentro da família; qual a destinação de seus bens após a morte...” (destacamos).

Elucida-nos que o *ius civile* estudado nos séculos passados compreendia tanto o Direito público como o Direito privado, as instituições romanas não os diferenciavam ante a interpenetração existente à época.

¹² Lembramos aqui ser o Direito uno, sendo sua divisão em ramos, áreas ou subáreas meramente didática.

¹³ *Op. cit.*, p. 142.

¹⁴ V. 1, p. 32,

¹⁵ *Direito civil*, v. 1, p. 87.

¹⁶ *Op. cit.*, v. 1, p. 87.

José Reinaldo de Lima Lopes¹⁷ endossa integralmente a versão apresentada afirmando que Direito Civil, do período arcaico até a Idade Média, só se aplicava aos cidadãos romanos,

“os descendentes dos quirites. Por ser um direito dos cidadãos é que se dirá *ius civile*. (...) o direito civil é reservado aos romanos e os não romanos ficam excluídos do âmbito de validade das regras de propriedade (propriedade quiritária, como se diz), do casamento e da família do *ius civile*”.

Entendemos que o cidadão romano integrava, vivenciava e concebia o Estado de forma diferenciada, considerando, por conseqüência, a ação como o exercício do direito em movimento sem qualquer diferença de ordem substancial, assim como a encaramos nos dias atuais.¹⁸

Silvio de Salvo Venosa ainda destaca em sua obra,¹⁹ ao procurar conceituar o que devemos entender por Direito Civil, que qualquer tentativa de distinção entre ramos “direito público e privado não será imune a críticas”, mas nesse momento localiza o Direito Civil no segundo ramo.²⁰

Não se esquece Silvio Venosa, de anotar a crescente publicização do Direito Privado,²¹ tecendo ainda considerações sobre a *tipicidade*,²² admitindo-a como elemento do Direito.

O estudioso argumenta existir também tipicidade para qualquer ramo do Direito, inclusive para o Direito Civil. Recebe a tipicidade como sendo um “fenômeno universal no Direito”.²³

Consideramos importante destacar o entendimento do civilista para oferecermos continuidade ao raciocínio que elaboramos.

Silvio de Sálvio Venosa entende que, para o Direito atingir seus objetivos, deve ter

“certeza de que existe e que deva ser cumprido, joga com predeterminações formais de conduta, isto é, descrições legais na norma que obrigam a determinado comportamento, quer sob a forma positiva, quer sob a forma negativa. A isso se dá o nome de tipicidade. Os fatos típicos existem em todas as categorias jurídicas, notando-se com mais veemência no campo do Direito Penal, direito punitivo por excelência, em que condutas criminosas, reprimidas pela lei, são por ela descritas. Só há crime se houver lei anterior que o defina.

Contudo, o fenômeno da tipicidade é universal no Direito. No Direito Privado, seus vários institutos são delineados com uma descrição legal. Daí por que a lei define o que é obrigação, o que é propriedade, como se extingue a obrigação etc.

(...)

Esse fato típico que dá origem às relações jurídicas também é denominado fato jurígeno ou fato gerador (embora esta última expressão seja consagrada no direito Tributário, seu sentido é idêntico).

Na maioria das vezes, o fato típico, ou seja, a descrição legal de uma conduta predetermina uma ação do indivíduo, quer para permitir que ele aja de uma forma, quer para proibir determinada ação” (grifamos).

O autor prossegue exemplificando sua interpretação:

“Quando o Código Civil afirma, no artigo 1.267, que a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição” (antigo, art. 620) isso quer dizer que há uma tipicidade na conduta

¹⁷ *Op. cit.*, p. 46.

¹⁸ Sobre o tema, recomendamos a leitura da obra *Introdução ao estudo do processo civil*, de Eduardo J. Couture. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

¹⁹ *Op. cit.*, v. 1, p. 89.

²⁰ Divisão que sabemos ser de cunho meramente didático, por ser o Direito estrutura una e indivisível.

²¹ Interpretação extraída da obra citada de Silvio de Salvo Venosa, p. 89. Interessante é a conscientização de que a *publicização* do Direito Civil não significa seu desaparecimento, mas decorrência lógica da dinâmica das relações jurídico-sociais.

²² Manifesta-se o autor sobre o assunto no livro citado, v. 1, p. 32-33.

²³ Manifesta-se o autor sobre o assunto na obra citada, v. 1, p. 32.

para entregar as coisas adquiridas pelo contrato, pois a propriedade só ocorre com a entrega (tradição da coisa móvel). *Qualquer outra conduta será atípica, isto é, contrária à disposição da norma, e sofrerá uma reprimenda, no caso, uma reprimenda civil*²⁴.

Assim, podemos concluir que o Direito, ciência do dever-ser, orientadora do agir humano, se expressa por comandos normativos e prescritivos.

Sua finalidade primária é coercitiva na modalidade educativa. Suas regras objetivam gerar convivência harmônica entre as pessoas que vivem em sociedade.

A imposição sancionatória, elemento formal que garante a eventual aplicação da força social, conforme ensinamentos de André Franco Montoro,²⁴ e que integra norma jurídica, expressão do Direito, é secundária, e somente incidirá quando houver tipicidade, seja civil (*stricto* ou *lato sensu*) ou penal, para que se legitime a imposição de sanções.

Nessa estrutura inserem-se todos os comandos normativos, inclusive as sanções cíveis que envolvam prisão, legítimas expressões de um poder Estatal, o Legislativo, após manifestação do Judiciário, que, por sua vez, observa um devido processo legal, que devem ser na íntegra observadas e aplicadas.

Os comandos normativos, por emanarem do Estado, presumem-se legítimos, esse é o motivo que impede o cidadão de oferecer escusas alegando o desconhecimento da norma jurídica.

Conforme a situação fática, se descrita como típica, ainda que se insira na seara privada porque familiar ou obrigacional, envolve assunto patrimonial, pode, sim, vir a gerar pena de prisão, *verbi gratia*, *prisão civil por dívidas*.

Cumpre-nos agora passar a discutir se os ilícitos civil e penal são aspectos diferentes de uma mesma situação.

Há fusão nas conceituações dos ilícitos civil e penal pelo fato de ser o Direito uno?

A resposta que acreditamos que se impõe aqui é negativa.

O fato jurígeno é único, podendo ensejar análises jurídicas por óticas diferentes²⁵ e nos mais diversos ramos.

É sob essa interpretação que afirmamos que o ilícito penal e civil diferem.

Silvio Rodrigues, em sua obra *Direito civil*,²⁶ faz alusão às ocorrências alheias à atividade humana e que criam relações na órbita do Direito denominando-as fatos jurídicos.

Apresenta o autor mencionado em sua obra²⁷ a conceituação de Savigny sobre os fatos jurídicos, “acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem”.

Para Silvio Rodrigues, o fato jurídico em sentido amplo

“engloba todos aqueles eventos, provindos da atividade humana ou decorrentes de fatos naturais, capazes de ter influência na órbita do direito, por criarem, ou transferirem, ou conservarem, ou modificarem ou extinguirem relações jurídicas”.

A interpretação supra, aparentemente, permanece a mesma após a modificação do Código Civil de 1916 pelo Código Civil em vigor de 2002, pelo que constatamos na obra de Silvio de Salvo Venosa.²⁸

Os autores (Silvio Rodrigues e Silvio Venosa) asseveram que os atos jurídicos se dividem em atos ilícitos e lícitos.

²⁴ *Introdução à ciência do direito*, p. 308.

²⁵ Referimo-nos aos efeitos que podem ser discutidos em termos públicos e privados.

²⁶ V. 1, p. 301.

²⁷ *Op. cit.*, p. 301.

²⁸ *Op. cit.*, v. 1, p. 366.

Ambos argumentam no mesmo sentido. Transcrevemos o posicionamento atualizado de Silvio Venosa:

“atos meramente lícitos (...) os praticados pelo homem sem intenção direta de ocasionar efeitos jurídicos (...). Esses atos não contêm um intuito negocial...”²⁹

Contudo, acrescenta ainda o segundo jurista, Silvio de Salvo Venosa, elucidando melhor a situação, que, pela legislação em vigor, o novo Código Civil procurou ser mais técnico e trouxe a redação do artigo 185:

‘Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.’ Desse modo, o novo estatuto consolidou a compreensão doutrinária e manda que se aplique o ato jurídico meramente lícito, no que for aplicável, a disciplina dos negócios jurídicos.... *Os atos ilícitos, que promanam direta ou indiretamente da vontade, são os que ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários, lato sensu, ao ordenamento. No campo civil, importa conhecer os atos contrários ao Direito, à medida que ocasionam dano a outrem. Só nesse sentido o ato ilícito interessa ao direito privado. Não tem o Direito Civil a função de punir o culpado. Essa é a atribuição do Direito Penal e do direito Processual Penal. Só há interesse em conhecer um ato ilícito, para tal conceituado civil, quando há dano ocasionado a alguém e este é indenizável. Dano e indenização são, portanto, um binômio inseparável no campo do Direito Privado. Por essa razão, o campo da ilicitude civil é mais amplo do que o da ilicitude penal. Só há crime quando a lei define a conduta humana como tal. Há ilícito civil em todos*

os casos em que, com ou sem intenção, alguém cause dano a outrem” (grifamos).

Apoiamo-nos ainda no mesmo mestre³⁰ para trabalharmos as intenções *dolo* e *culpa*, o que entendemos necessário para mencioná-las ainda nesse trabalho posteriormente.

Quando o autor do dano possui *vontade* em praticá-lo, há *dolo*.

Por sua vez, quando o agente, autor do dano, age por *imprudência, imperícia ou negligência*, atua com *culpa*.

Verificamos que o Código Civil novo manteve a mesma estrutura normativa contida no Código Civil de 1916 para trabalhar essas estruturas de ordem volitiva – *dolo* e *culpa*, respectivamente nos artigos 186 e 159.³¹

Mirabete³² ao trabalhar a ação e a execução civil, especificamente a reparação *ex delicto*, em sua obra comenta que:

“O crime ofende um interesse jurídico, acarretando uma lesão real ou potencial à vítima, seu titular. Origina, assim, o jus puniendi para a aplicação da sanção penal *mas também da obrigação de que o autor repare o dano pelo ilícito. A idéia de que de um mesmo fato, fruto de um comportamento humano, decorram lesões simultâneas, de normas e interesses diversos, isto é, públicos de um lado e privados de outro, é noção própria de período relativamente recente da história da humanidade. A questão de reparação do dano causado pela infração penal não pode deixar de influenciar o próprio direito público, tendo em vista o real interesse da sociedade e do Estado no sentido de que os lesados pelo crime obtenham reparação e,*

²⁹ Silvio de Salvo Venosa, *op. cit.*, v. 1, p. 366.

³⁰ Silvio de Salvo Venosa, *op. cit.*, mesma página.

³¹ A diferença contida entre os textos mencionados afeta questões de ordem moral e que não abordaremos no presente trabalho. Apenas elucidamos que o novo Código Civil consagra a indenização de ordem meramente moral e a alteração que afeta o texto do Código Civil de 1916 está na segunda parte do artigo. Nesse sentido: “... *ou* causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. O novo texto altera o texto. Retira a disjuntiva apresentada pela expressão *ou* e complementa o texto com o termo aditivo “e”, fazendo ainda menção ao dano exclusivamente moral previsto na Constituição Federal de 1988; nesse sentido, a segunda parte do artigo a que nos referimos determina “e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

³² *Processo penal*, p. 164-165.

principalmente, de que os autores das transgressões da ordem social não se locupletem ilícitamente. Vela o Estado para que desapareçam os efeitos do crime inclusive no que se relaciona com os interesses privados. Nos termos da lei civil, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar prejuízo a outrem comete ato ilícito (art. 186 do CC), ficando obrigado a reparar o dano (art. 927 do CC)."

Concluindo o presente tópico, verificamos que o Direito Civil objetivamente cuida das relações privadas e, como qualquer área do Direito, também trabalha com tipificações. Sua norma jurídica possui duas características. Vejamos:

- a) "A força coercitiva do poder social".³³ A lei posta é obrigatória, imperativa, atributiva. Impõe a observância de comportamento social, exige seu cumprimento por todos e ainda permite a cada parte envolvida na relação social a possibilidade de reclamar rigorosamente tal comportamento. Este último tópico parece-nos encontrar respaldo no autorização apresentado por Maria Helena Diniz na obra *Conceito de norma jurídica como problemática de sua essência?*
- b) Além do exposto, há o fato de a norma jurídica ser projetada para o futuro, portanto, e seu escopo é a Justiça, o bem comum, a harmonia daqueles que vivem em sociedade organizada.

Dessa forma, a tipicidade é essencial em qualquer estrutura que envolva a ciência do deve-ser, inclusive o Direito Civil.

Atos ilícitos existem nas esferas penal e civil. Contudo, a prisão normalmente prevista nas áreas Penal e Processual Penal apresenta-se com potência sancionatória, e na esfera Civil a prisão assume uma outra conotação apenas coercitiva, mas ainda é

pena de ordem corporal, não substitui a prestação obrigacional devida.

Passemos agora a vislumbrar a *prisão civil por dívidas* realizando uma análise jurídica geral.

4. DA PRISÃO E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE GARANTEM O DIREITO DO CIDADÃO DEMOCRATIZANDO O ACESSO À JUSTIÇA – UM PANORAMA GERAL

Para aprimorar nosso raciocínio sobre a prisão, orientamo-nos na doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete.³⁴

Para o autor mencionado,

"a prisão, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal" (destacamos).

Concluimos, realizando uma análise global do que até então apresentamos, que o conceito léxico de prisão até então alcançado torna-se insuficiente para que realizemos nosso objetivo, e que se amplia na versão de Mirabete.

Juridicamente, para que haja a privação do Direito de Liberdade no Brasil, exige-se um respaldo jurídico que a legitime.

Pelo menos dois elementos específicos suportam o decreto de prisão: *um motivo ilícito* ou uma *ordem legal*, repetimos.

Lembramos aqui ser ilícita a conduta que não observa o comando contido no tipo penal normativo.

Constituímos um Estado Democrático de Direito que prestigia e resguarda o *princípio da autonomia da vontade* no texto constitucional. Reportamo-nos ao inciso II, do artigo 5º da Constituição.

³³ Conforme nos ensina André Franco Montoro, *Introdução à ciência do direito*, p. 305-306.

³⁴ *Op. cit.*, p. 388 e seguintes.

No entanto, a autonomia do agir humano não é ilimitada, encontra anteparos nos termos da Lei, *stricto sensu*, para que o convívio social seja harmônico.

Assim, somente a Lei pode limitar o interesse, o homem em seu agir e permitir sua punição até sua prisão.

Nesse momento, cumpre-nos transcrever o inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A Liberdade do homem que vive em sociedade existe concretamente e sujeita-se somente ao comando legal.

José Afonso da Silva nos ensina que

“liberdade matiz, a liberdade base, que é a liberdade de ação em geral, a liberdade de atuar (...) liberdade essa que pressupõe a existência de uma ordem sistematizada, escrita, coativa e mais que consagre o princípio da legalidade como garantia individual como peça chave da liberdade apreçada”.³⁵

Continuando a discorrer sobre o assunto *prisão* apoiados na ótica de Júlio Fabbrini Mirabete,³⁶ verificamos que o autor, ao conceituá-la, oferece distinções sobre as espécies de prisões no sistema nacional.

Mirabete afirma existir “a prisão-pena (penal) e a *prisão sem pena* (processual penal, *civil*, administrativa e disciplinar)” (grifamos).

Explica-nos Mirabete que:

“A **prisão penal**, cuja finalidade manifesta é repressiva, é a que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória em que se impôs pena privativa de liberdade. A **prisão processual**, também chamada provisória, é a prisão cautelar, em sentido amplo, incluindo a prisão em flagrante (arts. 301 a 310), a prisão preventiva (arts. 311 a 316), a prisão

resultante de pronúncia (arts. 282 e 408, § 1º), a prisão resultante de sentença penal condenatória (393, I) e a prisão temporária (Lei n. 7. 960, de 21-12-89). A *prisão civil* é a decretada em casos de devedor de alimentos e de depositário infiel, únicas permitidas pela Constituição (art. 5º, LXVII). A *prisão administrativa*, que após a Constituição de 1988 só pode ser decretada por autoridade judiciária, é prevista pelo Código Processual Penal (art. 319, I) e leis especiais. Por fim, existe a prisão disciplinar permitida na própria Constituição para as transgressões militares e crimes propriamente militares (arts. 5º, LXI e 142, § 2º)” (grifo nosso).

De qualquer forma, independentemente da modalidade de prisão discutida, deve restar claro o respeito ao *princípio do devido processo legal* que “*constitui base de todos os demais*”³⁷ princípios no sistema vigente.

O *devido processo legal* teve origem em 1215, na época do Rei João Sem Terra. Seu aspecto é indiscutivelmente protetivo e, com o passar dos tempos, foi ganhando contornos de garantia não só processual, alçou *status* de direito material.

Hoje o devido processo legal apresenta-se na Constituição Federal brasileira de 1988 como pilar do sistema democrático; garantia essencial nas esferas jurídica e administrativa, instrumento acessível ao homem que vive em nossa sociedade.

Previsto na Constituição Federal, o princípio em comento revela sua importância por limitar a atividade do poder soberano, impedindo-o de impor aos cidadãos medidas arbitrárias e de forma inadequada, sem observância de procedimentos legais.

Da mesma forma, o *princípio do devido processo legal* determina o reconhecimento e a obediência, por parte das autoridades estatais, das garantias cristalizadas pelo regime democrático de direito para que a estrutura processual desenvolva-se regularmente, preservando constitucionalmente, civilmente, os direitos dos cidadãos, partes em relações jurídico-processuais.

³⁵ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 209.

³⁶ *Op. cit.*, p. 388 e seguintes.

³⁷ *Novo curso de direito processual civil*, v. 1, p. 35.

O princípio em estudo também nos leva ao inciso que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Assegura, portanto, aos litigantes todas as garantias de segurança por meio de um instrumento hábil, o processo, que se desenvolve perante órgãos e autoridades competentes do Poder Judiciário; em regra *público*, o que resguarda sua lisura e integridade; *informado pelo contraditório e ampla defesa*; pela *prova lícita* e pela observância de um *procedimento regular*, o que efetiva e *concretiza a democracia no acesso à justiça*, Direito Fundamental do cidadão, já há muito consagrado.

Figura o *devido processo legal*, por meio dos ensinamentos de Nelson Nery Júnior,³⁸ como um princípio suporte para todos os demais princípios infraconstitucionais, que dentro de sua estrutura se desenvolvem e aperfeiçoam, um verdadeiro “postulado constitucional fundamental do processo civil, (...) possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”.³⁹

Concluindo o presente tópico, apresentamos um panorama geral em que observamos a existência do instituto *prisão* dentro de esferas diferenciadas do Direito.⁴⁰ Por meio dos estudos de Mirabete constatamos a presença de prisões com e sem pena.

Anotamos que qualquer restrição da liberdade ou de bens deve ser precedida de um instrumento técnico garantidor dos direitos do cidadão, o devido processo legal.

Salientamos que, de qualquer forma, resta muito claro que a pena que impõe a privação da liberdade do ser humano aplica-se sob a forma de exceção e não pode acontecer de forma arbitrária como já fora imposta em passado remoto.

Assim, não há falar em contra-senso. Lendo o texto constitucional e processual, qualquer insti-

tuto que se refere à prisão revela-se como uma garantia por impô-la como regra excepcional e observado o processo, instrumento-garantia de observância dos direitos das partes envolvidas na relação jurídico-processual.

Antes da prisão nas modalidades coação ou sanção, observam-se os princípios da autonomia da vontade, da legalidade, do devido processo legal e seus decorrentes.⁴¹

A prisão sempre será imposta como forma de exceção e, no caso específico da prisão civil, o texto constitucional, em seu bojo, prevê expressamente as escusas plausíveis para que a constrição da liberdade não ocorra indevidamente.

Há, por meio da consagração do princípio da autonomia da vontade dos particulares e da legalidade, o amplo resguardo do Direito de Liberdade, que, como regra, deve ser observado e garantido por meio de remédios constitucionais e processuais.

Exige-se no texto constitucional, por parte dos cidadãos e do Estado, apenas a observância da Lei que decorre do trabalho dos representantes dos titulares do poder soberano, normas essas que cuidam da convivência social e assumem um contorno educativo e de respeito no agir humano e do próprio Estado em suas ações e campos de atuação.

Assim, na exata medida em que não houve, por parte do particular, a assimilação da proposta de convívio harmônico, e dependendo da importância do bem jurídico afetado para a comunidade, apresenta-se a prisão, a restrição corporal do indivíduo, como única alternativa plausível para fazer valer o comando estatal, exigindo que o transgressor da norma apreenda o seu comando, destacando a necessidade de observância e respeito ao individual, ao coletivo e às instituições estatais.⁴²

³⁸ *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 27.

³⁹ *Op. cit.*, p. 38.

⁴⁰ Sem aqui nos esquecermos de que o Direito é uno e que sua divisão em ramos e sub-ramos é puramente didática.

⁴¹ Na acepção de Nelson Nery Júnior.

⁴² Infelizmente, a prisão continua a ser um meio necessário para aqueles que insistem em desrespeitar as regras de convívio social. Apesar de todos os avanços nas mais diversas ordens alcançados pelo homem por meio da dinâmica social, a

Refletíamos sobre a prisão e lembramo-nos do comando constitucional e que se repete no diploma infraconstitucional penal harmonizando liberdade e legislação: “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”.

O teor do comando transcrito destaca o princípio da legalidade, também conhecido como princípio da reserva legal ou anterioridade, imposto a qualquer cidadão, de origem constitucional, pois figura no Texto Maior, insere-se nos incisos que cuidam dos direitos e das garantias do cidadão e repete-se no artigo 1º do Código Penal impondo-se a qualquer outra que determine a aplicação de penas restritivas de liberdade.

Na estrutura civil, o princípio da legalidade também se aplica, impondo-se a prisão ao cidadão que não pode responder por suas dívidas, por meio de tipos bem definidos, preestabelecidos no Direito positivo.

Como já argumentamos, somente aquele que deixa de pagar alimentos e infringe a norma e aquele que deixa de cumprir a obrigação voluntariamente e de maneira inescusável podem perder a sua liberdade.

Mas ainda assim impõe-se a todos os ilícitos civis a pena de prisão?

A resposta aqui é negativa, pela própria natureza do bem jurídico tutelado.

Em regra, o Direito Penal protege a vida, mas pode vir a proteger também o patrimônio individual e/ou coletivo sob outro enfoque.

O Direito Penal volta sua atenção à agressão, à violência utilizada pelo agente criminoso em face de

seu semelhante, foca o desrespeito às premissas básicas morais e legais para o alcance de objetivos ainda que na esfera patrimonial, agressão essa que normalmente transcende a esfera particular em sua intensidade e que afeta toda a sociedade, que se ressentido do agravo da conduta perpetrada pelo agente conhecido como sujeito ativo da conduta criminosa.

Exatamente aí diferem na prática as infrações civil e penal.

Na primeira, a afronta resta restrita à esfera particular do lesado, que, pela disponibilidade do Direito afetado, tem, por meio do princípio da autonomia e da liberdade, garantia para o exercício do direito de ação ou não, e, por consequência, a potencialidade de movimentar a máquina judiciária se assim entender necessário.

Não que a sociedade não seja afetada com a conduta daquele que comete um ilícito civil. Em nosso entendimento, o gravame é o mesmo em natureza, mas sua extensão, não, pela natureza do Direito discutido.

Talvez aqui mudássemos nossa interpretação e adotássemos uma postura assertiva diante de “infratores” contumazes na esfera cível, mas isso seria admitir a imposição, por analogia, a toda e qualquer infração na esfera obrigacional ou negocial, postura com a qual não concordamos.

Faremos, agora, uma análise sistemática para explicarmos nosso ponto de vista.

Constituímos um Estado Democrático de Direito, repetimos. Assim, nossa organização política,

prisão, meio arcaico, reprimenda que recai sobre o físico do homem, sobre a liberdade, compreendida como um bem maior, ainda se impõe e possui, enquanto elemento de coerção, uma certa eficácia sobre a conduta humana, mas não afasta ou inibe o desrespeito à regra comportamental. Aplica-se a prisão ainda hoje, em pleno século XXI. Trata-se de instituto de aparência repugnante, mas ainda assim nos tempos atuais necessário, sem que seja possível previsão que admita a reversão desse processo. Parece-nos um contra-senso, principalmente ao lembrarmos uma passagem na história humana destacada por José Reinaldo de Lima Lopes na obra *O direito na história: lições introdutórias*, p. 35, em que o autor, traçando a “diferença de classes nas cidades Gregas e em Atenas”, acaba por nos elucidar que “ao lado dos proprietários rurais, latifundiários, que tendiam a formar a oligarquia conservadora, estavam os hoplitas, artesãos, agricultores, homens livres, que favoreciam uma democracia moderada. Restavam também os miseráveis, abertos a uma democracia radical. Muitas das reformas feitas ao longo da história ateniense são resultado dessas lutas sociais. Aristóteles considerava um traço constitutivo da democracia ateniense a proibição da servidão por dívidas”. Assim, refletimos, retrocedemos no evoluir da história?

social e jurídica resta limitada pela lei. O particular pode fazer tudo aquilo que a lei não o proíba, e a Administração Pública só pode agir nos termos exatos da legislação; ainda que sua atividade seja discricionária, tem a lei por limite.

São considerados princípios vetores de nosso sistema a legalidade, a autonomia privada, o devido processo legal, publicidade, ampla defesa, contraditório, provas lícitas, isonomia, premissas que evidenciam proteção a direitos fundamentais como a vida, a liberdade, a propriedade, a segurança, a dignidade da pessoa humana.

Se fizermos uma peregrinação histórica comparada, mesmo os países em que há vínculo histórico com a origem de nossa legislação atual, seja por cópia ou por colonização, já aboliram de suas legislações qualquer constrição que recaia sobre a pessoa do devedor que não cumpre com suas obrigações.

Nossa Constituição de 1988, chamada Constituição Cidadã, e tida como modelo legislativo para países considerados avançados em suas codificações, manifestações jurídicas, verdadeiros expoentes na ordem internacional, pela apresentação e proteção que faz dos Direitos e das Garantias Individuais e Coletivos.

Assim, qual a intenção do nosso legislador constituinte originário, que tudo pode, que possui um poder ilimitado, que elabora uma nova ordem jurídica, ao manter no Texto Magno a previsão da prisão civil por dívidas?

Não podemos crer que tenha sido fruto de esquecimento, desorganização ou de desconhecimento técnico legislativo.

Havia a prisão civil por dívida alimentar que sedimenta um motivo que a sustenta, a vida, a sobrevivência, princípios de Direito natural.

5. DA PRISÃO ALIMENTAR

Como pudemos constatar no início desse trabalho, não há qualquer óbice ou conflito de ordem

doutrinária para a prisão decorrente da falta de prestação alimentar.

Estamos trabalhando novamente a constrição corporal, da privação do movimento de um devedor inadimplente.

O direito de liberdade, de ir e vir, bem maior do indivíduo, resta tolhido por questão de ordem obrigacional. Fica limitado por ordem estatal. No entanto, tal ordem é legítima.

Mas ainda se trata de uma prisão civil por dívidas, assunto controvertido.

Cumpre-nos, portanto, estudar por que a prisão civil por dívida que decorre de obrigação alimentar é naturalmente aceita em nosso sistema jurídico interno e, mais, transcende a questão cultural nacional. Internacionalmente é reforçada, conforme demonstramos no inciso 7º do artigo 7º do Pacto de San José da Costa Rica.

A natureza do Direito em apreço supera todo ou qualquer tipo de indignação. Afeta Direito Fundamental do Homem-Indivíduo e, cremos, do Homem-Coletividade que não suporta ou suportaria conviver com a afronta a um Direito inato, ainda que envolva conteúdo econômico. No entanto, há de ser reforçado que o dinheiro não é a origem ou o foco central da discussão que pode levar o devedor à prisão.

A avaliação social, política, legislativa e jurídica recai, sim, sobre a condição subjetiva daquele sujeito que inspira a criação da norma e que, por circunstâncias excepcionais, encontra-se em situação de hipossuficiência financeira.

No caso em tela, os princípios fundamentais restam frontalmente afetados. Reportamo-nos aos Direitos Naturais: a vida, a sobrevivência, a dignidade, a segurança, direitos esses inerentes à sobrevivência humana e, nesse momento, há superação de limites culturais, de soberania ou de ordem espacial-territorial, sendo objeto de destaque, aceita e firmada até em tratado internacional, a prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentar.

Estamos diante de um exemplo claro de conflito entre princípios ou de prevalência entre princípios diante de um caso concreto.

Não entendemos ser possível haver elementos vetores de sistemas mais importantes do que outros ou que haja entre premissas éticas algumas que devam se sobrepor às outras. Contudo, diante de determinadas situações concretas, outra postura não se espera.

Assim, no Brasil, temos a possibilidade expressa da prisão civil por dívidas, que abrange a obrigação alimentar se houver inadimplemento voluntário e inescusável. Tal sanção apenas deve ser imposta nos termos e na forma da lei.

Seria interessante aboli-la, afinal, a prisão por dívida alimentar é mero meio coercitivo para o pagamento e não o substitui. Todavia, somente uma nova ordem constitucional que instale um novo Estado por meio de um poder originário ilimitado poderia assim agir.

Em nosso país, a previsão resta expressa, portanto, faz-se possível a imposição dessa forma coercitiva de adimplemento de prestação alimentar.

A *prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentar* teve previsão Constitucional no Brasil com o advento da Constituição de 1946, mantida na Carta de 1967 e com a Emenda n. 1 de 1969.

A Constituição Brasileira de 1988 manteve a proibição da coerção física civil por débito, mas, na mesma forma das demais supramencionadas, admitiu as ressalvas contidas nos textos *magno*s anteriores. Apenas acresceu à expressão “inadimplemento” os termos “voluntário” e “inescusável”. Entendemos que a mudança aprimorou o instituto e dificultou a imposição da pena de prisão, que, a nosso ver, deveria ser abolida.

No caso em tela há conflito de princípios, estrutura que no Direito por vezes se impõe, mas que, pela sanção de ordem meramente coercitiva, na forma aplicada e pela estrutura carcerária existente, cremos ser dispensável.

No contexto atual, devemos sopesar os princípios em choque. De um lado, em um prato da balança na busca pela Justiça e de uma solução plausível, a liberdade, dignidade do devedor alimentante. Do outro lado, a vida, a sobrevivência digna do alimentando.

Para o devedor inadimplente, sem motivo plausível que possa justificar o seu atraso ou o descumprimento de seu dever alimentar, ou que voluntariamente deixa de arcar com tal compromisso, deve impor-se prisão, não como meio de satisfação da prestação por não equivaler ao adimplemento, mas como coerção para a satisfação da obrigação posteriormente.

Perguntamos: isso resolve?

Não deixamos de considerar extremada e arcaica a constrição física.

Entendemos que cumpre ao devedor a autopreservação de sua liberdade por meio da demonstração de que sua inação não foi voluntária e que resta justificada. Tal atitude coibiria a imposição de qualquer permissivo para imposição da pena de prisão. Assim, sua existência no texto constitucional seria meramente formal, porque o cidadão conheceria as conseqüências legais que poderiam ser impostas por sua atitude desrespeitosa para com o Direito Fundamental de seu semelhante e que dele depende. Ademais, tal descumprimento assume um perfil inadmissível para aquele que tem bom senso, bons sentimentos e responsabilidade para com o próximo e para consigo mesmo. Esta é uma estrutura de ordem moral, fraternal, social, cultural com reflexos jurídicos.

A apreciação que fizemos encontra respaldo nos termos da Lei n. 5.478 de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a Ação de Alimentos e dá outras providências.

É essa uma lei esparsa que cuida de ação especial aceita e aplicada desde a sua promulgação.

Os legitimados para a sua propositura são pessoas que possam exigir de outra(s), por questões de parentesco, casamento ou união estável, os recursos

necessários para sua subsistência, isso porque não há como provê-los por conta própria.

A ação de alimentos pode ser proposta pelo legitimado ordinário, ou seja, o titular do direito reclamado, por seu representante legal e, até mesmo, pelo Ministério Público, nos termos do artigo 201, III do ECA.

Tradicionalmente, em São Paulo, o representante do *Parquet* atua com legitimação extraordinária, como substituto processual, e sua atuação é endossada pela legislação. O Ministério Público promove ações de alimentos em municípios carentes em que faltam advogados dativos para o ajuizamento dessas ações.

A ação de alimentos é situação que envolve o estado de pessoas. Assim, nos termos do inciso I, do artigo 82, e artigos 83, 84, todos do Código de Processo Civil,⁴³ mister se faz a participação do representante do Ministério Público, sob pena de nulidade. Atua ele como fiscal da lei.

Ainda, entendemos interessante registrar o disposto no § 1º do artigo 13 da Lei n. 5.478 de 1968, que permite a revisão dos alimentos fixados pelo juiz.

Outro cuidado especial foi o fato de os alimentos fixados retroagirem sempre à data da citação, e

serão devidos até a data da decisão final, inclusive se houver julgamento do recurso extraordinário, circunstâncias que constam respectivamente nos §§ 2º e 3º do artigo 13 da Lei em apreço.⁴⁴

Aspecto relevante a ser assinalado é que o legislador entende que os alimentos provisórios ou definitivos fixados na inicial da ação de alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo. Tal previsão encontra arrimo na possibilidade de modificação na situação financeira de qualquer das partes, sendo certo que o pedido será sempre processado em apartado.

Também no artigo 15, da Lei 5.478/68, resta expresso que a qualquer tempo há possibilidade de revisão do julgado diante da modificação financeira dos interessados.

Portanto, a decisão na ação de alimentos faz coisa julgada formal e não material e, nesse sentido, destacamos o teor do inciso I do artigo 471, *in verbis*:

Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, *salvo*:

I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir revisão do que foi estatuído na sentença.

⁴³ Nesse sentido, transcrevemos o teor do artigo 81, artigos 82 e 83 e seus incisos I e II, e artigo 84, todos do CPC:

Art. 81. O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes.

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesse de incapazes;

II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade; (...)

Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:

I – terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II – poderá juntar documentos e certidões, produzir provas em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo.

⁴⁴ Lei n. 5.478/68.

Por tudo o que foi exposto, a Ação de Alimentos possui rito especial,⁴⁵ o que nos faz denotar um cuidado do legislador para com o tema e seu processamento em juízo.

A ação de alimentos, por sua natureza e pelo direito que protege, não resta adstrita a qualquer distribuição anterior e conta com a concessão da gratuidade pelo próprio tema que envolve.

A celeridade é marca fundamental de seu ritual.

Somente na fase de execução, após a fixação dos alimentos determinados e não-pagos, é que se cogitará a possibilidade de prisão do devedor de alimentos inadimplente. Registramos nesse momento a presença da segurança jurídica.

Cumpre-nos, contudo, destacar que o legislador foi bastante condescendente e cauteloso permitindo escusas ao devedor antes do pronunciamento da determinação de imposição da pena de prisão por falta de prestação alimentícia, circunstância que “insere-se entre os atos concretos que o Estado pode praticar para a satisfação do credor”.⁴⁶

Da análise do ordenamento, verifica-se que o legislador procurou, ao máximo, facilitar o contato entre as partes envolvidas. Buscou, assim, uma resolução urbana, um deslinde razoável para a situação conflituosa que pode até ser considerada “saudável” na busca da satisfação do crédito.

Nesse sentido, há, por meio da leitura do artigo 16, as seguintes possibilidades:

1. O desconto em folha de pagamento, situação prevista também no artigo 734 do Código de Processo Civil.
2. Permite ainda a legislação expropriação de bens nos termos do artigo 646 do mesmo Código de Processo Civil.
3. Apela a legislação para a prisão, prevista no artigo 733, e seguintes, do Código de Processo Civil em última hipótese como meio coercitivo e não substitutivo do pagamento, fato também consignado expressamente no artigo 18 da Lei de Alimentos.

Cabe ainda ressaltar o alerta apresentado por Silvio de Salvo Venosa.⁴⁷ A jurisprudência, que imprime uma dinâmica especial à letra fria da lei, vem admitindo a execução, nos termos do artigo 733 do Código de Processo Civil, do alimentante, com previsão de pena de prisão somente para cobranças das prestações alimentares dos últimos três meses ou no máximo seis meses.

A cautela que acabamos de ressaltar e que está contida na lei infraconstitucional, respalda-se no texto constitucional, no inciso LXVII do artigo 5º.

Verificamos que, antes da determinação da prisão civil por inadimplemento de prestação ali-

⁴⁵ Segundo Silvio de Salvo Venosa, na obra citada, v. 6, p. 394-395, “a ação de alimentos disciplinada dada pela Lei n. 5.478/68 tem rito especial procedimental sumário especial, mais célere que o sumário; uma espécie de sumaríssimo, como o dos Juizados Especiais, e destina-se àqueles casos em que não há necessidade de provar legitimação ativa do alimentando. Quando a paternidade ou maternidade, o parentesco, em geral, não está definido, o rito deve ser ordinário, cumulando o pedido de investigação com o pedido de alimentos. Modernamente, não há mais restrições a qualquer reconhecimento de filiação, não havendo mais necessidade de a sentença decidir acerca da paternidade apenas incidentalmente, para o fim de conceder alimentos, como nas antigas hipóteses quando o filho não podia ser reconhecido. A lei especial permite a concessão liminar de alimentos provisórios. Sem a prova pré-constituída do parentesco, não podem ser concedidos os provisórios e nem mesmo se admite essa ação de procedimento especial. Poderá o interessado, porém, ainda que se utilizando do procedimento ordinário, valer-se do poder geral de cautela do juiz para esse fim.”

⁴⁶ Não nos permitimos mais apoiarmo-nos na antiga conceituação de Jurisdição como sendo o mero poder de dizer o direito ao caso concreto, decorrente da expressão “*juris – dicere*” – que, traduzida ao pé da letra, consiste em “dizer o direito”. Nosso entendimento respalda-se em um outro padrão de maior dinâmica e que reconhece na atividade Jurisdicional a possibilidade de o Estado interferir no patrimônio privado, sempre observando um devido processo legal, o que lhe permite exigir também a satisfação de um direito já dito em título que decorra de decisão judicial ou título extrajudicial. Assim, nossa conceituação de jurisdição consiste aceitar a interferência do Estado no exercício do “poder de dizer o Direito ao caso concreto, e de demonstrar a sua eficácia”, justificando, assim, a existência das tutelas cognitivas e executivas.

⁴⁷ *Op. cit.*, v. 6, p. 398.

mentícia, seja provisória ou definitiva, situação que o texto não define expressamente, o Magistrado deverá ter absoluta certeza de que o não-cumprimento da obrigação (pagamento da prestação) foi *voluntário*, e *inescusável*.

Possui o inadimplente da prestação alimentar meios suficientes para evitar o cárcere de ordem coativa justificando-se.⁴⁸

Procedimentalmente, o Juiz manda intimar o devedor inadimplente para que efetue o pagamento no prazo de três dias, ou para que prove o adimplemento obrigacional.

Em seguida, possibilita ainda que o executado (devedor de prestação alimentar) justifique a *impossibilidade no cumprimento de sua obrigação*, e tudo isso acontece respaldado nos termos do artigo 733 Código de Processo Civil.

Nesse momento, se o devedor demonstrar que não é voluntária e que é excusável a falta da prestação devida, estará totalmente protegido da constrição física, que, se imposta, será absolutamente arbitrária e passível de *habeas corpus*.

Antes, porém, da imposição da pena de prisão ao devedor de prestação alimentar, o Magistrado adotará, nos termos do artigo 19 da Lei n. 5.478/68, todas as medidas necessárias para esclarecer ou cumprir o julgado ou acordado entre as partes.

Ademais, deve ser observado que a decretação da prisão do devedor possui limite de ordem temporal. Não pode ultrapassar 60 (sessenta) dias, e seu cumprimento integral não exime o devedor do pagamento das prestações alimentícias, vincendas ou vencidas e não adimplidas.

Consideramos a pena de *prisão civil* imposta ao devedor por dívida alimentar um despropósito. Contudo, esta ainda permanece prevista no ordenamento maior de nosso Estado, e temos de admitir que isso se dá por uma questão de ordem social – cultural, assertiva, protetiva e que, a nosso ver, poderia ter caráter meramente figurativo.

O cidadão tem a possibilidade de valer-se, previamente, nos termos da legislação vigente, de todas as precauções necessárias para afastar esse “mal necessário normativo” respaldado em Direito Natural, Fundamental.

Poderíamos até afirmar que só vai preso por inadimplemento de prestação alimentar quem quer, ante as possibilidades que lhe são oferecidas pela legislação vigente.

Contudo, inadmissível é supor que uma Constituição cidadã aceite e preveja expressamente em seu texto a prisão civil na ordem privada pelo inadimplemento de obrigação de cunho meramente patrimonial como a decorrente de depósito e de alienação fiduciária. Dúvidas ainda persistem em nosso raciocínio sobre a prisão imposta ao verdadeiro depositário infiel, o auxiliar da justiça que assume compromisso frente a um poder e o desrespeita sem justificativas plausíveis. No entanto, deixaremos para uma outra oportunidade a complementação desse estudo.

Constatamos apenas que há, na legislação, ainda nos dias de hoje resquícios de uma história antiga, triste, que permitia a escravidão do devedor inadimplente, pena que podia estender-se aos parentes, e mais, que podia levar à morte e ao esquartejamento para satisfação dos credores insatisfeitos.

Não sejamos drásticos, a prisão civil atual pelo inadimplemento de dívida civil de ordem obrigacional assume outra conotação e proporção. É urbana, coercitiva, coativa, não substitui para o devedor a obrigação ao pagamento do *quantum debeatur*, mas ainda responde o devedor transitóriamente com seu corpo, por meio da perda da liberdade, mesmo que momentânea, para alcance de direito de ordem patrimonial.

Essa previsão normativa inserida no texto constitucional, para nós, cria uma situação constangedora em âmbito nacional e, mais, pode assumir contornos complicados na esfera internacional⁴⁹ se não forem bem administrados, se a norma for interpretada inadequadamente.

⁴⁸ Lembramos aqui o brocardo romano “o Direito não acolhe aos que dormem”.

⁴⁹ Pensamos aqui nos pactos internacionais firmados por nosso Estado e a manutenção da prisão do depositário infiel.

Moralmente, socialmente e juridicamente, não há elemento que justifique a manutenção da prisão civil do depositário infiel nos termos em que se encontra no texto constitucional. Acreditamos que politicamente também não.

5. CONCLUSÃO

Haverá ainda um dia em que abriremos nossa Constituição Federal e encontraremos em um dos incisos do Título que cuida dos Direitos e das Garantias Fundamentais a seguinte previsão: “não haverá prisão civil por dívidas”.

Não somos videntes ou Pitonisa. Somos otimistas.

Acreditamos no trabalho dos educadores, dos legisladores, na função social positiva exercida pela mídia e de seu poder sobre os cidadãos.

Em época e em proporção diferenciadas, alcançaremos o orgulho que Aristóteles teve em seu tempo em face da proibição da prisão civil sem

qualquer ressalva. Isso se dará por entendermos que o princípio da dignidade humana foi nesse aspecto alcançado sem a necessidade de impor-se por meios coercitivos na esfera civil.

Haverá a prevalência da consciência, da solidariedade, da responsabilidade para com o próximo e para consigo mesmo.

Nesse estágio, a nossa Constituição refletirá exatamente o que Canotilho apregoa em sua obra,⁵⁰ a história e o avanço conquistado por nosso povo. Esse será o resultado concreto da atuação de um trabalho complexo e conjunto realizado pelos educadores, pelos juristas, pelos legisladores, pela mídia em atuação positiva, e até dos próprios diplomas legais que foram lidos e compreendidos pelos cidadãos. Atuação de todos os que acreditam na existência de um futuro melhor, pautados em um passado distante e em um presente seguro e que projeta um futuro promissor, de todos os que buscam um comprometimento com a realidade sociocultural, política e jurídica transformada e transformadora porque dinâmica, porém segura e garantidora dos Direitos Fundamentais dos Cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1994.

BRASIL. Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ESPÍNOLA, Eduardo. A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro: (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei n. 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores): comentada na ordem de seus artigos, por Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho; e atualizada por Silva Pacheco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2004.

MOLITOR, Joaquim. *Prisão civil do depositário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1981-1982.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1990.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2003, v. 1, 2, 3 e 6.

⁵⁰ *Direito constitucional e teoria da constituição*.