

UNIVERSIDADE PARANAENSE
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL E CIDADANIA

KLEBER DE OLIVEIRA

**A PRISÃO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE COERÇÃO PARA O
CUMPRIMENTO DAS ORDENS JUDICIAIS**

UMUARAMA
2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

O48p Oliveira, Kleber de.

A prisão civil como instrumento de coerção para o cumprimento das ordens judiciais / Kleber de Oliveira. – Umuarama : Universidade Paranaense – UNIPAR, 2010. 106 f.

Orientador: Prof. Dr. José Miguel Garcia Medina.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Paranaense - UNIPAR.

1. Direito processual civil. 2. Prisão civil. 3. Tutela específica. 4. Efetividade. 5. Ordem judicial. I. Universidade Paranaense – UNIPAR. II. Título.

(21 ed) CDD- 341.16570

Bibliotecária Responsável
Inês Gemelli
CRB 9/966

KLEBER DE OLIVEIRA

**A PRISÃO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE COERÇÃO PARA O
CUMPRIMENTO DAS ORDENS JUDICIAIS**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Paranaense - UNIPAR, como exigência parcial à obtenção do grau de mestre, sob a orientação do Prof. Dr. José Miguel Garcia Medina.

**UMUARAMA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

KLEBER DE OLIVEIRA

A PRISÃO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE COERÇÃO PARA O CUMPRIMENTO DAS ORDENS JUDICIAIS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Processual e Cidadania do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR.

Prof. Dr. José Miguel Garcia Medina
Presidente da Banca e Orientador
(Membro do corpo docente da Unipar)

Prof. Dr. Ivan Aparecido Ruiz
(Membro Convidado)

Prof. Dr. Fábio Caldas de Araújo
(Membro do corpo docente da Unipar)

Umuarama, 30 de abril de 2010.

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos, Alessandra Farhat de Oliveira e Bruno Cesar de Oliveira, que sempre foram a razão principal da minha motivação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, imensamente, ao Professor Doutor José Miguel Garcia Medina que, não obstante seus inúmeros compromissos profissionais, em especial perante a Comissão de Juristas encarregados da apresentação do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, sempre dedicou preciosas horas me aconselhando, orientando e incentivando para a conclusão deste trabalho, motivo pelo qual lhe dedico toda a estima, respeito e admiração.

Quando orientas a proa visionária em direção a uma estrela, e desdobras as asas para atingir tal excelsitude inacessível, ansioso de perfeição rebelde à mediocridade, levas em ti o impulso misterioso de um Ideal. É áscua sagrada, capaz de te preparar para grandes ações. Cuida-a bem; se a deixares apagar, jamais ela se reacenderá. E se ela morrer em ti, ficarás inerte: fria bazófia humana.

(José Ingenieros)

RESUMO

A incessante busca pela efetividade do processo foi a mola mestra que determinou a realização do presente trabalho, cuja finalidade é analisar a possibilidade da implementação da prisão civil como um instrumento colocado à disposição do juiz, para coagir o devedor inadimplente a cumprir a ordem judicial, desde que tal cumprimento se mostre perfeitamente possível e somente após esgotados todos os demais meios suasórios. Para tanto, procurou-se demonstrar primeiramente que essa possibilidade não está excluída do texto constitucional vigente, e tampouco dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como o Pacto de São José da Costa Rica, bem como pode ser fundamentada nos dispositivos constantes em nosso ordenamento jurídico, a exemplo do art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil. Merece destaque a interpretação da prisão civil como meio de concretização do direito fundamental à tutela efetiva, dissociando-se da idéia de lesão ao direito de liberdade por qualquer tipo de dívida.

Palavras-chave: prisão civil; tutela específica; efetividade; ordem judicial; descumprimento; inadimplemento.

ABSTRACT

The incessant search for the effectiveness of the process was the driving force that led to the realization of this work, in which the purpose is to examine the possibility of implementing the civil imprisonment as an instrument available to the judge to compel the defaulting debtor to comply with court order provided that such compliance is shown to be perfectly possible and only after exhausting all other persuasive means. For that, first it was tried to demonstrate that this possibility is not excluded from the current constitutional text, nor international treaties ratified by Brazil, as the Pact of San José, Costa Rica, and may be based on the devices listed in our legal system as in the example of Art. 461, § 5º of the Civil Code of Procedure. Noteworthy is the interpretation of civil imprisonment as a mean of achieving the fundamental right to effective protection, dissociating themselves from the idea of injury to the right of freedom for any kind of debt.

Keywords: civil imprisonment; specific protection; effectiveness; court order; breach; default.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	13
1.1 Efetividade e eficácia do processo	13
1.2 Sincretismo processual.	19
2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PRISÃO CIVIL	27
2.1 Na Babilônia	27
2.2 Na Índia	28
2.3 No Egito	29
2.4 Na civilização hebraica	30
2.5 No direito Romano	31
2.6 No direito Francês	32
2.7 No direito Italiano	33
2.8 No direito Inglês	33
2.9 No direito Lusitano	34
2.10 No direito Brasileiro	35
2.11 Outros países	37
3 A PRISÃO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE COERÇÃO	38
3.1 A prisão civil e o Pacto de São José da Costa Rica	38
3.2 <i>O contempt of court</i>	40
3.3 A colisão entre direitos fundamentais	43
3.4 O princípio da proporcionalidade	47
3.5 Constitucionalidade e legalidade da prisão civil como meio de coerção	60
3.6 Prisão civil para os devedores de verbas trabalhistas de caráter alimentar	64
3.7 A prisão civil como técnica moderna de efetivação da tutela	69

4	POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS	74
4.1	Posições doutrinárias favoráveis e desfavoráveis à aplicação da prisão civil como meio de coerção para o cumprimento das decisões judiciais	74
4.2	Entendimentos jurisprudenciais	84
5	PERSPECTIVAS E ALTERNATIVAS	88
5.1	Valoração da prisão civil por descumprimento de ordem judicial para o fortalecimento e prestígio do Poder Judiciário	88
5.2	Sanção penal como alternativa à prisão civil coercitiva	93
6	CONCLUSÕES	97
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100

INTRODUÇÃO

Não obstante os vários casos de corrupção que têm sido noticiados pela mídia nacional nos últimos anos, praticados por integrantes do Poder Judiciário, não há dúvida de que este ainda é um dos Poderes da República que continua tendo o maior índice de credibilidade perante o povo brasileiro. Para os brasileiros é difícil acreditar que aquele que detém o poder de julgar os demais possa praticar qualquer crime. E assim deveria ser.

Ao par dessa crise de credibilidade pela qual passa atualmente o poder judiciário, existe outro fato que certamente tem preocupado os magistrados de uma forma geral, e que também tem implicações na confiança que o povo deposita no Poder Judiciário, que é o “descumprimento injustificado à ordem judicial”, conduta consistente no descumprimento voluntário e recalcitrante de ordem judicial de natureza mandamental.

Além do notório e óbvio prejuízo que referida conduta acarreta à parte que deveria ser favorecida pela decisão injustificadamente descumprida, não há como negar outros danos, ainda de maiores proporções, representados pelo desgaste que tal descumprimento ocasiona ao Poder Judiciário, pelo descrédito gerado junto à sociedade em que atua.

É claro que existem mecanismos processuais hábeis para tentar evitar o descumprimento das ordens judiciais ou, mais precisamente, de coagir o resistente ao cumprimento delas.

Sem demérito da importância do estudo de cada uma das formas disponibilizadas processualmente, uma delas se sobressai, tanto pela sua eficácia como principalmente pela polêmica que causa e pelo temor dos julgadores em aplicá-la: a prisão civil.

O instituto da prisão civil certamente se constitui, embora ainda timidamente, no maior aliado dos juízes para a consecução da moderna ideia de processo civil de resultados, que consiste na aplicação do antigo princípio Chiovendiano, de que “na medida do que for possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber”. Sem este escopo, o processo é apenas um quadro, com a moldura de uma sentença bem escrita e repleta de belos enunciados que apenas dão ao sujeito de

direitos uma boa sensação de vitória, de “justiça feita”, mas que não passa de uma sensação, logo transformada em frustração, diante da impossibilidade do cumprimento efetivo da decisão, o que torna o processo uma inutilidade.

Não raras vezes, para a efetivação da tutela específica da obrigação de fazer e não fazer, o juiz se vê diante de um impasse: como dar efetividade ao processo, coagindo o descumpridor da ordem judicial a cumpri-la, sob pena de prisão civil, sem violar o seu direito à liberdade, garantido pelo art. 5º, da Constituição Federal?

Este instituto – da prisão civil - será analisado sob o ponto de vista normativo, com destaque para suas características mais marcantes, especialmente no que se refere à sua forma de aplicação, às dificuldades encontradas para justificá-la e aos efeitos sobre o agente recalcitrante.

1 EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

1.1 Efetividade e eficácia do processo.

Na busca incessante da justiça, é evidente a preocupação constante dos juristas em repensarem continuamente o Direito, com o intuito de prover as decisões judiciais de eficácia e efetividade. Preocupação esta que deve ser constante e de todos, ou seja, não deve ficar adstrita aos juristas, mas também aos legisladores, aos advogados, promotores de justiça, juízes, e ao próprio jurisdicionado que é o alvo dessa preocupação.

E somente se pode conceber a efetividade e a eficácia das decisões judiciais quando se constata que o jurisdicionado que exerce o seu legítimo direito de acesso à justiça (ou à uma ordem jurídica justa) obtém, ao final do processo, e após observadas todas as garantias do devido processo legal, exatamente a tutela pretendida, e não qualquer contraprestação equivalente.

A obtenção da tutela específica da obrigação deve ser o foco principal de qualquer processo, razão pela qual o juiz tem que valer-se de todos os instrumentos que estiverem ao seu alcance, obviamente respeitando os princípios constitucionais e as regras que norteiam nosso ordenamento jurídico, para que se possa dizer, ao final, que houve a efetiva distribuição da justiça.

Essa preocupação vem se concretizando através de reformas representadas inicialmente pela Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), por meio dos seus arts. 83 e 84 e, posteriormente, com reformas alvissareiras, através da Lei n. 8.952, de 13/12/1994, alterada pela Lei n. 10.444, de 07/05/2002, que deu nova redação aos seus §§ 5º e 6º e acrescentou o art. 461-A ao Código de Processo Civil. O ponto comum de todas as reformas reside na tentativa de munir o magistrado de todos os meios possíveis para exercer a jurisdição dando ao credor do direito exatamente aquilo a que tem direito, ou seja, a tutela específica da obrigação perseguida, ou, na impossibilidade desta, então produzir os resultados que mais se assemelharia se a obrigação fosse cumprida integralmente pelo devedor.

Como é fácil de perceber, atualmente a maior preocupação dos estudiosos do Direito, em particular dos processualistas, é o de buscar fórmulas que possibilitem a realização do Direito material através de um meio que garanta a efetividade e a eficácia na distribuição da justiça.

Em que pese parecerem sinônimas, as expressões efetividade e eficácia possuem sentidos diferentes, razão pela qual não podem ser usadas indistintamente. Tal equívoco poderia gerar a incompreensão do alcance da verdadeira função social do processo. Maria Helena Diniz trás o conceito de eficácia da seguinte forma:

EFICÁCIA. Teoria geral do direito e filosofia do direito. 1 É a qualidade da norma vigente de produzir, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, considerando, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também a de sua adequação em face da realidade social, por ela disciplinada, e dos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso. A eficácia diz respeito, portanto, ao fato de se saber se os destinatários da norma ajustam, ou não, seu comportamento, em maior ou menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se cumprem, ou não, os comandos jurídicos, e se os aplicam ou não. Trata-se da eficácia jurídica. 2. Qualidade do que é eficaz. (DINIZ, 1998, p. 273).

Tércio Sampaio Ferraz Jr. diz que a eficácia está relacionada com a produção de efeitos:

Diz-se eficaz a norma: a) que tem condições fáticas de atuar, posto que ela é adequada em relação à realidade; b) que tem condições técnicas de atuar, posto que estão presentes os elementos normativos para adequá-la à produção dos efeitos concretos. [...] eficácia é uma qualidade da norma que se refere à sua adequação em vista da produção concreta de efeitos. (FERRAZ JR, 1988, p. 181)

Enquanto a eficácia traduz-se basicamente na aptidão para a produção de determinados efeitos, a efetividade, por sua vez, está conectada ao sentido de produção concreta destes mesmos efeitos.

Nos dizeres de Luis Roberto Barroso (1996, p. 83), a efetividade da norma consiste na “realização do Direito, do desempenho de sua função social. Ela

representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o 'dever-ser' normativo e o 'ser' da realidade social". E complementa dizendo que a efetividade é uma "eficácia específica". A efetividade, em termos processuais, "exprime também esse caráter de efetivo, designando, assim, todo ato processual que foi integralmente cumprido ou executado, de modo a surtir, como é da regra, os desejados efeitos"(SILVA, 1991).

A efetividade também pode ser conceituada como tudo "o que é real, verdadeiro, que produz efeitos, que tem efeito, eficaz; aquilo que existe de fato". Para José Carlos Barbosa Moreira a noção de efetividade consiste na "aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena". E continua:

A problemática essencial da efetividade resumiria-se nos seguintes pontos: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos contemplados no ordenamento; (...) d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento (MOREIRA, 1984, p. 27).

Cândido Rangel Dinamarco segue no mesmo sentido:

A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais (DINAMARCO, 1999, p. 170).

Não se pode perder de vista que a efetividade do processo está ligada não apenas à necessidade de reformas pontuais na legislação, com o intuito de melhorá-las, ou até mesmo de inovar mediante novas leis. É necessário também que concorra para este mister a existência de bons intérpretes e aplicadores desta legislação. Portanto, principalmente aos juízes é dada também a responsabilidade de tornar o processo efetivo. Piero Calamandrei comunga dessa ideia, ao lançar:

O direito, enquanto ninguém o perturba e o contraria, nos rodeia, invisível e impalpável como o ar que respiramos, inadvertido como a saúde, cujo valor só compreendemos quando percebemos tê-la perdido. Mas, quando é ameaçado e violado, então, descendo do mundo astral em que repousava em forma de hipótese até o mundo dos sentidos, o direito encarna no juiz e se torna expressão concreta de vontade operativa através da sua palavra.

O juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei me promete. Só se esse homem for capaz de pronunciar a meu favor a palavra da justiça, poderei perceber que o direito não é uma sombra vã. Por isso, indica-se na *iustitia*, e não simplesmente no *ius*, o verdadeiro *fundamentum regnorum* – pois, se o juiz não for vigilante, a voz do direito permanecerá evanescente e distante, como as inalcançáveis vozes dos sonhos.

Não me é dado encontrar no caminho que percorro, homem entre os homens na realidade social, o direito abstrato, que vive apenas nas regiões siderais da quarta dimensão; mas me é dado, sim, encontrar a você, juiz, testemunho corpóreo da lei, da qual depende a sorte dos meus bens terrenos.

Como não o amar, quando sei que aquela assistência contínua a cada ato meu, que o direito me promete, só pode efetuar-se na realidade através da sua obra? Quando o encontro em meu caminho e me inclino diante de você com reverência, há na minha saudação um encanto de reconhecimento fraterno. Sei que, de tudo o que me intimamente mais caro, você é o guardião e o avalista em você, saúdo a paz do meu lar, minha honra e minha liberdade (CALAMANDREI, 1995, p. 11-12).

O processo é o instrumento para o exercício da jurisdição, e é por meio dele que o Estado-juiz cria um ambiente propício para que as partes possam se conciliar ou, na impossibilidade desta, profere sua decisão. O processo possui duas faces: de um lado “atende a um interesse público, de atuar a lei (direito objetivo), e, de outro, satisfaz o interesse privado de ver tutelado o seu direito (direito subjetivo)” (ALVIM, 1997). Hodiernamente, prevalece a ideia de que o interesse do Estado deve estar voltado para o objetivo principal de pacificar os litigantes, e não só a lide, como forma de atender ao interesse social de desarmar os espíritos conflitantes, objetivo possível através da conciliação.

A pretensão é dar efetividade ao processo, que, na doutrina de Giuseppe Chiovenda (1965, v.1, p. 46), significa que “A vontade da lei tende a realizar no domínio dos fatos até as extremas conseqüências praticamente e juridicamente possíveis. Por conseguinte, o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.

Na busca pela efetividade do processo não pode olvidar a valoração de outros aspectos de suma importância, como a segurança jurídica e a celeridade processual, assim como não se pode confundir o conceito de processo célere como expressão sinônima de processo efetivo, pois se tratam de conceitos diferentes. João Batista Lopes (2004) lembra que a celeridade é um dos aspectos da efetividade e, diz também, que a efetividade não se confunde com o resultado do processo. E complementa:

É inquestionável a importância do resultado do processo para se chegar ao conceito de efetividade, mas ele não é suficiente para fornecer o conceito e elástico desta última. Há que examinar a efetividade a partir do princípio do devido processo legal, do modelo constitucional de processo, de modo que só se poderá considerar efetivo o processo em que forem observadas as garantias constitucionais (LOPES, 2004, p. 29).

A efetividade da prestação jurisdicional, no seu sentido mais puro, somente se concretiza quando for capaz de gerar, na prática, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo da obrigação perseguida no processo.

Ao proibir a autotutela privada, o Estado assumiu a condição de substituto do particular e obrigou-se a tutelar de forma adequada e efetiva todos os conflitos que lhe fossem levados a conhecimento, e, desta forma, buscar a concretização do direito mediante a realização da prestação *in natura*. Assim, atuando através do processo, como instrumento da jurisdição, tem a obrigação de proporcionar ao particular resultado idêntico ao que seria obtido se a autotutela não estivesse mais proibida.

E quando isso ocorre, ou seja, quando se proporciona, judicialmente, ao titular do direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente daquilo que pretendia, há prestação de tutela jurisdicional específica (ZAVASCKI, 2000). Nesse ponto, assume particular relevância essa espécie de tutela – entendida como o conjunto de remédios e providências tendente a proporcionar, àquele em cujo benefício se estabeleceu a obrigação, o preciso resultado prático que seria atingido pelo adimplemento (MOREIRA, 1984, p. 31). Assim, como afirma Flávio Luiz Yarshell, “o próprio conceito de tutela específica é praticamente coincidente com a ideia da

efetividade do processo e da utilidade das decisões, pois nela, por definição, a atividade jurisdicional tende a proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento” (YARSHELL, 1993, p. 59).

O “*caput*” do art. 461 pressupõe uma “ação de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” em que o requerente poderá pleitear a “tutela específica da obrigação” ou, na impossibilidade desta, “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, em sendo obrigação fungível.

Houve a imposição de uma hierarquia entre as prestações das tutelas jurisdicionais das obrigações de fazer e não fazer, colocando em primeiro lugar o cumprimento específico da obrigação e, em não sendo possível, as medidas que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Somente em último caso, e a requerimento da parte, far-se-á a conversão da tutela pretendida em perdas e danos.

Daí decorrem a existência de duas providências: uma tutela específica e uma tutela assecuratória, que é subsidiária (ALVIM, 1997, p. 83).

Genericamente pode-se dizer que a tutela específica é aquela que proporciona ao credor o resultado prático idêntico àquele que teria obtido se a obrigação tivesse sido espontaneamente satisfeita pelo devedor, enquanto que a tutela assecuratória consiste na providência que assegura o resultado prático equivalente ao do adimplemento (MACHADO, 1995).

Não se pode negar que as várias reformas processuais dos últimos anos, em especial as ocorridas a partir de 1994, além de extremamente necessárias, se mostraram eficazes e trouxeram grandes avanços para a obtenção da tão almejada efetividade da tutela jurisdicional. Vale lembrar aqui o escólio de Luiz Guilherme Marinoni sobre o assunto:

A vertiginosa transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que a técnica passe a ser manipulada de modo a permitir a adaptação do processo às novas realidades e à tutela das várias, e até então desconhecidas, situações de direito substancial (MARINONI, 1998, p. 14).

Carlyle Popp afirma que:

[...] o direito existe para ser realizado; portanto, não é correto que o interessado receba menos através do processo do que alcançaria com o adimplemento voluntário. O processo, destarte, deve cada vez mais se utilizar de meios eficazes para que o direito material, que é a efetiva razão da existência do processo – instrumento para a realização do direito substancial - torne-se efetivo (POPP, 1995, p. 25):

Concluindo, José Carlos Barbosa Moreira (2001) escreve:

Assim, o Estado deve assumir a responsabilidade de não apenas pronunciar os “direitos” de seus cidadãos, mas também, em igualdade de importância, assegurar a existência e aplicação dos mecanismos suficientes para a efetivação da tutela concedida, sob pena de tornar letra morta aquele direito concedido pelo provimento jurisdicional (pondo em risco, inclusive, a própria legitimidade e sobrevivência do Estado, o que poderia gerar a imediata instalação de um verdadeiro caos social). A consecução desse objetivo é o processo socialmente efetivo, por todos idealizado e almejado (MOREIRA, 2001, p. 25).

Destarte, o pensamento que predomina é que a efetividade do processo deve ser buscada com afinco, de forma constante, com o Estado à frente das responsabilidades, posto que é sua a obrigação do exercício da jurisdição.

1.2 Sincretismo processual.

É tema recorrente no Direito processual civil o assunto relacionado à efetividade do processo, cujos conceitos e fórmulas para sua obtenção não soam uníssonos na doutrina. Mas, certamente, não se pode tecer maiores considerações sobre a efetividade do processo sem uma boa compreensão das teorias trinária e quinária, dentro da classificação das ações. Sem a pretensão de aprofundamento do tema, vamos procurar destacar a importância que as tutelas mandamentais e executivas *lato sensu* têm na determinação de uma maior efetividade do processo.

Antes, porém, é necessário rever alguns ensinamentos doutrinários acerca do quadro geral da teoria da classificação das ações, para uma melhor compreensão daqueles temas específicos.

Ao exercitar o direito de ação, o jurisdicionado busca uma solução ao seu conflito, cujo provimento judicial pode se dar por diversas formas. Doutrinariamente, normalmente, a classificação das ações é feita tendo-se por base o provimento pretendido com o pedido, sendo que o processo judicial receberá o mesmo nome: processo de conhecimento, processo cautelar ou processo de execução.

Esse era o sistema que perdurou tanto tempo no sistema processual brasileiro, consistente numa fórmula dicotômica que separava ostensivamente o processo de conhecimento do processo de execução.

Por este sistema, instaurado o processo de conhecimento (também denominado de declaratório em sentido amplo), sua conclusão resultaria numa sentença de conteúdo meramente declaratório. O processo de conhecimento subdividia-se em: processo meramente declaratório, processo condenatório e processo constitutivo, sendo que este último poderia ser constitutivo positivo ou constitutivo negativo. Esta classificação remonta à doutrina de Adolf Wach, segundo o qual referida classificação só se justifica na hipótese de procedência da ação, pois toda ação julgada improcedente terá invariavelmente natureza declaratória negativa.

Nas ações de natureza declaratória busca-se a apenas a declaração de existência ou inexistência de eventual relação jurídica, ou declaração acerca da autenticidade ou da falsidade de um documento.

Assim dispõe o Código de Processo Civil, em seu art. 4.º:

Art. 4.º. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:
I – da existência ou da inexistência de relação jurídica;
II- da autenticidade ou falsidade de documento.
Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

São exemplos de sentenças meramente declaratórias as proferidas no processo de usucapião ou de nulidade de ato jurídico, bem como nas ações de investigação de paternidade, onde se busca a declaração de existência ou não de consangüinidade entre as partes.

Genericamente falando, essas sentenças não comportam necessidade de execução uma vez que a declaração é a própria efetivação que se requereu em juízo, ou seja, com a declaração, o direito já se realiza, se satisfaz.

Em alguns casos, como na investigação de paternidade, o fato da sentença decorrente limitar-se a declarar a existência ou não do vínculo, não contém nenhuma carga condenatória, o que determina ao autor – em sendo procedente a ação – a necessidade de propor outra ação, com o intuito de obter a condenação do réu ao cumprimento das suas obrigações decorrentes daquela primeira declaração sentencial.

Com a ação condenatória, se pretende que o Juízo prolate uma sentença de condenação do réu (que pode ser de imposição de prestação de dar, fazer, ou não fazer), a qual, se procedente a ação, deverá reconhecer e declarar a existência do direito do autor e sua respectiva violação, e condenar o réu ao cumprimento de determinada obrigação.

Para a efetivação deste direito reconhecido na sentença seria imprescindível que o autor exercesse o novo direito que lhe foi criado, que é o direito à tutela jurisdicional executiva, por meio da instauração do processo de execução forçada, de forma autônoma.

Nas ações de natureza constitutiva também se busca uma declaração de direito, mas suas sentenças também, além da declaração do direito, determinarão a criação, modificação ou extinção da relação jurídica (também se pode dizer constituição, modificação ou desconstituição). Serão denominadas de sentenças constitutivas positivas se determinarem a criação de uma nova relação jurídica, e serão denominadas de constitutivas negativas, ou meramente de sentenças desconstitutivas, quando desconstituírem (ou extinguirem) uma relação jurídica pré-existente. São exemplos da primeira as ações indenizatórias, e das segundas o divórcio.

As ações de jurisdição voluntária são um campo profícuo para as sentenças constitutivas, a exemplo das ações de separação consensual, curatela de interditos, herança jacente, testamentos, codicilos, etc, com as alterações determinadas pela Lei n. 11.441/2007.

Mas a teoria clássica da tripartição das ações (classificação trinária) perde sua hegemonia com o surgimento da teoria quinária das ações, capitaneada por Pontes de Miranda.

Neste momento o nosso sistema processual se transforma e ousa desafiar princípios antes intocáveis, desenhando novos rumos tendentes a propiciar celeridade e efetividade ao processo. Surge, como consequência, um novo princípio no Processo Civil brasileiro, consistente na figura do sincretismo processual, possibilitado pelas tutelas mandamental e executiva *lato sensu*.

Nem todos os juristas a reconhecem como uma novidade, mas apenas mero desdobramento das ações condenatórias, ou seja, uma nova classificação das tutelas já conhecidas. Porém, grande parte dos doutrinadores defende que as novas tutelas consistem em novas categorias, com peculiaridades que lhe são próprias, a exemplo do fato de que a ação mandamental e a executiva *lato sensu* não invocam a necessidade do ajuizamento de nova ação de execução, pois é no próprio processo de conhecimento que se efetivará o comando da sentença.

As ações mandamentais requerem uma sentença mandamental, consistente numa ordem do juízo para que o réu faça ou se abstenha de fazer alguma coisa, de acordo com o sentido da pretensão deduzida, sendo que descumprimento por parte do devedor da obrigação típica, teoricamente, crime de desobediência. O provimento judicial desejado concretiza-se mediante a simples prolação da ordem, sendo desnecessário qualquer processo de execução para a obtenção do objetivo pretendido.

Pontes de Miranda (2001, p. 10). afirma que "a ação de execução pode deixar de ser ação autônoma, para se fundar noutra ação, se essa é mandamental. O ato, que seria prévio, ou mediato, passa a ser imediato". Ações mandamentais típicas são o mandado de segurança e a ação de modificação de registro público.

Já a *ação executiva lato sensu*, que invoca um provimento jurisdicional denominado de sentença executiva *lato sensu*, dispensa o posterior ingresso de nova ação autônoma de execução, pois o provimento jurisdicional traz embutido uma forte carga executiva em si mesma. Exemplos típicos residem nas sentenças prolatadas nas ações de obrigação de fazer previstas no art. 461 do Código de Processo Civil, em cujo bojo o autor pretende, além do provimento condenatório, um provimento com carga executiva, que permita ao autor a satisfação do seu direito independentemente da propositura de nova ação executiva.

José Miguel Garcia Medina, com sua percuciência característica, ensina que:

A distinção existente entre sentença condenatória e sentença executiva seria eminentemente procedimental, isto é, bastaria a unificação das atividades cognitivas e executivas num único processo para que se estivesse diante de uma ação executiva *lato sensu* (MEDINA, 2004, p. 306).

Pontes de Miranda (2000) defende que toda ação ou provimento jurisdicional traz ínsita uma carga maior de eficácia que prepondera sobre as demais provisões satisfativas de direito material contidas na sentença. Ou seja, quando a eficácia maior da ação for a de declarar, tem-se a ação declaratória, se for a de constituir (negativa ou positiva), tem-se a ação constitutiva, se for a de condenar, tem-se a ação condenatória, se for a de mandar, tem-se a mandamental e se for a de executar, tem-se a executiva.

O que não se pode perder de vista é que o processo deve ser encarado como um instrumento de concretização dos direitos subjetivos materiais, a serviço da sociedade, do Direito e da justiça.

Ovídio Araújo Batista da Silva comenta a instrumentalidade do processo dizendo:

Segundo se diz, se a função do processo há de ser verdadeiramente instrumental, deverá ele ser concebido e organizado de tal modo que as pretensões de direito material encontrem, no plano jurisdicional, formas adequadas, capazes de assegurar-lhes realização específica, evitando-se, quanto possível, que os direitos subjetivos primeiro sejam violados para, só então, merecer tratamento jurisdicional, concedendo-lhes a seu titular, às mais das vezes, um precário e aleatório sucedâneo indenizatório (SILVA, 1998, p. 126).

Ciente da diversidade de conflitos sociais e da necessidade destes serem tratados de forma diferenciada, nosso Direito processual civil arregimentou novos tipos de tutela, a exemplo dos previstos nos arts. 273, 461, 461-A, por meio das quais se constata a possibilidade de antecipar-se, total ou parcialmente, a tutela jurisdicional, a concessão da tutela específica da obrigação pretendida, e a possibilidade de cognição e execução na mesma ação, sem a necessidade de promoção de nova ação executiva.

O sincretismo processual, em contraposição à superada dicotomia processual, é reconhecido pela doutrina majoritária. Ao comentar a Lei 10.444/2002, Joel Dias Figueira Júnior diz:

[...] o processo de conhecimento clássico não compadece, de regra, com as ações sincréticas, que são justamente aquelas que admitem, simultaneamente, cognição e execução, isto é, à medida que o juiz vai conhecendo e, de acordo com as necessidades delineadas pela relação de direito material apresentada e a tutela perseguida pelo autor, vai também executando (satisfazendo) provisoriamente, fulcrado em juízo de verossimilhança ou probabilidade. Significa dizer que as ações sincréticas não apresentam a dicotomia entre conhecimento e executividade, verificando-se a satisfação perseguida pelo jurisdicionado numa única relação jurídico-processual, onde a decisão interlocutória de mérito (provisória) ou a sentença de procedência do pedido (definitiva) serão auto-exeqüíveis. (FIGUEIRA JÚNIOR, 2002, p. 03)

Pela sentença mandamental o juiz emite uma ordem ao devedor da obrigação e impõe mecanismos hábeis para a sua efetivação, ou seja, para que a decisão seja cumprida integralmente. Assim, verifica-se que a premissa básica da sentença mandamental é a existência de uma ordem (BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 62). Quanto aos mecanismos, estes podem variar de acordo com a análise subjetiva das condições do devedor em adimplir a obrigação, e pode variar desde a imposição de *astreintes*, até mesmo à decretação da prisão do devedor, tudo fundado pelo seu poder de *imperium*.

O que difere a sentença mandamental dos outros tipos de provimentos judiciais é a elevada carga de coercitibilidade que traz em seu bojo. A possibilidade da efetividade de uma decisão desta natureza reside justamente na conjugação do binômio ordem-força de que se reveste, coagindo o devedor ao seu cumprimento. Seu conteúdo não é o de mera exortação ao réu, como é o caso da sentença condenatória. Não fosse isso, estaria ela totalmente descaracterizada e não teria mais do que um efeito declaratório. Da mesma forma que a condenação só é condenação porque aplica sanção, a sentença mandamental somente é mandamental porque há coerção (MARINONI, 1998):

Ovídio Araújo Baptista da Silva ensina que:

[...] a ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Neste tipo de sentença, o juiz ordena, e não simplesmente condena. E nisso residem, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do processo de conhecimento (BAPTISTA, 2000, p. 336).

E tudo isso dentro da mesma relação processual, sem que seja necessária a propositura de nova ação de cunho eminentemente executivo, justamente por reconhecer o direito tutelado, declará-lo e impor mecanismos de coerção para a sua efetivação. A previsão legal está no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil, que versa sobre as tutelas específicas das obrigações de fazer e não fazer, e art. 461-A, § 3º, combinado com art. 461, § 5º, para as obrigações de dar coisa certa.

Sobre a instrumentalidade do processo, com vista à efetivação das decisões, Mafra leciona:

Viabilizar, em uma mesma relação processual, tanto atos de conhecimento como executivos, através de atividades sincréticas, como a mandamentabilidade e a executividade *lato sensu*, a nosso ver, torna o processo um instrumento, tanto quanto possível, flexível e efetivo ao direito subjetivo material e, por conseguinte, aos anseios da sociedade que serve (MAFRA, 2003):

Segundo Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira (1999), ao comentarem as reformas do Código de Processo Civil, dizem que a principal preocupação foi a de “tornar o nosso processo apto a realizar os seus objetivos e melhor servir à sociedade, recordada a advertência de Fritz Baur, o admirável reformulador do Processo Civil alemão, segundo o qual só procedimentos céleres preenchem a finalidade do processo, dando-lhe efetividade”.

As reformas paulatinamente incrementadas erigem o sincretismo a dogma, suficiente para habilitar o Direito processual brasileiro a tornar o processo mais célere e mais eficaz. O caminho certo já está sendo trilhado, embora muito ainda há que se fazer. A utilização dos meios de coerção à disposição, de forma

gradual e sistemática, com bom senso e discernimento, e a coragem dos juízes em aplicá-las, certamente contribuirão para a obtenção da justiça social e para o fortalecimento da dignidade da justiça.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PRISÃO CIVIL

2.1 Na civilização Babilônica

A primeira referência que se tem da prisão civil decorrente de dívidas reporta-se ao Código de *Hamurabi*, cuja importância ressalta pelo fato de ser o primeiro código escrito de que se tem conhecimento, a reunir as leis que até então eram passadas através das gerações apenas pela fala. Tinha por base a Lei de Talião, que preconizava o princípio do “olho por olho, dente por dente”.

Hamurabi, ou “Khammu-rabi” em babilônico, foi o sexto rei da Suméria (região do atual Iraque) por volta de 1750 a.C. e também ele quem uniu os semitas e sumérios fundando o império babilônico.

O Código de *Hamurabi* foi todo escrito em uma pedra de diorito de cerca de 2,5 m de altura, tratava de matérias de ordem civil, penal e administrativa, e tinha por finalidade principal unificar o reino com um código de leis comuns, cujas cópias foram espalhadas em várias regiões do reino.

Poucas são as referências à detenção pessoal para quaisquer tipos de crimes, como, por exemplo:

115º - Se alguém tem para com outro um crédito de grãos ou dinheiro e faz a execução, e o detido na casa de detenção morre de morte natural, não há lugar a pena.

116º - Se o detido na casa de detenção morre de pancadas ou maus tratamentos, o protetor do prisioneiro deverá convencer o seu negociante perante o tribunal; se ele era um nascido livre, se deverá matar o filho do negociante, se era um escravo, deverá pagar o negociante um terço de mina e perder tudo que deu.

117º - Se alguém tem um débito vencido e vende por dinheiro a mulher, o filho e a filha, ou lhe concedem descontar com trabalho o débito, aqueles deverão trabalhar três anos na casa do comprador ou do senhor, no quarto ano este deverá libertá-los.

Ocorre que a detenção era praticamente uma exceção, pois a maioria das penas previstas no Código de Hamurabi faz referência a mutilações de membros e à pena de morte.

2.2 Na Índia

Manu é, segunda a lenda, o primogênito de *Sarasvati*, a qual teria sido a primeira mulher, criada por *Brahma*, de sua própria substância. *Manu* era considerado o pai da humanidade, personagem honrado como sumo legislador e mentor espiritual dos hindus, assumindo ora a figura de sábio ou de rei. Também pode ser considerado como o mais antigo legislador do mundo, em razão da criação do Código de *Manu*, promulgado, segundo alguns estudiosos, aproximadamente entre os anos 1300 e 800 a.C.

Ressalte-se que o Código de Hamurabi, mais antigo que o de *Manu* em pelo menos 1500 anos, não se trata de um verdadeiro código no sentido técnico da palavra, mas de uma coletânea de normas que abrange vários assuntos e preceitos.

Estudiosos do assunto dizem que o Código original era composto por mais de cem mil dísticos (grupo de dois versos) e que, através dos tempos, foi reduzido para 2.685 dísticos, distribuídos em 12 livros, como hoje é conhecido.

Legislando sobre praticamente todas as situações previsíveis de uma sociedade, desde coisas banais como a forma de se lavar a roupa das pessoas de castas superiores, impunha severas formas de punição para as faltas expressamente previstas, autorizando até mesmo o uso de violência para a cobrança de dívidas. A mutilação e a pena de morte também eram comumente aplicadas. Embora expressamente prevista, a detenção pessoal aparece expressamente em raras oportunidades, como por exemplo:

Art. 182º Mas, se ele não entrega a esses agentes o ouro confiado, assim como convém, que ele seja preso e forçado a restituir os dois depósitos: assim ordena a lei

Art. 307º Para reprimir o homem perverso, que o rei empregue com perseverança três meios: a detenção, os ferros e as diversas penas corporais.

Álvaro Villaça Azevedo resumiu assim o pensamento da época:

Portanto, o inadimplemento obrigacional culposo, a falta de pagamento do débito, era equiparado ao furto, ficando o credor investido de meios mais ou menos violentos contra o devedor, conforme a condição deste. Se de casta inferior, podia ser seqüestrado e acorrentado, bem como sua mulher, filhos e animais, para que trabalhassem até o completo pagamento da dívida (AZEVEDO, 1993, p. 15).

Embora fossem, na sua maioria, punições severas e violentas, constata-se que a detenção pessoal não era tida como uma forma usual de resolução dos conflitos.

2.3 No Egito

No Egito antigo o faraó reunia as funções de juiz supremo, chefe de Estado e Deus. Daí exsurge o regime teocrático, onde o faraó, como Deus, detinha o arbítrio de fazer justiça no caso concreto, mesmo que não houvesse leis aplicáveis ao caso. Poderia, inclusive, criar e revogar leis, afinal um Deus (como era considerado) não poderia ter limites ao seu poder, a não ser a sua própria consciência, que era regida pelo conceito de *Maat* (verdade ou honestidade, em egípcio). O arbítrio do faraó deveria observar apenas os princípios do *Maat*.

Assim como em outras civilizações contemporâneas, a pena de morte era comum e exercida sob a forma de estrangulamento, decapitação, cremação ou embalsamento vivo, empalação, etc. Porém, penas tão severas eram aplicadas geralmente aos que conspiravam contra o faraó. Os devedores comuns geralmente eram presos ou, na maioria das vezes, transformados em escravos.

Mônica Costa Alves Ribeiro leciona que:

[..] o Egito admitia prisão civil por dívida, até que o rei Sesostri a aboliu concedendo liberdade a todos os que se encontravam presos por aquele motivo. Destarte, não mais se obrigava o devedor na sua pessoa, mas a responsabilidade recaía sobre o seu patrimônio. Muito embora, àquela época, as pessoas fossem consideradas “propriedade do Estado” (RIBEIRO, 2003, p. 68).

Não obstante, as providências tomadas pelo Rei Sesostris (1970-1936 a.C.) e pelo Rei Bocchoris (717-712 a.C.), no sentido de abolir a prisão por dívida civil, tiveram vida efêmera, pois a prática foi retomada por vários dos seus sucessores.

Foi sob o reinado de Amasis (568-526 a.C.) que, no Egito, houve a efetiva abolição da execução pessoal, passando a execução da dívida a ter como alvo o patrimônio do devedor (RIBEIRO, 2003, p. 69).

2.4 Na civilização Hebraica

Hebreu é o nome dado ao povo que vivia em tribos nômades na região do Oriente Médio, por volta de dois mil anos a.C., e que deu origem aos povos semitas como os árabes e os israelitas, antepassados históricos e espirituais dos atuais judeus. O Direito hebraico é um Direito religioso, dado por deus ao seu povo e só por deus modificável. Deus e o seu povo escolhido formariam uma aliança. Os dez mandamentos são conhecidos como a Aliança do Sinai, o Código da Aliança de Jeová; o Deuterômio é também uma forma de aliança.

Além dos dez mandamentos, o legado dos Hebreus consiste numa série de normas sobre impostos (ou dízimos), as regras de alimentação e higiene (Deuteronomio 14), eleições (Deuteronomio 17), Direito sucessório (Deuteronomio 18), Penais (Êxodo 21), etc.

Entre suas práticas, estava a adoção da prisão civil por dívida. Porém, os devedores que fossem hebreus gozavam do privilégio de, ao término do sexto ano de prisão, serem libertados. Essa regra não se aplicava aos estrangeiros.

A inadimplência era motivo de prisão dos devedores, sendo que o devedor poderia se entregar ao credor ou entregar seu filho. O Livro Bíblico Êxodo (XXI: 2 a 6) reproduz passagem do Código da Aliança que trata da questão da prisão civil por dívida:

2. Se comprares um servo hebreu, seis anos servirá; mas ao sétimo sairá forro, de graça. 3. Se entrou só com o seu corpo, só com o seu corpo sairá; se ele era homem casado, sairá sua mulher com ele. 4. Se seu senhor lhe houver dado uma mulher e ela lhe houver dado filhos ou filhas, a mulher e seus filhos serão de seu senhor e ele sairá só com seu corpo. 5. Mas se aquele servo expressamente disser: Eu amo meu senhor e a minha mulher e a meus filhos; não quero sair forro. 6. Então seu senhor o levará aos juízes e o fará chegar à porta, ou ao postigo, e seu senhor lhe furará a orelha com uma sovela; e o servirá para sempre.

O Livro Deuteronômio (XV: 1 e 12 a 18) e o Livro Levítico (XXV: 39 a 46) também mencionam estipulações sobre a prisão civil, ressaltando o Deuteronômio que o devedor deveria ser libertado após sete anos e, o Levítico, que o devedor deveria servir como mercenário durante 49 anos, sendo libertado no quinquagésimo ano.

2.5 No Direito Romano

Na Roma antiga a prisão era medida que se impunha a todo cidadão romano que não cumpria a obrigação assumida. Bastava que se verificasse a existência do nexum (*nexum*, pois naquela época ainda não se conhecia o instituto da *obligatio*, como posteriormente veio a se conceber) entre a obrigação e o seu descumprimento para que a ordem de prisão fosse decretada. O instituto do *nexum* tem origem à época em que a plebe, como classe social hierarquicamente inferior, só conseguia crédito vinculando a própria pessoa como garantia da dívida para os patrícios. Não solvendo a sua dívida, o devedor era então submetido à *manus iniectio*, isto é, o credor colocava o devedor em cárcere privado e este deveria trabalhar para pagar a dívida.

Álvaro Villaça Azevedo menciona a teoria predominante hodiernamente, desenvolvida por Mitteis, em 1901, que diz:

O *nexum* seria, somente, um ato solene de autopenhora do próprio devedor, ou do devedor e sua família, que se fazia em forma de automancipação condicionada ao descumprimento da dívida, segundo uns, ou de *mancipatio fiduciaria*, ou de declaração solene contida na *nuncupatio* pela qual o devedor se entregava, incondicionalmente, à *fides* do credor,

segundo outros. Os *nexi* eram, portanto, indivíduos que se haviam dado, eles mesmos, em garantia a seu credor (AZEVEDO, 1993, p. 20).

Como advento da *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.) somente o patrimônio do devedor é que respondia pela dívida, perdendo o credor o direito de executar diretamente a dívida mediante a prisão do devedor.

Continuou, entretanto, a existir o instituto do *addictus*, consistente no devedor que fora condenado por um magistrado ou confessou sua dívida perante ele. A diferença entre o *addictus* e o *nexus* consistia no fato de que, naquele, a prisão civil só poderia ser executada quando o devedor fosse condenado por um magistrado.

Por volta do ano 17 a.C. vigorou a *Lex Iulia Iudiciorum Privatorum* que aboliu a *manus iniectio*, determinando que todas as formas de execução deveriam ser ordenadas pelo magistrado. O devedor não se eximia da prestação de serviços ao credor para pagar a dívida, mas acabaram as principais violências que eram cometidas.

Na época dos imperadores Diocleciano e Maximiniano foram criadas as cadeias públicas para os *addicti*, deixando de existir o cárcere privado.

Durante o período medieval do Direito Romano houve o retorno do *nexum*, agora denominado de *obnoxatio*. Roma somente se viu definitivamente livre da barbaridade da execução pessoal no Direito Moderno, quando as obrigações passaram a ser conceituadas como prestações de caráter econômico, possibilitando a transmissibilidade das obrigações que hoje conhecemos.

2.6 No Direito Francês

No ano de 1200 surge no Direito Francês a expressão *contrainte par corps*, que corresponde à prisão civil em nosso ordenamento jurídico (AZEVEDO, 1993, p. 37).

Em 1274, por ordem do Rei São Luiz, a prisão civil passou a ser permitida somente para os casos de dívidas fiscais.

Em 1303, sob o reinado de Felipe, o Belo, o inadimplente poderia ser preso até que se cumprisse a *obligatio*, desde que isso resultasse de uma convenção das partes.

Em 1563, em razão das disposições da Ordenança de Moulins, débitos civis de toda sorte eram passíveis de prisão civil desde que resultantes de um julgamento.

Em 1793, quatro anos após a Revolução Francesa, um decreto põe fim à prisão civil, embora tal prática acabe retornando com a Ordenança de Luiz XIV.

Em 1804, o Código Napoleônico regulamentou a prisão por dívida, nos seus arts. 2059/2070, no título “Do constrangimento pelo corpo em matéria civil”.

Em 1867 a prisão civil por dívida foi abolida por meio de lei, sendo permitida apenas para os casos de pessoas que eram obrigadas a depor em juízo e de condenados em ações de reparação de dano ocorridas mediante crime, além de casos de débitos fiscais.

2.7 No Direito Italiano

O instituto da prisão civil por dívida, conhecido na Itália como *arresto personale per debiti*, resistiu desde os primórdios do Direito naquele país, até o advento da Lei n. 4.166, de 1877. Neste período, todas as obrigações de natureza civil ou comercial possibilitavam a imposição da prisão por dívida. A partir de então, não obstante continuar existindo a prisão civil para execuções proferidas por tribunais criminais, para restituições, indenizações e reparações contra os autores ou cúmplices de crimes e de delitos, praticamente não era aplicada, culminando por ser extinta definitivamente através do Código Civil de 1942.

2.8 No Direito Inglês

Segundo Azevedo (1993, p. 43), “a história da prisão civil, na Inglaterra, constituiu-se em uma vergonha do País”.

Este instituto, na antiga Inglaterra, dizia que o devedor que fosse citado e que não comparecesse à presença do magistrado, a fim de saldar seu débito, poderia ser preso, ou dar algum bem em garantia ao pagamento da dívida. O absurdo da situação residia no fato de que ao credor bastava se apresentar ao juiz e jurar a existência do crédito.

Tal excrecência determinou que milhares de pessoas fossem mandados para o cárcere, destinados a morrer de fome ou de abusos. Em 1792, foram criadas na Inglaterra sociedades filantrópicas destinadas exclusivamente à libertação dos devedores que abarrotavam as prisões, culminando com a libertação de 12.590 prisioneiros. A partir de 1812, em razão da distinção que passou a ser feita entre devedor de boa ou de má-fé (que não existia anteriormente), um tribunal especial conseguiu libertar mais de 50.000 devedores.

“Em 1869, com o advento do Ato do Devedor [*“Debtorsact”*], baixado pela Rainha Vitória, no dia 9 de agosto, não obstante as resistências a ele opostas, tal prática deixou de ser possível. A literatura tivera importante participação na tomada da medida. Ela mostrou, sobretudo nas obras de Dickens, o grande autor da época, todo o sofrimento a que levava o regime de abusos e horrores em vigor com a prisão civil” (RABELLO, 1987, p. 41).

No caso de insolvência fraudulenta ainda persistia a possibilidade da prisão civil, embora com o limite de seis semanas de duração.

2.9 No Direito Lusitano

No Livro das Leis e Posturas, do Reino de Portugal, constava que o devedor insolvente responderia com seu próprio corpo pelo débito, junto ao credor. “Havia expressa previsão de sua prisão, de acordo com uma lei da época de D. Dinis, datada de 01.01.1282, que rezava expressamente que, se os bens móveis e imóveis do devedor não fossem suficientes para saldar a dívida, *“prendam o e nom no ssoltem ata que a deujda sseria pagada”* (VELASCO, apud NASCIMBENI, 2005, p. 193).:

Na sequência vieram as Ordenações do Reino, sendo as Afonsinas, no século XV, as Manuelinas, no século XVI e as Filipinas, no século XVII.

Nas Ordenações Afonsinas, que datam de 1446/1447, havia a admissão da prisão do devedor em cárcere público, geralmente após uma sentença. Nas Ordenações Manuelinas (publicadas em 1521 – não obstante a existência de contradições de que a primeira redação data de 1512/1514), e nas Ordenações Filipinas, de 1603, repetiu-se a possibilidade da execução pessoal do devedor, estabelecendo uma regra geral de prisão por dívidas, no caso de o devedor não possuir bens suficientes para quitá-las – mas, somente após sentença transitada em julgado (NASCIMBENDI, 2005, p. 194).

Constata-se, assim, que desde o tempo de sua formação, até a consolidação do reino português, sempre houve, embora com algumas alternâncias na forma e no tempo de aplicação, a prisão do devedor que não pudesse cumprir com suas obrigações, notadamente as de natureza pecuniária.

2.10 No Direito Brasileiro

No Brasil colônia as Ordenações Filipinas já traziam em seu bojo a previsão de aplicação da prisão civil (Livro IV, Título LXXVI). Em 1850 o Código Comercial (Lei n. 556, de 25 de junho de 1850) se referiu ao caso do depositário mercantil no art. 284: “Não entregando o depositário a coisa depositada no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da intimação judicial, será preso até que se efetue a entrega do depósito, ou do seu valor equivalente”.

O Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916) praticamente repetiu o dispositivo do Código Comercial, dispondo em seu art. 1287: “Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo, mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e a ressarcir os prejuízos”.

O Código Civil de 2002 (Lei n. 10.306, de 10 de janeiro de 2002) revogou expressamente o Código Civil de 1916 e toda a Parte Primeira do Código Comercial (arts. 1º ao 456). Mas repetiu integralmente, em seu art. 652, o inteiro teor do art. 1287 do Código Civil revogado, mantendo a prisão civil do depositário.

O Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973) prevê no art. 904, § único, que, quando a ação de depósito for julgada procedente e o

respectivo mandado para a entrega da coisa não for cumprido, o juiz decretará a prisão do depositário infiel.

A primeira referência constitucional sobre a prisão civil por dívida no Brasil ocorreu na Constituição de 1934, cujo art. 113, inciso 30, dispunha que: “Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”.

A Constituição de 1937, a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, e a primeira Constituição Republicana, de 1891, foram omissas neste aspecto.

A Constituição de 1946 tratou do assunto em seu art. 141, § 32, com a seguinte redação: “Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.” Repetiu-se este dispositivo na Constituição de 1967 e na Emenda nº1 de 1969. Finalmente, a Constituição cidadã, de 1988, assim dispôs no seu art. 5º, inciso LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”.

Esta última redação tem gerado grandes polêmicas, especialmente no que se refere à possibilidade do juiz decretar a prisão civil do devedor com o intuito de dar efetividade às decisões judiciais.

Em relação ao devedor de dívida alimentícia e ao depositário infiel praticamente não existem mais divergências na doutrina e na jurisprudência pátria. É pacífico o entendimento de que o devedor de dívida alimentícia pode ser preso e, quanto ao depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão prolatado no RE 466.343-SP, julgado em 03 de dezembro de 2008, decidiu que não mais subsiste, no modelo normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Incabível, desse modo, no sistema constitucional vigente no Brasil, a decretação de prisão civil do depositário infiel. Colocando uma pá de cal sobre o assunto, o STF editou a Súmula Vinculante n. 25, de 02 de dezembro de 2009, publicada no Diário Oficial da União Eletrônico, de 22 de dezembro de 2009, que dispõe: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Desta forma, remanesceria no ordenamento jurídico brasileiro apenas a possibilidade de prisão civil do inadimplente de pensão alimentícia, pensamento este que não parece ser o mais acertado, conforme se verá adiante.

2.11 Outros países

A Constituição Peruana proíbe a prisão civil por dívida, excepcionando, contudo, a decorrente de débitos alimentícios:

Art. 2º: "Toda persona tiene derecho: (...) 20 – A libertad y seguridad personales. En consecuencia: (...) c) no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios."

O art. 17 da Constituição Mexicana estipula que "*nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. (...)*".

Na Constituição Paraguaia há o art. 64 que dispõe:

[...] nadie puede ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiera sido juzgado anteriormente, ni privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta. No se admite la prisión por deuda.

E os Uruguaios têm o art. 52 de sua Constituição, afirmando que "*(...) nadie podrá ser privado de su libertad por deudas*".

Constata-se claramente que estes três últimos mencionados, diferentemente da Constituição brasileira, proíbem taxativamente a privação da liberdade por meio da prisão civil.

Não se pode deixar de ressaltar, entretanto, que praticamente todos os ordenamentos internacionais destacam, com maior ou menor relevância, os aspectos próprios dados às dívidas de natureza alimentar.

3 A PRISÃO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE COERÇÃO

3.1 A prisão civil e o Pacto de São José da Costa Rica

A Constituição Federal de 1988 dispõe claramente no seu art. 5º, § 2º, 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”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de São José de Costa Rica, celebrada em 22 de novembro de 1969, foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, por meio do Decreto Legislativo nº 27/92 e adotado internamente pelo Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992.

Em seu art. 7º, inciso 7º, o Pacto dispõe sobre a impossibilidade de prisão por dívidas, nos seguintes termos: “7. “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

A partir da ratificação, e considerando o disposto no § 1º do art. 5º da Constituição Federal, o referido dispositivo internacional passou a ser aplicável imediatamente, sem a necessidade de regulamentação para surtir seus efeitos no plano interno nacional.

Ressalte-se que o dispositivo contido no Pacto Internacional não se incorpora ao texto da Constituição propriamente dito, mas se inclui no rol dos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição, denominado de bloco de constitucionalidade (MAZZUOLI, 2002, p. 123). Não se trata, portanto, de norma constitucional e tampouco pode ser considerada uma lei ordinária ou equiparada.

Com o julgamento do RE 466.343-SP, ocorrido em 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que os tratados de direitos humanos já vigentes no Brasil têm valor supralegal, isto é, inserem-se num patamar superior à lei ordinária e inferior à Constituição. Em votação apertada, com cinco votos contra quatro, esta tese, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes preponderou sobre a tese

do Ministro Celso de Mello, que defendia o valor constitucional dos tratados (HC 87.585-TO).

Mas isto não significa que todos os tratados passarão a ter tal conotação, haja vista que o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (incluído pela EC 45/2004), equipara à Emenda Constitucional todos 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. Ressalte-se, entretanto, que nenhum tratado ou convenção internacional foi aprovado no Brasil, até agora, desta forma, razão pela qual todos os que estão em vigor atualmente possuem valor supralegal (não constitucional).

A Constituição de 1988 anunciou, mas foi o célebre julgamento do STF acima citado que marcou, na prática, o nascimento de um novo modelo de Estado, que pode ser chamado de constitucional internacionalista, ou transnacional. Neste novo modelo, quando se tratar de matéria atinente aos direitos humanos, as antinomias entre tratados internacionais e a Constituição brasileira não serão resolvidas com base na hierarquia, mas deverão sempre ser solucionadas tendo em vista a preponderância da norma mais favorável ao homem (ser humano).

Assim sendo, sequer pode se cogitar de que o Código Civil Brasileiro em vigor (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), lei posterior e de caráter geral, teria derogado o art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, que também tem natureza de regra geral no que tange à prisão civil. E uma lei interna também não tem o poder de revogar um tratado internacional (MAZZUOLI, 2002, p. 179).

A única forma de justificar a não aplicação de um tratado internacional é por meio da denúncia. Mas, especificamente em relação ao Pacto de São José da Costa Rica, que prevê proteção de direitos e garantias fundamentais, se poderia dizer que tal providência também seria impossível, por se tratarem de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da Constituição Federal). Mas, em se admitindo que os tratados têm natureza de norma supralegal, parece ser mais razoável admitir a possibilidade de denúncia aos tratados de qualquer natureza, posto que não estariam subsumidos às mesmas regras de modificação dos dispositivos constitucionais.

Destarte, o Pacto de São José da Costa Rica, ao integrar o ordenamento jurídico brasileiro, ainda que sob a forma de norma supralegal, determina que a leitura do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, deva ser feita de forma a extirpar a

menção à figura do depositário infiel. Em tese, sua releitura seria feita assim: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia” (MAZZUOLI, 2002, p. 178).

Note-se que, desta forma, o art. 652 do Código Civil em vigor, mesmo em se tratando de lei ordinária datada de 2004, posterior à Constituição Federal e à ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, é simplesmente inconstitucional. É a solução que decorre da própria Constituição e da lógica jurídica (MAZZUOLI, 2002, p. 179).

Em conclusão, poderia ser se dizer que no Brasil, em face da ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, que proíbe a prisão por dívidas (exceto a de natureza alimentar), e considerando que tal convenção internacional passou a integrar o ordenamento jurídico nacional, ainda que na situação de norma supralegal, não mais é possível a prisão civil. Mas, não é bem assim, conforme se verá mais adiante, neste trabalho.

3.2 O *contempt of court*

Joel Dias Figueira Júnior (2002) defende que o *contempt of court* tem origem romana, e não anglo-americana, existindo citações nas ordenações do reino, embora não tenham sido preservadas entre nós em razão da influência direta do Direito francês.

Ovídio Araújo Baptista da Silva (2002) também leciona que os textos das Ordenações Filipinas que tratava das denominadas “cartas de segurança” (Livro V, Título 128) continha, em germe, os elementos formadores das modernas ações mandamentais e revela a fonte romana do instituto do *contempt of court* recebido pelo Direito anglo-americano da mesma vertente, mas que nós não preservamos, por influência do Direito francês.

Os países adeptos do sistema do *common law* (Direito comum) adotam mecanismo de coerção com a finalidade de dar efetividade às ordens judiciais: o *contempt of court*. A terminologia da expressão *contempt of court* nos remete ao conceito de conduta, significando desacato, desprezo, ofensa, às ordens do tribunal.

José Rogério Cruz e Tucci (2002) ensina que a expressão *contempt of court* corresponde à recusa em acatar a ordem emitida por uma corte de justiça. Como consequência desse comportamento, o destinatário da ordem pode sofrer uma sanção pecuniária ou restritiva de liberdade, dependendo da gravidade do *contempt*, sempre com o intuito de constranger a parte a cumprir a determinação judicial.

De forma geral, seria a caracterização do desrespeito à autoridade judicial.

Monica Alves Costa Ribeiro (RIBEIRO, 2003, p. 18) se reporta a Molina Pasquel, a qual explica que, no sistema anglo-americano, os atos abusivos praticados no processo ofendem aos juízes ou aos tribunais, e podem consistir em:

- I) Desapreço à autoridade, à justiça ou à dignidade de um tribunal;
- II) Desprezo voluntário à autoridade exercida por uma corte de justiça;
- III) Execução de atos que possam conduzir a um desapreço genérico à pessoa dos juízes, e que exijam uma intervenção sumária para preservar a ordem no tribunal e manter a dignidade dos juízes;
- IV) Tendência a obstruir a administração da justiça em uma demanda, fazendo nulas as resoluções do tribunal, levando ao menoscabo de sua reputação e a uma falta de respeito entre os homens;
- V) A desobediência a qualquer resolução legítima, decreto, auto ou ordem de um tribunal;
- VI) A obstrução ofensiva aos procedimentos judiciais em que o juiz atua de ofício.

Em que pese uma certa similitude entre o teor dos citados enunciados é possível concluir que *contempt of court* pode designar vários tipos de condutas, tais como desacato, subtração ou alteração de documentos dos autos judiciais; dilapidação ou ocultação de coisas litigiosas, apresentação de documento sabidamente falso, mau comportamento em audiência, entre tantas outras atitudes omissivas ou comissivas.

Como a maioria dos institutos jurídicos, o *contempt of court* também admite categorizações ou classificações, segundo diferentes critérios. No que tange à diversidade de condutas tipificadoras do *contempt of court*, é possível classificá-las em diretas ou indiretas. Por diretas entenda-se as condutas que forem praticadas perante o juiz, na presença deste, e por indiretas entenda-se as condutas que forem

praticadas longe da presença do juiz ou do ambiente judicial. Essa distinção repercutirá no tipo de reação a ser adotada pelo juiz para reagir às referidas condutas.

No que tange ao destinatário do efeito da conduta, temos o *criminal contempt* e o *civil contempt*. O primeiro refere-se à ofensa dirigida pessoalmente ao juiz ou ao órgão do Poder Judiciário, gerando obstáculo ao trâmite normal do processo e, conseqüentemente, ferindo a dignidade do órgão judiciário como um todo. A medida de reação a essa atitude tem nítida finalidade punitiva, com caráter repressor e dissuasivo.

No *civil contempt* a conduta ofensiva tem por finalidade prejudicar ou frustrar o direito de alguma das partes do processo, em que pese consistir diretamente numa desobediência à ordem judicial, podendo ser uma atitude omissiva ou comissiva.

E às medidas adotadas pelo juiz diante destas situações também se costuma designar de *contempt of court*. Logo, a expressão *contempt of court* pode ser utilizada tanto como designadora de uma conduta, como também pode estar relacionada às medidas adotadas pelo juiz para reagir a tais condutas.

Ressalte-se que a literatura inglesa ressalva ao poder de reagir às referidas condutas a denominação mais específica de *contempt power*, ou poder de reagir ao *contempt*, e as medidas reacionárias aplicadas pelo juiz se denominariam *contempt sanctions* ou sanções ao *contempt*.

A distinção entre o *criminal contempt* e o *civil contempt* é importante para classificar a conduta do juiz perante o ofensor, que poderá ter caráter coercitivo ou punitivo. Assim, constata-se que a distinção entre ambas reside no propósito da conduta judicial. Quando a finalidade da reação for o cumprimento de uma decisão, buscada através da imposição de uma medida coercitiva, tem-se a caracterização do *civil contempt* e, quando a finalidade da reação for de punição, quando já impossível o cumprimento da obrigação, tem-se a caracterização do *criminal contempt*.

Note-se que em ambos há a possibilidade da decretação da prisão, com a diferença de que no *civil contempt* costuma-se dizer que o devedor vai à cadeia com a chave no bolso, ou seja, pode sair tão logo cumpra ou manifeste o inequívoco propósito de cumprir a ordem desobedecida. Já no *criminal contempt* a prisão é

fixada como punição e tem prazo predeterminado de duração, devendo o ofensor cumpri-la integralmente.

Tais observações permitem a conclusão de que o *criminal contempt* tem por objeto um fato pretérito, uma ordem que não pode mais ser cumprida, um fato consumado, enquanto que o *civil contempt* visa coagir o devedor ao cumprimento da ordem judicial, ou seja, dirige-se ao futuro mediante a pretensão de que haja o cumprimento ainda possível da ordem judicial.

É certo que o *contempt of court* não se refere apenas à prisão civil por descumprimento à ordem judicial, posto que este instrumento também possibilita a aplicação de multas, prisão por crime e sanções processuais, que não estão diretamente ligadas ao objeto deste estudo. Assim como é certo que todo descumprimento de decisão judicial, à exceção das que imponham pagamento em pecúnia, pode ser classificado como *contempt of court*, passível de uma reação consistente na determinação de prisão civil.

Justas críticas são dirigidas ao instituto do *contempt of court*, especialmente quando se constata que o *contempt* contra uma decisão judicial acarretará um *contempt power* originário do próprio juiz que sofreu o *contempt*, o qual acumulará a qualidade de vítima, legislador (pois ele é quem enquadrará, de forma totalmente subjetiva, a conduta ao *contempt*), acusador e julgador, tudo isso de forma sumária, sem que se garanta ao acusado o direito à ampla defesa.

3.3 A colisão entre direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988, popularmente conhecida como a “Constituição cidadã”, albergou diversos direitos denominados de fundamentais, visando a proteção das pessoas.

Paulo Bonavides (1996, p. 514) invoca Konrad Hesse, o qual entende os direitos fundamentais como aqueles que visam à criação e manutenção dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana.

Paulo Bonavides também se vale do conceito de Carl Schmitt, que conceitua direitos fundamentais como aqueles que recebem da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, a exemplo do contido no art. 60, §

4º, IV, da Constituição Federal, que impede qualquer deliberação de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Quando se discute sobre a possibilidade da decretação de prisão civil para o cumprimento de decisão judicial, a fim de dar efetividade ao processo e, conseqüentemente, tutelar o direito postulado, invariavelmente são colocados frente a frente, em rota de colisão, dois direitos fundamentais da pessoa: de um lado, o direito à efetividade da tutela jurisdicional, segundo o qual não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) e, de outro lado, a liberdade do indivíduo devedor da obrigação (art. 5º da Constituição Federal).

Não se olvida que ambos são direitos individuais fundamentais amparados constitucionalmente e que, num dado momento do processo, surgem desafiadores perante o juiz, que terá a difícil tarefa de decidir sobre a prevalência, total ou parcial, de um sobre o outro.

A hodierna redação do § 5º do art. 461, do Código de Processo Civil, confere ao juiz poderes ilimitados relativos à imposição de medidas coercitivas para conferir à sua decisão a eficácia desejada. Dinamarco explica que:

O § 5º do art. 461 preconiza “medidas necessárias”, passando em seguida à mera exemplificação e esmerando-se em evitar uma enumeração taxativa das medidas que serão admissíveis. Na exemplificação, tipifica algumas medidas cabíveis, “tais como” a busca-e-apreensão, remoção de pessoas e coisas etc., mas não enuncia com isso algum suposto rol exaustivo das condutas permitidas ao juiz. Na cláusula “medidas necessários tais como”, reside autêntica norma de encerramento – e daí decorre que não só se admitirão aquelas medidas nominadas no dispositivo, mas qualquer outra, atípica, que seja necessária para debelar a resistência (DINAMARCO, 1995, p. 319)

Cabe ao juiz discernir sobre os critérios que adotará na escolha da medida mais adequada, de forma que esta se mostre suficiente bastante para a satisfação do direito reconhecido, sem sacrificar demasiadamente outros direitos fundamentais do recalcitrante, garantidos pela Constituição.

Ocorre que, para se traçar adequadamente uma teoria sobre restrições a direitos fundamentais é fundamental saber analisar a estrutura da norma de direito

fundamental, o que pode ser feito utilizando-se diversas diferenciações teórico-estruturais. Sua importância é ressaltada por Robert Alexy:

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais de dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos à proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem se mais bem esclarecidos (ALEXY, 2008, p. 85).

Não obstante uma extensa gama de critérios diferenciadores, Alexy seleciona três, dos quais apenas um se expõe abaixo, em razão da sua maior frequência de utilização.

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, por que ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo este critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo (ALEXY, 2008, p. 103).

E, para complementar, leciona que:

Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo

que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve (ALEXY, 2008, p. 103-104).

Isto posto, fica mais fácil traçar uma teoria sobre restrição e colisão de direitos fundamentais.

Quando se tratar de conflito de regras a solução não esbarra em grandes problemas, pois a hermenêutica nos dá os critérios básicos a serem seguidos, tais como a temporalidade (a regra mais recente revoga a mais antiga), a hierarquia (a de grau inferior subsume-se à de grau superior), e a especialidade (a lei especial afasta a lei geral).

Quando, porém, a colisão tem por objeto dois ou mais princípios não haverá revogação ou invalidação de um perante outro. Antes, porém, de adentrar no método de solução, é necessário esclarecer no que consiste tais conflitos. Clémerson Merlin Clève discorre sobre o assunto nos seguintes termos:

Os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos positivados em uma determinada Constituição, são polimórficos, dotados de conteúdos nucleares prenes de abertura e variação, apenas revelados no caso concreto e nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores plasmados no texto constitucional. É que as normas de direito fundamental são dotadas de considerável grau de abertura e dinamicidade ao se apresentarem para sua concretização social. Resulta então que, em determinadas situações, os direitos fundamentais entram em colisão entre si ou chocam-se com outros bens protegidos constitucionalmente. Nestas situações, está-se diante da colisão de direitos fundamentais, fenômeno que emerge quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência entre os direitos envolvidos (CLEVE, 2002, p. 20-42).

Robert Alexy (1999) as divide em colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Em sentido estrito, a colisão ocorre quando a concretização de um direito fundamental de um

titular reflete diretamente sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais, ainda que diferentes. Em sentido amplo, a colisão refere-se à oposição direta entre direitos fundamentais individuais e bens coletivos constitucionalmente protegidos.

J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 1189) distingue concorrência de direitos fundamentais e colisão de direitos fundamentais, descrevendo a primeira categoria quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais e, em relação à segunda categoria, "considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não se está perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um 'choque', um autêntico conflito de direitos" (CANOTILHO, 1999; p. 1191).

Quanto à possibilidade de prevalência de um direito fundamental sobre o outro, importa registrar o entendimento de J. J. Gomes Canotilho:

Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso, de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro, ou seja, um direito prefere outro em face das circunstâncias do caso" (CANOTILHO, 1999, p. 1194):

Considerando a possibilidade de colisão de direitos fundamentais onde um deve prevalecer em detrimento do outro, e considerando ainda o caráter principiológico que permeia os direitos fundamentais, é mister que haja uma forma de controle dos instrumentos manejados pelo julgador para a imposição de medidas coercitivas ao devedor inadimplente.

3.4 Princípio da proporcionalidade.

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização (mandamento em sentido amplo, que admite as permissões e proibições), que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e pelas regras colidentes (ALEXY, 2008, p. 90).

Celso Antonio Bandeira de Mello, discorrendo sobre os princípios em geral, diz que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELLO, 1981, p. 230).

Resulta daí a grande importância dos princípios no sistema jurídico, de maneira que é possível concluir, de forma inarredável, que, quando se transgride uma norma, se transgride diretamente um princípio daquele sistema, eis que tal norma, direta ou indiretamente, está embutida em sua essência.

Luis Roberto Barroso considera que em nome da unidade constitucional, reforça-se a ideia dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação das normas da Constituição. São eles que conferem unidade e coerência ao sistema e é a eles que se recorre na solução das tensões normativas. A grande premissa sobre a qual se alicerça o raciocínio desenvolvido é a de que inexistente hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra. Isso porque, em Direito, hierarquia traduz a ideia de que uma norma colhe o seu fundamento de validade em outra, que lhe é superior. Não é isso que se passa entre normas promulgadas originariamente com a Constituição (BARROSO, 2004, p. 202-203).

Para Willis Santiago Guerra Filho (1999, p. 17), os princípios constitucionais devem ser entendidos “como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis”. Os princípios constitucionais são bases que dão estrutura ao sistema normativo, aplicam-se em todos os campos do Direito, sendo diretrizes para as relações jurídicas, que se manifestam sobre diferentes casos concretos. Para Miguel Reale (1991, p. 300) os “princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”.

Destarte, por meio das definições acima transcritas, é possível concluir que os princípios se constituem no fundamento maior de uma ciência jurídica, e têm importância de destaque dentro de um determinado ramo do Direito, seja na elaboração da norma legal ou na aplicação em face dos casos concretos.

A utilização dos princípios como fundamentação para a obtenção dos objetivos delineados na nossa Constituição requer muito mais do que simples enunciados doutrinários.

José Miguel Garcia Medina explica que é necessária a imposição de algumas condições básicas:

Queremos com isso dizer que a aplicação dos princípios jurídicos, ultimamente positivados pelas reformas, requer terreno fértil, sob pena de não se realizarem os objetivos indicados nos arts. 1º e 3º da Constituição Federal. Para tanto, pensamos que são imprescindíveis as seguintes condições, dentre outras: (a) o juiz deve possuir sensibilidade social, mostrando-se estar realmente – e não virtualmente – inserido em um Estado Democrático de Direito; (b) o juiz deve fundamentar convincentemente as suas decisões, de modo que não apenas as partes ou os demais órgãos jurisdicionais (recorridos ou para os quais se recorre) sejam convencidos do acerto da decisão, mas também a própria sociedade ou comunidade na qual o juiz se insere; (c) o juiz deve ter tempo para se dedicar ao exame da causa; e (d) o Poder Judiciário deve se preocupar com a estabilidade de suas decisões e orientações. Não sendo assim, estarão fadadas a se frustrarem as aspirações das reformas recentes, que, ajustando-se a um contexto constitucionalmente mais amplo, ampliaram os poderes do juiz, como se viu (MEDINA, 2004, p. 75).

Os princípios que permeiam nossa Constituição se constituem em elementos de extrema importância para a garantia dos direitos fundamentais e estão sendo cada vez mais utilizados nas decisões prolatadas pelos julgadores de todas

as instâncias, e com muito mais profundidade pelo Supremo Tribunal Federal. Em especial, ganha relevância o princípio da proporcionalidade, em face da sua multifunção exercida em nosso sistema normativo.

Historicamente, o princípio da proporcionalidade teve seu nascedouro na Alemanha, e seu aperfeiçoamento ocorreu em razão de incontáveis embates entre princípios, consoante relatam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

O desenvolvimento da idéia de proporcionalidade deu-se com sua reiterada utilização pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, no período do segundo pós-guerra, que passou a adotar como fundamento de suas decisões expressões do tipo “excessivo”, “inadequado”, “necessariamente exigível”, para depois reconhecê-lo como princípio constitucional, sob a denominação de princípio da proporcionalidade ou de proibição de excesso. Com base nesse princípio, o Tribunal Constitucional Alemão passou a controlar o excesso de poder, ampliando seu espectro para além do controle legislativo, abrangendo inclusive atos executivos e judiciais. Portanto, em essência, o princípio da razoabilidade significa que, ao se analisar, uma lei restritiva de direitos, deve-se ter em vista o fim a que ela se destina, os meios adequados e necessários para atingi-lo e o grau de limitação e de promoção que ela acarretará aos princípios constitucionais que estejam envolvidos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Se os meios porventura não forem adequados ao fim colimado, ou se sua utilização acarretar em cerceamento de direitos em grau maior do que o necessário, ou ainda se as desvantagens da adoção da medida (restrição a princípios constitucionais) suplantarem as vantagens (realização ou promoção de outros princípios constitucionais), deve a lei ser invalidada por ofensa à Constituição, especificamente, por violação ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade (ALEXANDRINO, PAULO, 2008, p. 163).

Duas de suas funções são bastante relevantes: a primeira, ao se constituir em elemento de garantia dos direitos fundamentais e, a segunda, por se configurar como base para a solução de conflitos de direitos fundamentais.

No primeiro caso, segundo Germana de Oliveira Moraes (MORAES, 1999, p. 75-83), sua aplicação tem o intuito de ampliar o controle jurisdicional sobre a atividade não-vinculada do Estado, vale dizer, sobre os atos administrativos que envolvam o exercício de juízos discricionários ou a valoração de conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados (conceitos de prognose), possibilitando a contenção do exercício abusivo das prerrogativas públicas.

No segundo caso, o princípio da proporcionalidade tem a finalidade de servir como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, mediante a

utilização de juízos comparativos de ponderação e razoabilidade dos interesses envolvidos no caso concreto.

Esta função é ressaltada por Paulo Bonavides, da seguinte forma:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos (BONAVIDES, 2000, p. 386).

A proporcionalidade que se exige tem o condão de adequar a técnica ao menor risco de prejuízo ao réu. Apesar do intuito coercitivo que lhe é imposto, o juiz precisa analisar se a medida não lhe imporá danos de tal monta sem que isso resolva a situação no plano fático. Ou seja, não solucionará a lide e ainda criará outro problema de graves proporções.

Destarte, observados os princípios, a medida deverá, nas palavras de Marcello Lima Guerra, “exercer suficiente pressão sobre a vontade do devedor, de modo a induzi-lo a cumprir a prestação devida” (GUERRA, 1999, p. 176).

É necessário que o juiz tenha um instrumento hábil para a solução justa do caso concreto, hipótese em que deverá se valer da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (proporcionalidade), o qual indicará, na situação concreta, qual o direito que deverá prevalecer sobre o outro, observando-se o critério do menor prejuízo possível. A este tipo de conflito dá-se o nome de colisão excludente.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, também conhecido como a máxima da proporcionalidade ou o princípio da proibição do excesso, deve partir da premissa de que não existe uma cadeia de hierarquia previamente definida de todos os valores e bens jurídicos, embora seja notória a existência de uma valoração natural de alguns, como a vida, a liberdade, a dignidade humana. A grande dificuldade se destaca quando os bens estão num mesmo patamar de valoração ou então são tão diferentes que se tornam praticamente impossíveis de serem conciliados no caso concreto. O que não se pode perder de vista é que o bem

jurídico que ceder prevalência a outro não pode impor ao prejudicado um gravame maior do que o benefício que o bem prelevado pode suscitar ao seu beneficiário.

Por isso, relata Eduardo Talamini (2001, p. 390), citando Robert Alexy, que diante da impossibilidade de se obter um “denominador comum” para a conciliação de dois valores jurídicos conflitantes no caso concreto, analisa-se qual deve prevalecer; mas o gravame ao bem jurídico que não prevalece não deve ir além do que requer o fim aprovado (a consecução do bem que prevalece). Daí decorre que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve pugnar pela observância de três máximas parciais, também denominadas de subprincípios: a) da adequação, segundo o qual a medida tem de ser suscetível de atingir o fim escolhido; b) da necessidade ou restrição menor possível, pelo qual se deve escolher o meio mais brando possível para a consecução do fim eleito e que não exceda os limites indispensáveis para tanto; e c) da proporcionalidade em sentido estrito, ou princípio da justa medida, consistente na ponderação propriamente dita. E continua dizendo que formulação convergente como esta é a do princípio da razoabilidade, pelo qual se afasta a legitimidade constitucional do provimento (legislativo, jurisdicional, administrativo) que, conquanto formalmente reúna todos os elementos para sua validade, tenha se norteado por critérios absurdos, caprichosos, despropositados ou divorciados do senso comum de correção e justiça. Segundo o referido autor, a rigor, a razoabilidade é uma “feição” da proporcionalidade.

A proporcionalidade, neste caso, significa existência de uma correspondência entre o meio e o fim, mediante a observância obrigatória de um equilíbrio entre eles.

Nas palavras de Asdrúbal Franco Nascimbeni:

Posto isso, é possível dizer que, para aplicação do meio coercitivo mais adequado a cada situação que lhe é submetida, dentro do possibilitado pelos arts. 461 e 461-A, o juiz deverá analisar, primeiramente, se a imposição de um desses meios levará, realmente, ao resultado que o autor pretende (e, ao mesmo tempo, portanto, atenda à ordem judicial) sem ferir direitos fundamentais, de mesma hierarquia. Mas, caso isso seja necessário, então que ocorra de forma proporcional ao próprio benefício que se proporcionará à outra parte (NASCIMBENI, 2005, p. 186-187).

Robert Alexy, ao desenvolver a denominada “fórmula do peso” em resposta às críticas de Habermas e de Bockenford, contribuiu de forma decisiva, a partir das três máximas parciais: a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito. A fórmula vem para explicar os três sub-princípios que constituem o princípio da proporcionalidade.

Desta forma, é necessário que se coloque os bens e valores jurídicos para aferição do seu “peso”, prevalecendo, em razão da aplicação do princípio da proporcionalidade, o mais adequado ao caso concreto.

Jônatas Luiz Moreira de Paula leciona:

O princípio da Proporcionalidade se apresenta como um mecanismo de resolução de colisões de normas fundamentais. Por isso, observa-se que há, num primeiro momento, a preocupação em se fazer respeitar os Direitos Fundamentais, e num segundo momento, a preocupação em justificar restrições aos Direitos Fundamentais – nunca se pode perder de vista que sua incidência é reclamada quando há colisão de *direitos fundamentais* (DE PAULA, 2009, p. 150).

Para Márcio Kammer de Lima (2006, p. 72) “O termo “proporcionalidade” traz imanente ideia de proporção, equilíbrio, medida justa, e remete à suposição de uma adequada relação entre um ou vários fins determinados e os meios empregados para a consecução deles”. O doutrinador Humberto Bergmann Ávila (2009, p. 161) também remete a ideia de proporção, “como elemento da própria concepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a cada um a sua proporção”.

Isso implica na necessidade do juiz examinar detidamente cada situação concreta que lhe for submetida, para que não cometa o excesso de cercear a liberdade ou constranger o patrimônio de qualquer pessoa, sob a alegação simplória de que tal decisão decorre das alegações do suposto credor em uma ação judicial. No hodierno Direito processual constitucional, nenhum direito pode sofrer qualquer tipo de restrição ou ser privilegiado, em detrimento de outro, sem que haja o devido sopesamento de ambos.

Nosso ordenamento jurídico não é dotado de todos os instrumentos de coerção necessários para serem utilizados pelo juiz, razão pela qual a regra aberta, em especial dos arts. 461 e 461-A do CPC, permite que o juiz se utilize dos meios

coercitivos que melhor atenda a necessidade de dar efetividade à decisão judicial, independentemente de expressa previsão específica. Não existindo na lei, é a doutrina que tem feito o papel de indicar os melhores critérios para o juiz aplicar o instrumento de coerção que melhor se adapte ao caso concreto, a fim de não sacrificar demasiadamente os direitos de uma parte em relação aos direitos da outra, ainda que uma parte seja detentora de direito material não respeitado pela outra.

Dentro deste espírito, o princípio da proporcionalidade tem como função estabelecer o limite no exercício das funções estatais na garantia dos direitos, pois não se pode conceber que num Estado Democrático de Direito possa existir a possibilidade de se ficar à mercê da arbitrariedade de qualquer de seus Poderes, ainda que esses poderes tenham contribuído para estipular a imposição de quaisquer restrições. Basta notar que o art. 461 do CPC contou com a participação do Legislativo (que criou a norma) e do Executivo (que a sancionou), mas isso não significa que qualquer dos Poderes possa usurpar direitos fundamentais de qualquer natureza.

Destarte, o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal dispôs claramente que toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, a fim de evitar qualquer ímpeto de arbitrariedade.

Desta forma, mesmo que tenha uma gama de poderes aparentemente ilimitados para escolher o tipo de coerção a ser aplicada ao devedor inadimplente, além das medidas de apoio que julgar necessárias, o juiz deve obrigatoriamente fundamentar a sua escolha, expondo a correlação entre a valoração e a adequação dos meios escolhidos, que foram impostos ao devedor.

Nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, nem sempre a mera fundamentação será suficiente para justificar o direito material preterido, nem mesmo com a invocação de determinados princípios para amparar a decisão. Nestes casos é imprescindível que o juiz analise o caso sob a ótica do princípio da proporcionalidade, cuja noção vem dotada de um sentido técnico no Direito público e na teoria do Direito alemão – onde é denominado de *Verhältnismässigkeit*. Não se encontra expresso na Constituição brasileira, nem está positivado de forma esparsa em nosso ordenamento. Tal princípio, na verdade, acaba sendo inferido de outros que lhe são afins, como o da igualdade (VARGAS, 2002, p.51).

O princípio da proporcionalidade é formado, segundo a doutrina dominante, corroboradora dos ensinamentos de Robert Alexy, por três máximas parciais, ou três subprincípios, ou três princípios menores, de menor intensidade, que são os da adequação (ou pertinência), necessidade (ou exigibilidade) e o da proporcionalidade em *strictu sensu* (ou princípio da determinação ou sopesamento).

José Miguel Garcia Medina destaca:

De acordo com o princípio da proporcionalidade, deve haver uma “relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”. Destacam-se, pois, do princípio, os seguintes elementos: o meio escolhido deve ser adequado; ainda, deverá ser necessário, “não exercendo os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja”; por fim, deve-se realizar a ponderação entre os bens ou interesses em jogo, a fim de que o sacrifício imposto a um dos interesses seja efetivamente necessário e justificável (MEDINA, 2008, p. 27).

Fredie Didier Jr. discorre sobre os três subprincípios:

O princípio da proporcionalidade deve ser observado no momento da escolha, pelo magistrado, da medida coercitiva adequada à obtenção do cumprimento forçado, como no momento da própria imposição do dever a ser cumprido.

Por esse princípio, três sub-princípios devem ser observadas na escolha, pelo magistrado, da providência material tendente a tutelar o bem da vida buscado pelo credor: (i) a adequação, segundo a qual o fazer ou não fazer imposto pelo juiz não pode infringir o ordenamento jurídico, devendo ser adequando a que se atinja o bem da vida almejado; (ii) a necessidade (ou exigibilidade), segundo a qual a ação material eleita deve ter a capacidade de realizar, no plano dos fatos, a tutela do direito, causando a menos restrição possível ao devedor, (iii) e a proporcionalidade em sentido estrito, segundo a qual o magistrado, antes de eleger a ação material a ser imposta, deve superar as vantagens e desvantagens da sua aplicação, buscando a solução que melhor atenda aos valores em conflito.

Vale pensar num exemplo: um vizinho move ação judicial contra o outro, ao fundamento de que este último construíra uma varanda cujo telhado lançava as águas da chuva sobre a garagem da residência do primeiro, causando danos ao imóvel, e pede que o magistrado determine o desfazimento (demolição) daquela obra. Averiguando que o autor tem razão, pode o magistrado julgar procedente o seu pedido, mas determinar que, em vez de demolir a sua varanda, o vizinho-réu tome providência no sentido de construir uma canaleta por onde possam escoar as águas da chuva sem que haja prejuízo ou risco para o imóvel do demandante. Trata-se de decisão que não concede exatamente o que pretendia o autor, mas lhe defere um resultado prático equivalente, atendendo às sub-regras do princípio da proporcionalidade: (i) é medida adequada, eis que tem aptidão para permitir que se atinja o bem da vida buscando pelo autor; (ii) é medida

necessária, eis que é a que causa menos restrição ao direito do réu; (iii) e é medida proporcional, eis que concilia perfeitamente os valores em jogo, sem causar e nenhum deles uma restrição irrazoável (Didier Jr., 2008, p. 381-382).

Interessante verificar cada um dos subprincípios separadamente, analisando a participação que cada um deles tem na formação do princípio maior da proporcionalidade.

Em relação ao princípio da adequação é mister verificar a exata consonância ou correspondência entre os meios e os fins; os primeiros devem ser idôneos e compatíveis com estes últimos. “A adequação implica em verificar no exame da conformidade com o princípio se o meio utilizado, veiculado por meio de determinada norma, é potencialmente idôneo para alcançar o fim colimado” (BARROS, apud ASSIS, 2201, p. 63).

Paulo Bonavides comenta:

O primeiro elemento é a pertinência ou aptidão (Greeignetheit), que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”, conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (Übermassverbot), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade. Com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que a “medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido”, ou, segundo Hans Huber, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado (BONAVIDES, 2008, p. 396-397).

“A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim” (ÁVILA, 2006, p. 165).

O princípio da adequação determina que o meio escolhido seja idôneo para que assim promova a finalidade almejada, portanto o meio e o fim deverão ser mostrar adequados. A adequação é a legitimidade do meio pensado para atingir a tutela (MARINONI, 2008, p. 107).

Sobre o princípio da necessidade, também chamado de princípio da exigibilidade, está relacionado diretamente à análise detida do meio coercitivo a ser utilizado, a fim de que seja adotado aquele que traga menos prejuízo para uma das partes. A necessidade reflete a análise de uma medida e a comparação com uma medida já existente e igualmente eficaz. O princípio da necessidade verifica o meio que vai ser utilizado, procurando obter um fim em conformidade com os interesses do cidadão.

Paulo Bonavides acrescenta:

O publicista Frances Xavier Philippe, por sua vez, assevera que o princípio pode ser ilustrado pela seguinte máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”. Acrescenta que pela necessidade não se questiona a escolha operada “mas o meio empregado” e que este “deve ser dosado para chegar ao fim pretendido.

Em outras palavras – conforme o comentário de Mauns/duerig – de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (Erforderlichkeit) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave (“das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels”) (BONAVIDES, 2008, p. 397).

Humberto Bergmann Ávila destaca:

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesse sentido o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menos medida os direitos fundamentais colateralmente afetados (ÁVILA, 2007, p. 170).

Destarte, a aplicação do princípio da necessidade implica na averiguação da existência de alguma medida menos restritiva de direito, que possa ser tomada, mas que surta o mesmo efeito daquela inicialmente pensada ou proposta, de forma que se busque a efetividade da decisão com a menor onerosidade possível para as partes, em especial para o devedor da obrigação.

Luiz Guilherme Marinoni (2001, p. 104) diz o seguinte:

A necessidade de desdobra nas idéias de meio idôneo e da menor restrição possível. O meio idôneo é pensado em termos de eficácia, pois é aquele que tem aptidão para proporcionar concretamente tutela. Todavia, esse meio idôneo deve ser aquele que cause a menor restrição possível a esfera jurídica do réu. Nesse caso, ou seja, quando o meio for idôneo ao pretendido pelo autor e, ao mesmo tempo, configurar a menor restrição possível, constituirá o meio mais idôneo, representado a idéia de meio mais suave, que é justamente aquele que deve ser usado para dar tutela ao direito do autor (MARINONI, 2001, p. 104).

Sendo o meio idôneo para a busca do fim almejado pelo autor, dever-se-á buscar a eficácia possível, branda, devendo causar a menor restrição possível preservando o direito do autor (MARINONI, 2008, p. 107-108).

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também chamado de ponderamento ou sopesamento, impõe uma averiguação total do juiz sobre as vantagens e as desvantagens do emprego de determinados meios, em relação aos fins a que se propõe. Nada mais é do que o equilíbrio.

Ainda que a medida seja considerada adequada e necessária, ela poderá ser considerada desproporcional, haja vista que é preciso de um terceiro elemento que é o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que versa em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental tocado e a importância da concretização do direito fundamental com que ele choca e que baseia a adoção da medida restritiva (SILVA VIRGÍLIO, 2002, p. 40).

Paulo Bonavides afirma:

O terceiro elemento de concretização da proporcionalidade consiste na proporcionalidade mesma, tomada *sctrictu sensu*. Aqui assinala Pierre Muller, a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo (BONAVIDES, 2008, p. 397).

A proporcionalidade em sentido estrito nada mais é do que um mandamento de ponderação ou sopesamento, segundo Silva Virgílio:

Quando dois ou mais direitos fundamentais colidem, a realização de cada um deles depende do grau de realização dos demais e a ponderação entre eles busca atingir um grau ótimo de realização para todos. A otimização de um direito fundamental, nesse caso, vai depender das possibilidades jurídicas presentes, isto é, do resultado do sopesamento entre os princípios colidentes, que nada mais é do que a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito. (SILVA VIRGÍLIO, 2002, p. 44).

A proporcionalidade em sentido estrito é o equilíbrio entre os direitos fundamentais, buscando a ponderação entre eles para que atinja um grau de realização para todos, adotando a medida menos gravosa.

Asdrúbal Franco Nascimbeni conclui que o princípio da proporcionalidade tem a seguinte finalidade:

Visa esse princípio, então, entre outros objetivos, à “adequação da medida” a ser imposta pelos magistrados (e adequada, em suma, é a medida que cumpre sua finalidade, causando o menor prejuízo àquele que a sofreu, sendo, dessa maneira, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que traz ao autor superam as desvantagens ao réu, por exemplo). A proporcionalidade, dessa forma, importa a correspondência entre o meio e o fim, requerendo-se, ainda, um exame de como se estabeleceu a relação entre um e outro, devendo haver um equilíbrio entre eles, pois, de um lado está o interesse social (representado, entre outras formas, pelo respeito ao poder do Estado–juiz) e de outro, as garantias dos indivíduos (NASCIMBENI, 2005, p. 186).

O princípio da proporcionalidade não deve permanecer oculto em nosso ordenamento constitucional, pois é um princípio vivo, elástico, servindo para proteger as pessoas contra os excessos do Estado, como guardião à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. Devendo assim, extraí-lo da doutrina, dos próprios fundamentos da Constituição, introduzindo-o no nosso ordenamento jurídico com todo vigor por meio da jurisprudência. Versando sobre o que é mais novo, considerando a vida concreta não captada pelo formalismo jurídico (BONAVIDES, 2008, p. 434).

Eduardo Talamini (2001, p. 393-394) leciona que a proporcionalidade (nela incluída a razoabilidade) é derivação direta da própria coexistência de princípios na Constituição. Também ela consiste, assim, em um princípio constitucional, conquanto implícito (CF, art. 5º, § 2º). Há, ainda, quem pretenda

extraí-la do princípio da legalidade. Poder-se-ia, igualmente, tê-la por abrangida exigia ampla fundamentação, na medida em que se torna objeto de consenso, passa a dispensar maiores agressões – bastando-lhe, então, a “justificativa interna” (demonstração de sua coerência com os demais elementos relevantes para decidir).

Mas seja qual for a origem do princípio da proporcionalidade, é importante que ele deve estar presente nas considerações de todos os juízes no momento da aplicação dos meios coercitivos, sendo que deve ser considerado mais no momento da justificação da medida a ser tomada do que no plano da elaboração do meio a ser aplicado.

O conflito de direitos fundamentais ou de princípios constitucionais deve ser vislumbrado no momento da tomada da decisão, cabendo ao juiz compatibilizar estes valores, decidindo mediante a utilização dos instrumentos formadores do princípio da proporcionalidade, mensurando e respeitando os direitos fundamentais das partes.

3.5 Constitucionalidade e legalidade da prisão civil como meio de coerção.

No aspecto em que é estudada, neste trabalho, a prisão civil tem a natureza jurídica indiscutível de instrumento de coerção física, logo, de natureza pessoal, imposta ao devedor da obrigação pecuniária (quando se tratar de prestação alimentícia) ou obrigação de fazer ou não fazer, para induzi-lo forçosamente a adimplir sua obrigação, decorrente de uma decisão judicial, seja resolutive de mérito ou apenas uma decisão interlocutória.

O art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, 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".

Como não poderia deixar de ser, existem diversas correntes interpretativas do texto constitucional, relativas aos casos em que seria possível a aplicação da prisão civil. Os mais arraigados alegam que uma interpretação sistemática somente permite a conclusão de que a prisão civil é uma proibição inserta na Constituição Federal de forma ampla, apenas admitida em dois casos

específicos, devidamente delineados no próprio artigo constitucional, que seriam os decorrentes de dívida de natureza alimentar e do depositário infiel.

No que tange à dívida decorrente de ordem judicial para pagamento de alimentos, não há qualquer óbice à decretação da prisão civil do devedor, posto que o texto constitucional assim o admite expressamente, situação também amparada por tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica. Essa possibilidade está regulada pelo art. 733 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a execução da prestação alimentícia, e é o exemplo mais comum de aplicação do instituto em comento. Com efeito, estabelece o referido dispositivo:

Art. 733. Na execução da sentença ou de decisão que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três (3) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um (1) a três (3) meses.

A prisão do depositário infiel, em que pese ter sido amplamente utilizada e defendida até pouco tempo, já não é mais possível no Direito nacional, haja vista que a situação já está devidamente pacificada em razão da edição da Súmula Vinculante n. 25, de 02 de dezembro de 2009, publicada no Diário Oficial da União Eletrônico, de 22 de dezembro de 2009, que dispõe: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

É imperioso destacar que a prisão civil não está adstrita aos devedores inescusáveis de pensão alimentícia. A limitação imposta pelo texto constitucional limita-se às prisões que tenham como motivo principal o inadimplemento de uma dívida, entendendo-se como tal todas aquelas obrigações que devem ser adimplidas pelo devedor mediante pagamento em dinheiro. Assim sendo, não obstante os respeitáveis entendimentos contrários (citados mais adiante neste trabalho), se vislumbra ser plenamente possível a decretação da prisão civil para o devedor de obrigação não-pecuniária.

Aliás, em que pese os diversos e abalizados entendimentos que defendem a inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da prisão civil para coagir os devedores de obrigação de fazer e de não-fazer a adimplirem a ordem

judicial, o certo que é que a nossa legislação já prevê a utilização deste instituto há muito tempo. E poucas foram as insurgências ostensivas em relação a elas.

Basta notar, por exemplo, que o art. 885 do Código de Processo Civil prevê a aplicação da prisão ao dispor:

Art. 885. O juiz poderá ordenar a apreensão de título não restituído ou sonogado pelo emitente, sacado ou aceitante; mas só decretará a prisão de quem o recebeu para firmar aceite ou efetuar pagamento, se o portador provar, com justificação ou por documento, a entrega do título e a recusa da devolução.

Parágrafo único. O juiz mandará processar de plano o pedido, ouvirá depoimentos se for necessário e, estando provada a alegação, ordenará a prisão.

Note-se que o caso previsto nos dispositivo não é de devedor de alimentos ou de depositário infiel, ou seja, não se trata de prisão por dívida, mas sim de indivíduo relutante em cumprir a ordem judicial.

A primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (HÁ 52.613, de 24 de setembro de 1974, Rel. Min. Djaci Falcão, RT 481/417) entendeu ser legal a aplicação do art. 732 do Código de 1939, reproduzido no art. 885 do atual Código vigente, e confirmou a prisão de sonegador de duplicata enviada para aceite. Não obstante tratar-se de um precedente da Suprema Corte, que avalizou o conteúdo e a aplicação do art. 885 do atual Código de Processo Civil, não se pode olvidar que a aplicação do instituto da prisão civil deve ser relegada à última providência, quando todos os demais meios de persuasão do sonegador restarem infrutíferos.

Carlos Álvaro de Oliveira tem diferente opinião sobre este tema, defendendo que:

Quando se trata de duplicata mercantil, é de se afastar desde logo o pedido de apreensão e, a *fortiori*, o de prisão. Mostra-se evidente a desnecessidade de tutela jurídica, diante dos claros termos do art. 15, § 2º, da Lei das duplicatas (redação de acordo com a Lei n. 6.458, de 01.11.1977) autorizando “a execução de duplicata ou triplicata não aceita e devolvida, desde que haja sido protestada mediante indicações do credor ou do apresentante do título, nos termos do artigo. 14, preenchidas as condições do inciso II deste artigo”. Se para o protesto e para a ação de execução dispensa-se devolução da duplicata, causa não haverá para que se lhe peça a apreensão, muito menos sob pena de prisão, a não ser por mero espírito de emulação, com vistas a coagir indevidamente o devedor.

Conduz ao mesmo resultado a existência de pluralidade de exemplares ou cópia da cambial (Decreto n. 2.044, de 1908, art. 16 e seu § 1º; Lei Uniforme, art. 67 e 68).

O fundamento esposado pelos defensores da tese da legitimidade da pena de prisão está alicerçado em vários argumentos, mas especialmente no de que não se trata de prisão por dívida, mas por não devolução da coisa, ou seja, há a infração de um dever legal de lealdade e confiança (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 449), e que a prisão prevista no referido artigo não tem caráter de punição, mas caracteriza-se como instrumento de coerção pessoal, com a finalidade de exercer pressão psicológica sobre a vontade do obrigado para cumprir espontaneamente a obrigação.

José de Moura Rocha (1981, p. 455-456) analisou a evolução do instituto da prisão civil quando dos comentários ao art. 886 do Código de Processo Civil, e afirma que sua função é estritamente processual, posto que destina-se ao adimplemento das decisões judiciais mediante a coerção do devedor inadimplente ou sonegador, com a finalidade última de assegurar ao credor a efetividade do processo mediante a satisfação do seu direito.

Além disso, o art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil, constitui-se atualmente no fundamento legal para a aplicação da prisão civil como meio de coerção imposto ao devedor inadimplente de ordem judicial:

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

O “contempt of Court” relacionado à aplicação de multas, impedimento da capacidade de demandar, retratação em juízo, tal como ocorre em razão da previsão contida no art. 881 do Código de Processo Civil, nos adverte que nem todos os direitos fundamentais são absolutos, posto que até mesmo a garantia constitucional do princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal) pode ter sua aplicação mitigada quando restar demonstrada a exacerbação das atitudes do réu.

Os meios processuais para a aplicação da prisão civil estão à disposição dos juízes. Falta a vontade e a coragem para serem utilizados. Falta o desapego às antigas fórmulas de aplicação da lei. Falta a coragem de transpor barreiras e sofrer críticas.

Desde que obedecido o princípio da proporcionalidade, com a adequada ponderação entre os bens sacrificados e os preservados, e constatada a inocuidade e esgotamento das demais medidas cabíveis, a prisão civil pode e deve ser aplicada, sem que isso se constitua em ferimento às normas legais existentes.

3.6 Prisão civil para os devedores de verbas trabalhistas de caráter alimentar

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, LXVII, 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”.

No que tange à hipótese de depositário fiel o Supremo Tribunal Federal já pacificou a questão com a edição da Súmula Vinculante n. 25, de 02 de dezembro de 2009, publicada no Diário Oficial da União Eletrônico, de 22 de dezembro de 2009, cujo teor é o seguinte:

SÚMULA VINCULANTE Nº. 25 - É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

E, quanto à obrigação alimentícia a que alude o referido dispositivo constitucional, resta indagar se abrangeria somente as dívidas de pensão alimentícia subsumida às relações de Direito de família ou também as dívidas decorrentes de obrigações trabalhistas, mais especificamente as verbas remuneratórias e rescisórias que não fossem pagas sem um motivo que possa ser considerável justo. Poderia, neste último caso, ser decretada a prisão civil do devedor?

Para responder a este questionamento, recorreremos às anotações de Jorge Luis Souto Maior e Manoel Carlos Toledo Filho.

Pode-se pensar que o artigo da Constituição diz respeito somente a dívidas decorrentes de pensão alimentícia, mas nada autoriza essa interpretação restritiva, ainda mais verificando-se que o valor social do trabalho e a proteção da dignidade humana foram erigidos a princípios fundamentais da República (art. 1º, incisos III e IV) e estes princípios são obviamente agredidos quando dívidas trabalhistas de natureza tipicamente alimentar como são o salário e as verbas rescisórias não são pagas por ato voluntário e inescusável (SOUTO MAIOR, TOLEDO FILHO, 2009).

A natureza jurídica de crédito alimentício, que é atribuída às verbas de natureza salarial, encontra respaldo na própria Constituição Federal, cujo § 1-A, do art. 100, assim dispõe:

Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundada na responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

É certo, entretanto, que durante o pacto laboral o empregado recebe diversas verbas que, não obstante decorrerem diretamente do vínculo trabalhista, são pagas sob rubricas que podem deixar margem à dúvidas acerca do seu enquadramento como verba de natureza alimentar e sobre a possibilidade de servirem de fundamento de eventual determinação de prisão civil como forma de coerção para seu adimplemento voluntário.

Tentando dirimir esta dúvida, João Humberto Cesário discorre que:

Ademais, de se notar que mesmo algumas outras parcelas trabalhistas típicas, embora que revestidas de natureza indenizatória, tais como férias + 1/3, aviso prévio indenizado e multa do artigo 477 da CLT, acabam por adquirir inelutável caráter alimentar por ocasião da denúncia contratual, eis que imprescindíveis ao sustento do trabalhador no interregno compreendido entre a dispensa e a nova inserção mercadológica, cada dia mais complicada em virtude do dramático quadro de desemprego reinante em

nosso país, oriundo da má condução da política econômica governamental (CESÁRIO, 2005).

Araken de Assis (2000, p. 758-759) suscita que “o Direito pátrio ignora conceito claro e explícito da obrigação alimentar e, assim, provoca esforços suplementares para encontrá-lo”, e se vale dos ensinamentos de Pontes de Miranda para informar que “o termo alimento possui o sentido amplo de compreender tudo quanto for imprescindível ao sustento, à habitação, ao vestuário, ao tratamento das enfermidades e às despesas de criação e educação”.

Não se pode esquecer do conceito de salário mínimo trazido pela Constituição federal que, em seu art. 7º, inciso, IV, assim o conceitua:

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Destarte, a interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, conjugada com os ensinamentos de Araken de Assis e Pontes de Miranda, entre outros, permitem concluir, de forma inarredável, que o termo “prestação alimentícia” é extensível também aos créditos de natureza trabalhista e, por conseqüência, perfeitamente viável que o inadimplemento voluntário e inescusável destes créditos dê ensejo à decretação da prisão civil do devedor, para coagi-lo ao cumprimento voluntário da obrigação.

Tanto é verdade que as dívidas de natureza trabalhista possuem caráter alimentar que até mesmo o rito especificado pela Lei n. 5.478/68 possui uma semelhança incrível, e certamente não é coincidência, com o rito das ações trabalhistas regidas pela CLT. Veja-se algumas destas similitudes:

- a) o pedido pode ser externado verbalmente, com sua redução a termo pelo escrivão (Lei 5.478, art. 3º, §§ primeiro e segundo; CLT, art. 840, § 2º);
- b) a segunda via da petição ou do termo será remetida ao demandado no prazo de 48 horas (Lei 5.478, art.5º; CLT, art. 841);

- c) a citação é, via de regra, postal (Lei 5.478, art. 5º, § 2º; CLT, art. 841, § 1º);
- d) o autor é notificado da data da audiência já no ato de recebimento da petição ou da lavratura do termo (Lei 5.478, art. 5º, § 6º; CLT, art. 841, § 2º);
- e) na audiência, deverão estar presentes autor e réu, independentemente da presença de seus representantes (Lei 5.478, art. 6º; CLT, art. 843);
- f) a ausência do autor importará em arquivamento e a do réu em revelia e confissão (Lei 5.478, art. 7º; CLT, art. 844);
- g) as testemunhas, até o máximo de três para cada parte, comparecerão espontaneamente à audiência, na qual ademais serão apresentadas eventuais outras provas (Lei 5.478, art. 8º; CLT, arts. 821, 825 e 845);
- h) audiência deverá ser contínua, salvo motivo de força maior (Lei 5.478, art. 10; CLT, art. 849);
- i) as alegações finais serão verbais, no prazo de 10 minutos, após o que será renovada a proposta conciliatória, seguindo-se, caso esta resulte frustrada, a prolação da decisão (Lei 5.478, art. 11; CLT, art. 850);
- j) as partes reputar-se-ão intimadas da sentença na própria audiência (Lei 5.478, art. 12; CLT, art. 852).

Mas é imprescindível deixar claro que, não obstante a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, por meio da Emenda Constitucional n. 45, como, por exemplo, para processar e julgar ações de indenização por dano moral oriundo de assédio moral, sexual ou organizacional, decorrentes da relação de trabalho, não podem tais verbas, quando reconhecidas, serem consideradas alimentícias, haja vista que, à toda evidência, não se revestem de caráter alimentar, ou seja, não são imprescindíveis para o sustento do empregado e sua família.

Mas, embora aplicável ao caso em tela, a decretação da prisão civil relativamente ao inadimplemento de verbas trabalhistas encontra alguns obstáculos que, apesar de transponíveis, dificulta a sua efetivação.

Isto porque, quando se trata de prestação alimentícia oriunda do Direito de família, o devedor geralmente é pessoa natural.

Na quase totalidade das ações trabalhistas o pólo passivo é constituído de uma ou mais pessoas jurídicas que, como tal, não goza do direito de liberdade, no sentido que aqui a concebemos e, portanto, não pode ser tolhida por meio de uma ordem judicial.

A solução que se impõe é a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora, impondo aos seus sócios o dever de cumprir a obrigação reconhecida judicialmente, por meio de mera decisão prolatada na fase de execução. Nesse caso, considerando que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT tratou da responsabilidade patrimonial nos arts. 876 a 892, mas foi omissa em relação à responsabilidade secundária, é mister a aplicação subsidiária

dos arts. 591 e 597 do Código de Processo, Civil, que tratam de execução. O art. 592 do CPC dispõe que ficam sujeitos à execução os bens:

- I - do sucessor a título singular;
- II - do sócio, nos termos da lei;
- III - do devedor, quando em poder de terceiros;
- IV - do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida;
- V - alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.

Em que pese tratar-se de relação meramente exemplificativa, e não taxativa, é primordial esclarecer que não se pode aplicar a referida teoria a todos os casos de insolvência empresarial, pois isso culminaria com a desestruturação da legislação atual e numa inconcebível insegurança das relações jurídicas, segundo posicionamento de Roberto Fragale Filho:

[...] se por um lado é inegável que se impõe a proteção dos direitos do trabalhador; por outro lado, não se pode suprimir toda e qualquer segurança jurídica. Ou seja, não se pode "reificar" a tutela do trabalhador, assumindo indiscriminadamente que todas as modificações na estrutura da personalidade jurídica foram (e são) efetuadas com o intuito de fraudar os direitos do empregado (FRAGALE FILHO, 2003, p. 287).

Também não se pode olvidar que a propriedade deve atender aos seus fins sociais, consoante está disposto no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal e art. 154 da Lei das Sociedades Anônimas, e tampouco que a atividade econômica é fundada na valorização do trabalho humano e deve respeitar o princípio da justiça social, a rigor do disposto no art. 170 da Constituição Federal.

A responsabilidade pela correta aplicação do instituto da prisão civil será sempre do juiz do trabalho que, ao analisar o caso concreto e sem olvidar o princípio de proteção ao hipossuficiente, aplicável no Direito do Trabalho, deverá se valer do dispositivo contido no art. 50 do atual Código Civil Brasileiro que, por ser norma geral, justifica a sua aplicabilidade no Direito do Trabalho, e concluir justificadamente se é o caso de desconsiderar a personalidade jurídica da empresa originariamente condenada ao pagamento de verbas trabalhistas.

Em resumo, sempre que houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, em detrimento dos direitos do empregado, e não sendo possível a localização de bens garantidores da execução, deverão os sócios responder pela execução, mediante a aplicação da teoria da despersonalização da pessoa jurídica.

O Poder Judiciário detém o poder, mas, antes de tudo, detém a obrigação de mostrar à sociedade que os direitos fundamentais não podem ser impunemente desrespeitados e que não pode continuar a valer-se de desculpas estapafúrdias e medrosas para proteger aqueles que de forma voluntária e inescusável, abusando de seu poder econômico, do alto de suas mansões e carros importados, sarcasticamente zombam da justiça, impingindo sofrimento aos trabalhadores que ficam desamparados e privados até mesmo dos mais elementares direitos fundamentais.

Ao confrontar o princípio da proteção à vida (do trabalhador desamparado) com o princípio da liberdade, obviamente nosso ordenamento jurídico jamais poderá pender favoravelmente ao segundo.

3.7 A prisão civil como técnica moderna para a efetivação da tutela.

Todo credor almeja que o devedor cumpra a obrigação devida exatamente na forma como foi prometida. Sergio Cruz Arenhart afirma que:

[...] a execução indireta (também dita “por coerção”) constitui hoje a forma mais eficiente de efetivação dos provimentos jurisdicionais. Considerando a demora inerente ao procedimento de expropriação judicial de bens, aliada à corriqueira prática (de devedores contumazes) de esconder seus bens (ou pô-los em mãos de terceiros), não há dúvida de que a efetivação das decisões judiciais através da superação da vontade do requerido constitui forma mais singela e direta de obter o cumprimento da ordem jurisdicional. (ARENHART, 2007, p. 633)

No mesmo sentido já lembrava Orlando Gomes:

[...] em verdade, a execução coativa sob forma específica constitui a forma por excelência de satisfação do crédito. ... Tanto que, na execução voluntária, não pode substituir a prestação. Seria absurdo que tivesse essa prerrogativa por efeito do inadimplemento. . Do mesmo modo, não tem o credor o direito de exigir outra prestação que não a devida. A inadimplência não o investe no direito à sua substituição. Nestas condições, o devedor na pode oferecer o equivalente em dinheiro, nem o credor pode exigí-lo. A execução sob forma genérica só se justifica quando impossível a execução direta, por tornar-se a prestação inútil ao credor, ou importar intolerável constrangimento na pessoa do devedor. A regra é a execução sob forma específica. (GOMES, 1978, P. 217)

E é sob este enfoque que se desenvolvem as discussões que elevam a forma de execução indireta ao patamar de máxima importância, por se valerem das técnicas processuais consistentes em meios de coerção e, em especial, a prisão civil como técnica de coerção para o cumprimento das decisões judiciais.

Aliás, há pouco tempo houve uma tentativa de se incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro, de forma expressa e clara, a técnica coercitiva da prisão civil, copiando o modelo do *contempt of court* do Direito anglo-americano. Inicialmente pretendia-se acrescentar um parágrafo segundo ao art. 14 do Código de Processo Civil. Porém, por pressões advindas do próprio Governo Federal, a previsão foi suprimida da proposta inicial, perdendo o ordenamento jurídico nacional de contar com mais um meio – talvez o mais eficiente - de propiciar a tutela específica da obrigação de forma cabal e célere.

Não obstante, permanece atual a disposição de se manter viva tal possibilidade, mediante estudos que justifiquem a viabilidade e a legalidade da aplicação de tal medida no ordenamento jurídico brasileiro, fora dos casos clássicos admitidos em nossa Constituição federal (atualmente apenas a prisão do devedor inadimplente de alimentos).

A visão dada ao presente estudo é o da prisão civil com instrumento de coerção estritamente civil, imposta ao indivíduo para forçá-lo ao cumprimento de determinada ordem judicial, desvinculando-a de qualquer obrigação por dívida e de qualquer conotação repressiva.

Enquanto a sanção criminal tem caráter nitidamente retributivo e preventivo, a prisão civil tem conteúdo exclusivamente de coerção, que visa constranger o inadimplente ao cumprimento da decisão judicial.

Eduardo Talamini (2003, p. 303) afirma que “a prisão civil vai sempre depender de uma prévia ordem judicial veiculadora da cominação, inclusive quando o caso for de dívida alimentícia, a prisão sempre será uma decorrência do descumprimento da ordem judicial, e não da violação do dever objeto da tutela processual civil”.

Não obstante o acerto da ponderação acima, o que se apregoa neste trabalho é que a utilização da prisão civil deverá tutelar apenas e tão somente as ordens judiciais que tenham por objeto o cumprimento de prestações que não tenham caráter obrigacional.

Sérgio Cruz Arenhart (2007, p. 647) nos brinda com uma conclusão sobre o assunto acima abordado, da seguinte forma:

Enfim, se a ordem judicial tiver por finalidade o cumprimento de obrigação, então será incabível o uso da técnica coercitiva consistente na restrição da liberdade individual, diante dos termos do art. 5º, inc. LXVII, da CF. Quando o objeto da tutela jurisdicional for prestação calcada em outra espécie de dever (não obrigacional, portanto), será, ao menos em tese, cabível o recurso à prisão civil para dar guarida a esta ordem. Nestes termos, o que aqui se defende não é o cabimento da prisão civil como forma de proteção da decisão (ordem) judicial em si, mas apenas das ordens que tiverem por finalidade a proteção de direitos não-obrigacionais. Com estas considerações, é de se concluir que o direito brasileiro reconhece a viabilidade da prisão civil – usada como meio de coerção. O que é inviabilizada pela Lei Maior é a prisão que tem origem em dívida, ou seja, aquela estabelecida para cumprimento de liame obrigacional, ressalvadas a obrigação alimentar e, se assim se entender, a derivada do *contrato* de depósito.

Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 292) comunga do mesmo entendimento de Talamini, mencionando que:

[...] a norma do art. 5º, inc. LXVII, da CF, pode-se contrapor a outro direito fundamental (o direito à efetividade da jurisdição). Havendo a necessidade de harmonizar este conflito, cumpre concluir, em sua ótica, que “a prisão deve ser vedada quando a prestação depender da disposição de patrimônio, mas permitida para a jurisdição poder evitar – quando a multa e as medidas de execução direta não se mostrarem adequadas – a violação de um direito”.

Algumas objeções podem ser levantadas para se tentar obstar a utilização da prisão civil, tais como o estado falido do sistema prisional nacional, ou até mesmo a falta de previsão legal para a aplicação do instituto.

Em relação ao primeiro argumento, é notório e inegável que o sistema carcerário brasileiro está abarrotado e não comporta nem mesmo os presos que lá estão, posto que a superlotação em condições indignas e degradantes é matéria recorrente na mídia nacional. Assim sendo, é claro que nem mesmo criminosos de menor potencial ofensivo deveriam ser encarcerados, quanto mais simples réus em ações civis. Porém, as situações são diferentes e incomparáveis. A prisão civil é de aplicação eventual, apenas em casos de recalcitrância do descumpridor de ordem judicial e sempre se espera que a mera ameaça de prisão já seja suficiente para o adimplemento da ordem.

Quanto à inexistência de uma norma disciplinadora da aplicação da prisão civil, poderia se argumentar que tal situação implicaria na ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal, insculpido no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, posto que a liberdade de alguém estaria sendo privada sem um procedimento prévio e adequado anteriormente previsto.

Ocorre que, a se entender desta forma, nenhum modo de coerção poderia ser aplicado, nem mesmo a multa coercitiva (*astreintes*), hoje largamente utilizada como instrumento de coerção, haja vista que sequer existe qualquer modelo regulamentador aplicável às várias hipóteses de aplicação da referida multa. A regra é a mesma para ambas as situações, posto que a norma constitucional menciona que ninguém será privado “da liberdade ou de seus bens” sem o devido processo legal.

Ao largo da celeuma que paira sobre o instituto da prisão civil, existem algumas situações em que a prisão civil é decretada, e que não se tratam daquelas exceções previstas no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, mas que simplesmente ninguém ousa polemizar seriamente ou taxar de ilegais.

Uma delas refere-se à condução coercitiva da testemunha que injustificadamente deixa de atender ao chamado judicial para comparecer em juízo e prestar depoimento sobre o que souber. Segundo o art. 412 do Código de Processo Civil, ela será conduzida, ou seja, terá sua liberdade cerceada temporariamente, pelo período necessário ao seu deslocamento para o local em que será inquirida até ser dispensada pelo juízo.

Outra situação decorre da prisão administrativa de estrangeiro que entre ou permaneça irregularmente no Brasil, (art. 61 da Lei n. 6.815/80), quando poderá permanecer preso administrativamente por até 60 (sessenta) dias.

Não obstante a inexistência de procedimentos próprios para as situações de aplicação da prisão coercitiva, o aplicador da medida deve sempre zelar para que a necessidade da imposição da prisão somente se justifique quando foram infrutíferos todos os outros possíveis meios de obtenção do cumprimento da ordem judicial, em atenção ao princípio do cumprimento da obrigação pelo modo menos gravoso ao devedor.

E para que não se banalize e nem se transforme, de lúdico instrumento a serviço da justiça em motivo de abusos, é mister que se garanta sempre ao devedor, assim entendido o descumpridor recalcitrante de ordem judicial, o exercício do contraditório e ampla defesa, possibilitando-lhe expor seus fundamentos tendentes a evitar a prisão iminente.

4 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

4.1 Posições doutrinárias favoráveis e desfavoráveis à aplicação da prisão civil como meio de coerção para o cumprimento das decisões judiciais

Não obstante a aparente clareza da nossa Constituição federal acerca da limitação da aplicação da prisão civil, verifica-se que esse instituto tem gerado grandes polêmicas entre os doutrinadores pátrios. Diversas são as autoridades doutrinárias nacionais que têm se debruçado sobre o tema e tecido opiniões diversas, a favor e contra a aplicação deste mecanismo para justificar a efetividade das decisões judiciais, além daqueles casos expressamente previstos em nossa Constituição.

Pontes de Miranda (1968) certamente foi o arauto primeiro das vozes que defendem uma interpretação mais elástica do instituto da prisão civil. Nos dizeres de Marcelo Guerra, ele foi o precursor da “tese ampliativa da prisão civil” ao lecionar que:

A prisão civil por inadimplemento das obrigações, que não sejam pecuniárias, é sempre possível na legislação. Não a veda o texto constitucional. Outrossim, em se tratando de obrigações que não sejam dívidas no sentido estrito (...), nem de multas ou de custas (GUERRA, 2003, p. 136).

Mais tarde, Pontes de Miranda tornou a afirmar a possibilidade da prisão civil:

O que a Constituição proíbe é a pena de prisão por não pagamento de dívidas (...) e não a prisão como meio para impedir que o que tem posse imediata de algum bem se furte à entrega dele. (...) A prisão civil por inadimplemento de obrigações, que não sejam pecuniárias, é sempre possível na legislação (MIRANDA, 1976, p. 449-450).

O que se percebe é que a sua ilação nada mais é do que uma interpretação literal do § 17, do art. 150, da Constituição Federal de 1967, residindo seu mérito no fato de ter suscitado a polêmica e ter inspirado outros estudiosos do Direito a se manifestarem sobre o tema.

Donaldo Armelin afirma a necessidade de:

[...] dotar o Poder Judiciário de instrumentos processuais que, através da coação indireta, inclusive pertinente à restrição da liberdade individual, **permitam alcançar a garantia de uma tutela jurisdicional satisfativa plena e** exaustiva. Não se cogita de advogar a prisão por dívida, mas sim a restrição de liberdade por descumprimento de ordem judicial legítima. A isso não está inibido o Legislador Ordinário, pois a garantia individual insculpida no artigo 153, § 17, da Constituição Federal, apenas veda a prisão civil por dívida. Vários Estados democráticos prevêm medidas desta natureza que não podem, por si mesmas, ser caracterizadas como de execução ou ditatoriais. A figura do *contempt of court* do direito anglo-saxônico está aí para demonstrar como a sanção indireta por descumprimento de ordem judicial pode ensejar a perda da liberdade, quando isto faz mister (ARMELIN, 1985, p. 137).

Marcelo Lima Guerra comenta o termo “dívida” constante no texto constitucional e aprofunda o tema sobre a proteção de outros direitos fundamentais:

Ela não implica, necessariamente, em deixar de levar em consideração e proteger, em medida proporcional, o valor fundamental da proteção da liberdade. Com efeito, uma interpretação que, no marco da teoria dos direitos fundamentais, venha a considerar possível o uso da prisão civil fora das hipóteses do mencionado dispositivo constitucional, não permitiria, de forma alguma, o uso concreto desta medida, em situações concretas, onde não se revelasse necessário, exigível e proporcional proteger um outro direito fundamental, dom sacrifício da liberdade individual. Insista-se, portanto, que o uso de prisão civil é capaz de favorecer a realização de outros direitos fundamentais, o que consiste em forte argumento em favor da “tese ampliativa”. ... Por tais razões, acredita-se racionalmente justificada a opção por atribuir à expressão “dívida” o sentido de “obrigação pecuniária”, aderindo à aqui chamada “tese ampliativa”. Tal decisão está metodologicamente justificada, por ser resultante do uso de uma interpretação especificamente constitucional, adequada à teoria dos direitos fundamentais e às peculiaridades específicas das normas jusfundamentais como mandamento de otimização – as quais, repita-se, não se compadecem como soluções que privilegiem, absoluta e abstratamente, qualquer direito fundamental – assim como está também materialmente justificada por permitir uma maior proteção a todos os direitos fundamentais que possam estar envolvidos numa situação concreta, onde, se discuta o cabimento ou não de prisão civil, fora das hipóteses do inc. LXVII do art. 5º da CF (GUERRA, 2003, p. 136).

E, ao final, a sua conclusão:

[...] sendo assim, afastada a vedação constitucional ao uso de prisão civil fora das hipóteses expressamente previstas no inc. LVII do art. 5º da CF, mesmo na ausência de norma infraconstitucional admitindo explicitamente tal medida, ela poderá ser empregada, com fundamento no “direito fundamental à tutela executiva”, como “medida coercitiva inominada”. Dito de outro modo, o uso de prisão civil inclui-se dentro da “moldura aberta” com a qual o art. 461, § 5º, do CPC reconhece ao juiz poderes indeterminados para adotar as medidas necessárias a prestar plena e integral tutela executiva às obrigações de fazer e não fazer (GUERRA, 2003, p. 136).

Ada Pelegrini Grinover tem pensamento semelhante, tendo expressado seu entendimento de que não há proibição à prisão civil em nosso ordenamento jurídico:

[...] cumpre notar que a previsão da prisão civil, coercitiva, não é proibida no ordenamento brasileiro, cuja Constituição veda a prisão “por dívidas” (ressalvadas as hipóteses de devedor de alimentos e do depositário infiel), nem pela Convenção Americana dos Direitos do Homem, cujo art. 7º afirma que ninguém poder ser preso por dívidas, exceto o devedor de alimentos (GRINOVER, 2000, p. 62-69)

Lise Nery Mota (2007, p. 126) traz em sua obra as posições de Luiz Guilherme Marinoni e de Alexandre Câmara, ambas sustentando a utilização da prisão civil como meio de assegurar a efetividade da tutela jurisdicional:

Luiz Guilherme Marinoni manifesta-se em defesa da possibilidade da decretação da prisão civil como meio coercitivo para o cumprimento das ordens judiciais:

Não é errado imaginar que, em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela seja frustrada. A prisão, como forma de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Não se trata, por óbvio, de sanção penal, mas de privação da liberdade tendente a pressionar o obrigado ao adimplemento. Ora, se o Estado está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a todos os casos conflitivos concretos, está

igualmente obrigado a usar os meios necessários para que suas ordens (o seu poder) não fiquem à mercê do obrigado. Não se diga que esta prisão ofende direitos fundamentais da pessoa humana, pois, se tal fosse verdade, não se compreenderia a razão para a admissão do emprego deste instrumento nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha. Na verdade, a concepção de processo como instrumento posto à disposição das partes é que encobre a evidência de que o Estado não pode ser indiferente à efetividade da tutela jurisdicional e à observância do ordenamento jurídico. Se o processo é, de fato, instrumento para a realização do poder estatal, não há como negar a aplicação da prisão quando estão em jogo a efetividade da tutela jurisdicional e o cumprimento do ordenamento jurídico. É por isso, aliás, que a constituição não veda este tipo de prisão, mas apenas a prisão por dívida (MARINONI, 1996, p. 123).

Marinoni (1998, p. 317-318) cita a doutrina italiana, segundo a qual “o ordenamento jurídico deve garantir uma efetiva “tutela dei diritti” que nele são reconhecidos e garantidos. Deixaria de cumprir sua função o ordenamento que se limitasse a reconhecer a abstrata titularidade dos direitos e/ou de qualquer forma a relevância de determinadas classes de interesses, mas não se preocupasse em garantir a efetiva tutela dos direitos e interesses”. Citando as palavras de Michele Taruffo, conclui: “da garantia prevista no art. 24 da Constituição italiana decorre não só o direito à condenação, nos casos em que esta seja a forma de tutela adequada em relação à situação jurídica deduzida em juízo, mas também o direito a obter a execução coercitiva nas hipóteses em que falte o adimplemento espontâneo” (MARINONI, 1998, p. 332).

Mais sucintamente, Alexandre Freitas Câmara completa:

Pode o juiz, com o fim de assegurar a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, ou o resultado prático equivalente, determinar a prisão do devedor que se recusa a cumprir a prestação? Pensamos que sim. Tal prisão é possível e deve ser determinada quando imprescindível para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional. Note-se que a vedação constitucional é da prisão por dívidas – salvo nas hipóteses notoriamente conhecidas do depositário infiel e do devedor inescusável de prestação alimentícia – e não de prisão por descumprimento de ordem judicial. Tal restrição de liberdade, todavia, por ser excepcional, deverá ser determinada apenas em casos extremos. O § 5º do art. 461 implica a adoção de um remédio jurídico de natureza assemelhada à da *injunction* do sistema da *common law* e da ação inibitória do Direito italiano (CÂMARA, 1995, p. 75).

Luiz Rodriguez Wambier não aponta qualquer óbice à possibilidade da prisão civil por descumprimento de ordem judicial, embora faça alusão a uma suposta existência de norma específica, isso em caso de um entendimento mais elástico da argumentação do ilustre doutrinador:

[...] a vedação prevista no inc. LXVII, do art. 5º, da Constituição Federal, não alcançaria eventual norma que previsse, como pena para o descumprimento de ordem judicial, a prisão civil. É bom alertar que em outra ocasião nos posicionamos pela inconstitucionalidade do disposto no art. 885 do Código de Processo Civil (...). Essa opinião está rigorosamente mantida (...) porque se assemelha à limitação da liberdade individual, por dívida, vedada no já mencionado dispositivo constitucional. Todavia, quanto ao descumprimento de ordem judicial, não há que se falar em eventual inconstitucionalidade de norma que determine a aplicação de pena de prisão civil, na exata medida em que a hipótese não está abrangida pela vedação do inc. LXVII do art. 5º da CF (WAMBIER, 1995, p. 166).

Sérgio Shimura também perfilha o entendimento favorável à possibilidade de aplicar a prisão civil nos casos de desobediência às ordens judiciais:

[...] é preciso interpretar a prisão como forma de concretização do direito fundamental à tutela efetiva, e não apenas como uma odiosa lesão ao direito de liberdade. Realmente, a prisão, no caso, não tem a ver com dívida. Trata-se de meio coercitivo para cumprimento das determinações judiciais (SHIMURA, 2001, p. 674).

Sérgio Cruz Arenhart (2000) compartilha os entendimentos acima manifestados, completando que não se proíbe "a prisão civil – usada como meio de coerção. O que é inviabilizada pela Lei Maior é a prisão que tem origem em dívida, ou seja, aquela estabelecida para cumprimento do liame obrigacional". E arremata da seguinte forma:

Quanto à prisão para cumprimento de ordem judicial não tem este caráter obrigacional. Ao contrário, deriva do *imperium estatal* e tem por fim resguardar a dignidade da justiça. Enfim, encontra apoio na regra do art. 5º, XXXV, da CF, no que toca à garantia de um provimento jurisdicional útil. Isso porque, em tese, pode haver situações em que a única forma de se obter o provimento jurisdicional capaz de ser eficaz no caso concreto será contando com a colaboração do réu (sujeito a uma ordem judicial); e,

também, não é difícil imaginar hipóteses (especialmente em sede de tutela inibitória) em que a imposição de *astreintes* ou de outra medida de apoio, que não a prisão civil, seja totalmente inadequada para garantir o cumprimento da determinação. Para estes casos, então, será legítima a imposição da prisão civil como meio coercitivo, sem que se vislumbre qualquer óbice a isso na regra constitucional do art. 5º, LXVII (ou mesmo nos textos das convenções inicialmente mencionadas) (ARENHART, 2003, p. 395).

Kazuo Watanabe admite a decretação da prisão civil nas hipóteses de descumprimento de ordem judicial e entende ser possível a prisão em flagrante do infrator em situação idêntica:

O provimento mandamental, isoladamente considerado, poderá conduzir à tutela específica da obrigação através da colaboração do devedor. Há a imposição de medida coercitiva indireta consistente em fazer configurar, ao descumprimento da ordem do juiz, o crime de desobediência. Os executores da ordem judicial poderão, inclusive lavrar a prisão em flagrante, mas o processo criminal respectivo será julgado pelo juízo criminal competente. Semelhante prisão não é proibida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, pois não se trata de prisão civil por dívida, e sim de prisão por crime de desobediência. É chegada a hora de se interpretar adequadamente o mencionado dispositivo constitucional, que não proíbe, de forma alguma, a imposição de prisão civil por ato de desprezo à dignidade da Justiça ou atos que embarcem o regular exercício da jurisdição, uma das funções basilares do Estado Democrático de Direito. O preceito constitucional foi contornado na alienação fiduciária em garantia por a transformação do alienante fiduciário (que na verdade tem uma dívida civil), em depositário em favor do alienatário fiduciário (credor), propiciando a prisão civil. Mas não se tem preocupado muito em impor sanções de natureza penal para aquele que desobedecer à ordem legítima do juiz. Os sistemas alemão e austríaco permitem a importância da sanção limitativa da liberdade, em caso de desobediência à ordem do juiz, além da previsão de pena pecuniária, que é devida ao Estado, e não ao credor. Também o modelo anglo-saxão, através do instituto do contempt of court, admite a prisão, além da multa, esta devida à outra parte, e não ao Estado (WATANABE, 1996, p. 45-47).

E continua, tecendo a possibilidade de críticas:

Não faltarão pessoas, certamente, que procurarão combater semelhante solução e também a ampliação dos poderes do juiz para a obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou para o atingimento do resultado prático equivalente. Não se pode esquecer que o nosso sistema admite soluções tão ou mais draconianas para a tutela de direitos patrimoniais, como a ação de despejo, cuja sentença é executada inclusive com a remoção de pessoas, sejam adultas ou crianças, possuam ou não

outro imóvel para habitação. E semelhante demanda è tradicional em nosso sistema e aceita por todos como a solução natural e de excelente efetividade. Por que, então, não aceitar que, para a tutela de direitos não patrimoniais, (...) possa o sistema possuir provimentos que concedam tutela específica eficaz às obrigações de fazer e não fazer? Com a remoção de pessoas, certamente é atingida a liberdade humana. Mas esta é protegida enquanto estiver em conformidade com o direito. Da mesma forma que na ação de despejo é ela desconsiderada para a tutela do direito patrimonial assegurada pela sentença, também na tutela das obrigações de fazer ou não fazer, enquanto for prática e jurisprudência possível a tutela específica ou a obtenção do resultado equivalente, a liberdade pessoal, se desconforme ao direito, é desconsiderada, admitindo a atuação a do comando judicial através dos meios de atuação determinada pelo juiz e executado por seus auxiliares ou por terceiros (WATANABE, 1996, p. 45-47).

Jorge de Oliveira Vargas também se alinha aos doutrinadores que admitem a prisão civil a partir de uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional:

[...] o que ocorre frequentemente é a desobediência, a rebeldia do litigante em não se dispor a cumprir uma determinação do Judiciário no sentido de fazer ou não fazer algo que seja do direito do litigante em favor de quem o Judiciário se manifestou, desmoralizando assim a função jurisdicional, ou até mesmo se recusando a colaborar no esclarecimento dos fatos; ajudar para a justa e célere entrega da tutela jurisdicional; ou realizar o direito da parte vencedora. A Constituição proíbe a pena de prisão em razão de dívida, mas não a proíbe por resistência ilícita, de desrespeito, de afronta à ordem judicial. Se for evidente que o litigante está de má-fé, com a intenção apenas de dificultar ou impossibilitar a efetivação da prestação do serviço judiciário, e não se tratando de obrigação de pagar determinado quantum, não há vedação constitucional (VARGAS, 1999, p. 797).

Em obra posterior Vargas ressalta que:

[...] a aplicação do *contemp of Court* não se refere à prisão por dívida, ou seja, não se refere àquela prisão em que a pessoa é presa por não ter como pagar a dívida, como ocorria em tempos idos, mas, sim, à prisão por desobediência, ou seja, aquela em que o devedor tem plenas condições de cumprir sua obrigação, mas não a cumpre por mero capricho, por obstinação desarrazoada, ou seja, porque não quer respeitar a decisão judicial. Esta prisão não afronta o contido no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal (VARGAS, 2002, p. 97).

Luiz Fux (1996, p. 359) é categórico ao concluir que o descumprimento da ordem emanada de provimento antecipatório se caracteriza como desobediência à ordem judicial. Também é defensor da aplicação plena da *contempt of court* como instrumento de garantia da dignidade do Poder Judiciário, especialmente como forma de moralizar o cumprimento das ordens judiciais. Para tanto, observa com propriedade:

Impõe-se solidificar a versão de que, no plano extrajudicial, a negação ao direito atinge a parte e só a ela. Entretanto, após o desfecho judicial, o descumprimento é ao decidido pelo Estado, e a resistência às decisões judiciais, inclusive às antecipatórias lavradas diante de um estado de periclitção, revelam flagrante atentado à dignidade da justiça. Ademais, a possibilidade de descumprimento da tutela antecipada torna letra morta o instrumento em prestígio, à recalcitrância do vencido.

Renomados nomes de nossa doutrina são resistentes à tese ampliativa. José Carlos Barbosa Moreira abraça tese contrária à possibilidade da prisão civil fora dos casos expressamente excetuados na Constituição federal:

No primeiro desses caminhos, a reforma processual de 1973 deu importante passo à frente, quando introduziu no ordenamento brasileiro, *expressis verbis*, a possibilidade da imposição de prestações pecuniárias ilimitadas, à semelhança das *astreintes* do direito francês, na hipótese de descumprimento das condenações a fazer e não fazer (art. 644). Difícil ir além, sobretudo no que concerne a medidas de coerção pessoal – as quais, sem falar em possíveis objeções de princípio, suscitariam desde logo, questão de legitimidade Constitucional: o art. 153, § 17, da Constituição da República só admite a prisão civil por dívida nos casos do “depositário infiel” e do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar (MOREIRA, 1984, p. 40).

Eduardo Talamini é objetivo:

Os termos genéricos do art. 461, § 5º, autorizam a cominação de prisão civil como meio coercitivo tendente à realização da “tutela específica”? A resposta é negativa, em face da garantia inserida no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que veda a “prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário fiel (TALAMINI, 2001, p. 296-297).

E sustenta sua posição contrapondo-se à doutrina que defende que a Constituição Federal proibiria apenas a prisão “por dívida”, no sentido de inadimplemento de prestação pecuniária, e que sua utilização seria perfeitamente justificável como mecanismo de coerção para o cumprimento da ordem judicial; ou seja, ninguém poderia ser preso por ser devedor de uma quantia em dinheiro, mas poderia ser preso em razão do descumprimento de uma ordem judicial, devidamente amparado pelo entendimento de que a prisão civil se enquadraria nas medidas a que se refere o art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil. Opondo-se a tal entendimento, diz Talamini:

Mas o argumento, com o devido respeito, não procede. Se a regra geral fosse essa, como explicar que uma das duas exceções previstas na norma – a do depositário infiel – não envolve prisão por dívida pecuniária? Afinal, a prisão civil do depositário infiel funciona precisamente como mecanismo de preservação da autoridade do juiz. A resposta não pode ser outra: o preceito constitucional consagrou essa hipótese como exceção justamente porque a regra geral nele contida é a vedação de qualquer prisão civil (qualquer prisão que não seja aplicada como sanção retributiva à prática de conduta tipificada como crime). Então, para que se compreenda o exato alcance da regra geral, tem-se de cotejá-la com as suas exceções (TALAMINI, 1998, p. 37).

Eduardo Talamini entende que o juiz não pode impor a pena de prisão civil, mas o descumprimento à ordem judicial irá caracterizar o crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, admitindo inclusive prisão em flagrante por ordem do Juiz Cível, mas o caso vai originar um processo penal, que irá tramitar perante a jurisdição penal, sendo necessário que ordem endereçada ao remisso contenha expressamente a advertência de cominação da pena de prisão imediata, no caso de descumprimento.

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini conjugam o mesmo pensamento, da vedação da prisão civil para coagir o devedor a cumprir a ordem judicial:

O não atendimento dessa ordem pelo réu caracteriza crime de desobediência (CP, 330). Poderá haver até prisão (penal) em flagrante do réu desobediente, observados os pressupostos constitucionais e processuais penais para tanto. Originar-se-á processo penal para apurar a ocorrência do crime, que não se confundirá com o processo civil em curso. Não se trata de prisão civil que é vedada para esse caso (WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI, 1998, p. 260).

José Miguel Garcia Medina sinaliza que a vedação imposta pela Constituição Federal abrange a pena de prisão civil por dívida e também a da prisão civil como meio de coerção, pois neste caso a prisão civil estaria ocorrendo por causa da dívida. Porém, admite a hipótese da caracterização do crime de desobediência. Nas suas palavras:

Data vênia, pensamos que, quando a constituição Federal veda a prisão civil por dívidas (art. 5º, inc. LXVII), abarca não apenas a possibilidade de prisão como meio de “satisfação” da dívida – a exemplo do que poderia ocorrer com a *manus iniectionis*, no direito romano – mas também o emprego da prisão como meio coercitivo, pois também neste caso a prisão civil estaria ocorrendo por causa da dívida. Tanto é assim que a prisão civil por dívida alimentícia, expressamente excepcionada pela Constituição Federal, é medida coercitiva, pois “o cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas” (CPC, art. 733, § 2º) (MEDINA, 2004, p. 461).

Afirmou, mais tarde, que:

Para parte da doutrina, seria possível o emprego da prisão civil como meio de coerção também na tutela dos deveres de fazer ou de não fazer, o que seria autorizado pelo art. 461, § 5º, do CPC. Pensamos que, quando a constituição federal veda a prisão civil por dívidas (art. 5º, LXVII), abarca não apenas a possibilidade de prisão como meio de “satisfação” da dívida, mas, também, o emprego da prisão como meio coercitivo, pois também neste caso a prisão civil estaria ocorrendo por *causa da dívida*”. (MEDINA, 2008, p.280).

Ovídio Araújo Baptista da Silva tece críticas ao entendimento de Pontes de Miranda (acima transcrito), segundo o qual a Constituição Federal somente vedaria a prisão civil por dívidas. Diz o mestre gaúcho:

[...] é verdade que a Constituição se refere à “prisão por dívidas”, mas, ao mencionar as exceções que abre ao princípio, alude a um caso de dívida monetária, ou comumente monetária, que é a obrigação alimentar; e a outro, que absolutamente não se confunde com essa espécie de obrigação, que é a prisão do depositário infiel. Se a prisão por dívidas que *não fossem monetárias* estivesse sempre autorizada, não faria sentido a exceção constante do texto constitucional para o caso de depositário infiel (SILVA, 1996, p. 535)..

4.2 Entendimentos jurisprudenciais

Em pesquisa jurisprudencial perante as instâncias superiores, constatou-se a quase inexistência de julgamentos de casos que tratassem especificamente da possibilidade da decretação da prisão civil do devedor de obrigação de fazer, não fazer, ou entregar coisa, com fundamento no art. 461 do Código de Processo Civil.

A quase totalidade dos acórdãos compulsados que tinham como palavra-chave “prisão civil” tratava basicamente da prisão do devedor de alimentos e do depositário infiel, ainda que, neste último caso, houvesse em alguns julgamentos a menção de que não se tratava da prisão por dívida, mas sim em razão do descumprimento da ordem de apresentar determinado bem em juízo, mas que, apesar disso, não se enquadram no objeto deste trabalho.

Não obstante, dos poucos acórdãos encontrados, destacamos um que aponta opinião desfavorável e outro que admite a decretação da prisão civil por descumprimento de ordem judicial.

Primeiramente, o que advogam a impossibilidade da prisão civil por descumprimento de ordem judicial:

Processo
HC 32326 / AC - HABEAS CORPUS 2003/0224692-7
Relator(a)
Ministro PAULO MEDINA (1121)
Órgão Julgador
T6 - SEXTA TURMA
Data do Julgamento
23/08/2005
Data da Publicação/Fonte

DJ 10/10/2005 p. 438

Ementa

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. DESOBEDIÊNCIA A ORDEM JUDICIAL. AMEAÇA DE PRISÃO EM FLAGRANTE. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE COATORA, NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CÍVEL. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. JUÍZO CÍVEL EM HIPÓTESE QUE NÃO DIZ RESPEITO A DEPOSITÁRIO INFIEL OU DEVEDOR DE ALIMENTOS. SALVO CONDUTO EXPEDIDO. ORDEM CONCEDIDA.

Em se tratando de real ameaça de prisão em flagrante, decorrente de descumprimento de ordem judicial, e não de simples advertência genérica, cabível a impetração de habeas corpus A autoridade impetrada - Desembargador Relator de Mandado de Segurança - é incompetente para ordenar a prisão por crime de desobediência, na ausência de previsão legal. Se a hipótese não se identifica com as situações de dívida alimentícia ou depósito infiel, resta demonstrada a incompetência absoluta e a ilegalidade da ameaça concreta de prisão.

Ordem CONCEDIDA para expedição de salvo conduto em favor do paciente.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Hamilton Carvalhido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Como se constata pela ementa acima transcrita, é possível verificar que a fundamentação da posição contrária à admissão da prisão civil por descumprimento de ordem judicial baseia-se na incompetência do Juízo cível para ordenar a prisão por crime de desobediência, ante a inexistência de previsão legal específica. Ressalta expressamente que tal possibilidade somente seria possível se a hipótese se identificasse com as situações de devedor de prestação alimentícia ou de depositário infiel, o que não ocorre no referido caso, onde está bastante claro que se trata de desobediência de ordem judicial. Trata-se, à toda evidência, de um posicionamento conservador e dogmático.

O segundo aresto aponta para uma posição mais liberal e moderna, atenta à necessidade de valorizar as decisões judiciais:

Processo

HC 52436 / SP - HABEAS CORPUS 2006/0002628-4

Relator(a)

Ministra ELIANA CALMON (1114)

Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento

04/04/2006

Data da Publicação/Fonte

DJ 12/05/2006 p. 150

Ementa

HABEAS CORPUS – DEPOSITÁRIO INFIEL – PENHORA SOBRE O FATURAMENTO – DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL.

1. Foi a penhora sobre o faturamento da empresa devidamente formalizada, sendo a paciente indicada como administradora.
2. Descumprimento de ordem judicial por parte da administradora da penhora que, há mais de três anos, procura driblar a Justiça, sem prestar contas do seu encargo.
3. Decretação de prisão está pautada em desobediência e não em prisão civil.
4. Habeas corpus denegado.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, a Turma, por unanimidade, denegou a ordem de "habeas corpus", nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora."Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

A ementa acima transcrita refere-se ao julgamento de *habeas corpus* preventivo indicando como autoridade coatora o Desembargador Federal plantonista do TRF da 3ª Região, o qual negou à paciente a concessão de *habeas corpus* em liminar, a fim de afastar a ameaça que paira sobre ela, com a ordem de prisão expedida pelo Juiz Federal de primeiro grau, pelo fato de haver descumprimento à ordem de depositar o equivalente ao faturamento objeto de penhora, incumbência a seu encargo. Em suas informações, o impetrado relatou que foi ordenada penhora sobre o faturamento da empresa, no percentual de 5% (cinco por cento), devidamente formalizada com a concordância da paciente, que ficou como depositária, em 20 de maio de 2002. Em maio de 2003 a paciente foi intimada para prestar contas da penhora, ordem que foi reiteradamente descumprida, até que, em maio de 2005, alegou ser inviável a penhora sobre o faturamento, diante da sua difícil situação financeira. Mesmo após a concessão de novo prazo, a paciente não cumpriu a ordem, sendo novamente intimada da ordem de depósito, sob pena de prisão. A paciente não cumpriu a ordem e pediu que o juiz elaborasse um plano de

administração e nomeasse um administrador. O juiz considerou que se tratava de mera protelação do feito e expediu o mandado de prisão.

Em seu voto, que foi acompanhado por todos os demais Ministros da segunda turma do STJ, a Ministra Relatora Eliana Calmon manifestou que a ordem deveria ser negada, “porque a paciente está, há mais de três anos, procrastinando prestar contas à Justiça, em flagrante desobediência à ordem judicial”. Segundo a relatora, “sem nunca ter prestado contas do seu encargo, sem nunca ter impugnado a determinação do encargo, vem agora, em evidente chicana à Justiça, questionar sobre a administração da penhora sobre o faturamento e pedir a nomeação de um administrador”. E concluiu: “Sem respaldo jurídico para o pedido, e configurada a desobediência à ordem judicial, não há espaço nestes autos para que se discuta sobre prisão civil por dívida, porque a ordem de prisão decorreu no não-atendimento à Justiça. Com essas considerações, denego a ordem de *habeas corpus*”.

Note-se que a decisão da ilustre relatora foi pautada exclusivamente em razão da desobediência à ordem judicial, ou seja, em razão de uma obrigação de fazer inadimplida pela paciente.

Decisões como esta última, confirmando a possibilidade de prisão por devedor de obrigação de fazer, ainda são raras em nossos tribunais, provavelmente devido à renitência dos julgadores de primeira instância em aplicar a prisão civil como instrução de coerção para o cumprimento de suas decisões. Esta é uma hipótese. Mas, talvez, outra explicação pode decorrer do fato de que inúmeras decisões decretando a prisão civil de devedores de obrigação de fazer tenham sido simplesmente cumpridas pelos seus respectivos devedores, em face da iminência de terem suas liberdades tolhidas diante de uma obrigação passível de ser adimplida, e simplesmente não foram objeto de recurso para as instâncias superiores.

A falta de estatísticas específicas não permite uma constatação mais objetiva.

Mas, o importante é que o pensamento emanado de nossos tribunais está dividido (e cremos que isto é bom), possibilitando que a análise de cada caso concreto possa determinar se a medida coercitiva da prisão civil deve ou não ser aplicada, o que se coaduna com nosso posicionamento, de que tal medida somente deve ser aplicada quando todas as outras possibilidades restarem inócuas e desde que possível a efetivação da ordem judicial.

5 PERSPECTIVAS E ALTERNATIVAS

5.1 Valoração da prisão civil por descumprimento de ordem judicial para fortalecimento e prestígio do Poder Judiciário.

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe o seguinte:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL).

O artigo primeiro da referida Constituição assegura que vivemos num país constituído em Estado Democrático de Direito, que possui como fundamentos, entre outros, a cidadania (inciso II) e a dignidade da pessoa humana (inciso III).

Consequentemente, num Estado Democrático de Direito é de se presumir a existência de um Poder Judiciário independente, forte e sólido o suficiente para garantir o exercício dos direitos sociais e fundamentais insculpidos na Constituição, e para amparar a República Federativa do Brasil a promover e alcançar os seus objetivos fundamentais, consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos (art. 3º da Constituição).

A garantia do exercício da cidadania e dos direitos fundamentais do cidadão é dada pelo Estado, por meio do exercício da jurisdição, que tem a função primeira de dirimir os conflitos e decidir as controvérsias que refletem direta ou indiretamente na ordem jurídica. A Jurisdição é criada e organizada pelo Estado precisamente com a finalidade de pacificar, segundo a lei, os conflitos de interesses das mais diferentes espécies, abrangendo não só os conflitos de natureza privada,

mas igualmente as relações conflituosas no campo do Direito Público (SILVA, 1991, p. 17-38):

Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo. Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada. Receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição (DINAMARCO, 2009, p. 107).

O monopólio do exercício a jurisdição pelo Poder Judiciário é assegurado pela própria Constituição Federal, a qual estipula em seu art. 5º, inciso XXXV, que nenhuma lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Para tanto, utiliza-se do processo judicial, que é o instrumento do Poder Judiciário para a consecução destes direitos e cujas decisões devem estar em perfeita consonância com os ditames insculpidos na Constituição. E, como é óbvio, a efetivação dos direitos e garantias individuais somente ocorrerá se houver o cumprimento das decisões judiciais prolatadas, por quem estiver obrigado a cumpri-las.

Partindo do conceito de José Afonso da Silva de que “a democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem” (SILVA, 2002, p. 125-126), pode-se dizer que a realização dos direitos é o fim a que se deve chegar sempre, sob pena de não se caracterizar a sua realização. E para que este objetivo seja alcançado, é necessário se valer de todos os instrumentos disponíveis e legais, inclusive a utilização do instituto da prisão civil, desde que observados alguns critérios pontuais.

Sabendo que as formas tradicionalmente utilizadas pelos juízes (assim mesmo, depois de muita renitência) para forçar o devedor ao cumprimento da ordem judicial nem sempre conseguem alcançar seu objeto, resta a utilização da prisão civil como meio de coerção para a manutenção da ordem pública, para a integridade da democracia e também, e talvez por mais importante, a moralização do Poder Judiciário.

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em manifestação no Agravo Interno n. 7000302176-3, Ca 1ª Câmara Especial Cível, datado de 27 de março de 2002, teceu a seguinte opinião sobre o assunto:

[...] se as ordens judiciais não forem imperativas e se não houver sanção para o seu descumprimento não haverá mais necessidade nem de sua concessão e nem mais de Judiciário, pois de nada mais adiantaria ao cidadão, que teve seus direitos feridos, recorrer à Justiça, uma vez que as ordens judiciais não passariam de “conselhos” ou “recomendações” de um juiz sem qualquer autoridade, de um Judiciário falido e de um Estado Democrático de Direito absolutamente imane. Em tais circunstâncias, melhor que se extermine o Judiciário e se deixe que Executivo e Legislativo resolvam sobre todo e qualquer direito e reclamo dos cidadãos. Mas enquanto o Brasil for uma República (arts. 1º e 3º, da CF), enquanto houver tripartição de Poderes (arts. 1º e 2º, da CF), enquanto houver Judiciário e enquanto houver juizes, as decisões judiciais têm de ser cumpridas, mesmo que para isso seja necessário a prisão “incontinenti” dos responsáveis.

Luiz Guilherme Marinoni disserta que o direito à prestação jurisdicional é o mais importante dos direitos, e que o direito à tutela jurisdicional não pode:

[...] deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisprudencial já foi proclamada como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos (MARINONI, 2008, p. 184).

Ao adentrarmos no século XXI é justo que todos queiram um Direito Processual mais célere e mais eficaz, mas, para isso é necessário romper cordões umbilicais com posições e pensamentos conservadores e medrosos.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira corrobora este entendimento, lecionando:

Dessa forma, se quisermos pensar o Direito Processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, é preciso romper de vez com concepções privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX. Nesse panorama, um dado importante é o declínio do normativismo legalista, assumido pelo positivismo jurídico, e a posição predominante, na aplicação do Direito, dos princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, com toda sua incerteza, porque correspondem a uma tomada de decisão não mais baseada em um *prius*

anterior ao processo, mas dependente dos próprios elementos que nele serão colhidos (OLIVEIRA, 2004, p. 666).

Para tanto, impõe-se a preparação de um sistema judiciário capaz de produzir decisões que propiciem a concretização do pensamento Chiovendiano, ou seja, de fazer com que o processo garanta a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber, na medida de que for praticamente possível, sob pena de se tornar inócuo, ser inútil e, por consequência, carecer de legitimidade social. O processo é valorado pelos resultados que produz na vida das pessoas, na convivência social, na relação pessoa-pessoa ou pessoa-bem.

A doutrina tradicional tinha em primeiro plano o destaque ao direito de ação, reflexo de uma postura introspectiva em que o sistema processual parecia ser objetivo em si mesmo, sem preocupações com os objetivos a realizar, ou seja, sem se preocupar com os resultados que dele esperam a sociedade, o Estado e os cidadãos. Já a doutrina moderna posiciona-se em torno do processo civil de resultados, consistente na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade de garantir ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes de processo. De nada adianta uma sentença em estruturada e repleta de afirmações favoráveis ao sujeito, quando o que ela propõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada (DINAMARCO, 2009, p. 111).

O enunciado de Chiovenda (acima citado) retrata a instrumentabilidade substancial do processo, que não pode tolerar resistência injustificada às ordens judiciais. E o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional não somente possibilita o acesso à justiça, mas também assegura a garantia efetiva contra qualquer forma de denegação de tutela (GRINOVER, 2001, p. 220).

A partir do momento em que a nossa Constituição Federal assegura que o objetivo principal da República Federativa do Brasil é construção de sociedade justa, livre e solidária (art. 3º), presume-se que o mínimo que o Estado deve garantir aos seus jurisdicionados é que as sentenças que forem prolatadas pelo Poder Judiciário tenham um resultado efetivo, ou seja, que passem muito além de se constituírem num belo conjunto de palavras bem colocadas enaltecendo o direito

objeto da lide e reconhecendo a sua titularidade e se constituam num instrumento de eficácia e efetividade. Basta fazer com que as ordens emanadas do Poder Judiciário sejam cumpridas integralmente.

Pensar diferente é ser conivente com a instalação do caos social e total desprestígio da justiça, autorizando o retorno ao tempo do exercício arbitrário das próprias razões, onde o poder do mais forte se sobreporia aos fracos, tanto no aspecto físico, financeiro ou moral.

Aí jamais teríamos a concretização dos anseios da nossa Constituição, pois não teríamos justiça e tampouco igualdade.

A nossa Constituição é rica na exposição de garantias fundamentais, como o direito à vida, à propriedade, à honra, entre tantos outros direitos, e certamente é uma das mais minuciosas ao tratar de assuntos que outras constituições relegam para as leis complementares.

E se o legislador quis efetivamente uma Constituição abrangente, especificamente no que se refere aos direitos e garantias individuais, cabe a todos, em especial ao Poder Judiciário, a obrigação de fazer cumprir os ditames insertos na Constituição, para que ela não sirva apenas como um modelo de como deve ser um país, mas para fazer de nosso país um modelo como ele deve ser, e não apenas uma utopia.

Luis Roberto Barroso critica as constituições “de fachada” dizendo que é comum a existência de constituições que não possuem aplicação prática. Existem formalmente mas são inúteis porque pregam o que não se pratica, invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem coisas impossíveis de serem cumpridas na prática. Às vezes possível de ser cumprida, mas simplesmente esquecida por quem deveria cumpri-la. Por inúmeras razões as disposições constitucionais deixam de ser cumpridas. Em algumas hipóteses o preceito é impossível de ser realizado deste o momento da sua concepção e, em outras situações, deixa de ser realizado por inescusáveis motivos, não raras vezes travestidos de interesses públicos. A Constituição transforma-se, assim, em um mito, um mero instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não serão honradas (BARROSO, 2006, p. 63).

Ao invés de se pensar que a prisão civil se caracteriza como uma forma perversa de ferir o direito fundamental à liberdade do indivíduo, é necessário

reformular o pensamento e entender que a prisão civil é, antes de tudo, a derradeira tentativa de concretizar o direito fundamental à tutela efetiva.

5.2 Sanção penal como alternativa à prisão civil coercitiva

A prisão civil tem o nítido e incontestado caráter coercitivo em relação ao descumprimento da ordem judicial e sua utilização, por isso mesmo, sempre ocorre com o intuito principal de buscar o cumprimento da determinação judicial.

A sanção penal, por sua vez, não pretende coagir o agente infrator ao cumprimento da ordem judicial, mas tem a única finalidade de punir o infrator pelo cometimento de crime que, a princípio, será o crime de desobediência à ordem judicial, ainda que tal procedimento traga em seu bojo, implicitamente, uma inegável carga de coerção.

Luis Paulo da Silva Araújo Filho entende que, após a emissão da ordem judicial, impondo ao devedor da obrigação o seu cumprimento, desde que se refira à obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa que não seja pagamento em dinheiro, e havendo a recusa injustificável ao cumprimento, plenamente possível é a decretação da pena de prisão prevista no art. 330 do Código Penal. Diz, ainda, que “a interpretação sem preconceitos desse artigo pode levar ao reconhecimento de uma figura de coação eficaz, que pode ensejar a aplicação de multa ou a prisão por crime de desobediência ou prevaricação do recalcitrante” (ARAÚJO FILHO, 2002, p. 98).

Joaquim Felipe Spadonil mantém o mesmo entendimento, afirmando que “o réu que se mantiver recalcitrante, recusando-se a dar cabal cumprimento ao quanto determinado na decisão, estará sujeito não só ao pagamento dos valores referentes à multa diária eventualmente cominada, mas também à pena de prisão, por restar caracterizado o crime de desobediência” (SPADONI, 2002, p. 195).

Eduardo Talamini afirma que:

O desatendimento de um comando do juiz pode caracterizar crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, ou melhor, crime de não-cumprimento de ordem dada por autoridade estatal. Poderá haver até prisão em flagrante do réu desobediente. Mas, nesse caso, tratar-se-á de medida coercitiva de caráter penal. Essa prisão vai ter de seguir os

requisitos constitucionais e processuais penais do flagrante; vai originar processo penal para apurar a ocorrência do crime, que não se confundirá com o processo civil em curso: o juiz competente para esse novo processo será o juiz penal e assim por diante.

...

A prisão penal não constituirá mero meio processual civil de coerção. Tanto é assim que, depois de descumprido o mandamento do juiz e conseqüentemente praticado o crime de desobediência, posterior arrependimento do destinatário da ordem judicial, com o cumprimento daquele comando, não afastará necessariamente a incidência da sanção penal. Isso é em tudo diferente do que se dá com a prisão civil, que cessa no instante em que haja o adimplemento (TALAMINI, 1998, p. 49).

Além de surtir o efeito desejado, no que se refere à pretensão de dar efetividade às ordens emanadas do Poder Judiciário, há ainda outros fatores que determinam uma brandura ou mesmo a inocuidade da medida.

Primeiramente, a tipificação do crime já dependeria da natureza do sujeito ativo. Em sendo um particular o infrator, o enquadramento seria no art. 330 do nosso Código Penal, que tipifica como crime: "desobedecer a ordem legal de funcionário público", cuja pena é detenção de 15 (quinze) dias a 06 (seis) meses, e multa.

Para tanto, necessário se faz lembrar que o juiz prolator da ordem judicial descumprida é um funcionário público, haja vista que o Poder Judiciário é órgão integrante da administração pública (acepção *lato sensu*), eis que a ordem judicial emana do próprio Estado-Juiz, razão pela qual o descumprimento da sua ordem se caracteriza o crime acima descrito, passível de ser apurado e punido segundo a lei.

César Roberto Bittencourt e Luiz Régis Prado (1997) ensinam que o tipo objetivo do crime de desobediência é a conduta incriminada em desobedecer (descumprir, desatender) a ordem legal de funcionário público. É necessário que se trate de ordem, e não mero pedido ou solicitação, e que essa ordem se dirija expressamente a quem tenha o dever jurídico de obedecê-la. Ademais, deve a ordem revestir-se de legalidade formal e substancial, e o expedidor ou executor da ordem há de ser funcionário público, mas este, na espécie, se entende aquele que o é no estrito sentido do Direito administrativo.

Ocorre que, estando o referido crime inserido no capítulo relativo aos "crimes praticados por particular contra a Administração em geral", é evidente que somente o particular é que pode cometê-lo.

Se o infrator da decisão judicial for funcionário público o enquadramento não será o mesmo, haja vista a existência de um capítulo específico no Código

Penal destinado aos crimes cometidos por funcionários públicos contra a Administração em geral.

Assim sendo, se o sujeito ativo do crime, ou seja, se a ordem judicial for dirigida a um funcionário público, agente da administração pública em pleno exercício de suas funções, e em sendo a ordem descumprida, tipificado estaria – em tese - o crime de prevaricação, previsto no art. 319 do Código Penal, ou crime de responsabilidade, previsto no art. 85, inciso VII, e no art. 100, § 6º, ambos da Constituição Federal, e não mais o crime de desobediência.

Não obstante, em se tratando da caracterização de crimes, o fato deveria ser noticiado ao representante do Ministério Público a fim de que este tome todas as medidas necessárias para a responsabilização criminal do infrator.

A prisão possível nestas situações, pelo Juízo cível, será aquela que também é possível a qualquer cidadão, ou seja, a prisão em flagrante, a teor do que dispõe o art. 301 do Código de Processo Penal, que dispõe: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Assim, estando o agente infrator desobedecendo a ordem judicial, estará em situação de flagrante constante, podendo ser preso por qualquer pessoa.

Mas todo esse procedimento não tem, na prática, a efetividade que se espera, haja vista que a força coercitiva ou mesmo sancionadora será drasticamente mitigada em razão do fato de que o julgamento e a execução de tais infrações são de competência dos Juizados Especiais Criminais, cujo rito está previsto nos arts. 76 e seguintes da Lei n. 9.099/95, por se tratar de crime de ação penal pública incondicionada.

O art. 69 da referida lei dispõe que: “Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.”. De acordo com este dispositivo legal, o infrator seria beneficiado com o relaxamento de sua prisão em flagrante mediante o compromisso de comparecer em Juízo nas ocasiões em que isso for determinado. Se isso não bastasse, o infrator poderá ainda celebrar transação penal já na audiência preliminar, com a consequência de extinção da sua punibilidade tão logo cumpra a pena alternativa que lhe for imposta.

E ainda que volte a descumprir a ordem judicial, apesar de não poder usufruir do benefício de nova transação penal, dificilmente será preso, pois é normal nestas situações a decretação de uma pena alternativa em substituição à pena privativa de liberdade.

Tais peculiaridades tornam inviável ou inadequado o uso deste procedimento como técnica coercitiva para a obtenção do cumprimento da ordem judicial, pelo simples fato de não possibilitar a prisão em flagrante e também pelo fato de que, ao final, a pena será convertida em pena alternativa, tal como pagamento de multa ou prestação de serviços à comunidade. Além disso, o potencial coercitivo deste meio é mínimo, posto que as referidas sanções somente serão aplicadas ao final do devido processo legal, sabidamente moroso.

Como se constata, a prisão civil parece ser a medida mais adequada em casos de descumprimento de ordem judicial, pois certamente alcançaria a finalidade desejada com mais facilidade e não teria a intenção de reprimir ou impor sanção ao devedor, e poderia ser suspensa a qualquer tempo, ante o cumprimento da decisão, como ocorre nos casos de prisão por dívida de alimentos, mas que se mostra impossível de acontecer nos casos de prisão penal, onde o réu (como regra geral) tem que cumprir integralmente a pena fixada em sentença.

Com se constata, a efetividade da decisão judicial dificilmente será alcançada se se pensar exclusivamente no enquadramento do devedor da obrigação de fazer, não fazer e dar (não pecuniária) como praticante de um crime e sujeito exclusivamente às penalidades sancionadoras previstas em lei, pois, apesar do importante papel coercitivo imposto pelo simples fato de que ninguém se sentirá bem ao responder a uma ação penal e estar sujeito a uma sanção criminal, certamente não será a prisão criminal o instrumento adequado para a garantia de cumprimento das sentenças judiciais.

6 CONCLUSÕES

O desejo de toda pessoa que busca o Poder Judiciário para a tutela dos seus direitos não se limita à pretensão de declaração judicial deste direito, ressaltando-se, por óbvio, a hipótese de se constituir em mera ação declaratória. Isso é o mínimo. A prestação jurisdicional somente será efetiva mediante a entrega do bem jurídico específico a que tem direito o jurisdicionado.

Para tanto, quando a entrega da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer depender unicamente da vontade do obrigado ao cumprimento, e quando houver uma ordem judicial determinando o cumprimento da decisão, não se pode admitir que magistrados dotados de falsos pudores insistam em invocar os direitos humanos fundamentais, como o direito à liberdade, para desviar de foco o principal objetivo do processo, que é a sua efetividade, e que também é um direito fundamental. Neste caso, o princípio da efetividade do processo deverá prevalecer, mesmo que para a sua obtenção seja necessária a decretação da prisão do descumpridor da ordem judicial.

O direito à tutela jurisdicional é inquestionável, mas o alcance deste direito ainda gera polêmicas em razão das diversas leituras que se fazem acerca do direito de ação. Questão sempre na berlinda é se essa garantia está restrita ao campo da prolação de uma decisão de mérito ou deve açambarcar o direito à obtenção de medidas coercitivas, incluindo-se nestas a possibilidade de decretação da prisão do desobediente renitente, para garantir a realização em concreto do direito garantido por uma sentença judicial.

No final das contas, a recalcitrância no cumprimento da ordem judicial constitui-se em flagrante escárnio com o próprio Poder Judiciário, comprometendo o resultado do processo, gerando prejuízo ao direito da parte contrária e, sem dúvida alguma, contribuindo para macular a dignidade da justiça.

A possibilidade de decretação da prisão civil ao agente descumpridor de ordens judiciais certamente se constitui numa evolução do Direito positivo, devendo ser aplicada pelos juízes sem parcimonia, mas com critérios rigorosos de ponderação ao caso concreto, com decisões devidamente motivadas e fundamentadas, com o mister principal de proceder à busca da efetividade do

processo, a segurança jurídica, e manter a credibilidade do último bastião da confiança do povo brasileiro, que é o Poder Judiciário.

É evidente, também, a necessidade de que, a exemplo do entendimento de todos os que se manifestaram favoravelmente à tese da aplicação da prisão civil como meio de coerção ao descumpridor de ordens judiciais, tal instituto somente seja utilizado de forma excepcional, em último caso, após esgotadas todas as demais possibilidades que o juiz possa dispor, verificadas as peculiaridades do caso concreto. Todo esse cuidado deve ser tomado a fim de que, em havendo uma forma menos onerosa e eficiente de coagir o recalcitrante a obedecer a ordem judicial, não seja sacrificado de imediato o direito à liberdade do resistente.

Tudo isso parece ser imprescindível para dar uma satisfação aos jurisdicionados, que ficam estarecidos quando, ao final do processo, com o direito garantido por uma sentença transitada em julgado, se deparam com um Poder Judiciário inerte, prostrado diante da intransigência do devedor de obrigação de fazer ou não-fazer, possível de ser realizada, mas que não é efetivada por mera rebeldia, escárnio, ou qualquer outro motivo que somente denigre a imagem do Judiciário.

O nosso sistema judiciário conta hoje com excelentes juízes. Os instrumentos processuais estão à disposição do juiz, assim como o § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil, que autoriza ao juiz utilizar todas as medidas necessárias para promover a entrega da tutela específica ao jurisdicionado. Só falta a coerência e a coragem para materializar a previsão legal da utilização da prisão civil como instrumento para coagir o devedor recalcitrante e acintoso a cumprir a ordem judicial, preservando assim a dignidade e o respeito que devem ser devidos ao Poder Judiciário, que é a última esperança para justificar a nossa característica de um Estado justo e democrático.

É alvissareira a notícia dada por Dalmo de Abreu Dallari (2008, p. 82) no sentido de que o próprio corpo da magistratura já está desenvolvendo uma reação vigorosa e crescente com o intuito de se justificar, na prática, o prestígio teórico e a condição de Poder constitucional de que usufrui o Poder Judiciário. É de se concordar com a sua opinião, no sentido de que Juízes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade estão assumindo a liderança de um processo de reformas, tendo por objetivo dar ao Judiciário a organização e a postura necessárias para que ele cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor de

Justiça. Dallari denominou este processo de “a boa rebelião dos juízes”, e é justamente isso que o povo brasileiro precisa e tem o direito de receber

Não obstante, ainda há muitos juízes que sentem o peso da responsabilidade deste novo papel, e se refugiam no apego a concepções arcaicas e formalistas, preferindo a comodidade de serem apenas meros aplicadores da lei.

Aliás, coragem para empreender desafios, mormente de mudança de conduta, não é uma característica comum do nosso Poder Judiciário. Apesar do exemplo de outros países em que a jurisprudência evoluiu e criou instrumentos para dar efetividade à ordem judicial, como as *astreintes* na França e o *contempt of Court* na Inglaterra (ambas originadas em construções pretorianas), no Brasil o comum é que os juízes procurem interpretar a lei da forma mais restritiva possível, tornando difícil ou quase impossível a aplicação da pena de prisão como forma de coerção para o descumpridor de ordem judicial.

Atualmente, em relação à efetividade da prestação jurisdicional, o que se constata é uma situação de descrédito, tanto por parte dos jurisdicionados, como dos próprios tribunais.

A sociedade reclama a tomada de providências mais drásticas, mais severas, contra todos os que desrespeitam e desmoralizam o Poder Judiciário.

E todos esperam que o Poder Judiciário exerça o seu papel de garantir os direitos, e não apenas se limite a declará-los, e que não deixe impávido o descumpridor renitente e injustificado de ordens judiciais, que só comprometem a concretização dos direitos e valores consagrados pela nossa Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 4. ed. São Paulo :Método, 2008.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Trad. Luiz Afonso Reck. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-69, jul./set., 1999.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte*, publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo : Malheiros, 2008.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.

_____. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do consumidor – Direito Processual**. São Paulo : Saraiva, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

ARMELIN, Donaldo. **A tutela jurisdicional cautelar**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 23, p. 111-137, 1985.

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**, 6. ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo : Malheiros, 10. ed., 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil**, in Temas de direito processual civil, 7ª. série. São Paulo : Saraiva, 2001.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. **Tema de direito processual**. 3ª série. São Paulo : Saraiva, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2004.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed., Rio de Janeiro : Renovar, 1996.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. São Paulo : Renovar, 2006.

BITTENCOURT, Cezar Roberto e PRADO, Luiz Régis. **Código penal anotado e legislação complementar**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 9. ed., São Paulo : Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1996.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. [Tradução Eduardo Brandão]. – São Paulo : Martins Fontes, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lineamentos do novo processo civil**. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3. ed., Coimbra : Almedina, 1999.

CESÁRIO, João Humberto. **Prisão civil oriunda do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia de origem trabalhista: uma hipótese a ser considerada**. Jus Navigandi, ano 10, n. 860, 10 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7482>>. Acesso em 18 ago 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo : Saraiva, 1965, v. 1.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Algumas notas sobre a colisão de direitos fundamentais**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil : Curitiba, v.1, n.1, Mar.-Ago./2002, p. 20-42.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. **A reforma do processo civil interpretada**. São Paulo : Saraiva, 1995.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da nova reforma do CPC, Leis 10.352 e 10.358**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 2008.

_____. Execução de liminar em mandado de segurança – desobediência – meios de efetivação da liminar. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1995, n. 200, abr./jun.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 273. Exposição de Motivos (reforma do processo civil), *in* Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil, pp. 117-118, *apud* MARINONI. Luiz Guilherme. A antecipação de tutela, 5. ed., Malheiros editores, São Paulo, p. 18, 1999.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo : Atlas, 1988.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Técnicas diferenciadas voltadas à efetivação da tutela antecipatória genérica: aplicação de multa (“astreintes”) e prisão por descumprimento à ordem judicial (“contempt of court”)**. Informativo Incijur, 16, 2000.

FRAGALE FILHO, Roberto. **A desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil e sua repercussão nas relações trabalhistas**. São Paulo : LTR, v. 67, n. 3, mar. 2003.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da urgência: fundamentos da tutela antecipada**. São Paulo : Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court**. RePro n. 102, ano 26, abr/jun de 2001.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, São Paulo : Celso Bastos, 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Execução indireta**. 1. ed. 2. tir. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Márcio Kammer de. **O princípio da proporcionalidade na execução civil.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, João Batista. **Função social e efetividade do processo civil.** Revista Dialética de Direito Processual, n. 13, p. 29-34, abril, 2004.

MAFRA. Jeferson Isidoro, **Sincretismo Processual**, Juris Síntese n. 40 - mar/abr de 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Técnica processual e tutela dos direitos.** 2. ed., rev. e atual., São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo : Revista dos Tribunais.

_____. **Novas linhas do processo civil.** 2. ed., rev. e ampl. São Paulo : Malheiros, 1996.

_____. **Tutela inibitória : Individual e coletiva.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica.** São Paulo : Forense, 2002, p. 123.

_____. **Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica.** São Paulo : Forense, 2002, p 179.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Execução civil: teoria geral: princípios fundamentais.** 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004, p.75.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 12. ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa.** Disponível em:<<http://www.uol.com.br/bibliot/dicionar/>>. Acesso em 01/03/2009.

MIRANDA, Pontes de, *apud*, Fernando Sá. **As diversas eficácias e seu convívio no conteúdo da sentença - A tese de Pontes de Miranda**, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS v. 18, p. 97, 2000.

MOLINA PAQUEL, Roberto. **Contempt of court.** México : Fondo de Cultura Econômica, 1954, p. 23, *apud* BRASIL, Deilton Ribeiro. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.** Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**, 1. ed. São Paulo : Dialética, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A tutela específica do credor nas obrigações negativas” In: **Temas de Direito Processual**. 2ª série, São Paulo : Saraiva, 1984.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo : Malheiros. 1984.

_____. **Por um processo socialmente efetivo**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 11, mai./jun. 2001.

MOTA, Lise Nery. **Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

NASCIMBENDI, Asdrubal Franco. **Multa e prisão civil**. Curitiba : Juruá, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; e LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil - arts. 813 a 889**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, v. VIII, t. II.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Efetividade e Tutela Jurisdicional**. Gênesis – Revista de Direito Processual Civil. Ano IX, v. 34, outubro-dezembro de 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968, tomo V.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. V. XII, Rio de Janeiro : Forense, 1976.

POPP, Carlyle. **Execução de obrigação de fazer: a tutela substitutiva da vontade nas obrigações negociais de fazer juridicamente infungíveis**. Curitiba : Juruá, 1995.

RABELLO, José Geraldo de Jacobina. **Alienação Fiduciária em garantia e prisão civil do devedor**. 2. ed. atual. e aum. São Paulo : Saraiva, 1987.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.

RIBEIRO, Mônica Alves Costa. **A prisão civil na alienação fiduciária**. São Paulo : Forense, 2003.

ROCHA, José de Moura. **Exegese do Código de Processo Civil**. v. VIII – arts. 796 a 889. Rio de Janeiro : Aide, 1981.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Efetivação das tutelas de urgência. *In* **Processo de Execução**. Coord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991. v. II, verbete “efetividade”.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed., São Paulo : Malheiros, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**, v. 2., 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Curso de Processo Civil**. v. 1, 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 1., 4. ed. São Paulo : Revista do Tribunais, 1998.

_____. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro : Forense, 1996.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Da prisão civil por dívida trabalhista de natureza alimentar**. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses/pris%C3%A3o%20civil%20por%20d%C3%ADvida%20trabalhista%20de%20car%C3%A1ter%20alimentar.rtf>. Acesso em 15 ago 2009.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Prisão civil e penal e “execução indireta” (garantia do art. 5º, LXVII da Constituição Federal)**. RePro, n. 92, ano 23, out./dez, 1998.

_____. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: 2. ed.**, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coordenadores). **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil – estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis**. Rio de Janeiro : Forense, 2007.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível**. Curitiba : Juruá, 1999.

_____. **As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível – sanções: pecuniárias e privativa de liberdade**. 1. ed., 2. tir.. Curitiba : Juruá, 2002.

VELASCO, Ignácio M. Poveda. A execução do devedor no direito intermédio, p. 84, citado por NASCIMBENDI, Asdrubal Franco. **Multa e prisão civil**. Curitiba : Juruá, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eudardo. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. **Curso avançado de processo civil: processo de execução**. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 2, 1998.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461 do CPC. **Reforma do Código de Processo Civil**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo : Saraiva, 1996..

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo : Atlas, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)