



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
RODRIGO FRAGA DA SILVA

ANÁLISE DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS
NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Araranguá

2015

RODRIGO FRAGA DA SILVA

**ANÁLISE DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS
NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Elisângela Dandolini, Esp.

Araranguá

2015

RODRIGO FRAGA DA SILVA

**ANÁLISE DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS
NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Araranguá, 30 de junho de 2015.

Professora e Orientadora Elisângela Dandolini, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professora Rejane da Silva Johansson, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professora Enoir Noêmia Alexandrino, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Inobstante minha memória me trair e, assim, não permitir que eu me recorde de todos, dedico este trabalho àqueles que ao longo da minha vida acadêmica transmitiram seus conhecimentos a mim: Meus Professores.

AGRADECIMENTOS

À minha estimada Professora e Orientadora Elisângela Dondolini pela coragem em reger este trabalho, bem como pela liberdade científica concedida a este discípulo. A senhora, Professora, é minha Mestre e minha gratidão não pode ser mensurada com palavras.

Às minhas Professoras e Arguidoras Rejane da Silva Johansson e Enoir Noêmia Alexandrino, este trabalho é fruto dos vossos ensinamentos.

À minha família pelo amor dedicado a mim.

À minha mãe Júlia Fraga da Silva pelo amor, pelos ensinamentos teóricos e empíricos, bem como por sempre acreditar no meu melhor eu.

À minha paixão de infância, minha amada companheira há quase duas décadas, Jaqueline da Rocha Schinofre.

Àqueles aos quais o tempo impiedosamente me furtou de suas companhias. Inobstante já não ser mais possível tê-los fisicamente próximos a mim, vocês sempre permanecerão vivos em meu coração.

[...] temos por **dignidade da pessoa humana** a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (Ingo Wolfgang Sarlet).

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise do instituto da prisão civil do devedor de alimentos à luz da nova ordem constitucional. Temos por objetivo verificar se esta modalidade de prisão está em harmonia com as demais modalidades de prisão previstas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como examinar uma possível tendência do mundo ocidental em abolir a prisão por dívida (prisão civil) qualquer que seja a espécie de encarceramento. O caminho escolhido para a análise em tela foi o método dedutivo. Assim, partimos de aspectos gerais de um ordenamento jurídico até alcançarmos o instituto da prisão civil do devedor inadimplente de alimentos. Ao longo desse caminho (método), utilizamo-nos de pesquisas bibliográficas e documentais. Desta forma, consultamos doutrinas especializadas, Tratados Internacionais, Constituições do Brasil originais e alterada por Emenda Constitucional, Códigos de Leis originais e alterados por várias leis, além de decisões jurisprudenciais, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Por fim, constatamos que na história do mundo ocidental houve uma evolução que acabou por levar a prisão civil à sua abolição em vários países. No ordenamento jurídico do nosso país, pudemos observar a mitigação da prisão, em suas várias formas de encarceramento, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, podemos dizer com segurança que a atual ordem constitucional tem como fundamento esse princípio e que ele continuará a irradiar seus efeitos sobre nosso ordenamento jurídico.

Palavras-Chave: Ordenamento jurídico. Norma. Hierarquia. Prisão civil. Devedor de alimentos. Liberdade. Dignidade da pessoa humana.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis del instituto de la prisión civil del deudor alimentario a los ojos de la nueva orden constitucional. Nuestra meta es determinar si ese modo de prisión está en armonía con las demás penas de prisión previstas en el sistema legal brasileño, así como examinar una posible tendencia del mundo occidental para abolir la prisión por deudas (prisión civil) ante cualquier tipo de encarcelamiento. El camino elegido para el análisis era el método deductivo. Así que empezamos con aspectos generales de un sistema legal para llegar al instituto prisión civil del deudor moroso. A lo largo de este camino (método), utilizamos la investigación bibliográfica y documental. Por lo tanto, consultamos doctrinas especializadas, los tratados internacionales Constituciones de Brasil originales y modificada por enmienda constitucional, los códigos originales y alterados por diversas leyes, además de decisiones jurisprudenciales, especialmente la corte suprema. Por último, observamos que en la historia del mundo occidental hubo un desarrollo que finalmente llevó a la prisión civil por su abolición en varios países. En el sistema legal del nuestro país, pudimos observar la mitigación de la prisión en sus diversas formas de encarcelamiento, el principio de la dignidad humana. Por consiguiente, podemos decir con seguridad que el orden constitucional vigente se basa en esse principio y que continuará a irradiar sus efectos en nuestro sistema legal.

Palabras claves: Sistema legal. Estándar. Jerarquía. Prisión civil. Deudor Alimentario. Libertad. Dignidad de la persona humana.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 ASPECTOS GERAIS DE UM ORDENAMENTO JURÍDICO.....	12
2.1 O ORDENAMENTO E A NORMA	12
2.2 O QUE É UMA CONSTITUIÇÃO?.....	16
3 BREVÍSSIMA HISTÓRIA DA PRISÃO	18
3.1 CONCEITO DA PALAVRA PRISÃO	18
3.2 DIVISÃO CLÁSSICA.....	19
3.2.1 Antiguidade.....	19
3.2.2 Idade Média.....	21
3.2.3 Idade Moderna.....	24
3.2.4 Idade Contemporânea.....	26
3.2.4.1 Europa.....	26
3.2.4.2 Brasil.....	29
4 EVOLUÇÃO DAS ESPÉCIES DE PRISÃO A PARTIR DA CF/88	33
4.1 PRISÃO PARA AVERIGUAÇÃO	33
4.2 PRISÃO ADMINISTRATIVA	34
4.3 PRISÕES PROCESSUAIS	34
4.3.1 Prisão em flagrante	35
4.3.2 Prisão preventiva	35
4.3.3 Prisão decorrente de decisão de pronúncia.....	37
4.3.4 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.....	38
4.3.5 Prisão decorrente de acórdão condenatório recorrível	39
4.4 PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL	40
4.4.1 Conceito de depositário infiel	41
4.4.2 Previsões: constitucional e legais	41
4.4.3 Súmula nº 619 do STF.....	42
4.4.4 Disposições em Tratados.....	42
4.4.5 Antinomia.....	43
4.4.6 Emenda constitucional nº 45.....	45
4.4.7 STF: legalidade da prisão	46
4.4.8 Informativo nº498 do STF	47
4.4.9 STF: Hierarquia dos tratados e ilegalidade da prisão	47

4.4.10 Informativo nº 531 do STF	50
4.4.11 Súmula vinculante nº 25.....	50
4.5 SÍNTESE DA EVOLUÇÃO	51
5 PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS	52
5.1 PRISÃO CIVIL	52
5.2 DEVEDOR DE ALIMENTOS: OBRIGAÇÃO	53
5.3 ALIMENTOS.....	53
5.4 PREVISÕES: CONSTITUCIONAL E LEGAIS.....	54
5.5 SÚMULA 309 DO STJ.....	59
5.6 INFORMATIVO Nº 75 DO STF	60
5.7 TRATADO INTERNACIONAL	60
5.8 PRESCRIÇÃO	60
5.9 REGIME DE CUMPRIMENTO DA PRISÃO CIVIL	61
5.9.1 LINDB	61
5.9.2 Interpretação pelo regime aberto.....	61
5.9.3 Doutrina: interpretação pelo regime fechado.....	62
5.9.4 Jurisprudência do STJ: excepcionalidade do regime aberto.....	62
5.9.5 Jurisprudência do STJ: excepcionalidade do regime domiciliar.	63
5.9.6 Jurisprudência do TJ/RS: regime aberto é a regra.	63
5.9.7 PL 8046/10: novo Código de Processo Civil.....	64
5.9.7.1 § 3º, art. 542, PL 8046/10: regime semiaberto ou aberto?	65
5.9.7.2 Bancada feminina.....	65
5.9.7.3 CPC de 2015: regime fechado	66
6 CONCLUSÃO.....	68
6.1 FORMAS DE ABOLIÇÃO	69
6.1.1 Hermenêutica do STF.....	69
6.1.2 Quórum qualificado do § 3º, art. 5º, CF/88.....	70
6.1.3 Lei ordinária	70
6.1.3.1 Legislação alienígena	71
REFERÊNCIAS.....	72
ANEXOS	81
ANEXO A – REGISTRO NACIONAL DE DEUDORES ALIMENTARIOS	
MOROSOS.....	82
ANEXO B – REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS.....	89

1 INTRODUÇÃO

A prisão é tão antiga quanto a humanidade, tão remota que se perde na noite dos tempos. (BITENCOURT, 2011, p. 27). Na academia, seu estudo desperta paixões. Talvez pelo fato de o Direito Penal ser a *ultima ratio* (última razão) do sistema jurídico, ou seja, deve intervir apenas quando todos os outros ramos do Direito falharem na proteção de determinados bens jurídicos. Daí se extrai o princípio da subsidiariedade.

O cárcere é a espinha dorsal do Direito Penal, medida extrema (*extrema ratio*), utilizado somente quando não for possível nenhuma outra medida porque a prisão, independente da natureza que se lhe atribua, sempre violará o bem jurídico liberdade e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana.

Segundo Capez (2012, p. 301-305), as espécies de prisão, recepcionadas ou não pela CF/88, são seis, senão vejamos: a) Prisão-pena ou prisão penal; b) Prisão sem pena ou prisão processual; c) Prisão civil; d) Prisão administrativa; e) Prisão disciplinar; f) Prisão para averiguação. Essas espécies de prisão se subdividem em várias outras formas de encarceramento. Contudo, teremos por escopo apenas a análise da prisão civil, mais precisamente a do devedor de alimentos. Isso não significa que não tenhamos que enfrentar outras formas de violar o estado de liberdade do cidadão, pelo contrário, enfrentá-las-emos, mas, a linha de pesquisa será traçada de forma a oferecer subsídios para a compreensão da espécie em estudo.

Ao longo de cerca de seis milênios, ou seja, ao longo da história clássica, algumas espécies de prisão foram abolidas, outras tantas formas de privação de liberdade sofreram significativas alterações em vários ordenamentos jurídicos. Entretanto, no Brasil, subsiste uma espécie de prisão civil. Queremos saber o porquê da prisão do devedor de alimentos, qual a tendência no mundo ocidental, qual o efeito do princípio da dignidade da pessoa humana sobre as espécies de prisão no atual ordenamento jurídico brasileiro e o que dispõe o novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor a partir do início de 2016, no que tange à prisão do devedor de alimentos.

Nessa aventura, nosso caminho a ser trilhado será estabelecido pelo método dedutivo. Assim, partiremos da Teoria do Ordenamento Jurídico até alcançarmos o instituto da prisão civil do devedor de alimentos, de acordo com os capítulos que seguem.

No primeiro capítulo, trataremos dos aspectos gerais de um ordenamento, buscaremos conceitos do que é um ordenamento, uma norma, como as normas se relacionam e ficam dispostas num ordenamento de modo a formar um sistema. Por fim, trataremos do que vem a ser a Constituição real e a de papel.

No segundo capítulo, estudaremos os conceitos da polissêmica palavra prisão, a seguir, passaremos à histórica da prisão de acordo com divisão clássica da História. Partiremos do surgimento da escrita, o qual abriu as portas da Idade Antiga cerca de 4.000 anos antes da era comum, atravessaremos as Idades Média e Moderna para, então, chegarmos à Idade Contemporânea, ou seja, aos dias que nos alcançam contados a partir da Revolução francesa.

No terceiro capítulo, abordaremos a evolução das espécies de prisão a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). Poder-se-ia dizer a partir da nova ordem constitucional ou à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Trataremos da prisão para averiguação, da prisão administrativa, bem como de outras cinco espécies de prisões processuais, além da prisão civil do depositário infiel. Na última seção desse capítulo, veremos, de forma sintética, que absolutamente todas as oito espécies de prisão foram moldadas de acordo com a nova ordem constitucional, significa dizer que todas as oito espécies de encarceramento foram abolidas ou mitigadas.

Finalmente, no quarto capítulo, trataremos da prisão civil do devedor de alimentos. Traçaremos conceitos inerentes a este instituto. Percorreremos as diversas normas que tratam desta modalidade de encarceramento na legislação pátria nas mais diversas hierarquias, divergências acerca do tempo de encarceramento, bem como do regime do cumprimento da prisão, até alcançarmos o disposto no novo Código de Processo Civil de 2015, momento em que faremos um brevíssimo comentário acerca da atual situação do sistema prisional ao qual o preso civil será conduzido.

2 ASPECTOS GERAIS DE UM ORDENAMENTO JURÍDICO

Para podermos enfrentar o problema da análise da prisão civil do devedor de alimentos no atual ordenamento jurídico brasileiro é, *a priori*, imprescindível a compreensão do que consiste um ordenamento jurídico, o que vem a ser a norma jurídica e o que é uma Constituição.

Entendemos que a análise desta modalidade de prisão deve ser construída a partir dos conceitos acima expostos e do conhecimento da nossa própria história. Sem estes conhecimentos, acreditamos, teríamos uma discussão infértil: Por mais que desenvolvêssemos uma sequência lógica de ideias, a conclusão nos levaria a lugar nenhum, o trabalho de pesquisa não passaria de edificação sobre a areia. Assim, passemos ao estudo.

2.1 O ORDENAMENTO E A NORMA

Afinal, o que é um ordenamento jurídico? Bobbio (1999, p. 19) nos ensina que “[...] as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si [...] Esse contexto de normas costuma ser chamado de ‘ordenamento’.” Bobbio (1999, p. 19) observa que a palavra Direito, entre seus vários sentidos, pode significar ordenamento jurídico. Desta forma, dizemos Direito italiano para nos referirmos ao ordenamento jurídico italiano, Direito brasileiro para nos referirmos ao ordenamento jurídico brasileiro e assim por diante.

Noutras palavras,

[...] se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é uma norma, mas um conjunto ordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo. (BOBBIO, 1999, p. 21).

Bobbio (1999, p. 27) conceitua a norma jurídica “[...] como aquela norma ‘cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada’.” Acrescenta (BOBBIO, 1999, p. 29) que “[...] a sanção faz parte do caráter essencial das normas jurídicas, as normas sem sanção não são normas jurídicas.” Isso não significa que todas as normas de um ordenamento jurídico devam ter suas respectivas sanções, mas que em sua maioria são sancionadas (BOBBIO, 1999, p. 29). O autor destaca que em todo ordenamento, ao lado das normas de conduta, existem as normas de estrutura ou de competência (BOBBIO, 1999, p. 33).

Para Lassalle, “[...] não se pode ditar uma *única lei* nova sem que se altere a situação legislativa vigente no momento de promulgá-la, pois, se a lei nova não introduzisse mu-

dança alguma no estatuto legal vigente, seria absolutamente supérflua e não teria razão para ser promulgada.” (2001, p. 39, grifo do tradutor).

Bobbio (1999, p. 58, grifo do tradutor) acrescenta: “[...] toda norma pressupõe poder normativo: *norma* significa imposição de obrigações (imperativo, comando, prescrição, [sic] etc.); onde há obrigação, [...] há poder.”

Segundo Mesquita (2013):

Considerando-se a norma como um comando de conduta, ela é o resultado da interpretação do texto jurídico. Da interpretação do texto, extrai-se a norma. Assim, o texto consiste na proposição normativa, enquanto que a norma jurídica aplicável é fruto do trabalho interpretativo que extrai do texto o comando de conduta nele existente (norma).

Nesse sentido, a norma (o comando de conduta) não é o texto normativo em si, mas o resultado da interpretação desse texto, observadas as demais normas de um mesmo ordenamento jurídico, bem como seus princípios; caso contrário, teríamos um amontoado de normas, e não um ordenamento.

Quanto às normas de estrutura, poder-se-ia dizer que o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa. Nesse sentido,

Existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. As normas de estrutura podem também ser consideradas como as normas para a produção jurídica: quer dizer, como as normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras. (BOBBIO, 1999, p. 45).

As normas de estrutura são também conhecidas como normas imperativas de segunda instância ou comandos de comandar. (BOBBIO, 1999, p. 47). Noutras palavras, num ordenamento jurídico, temos normas que regulam comportamentos (condutas) e normas que regulam o processo de criação (produção) de outras normas. Porém, como estas normas formam um ordenamento? Bobbio nos ensina que

[...] *as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano*. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a *norma fundamental*. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias providências um conjunto unitário que pode ser chamado ‘ordenamento’.

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores, ele tem uma *estru-*

tura hierárquica. As normas de um ordenamento são dispostas em ordem hierárquica. (1999, p. 49, grifo do tradutor, grifo nosso).

Podemos observar que a cada resposta surge uma nova pergunta. Resta-nos saber agora: O que é uma norma fundamental? “A norma jurídica que produz o poder constituinte é a norma fundamental. O fato de essa norma não ser expressa não significa que não exista: a ela nos referimos como o fundamento subentendido da legitimidade de todo o sistema.” (BOBBIO, 1999, p. 59-60). Assim, o poder constituinte é o poder originário, supremo, num ordenamento jurídico, aquele que dita uma nova ordem constitucional.

Saber que o poder constituinte é o poder que legitima todo um ordenamento jurídico é interessante, mas qual a origem deste poder e por que devemos obediência a este poder originário?

O dever de obedecer ao poder constituído deriva de uma *convenção originária*, da qual o poder tira a própria justificação. Ao longo de todo o curso do pensamento político, desde a antiguidade até a era moderna, o fundamento do poder foi achado amiúde no assim chamado *contrato social*, isto é, num acordo originário entre aqueles que se reúnem em sociedade, ou entre os membros de uma sociedade e aqueles aos quais é confiado o poder. Segundo essa doutrina, o poder constituído encontra sua legitimidade não mais no fato de derivar de Deus ou da natureza, mas na vontade concorde daqueles que lhe dão vida. Aqui a vontade coletiva tem a mesma função de Deus nas doutrinas teológicas e da razão nas doutrinas jusnaturalistas: isto é, a função de representar um grau superior além da norma fundamental de um ordenamento jurídico positivo, aquele grau supremo que permita dar resposta à pergunta sobre o **fundamento do fundamento**. (BOBBIO, 1999, p. 64-65, grifo do tradutor, grifo nosso, conforme acordo ortográfico de 1971).

Exatamente nesse sentido, dispõe nossa Constituição Cidadã de 1988 em seu artigo 1º, parágrafo único: “**Todo o poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, CRFB, 1988, grifo nosso). Segundo Bobbio,

A norma fundamental, assim como a temos aqui pressuposta, estabelece que é preciso obedecer ao poder originário (que é o mesmo poder constituinte). Mas o que é poder originário? É o conjunto das forças políticas que num determinado momento histórico tomaram o domínio e instauraram um novo ordenamento jurídico. (1999, p. 65).

Para Bobbio, a pergunta

“O que se entende por norma jurídica?”, se resolve ampliando-se o campo de pesquisa, isto é, colocando uma nova questão: “O que se entende por ordenamento jurídico?” Se, como parece só a esta pergunta se consegue dar uma resposta sensata, isso quer dizer que o problema da definição do Direito encontra sua localização apropriada na teoria do ordenamento jurídico e não na teoria da norma [...] Só em uma teoria do ordenamento [...] o fenômeno jurídico encontra sua explicação. (1999, p. 28).

Quanto à estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, temos que:

Normalmente representa-se a estrutura hierárquica de um ordenamento através de uma *pirâmide*, donde se falar também de construção em pirâmide do ordenamento jurídico. Nessa pirâmide o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é construída pelos atos executivos. Se a olharmos de cima para baixo, veremos uma *série de processos de produção jurídica*; se olharmos de baixo para cima veremos, ao contrário, uma *série de processos de execução jurídica*. Nos graus intermediários, estão juntas a produção e a execução; nos graus extremos, ou só produção (norma fundamental) ou só execução (atos executivos). (BOBBIO, 1999, p. 51, grifo do tradutor, grifo nosso).

Ademais, não basta que um ordenamento contenha normas dispostas de forma hierárquica, é necessário que haja uma coerência lógica. Assim, “[...] a necessidade da coerência lógica leva a aproximar aquelas [normas] que são compatíveis ou respectivamente complementares entre si, e a eliminar as contraditórias ou incompatíveis” (O ENSAIO..., 1958 apud BOBBIO, 1999, p. 75, grifo nosso) porque “As normas, que entram para constituir um ordenamento, não ficam isoladas, mas tornam-se parte de um sistema, uma vez que certos princípios agem como ligações, pelas quais as normas são mantidas juntas de maneira a constituir um bloco sistemático.” (PERASSI, 1953 apud BOBBIO, 1999, p. 75).

Nesse sentido, “Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*. [...] quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento da compatibilidade.” (BOBBIO, 1999, p. 80, grifo do tradutor). Vale lembrar mais uma vez que a norma não é o texto normativo em si, mas um comando que se extrai desse texto quando se observa as demais normas e princípios de um mesmo ordenamento jurídico (exercício hermenêutico). Bobbio resolve o problema das antinomias (normas incompatíveis de um mesmo ordenamento) por meio de três critérios, quais sejam: a) critério cronológico, b) critério hierárquico, c) critério da especialidade. (1999, p. 92). À frente, a partir da seção 4.4.5, nos aprofundaremos nas soluções das antinomias para buscar a resposta da hierarquia dos Tratados Internacionais incorporados ao ordenamento pátrio que tratam sobre direitos humanos.

Por hora, de forma sucinta, temos que todo poder emana do povo, significa dizer que um ordenamento jurídico tem como fundamento do fundamento um contrato social (um acordo originário entre aqueles que se reúnem em sociedade) que legitima um poder constituinte originário que gera uma Constituição (fundamento jurídico) à qual todos os códigos, leis, decretos etc. devem obediência porque a Constituição de um Estado soberano está no topo da pirâmide desse ordenamento jurídico, é a Lei Maior, o fundamento de todo ordenamento jurídico.

2.2 O QUE É UMA CONSTITUIÇÃO?

“Todos os países sempre têm e tiveram uma Constituição *real e efetiva*, e não há nada mais equivocado nem que leve a deduções mais desencaminhadas do que essa idéia tão extensa de que as constituições são uma característica peculiar dos tempos modernos.” (LASSALLE, 2001, p.55, grifo do tradutor).

Nas palavras de Lassalle,

[...] a verdadeira Constituição de um país somente reside nos fatores reais e efetivos de poder [conjunto das forças políticas] que regem nesse país; e as Constituições escritas não têm valor e nem são duradouras mais do que quando dão *expressão* fiel aos fatores de poder vigentes na realidade social [...] (2001, p. 71, grifo do tradutor, grifo nosso).

Do conceito acima exposto, podemos extrair a existência de duas Constituições num país, quais sejam: a) a verdadeira, aquela que representa os fatores reais e efetivos de poder, ou seja, resulta do conjunto das forças políticas que regem um país num determinado momento histórico; b) a escrita, de papel.

Para explicar o que é uma verdadeira Constituição, Lassalle imaginou um incêndio onde “[...] não restaria uma única lei, nem um único texto legislativo que se acreditasse ser autêntico.” (2001, p. 43).

Sem qualquer lei escrita, num país sob o regime monárquico, como o Brasil Império do século XIX, por exemplo, quem se insurgisse contra a monarquia poderia ter como resposta o brado retumbante dos canhões porque “[...] um rei a quem obedecem o Exército e os canhões é um fragmento de Constituição.” (LASSALLE, 2001, p. 43).

No Brasil, o período da história “[...] iniciado com a Proclamação da Independência em 1822 e encerrado com a Proclamação da República em 1889 ficou conhecido como **Brasil Império**.” (PINTO, 2015, grifo do autor). No Período Regencial, 1831-1840 (SCHMIDT, 2005, p. 353), mais precisamente no ano de 1835, eclodiu a Revolução Farroupilha (também conhecida como Guerra dos Farrapos), movimento separatista que perdurou até 1845, a revolta teve como objetivo a criação da República Rio-Grandense, no Rio Grande do Sul (GOULART, 2012), noutras palavras: liberdade política.

Acreditavam os Farroupilhas que a Constituição escrita de 1824 não refletia os fatores reais de poder. Nesse ponto da nossa história, restou claro que Dom Pedro II, Príncipe Regente de 1831 a 1840, coroado Imperador do Brasil em 1840 com apenas 15 anos, (SCHMIDT, 2005, p. 353-365), foi um fragmento daquela “Constituição Política do Imperio do Brazil” de 1824 (BRASIL, CPIB, 1824, conforme ortografia portuguesa vigente à época):

Venceram os canhões do Império!

Ligados ao rei estão a aristocracia, os nobres, os grandes proprietários de terra: grandes latifundiários. Não colocariam o exército às ruas, mas certamente representam um fragmento de Constituição. (LASSALLE, 2001, p. 43-44).

Nossa atual Constituição Cidadã de 1988, artigo 170, inciso III, dispõe que:

Art.170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

III – **função social da propriedade**; (BRASIL, CRFB, 1988, grifo nosso).

Entretanto, embora a função social da propriedade tenha atingido o *status* de princípio constitucional na nossa *Lex Mater* (Lei Maior), passados vinte e seis anos de sua promulgação, a reforma agrária não saiu do papel justamente porque, como bem observa Lassalle, os grandes latifundiários representam um fragmento da Constituição real.

Nesse sentido, a distribuição desigual de terras no Brasil é tão antiga que se confunde com sua própria história, senão vejamos:

No Brasil, historicamente há uma distribuição desigual de terras. Esse problema teve início em 1530, com a criação das capitanias hereditárias e do sistema de sesmarias (distribuição de terra pela Coroa portuguesa a quem tivesse condições de produzir, tendo que pagar para a Coroa um sexto da produção). Essa política de aquisição da terra formou vários latifúndios. Em 1822, com a independência do Brasil, a demarcação de imóveis rurais ocorreu através da lei do mais forte, resultando em grande violência e concentração de terras para poucos proprietários, sendo esse problema prolongado até os dias atuais. (FRANCISCO, 2015).

Lassalle (2001, p. 44-46) destaca ainda que a grande burguesia e os banqueiros representam um fragmento de Constituição, mas que o governo pode, ainda que transitoriamente, privar de suas liberdades políticas a classe trabalhadora, ou seja, a classe socialmente menos favorecida. Conclui o autor:

Eis aqui o que é, em essência, **a [verdadeira] Constituição de um país: os somatórios dos fatores reais de poder que vigoram nesse país.**

Mas que relação guarda isto com o que vulgarmente se chama Constituição, ou seja, com a Constituição jurídica [escrita, de papel]? Não é difícil, senhores, compreender a relação que os dois conceitos guardam entre si.

Colhem-se estes fatores *reais* de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá expressão escrita, e a partir deste momento, incorporados a um papel, já não [são mais] simples fatores *reais de poder*, mas que se erigiram em direito, em instituições *jurídicas*, e quem atentar contra eles atentará conta [sic] a lei e será castigado. (LASSALLE, 2001, p. 48, grifo do tradutor, grifo nosso).

3 BREVISSIMA HISTÓRIA DA PRISÃO

A prisão é tão antiga quanto a humanidade, tão remota que se perde na noite dos tempos. (BITENCOURT, 2011, p. 27). Neste capítulo, abordaremos o significado da palavra prisão, bem como sua história desde a Antiguidade até os dias que nos alcançam.

3.1 CONCEITO DA PALAVRA PRISÃO

“Para que seja cumprida a função social da linguagem no processo de comunicação, há necessidade de que as palavras tenham um **significado**, ou seja, que cada palavra represente um conceito.” (CATARINO, 2014, grifo nosso).

Pode-se dizer que toda palavra ou todo signo linguístico é constituído por um significante e um significado. O **significante é imagem acústica da palavra**, a forma, parte concreta da palavra, suas letras e seus fonemas. O **significado é a ideia**, o conceito. Significante e significado estão presos um ao outro, são ao mesmo tempo interdependentes e inseparáveis, são faces distintas de uma mesma moeda. (CATARINO, 2014, grifo nosso).

Segundo Branco,

O termo “prisão” tem sua raiz semântica no latim *prensione*, termo que, por sua vez, origina-se de *prehensione* (de *prehensio*, *-onis*), deverbal de *prehendere*, que significa “prender”. A “origem da palavra prisão, efetivamente, traduz o entendimento restrição da liberdade”. (2001 apud MAIA, 2013, grifo do autor).

No vernáculo pátrio, o vocábulo prisão é um substantivo feminino que percorre tanto o sentido denotativo quanto o conotativo da linguagem para alcançar, extrair, seus significados (ideia, conceito). Desta forma, podemos dizer que **a palavra prisão é polissêmica**, isto é, possui muitos significados. (FERREIRA, 2009, p. 654, grifo nosso).

Segundo Capez (2012, p. 301), em sentido jurídico, a palavra prisão consiste na “[...] privação de liberdade de locomoção [...] determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente [...]”

Para Mirabete,

A **prisão**, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal. Entretanto, o termo tem significados vários no direito pátrio pois pode significar a **pena privativa de liberdade** (“prisão simples” para autor de contravenções; “prisão” para crimes militares, além de sinônimo de “reclusão” e “detenção”), o ato de **captura** (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado) e a **custódia** (recolhimento da pessoa ao cárcere). (2003, p. 359, grifo do autor).

Assim, geralmente a prisão é conceituada como a perda da liberdade, perda do direito de ir, vir ou permanecer. Porém, com a devida vênia, entendemos que o principal efeito

da prisão não está ligado ao seu aspecto espacial, mas sim ao *status* atribuído ao cidadão ex-presidiário. Neste caso, temos uma carga valorativa negativa (ex-presidiário), a pessoa, uma vez arrastada ao cárcere, carregará consigo por toda eternidade um estigma que impedirá o exercício da plenitude de suas potencialidades. Logo, prisão é a violação de uma garantia fundamental inerente a todas as pessoas simplesmente por serem humanas, é a violação do estado de liberdade (*status libertatis*) do cidadão, é a perda da dignidade da pessoa humana.

3.2 DIVISÃO CLÁSSICA

Neste capítulo, abordaremos de forma extremamente sucinta a história da prisão de acordo com a classificação das idades tradicionais da história universal, quais sejam, Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna, Idade Contemporânea.

3.2.1 Antiguidade

A Idade Antiga ou Antiguidade compreende “[...] o período da história que é contado a partir do desenvolvimento da escrita, pelos sumérios, mais ou menos 4000 anos a.C., até a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 da era cristã.” (DIVISÃO..., 2013).

Segundo Weinmann (2009, p. 26),

Os grupos sociais dessa época viviam em um momento histórico dominado pela linguagem mágica e religiosa. Assim, todos os fenômenos (desde as pestes, as secas, as guerras, etc.) eram resultantes da vontade dos deuses. O homem era mero coadjuvante no mundo que se prestava a viver para interpretar os desígnios divinos.

Nos povos da Antiguidade, como em Roma, no Egito, na Pérsia, na Grécia e outros, a prisão possuía duas finalidades: a) consistia em lugar de custódia para aplicação das mais atroz penalidades, como morte, mutilação, tortura e trabalhos forçados; b) consistia em lugar de custódia onde se buscava a satisfação do crédito. (BITENCOURT, 2011, p. 28-30). A primeira espécie de prisão se aproxima do que entendemos hoje como prisão-pena, porém, essa prisão não visava à recuperação do indivíduo preso, mas sim traduzia um sentimento de vingança. A segunda espécie de encarceramento reflete quase que fidedignamente o que conhecemos hoje como prisão civil (trataremos cuidadosamente dela no capítulo IV).

Assim, a prisão consistia em etapa preliminar da aplicação das penas corporais ou da satisfação do crédito. “As verdadeiras penas eram a pena de morte, a mutilação, o exílio, o confisco, enquanto **o encarceramento tinha escopo meramente processual**, porque servia

para assegurar, no processo, a presença do réu. Evitava-se, desse modo, a fuga do acusado.” (PRADO, 2008 apud MAIA, 2013, p. 29, grifo nosso).

Nessa época, Platão propôs o estabelecimento de três tipos de prisão:

“uma na praça do mercado, que servia de *custódia*; outra, denominada *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de *correção*, e uma terceira destinada ao *suplicio*, que, com o fim de amedrontar, deveria constituir-se em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade”. (apud GUZMAN, 1976 apud BITENCOURT, 2011, p. 29, grifo do autor).

O modelo de estrutura prisional proposto por Platão no livro nove da sua obra “As Leis” não chegou a ser implementado, mas demonstra claramente que o estudo sobre o encarceramento remonta à Antiguidade.

Acerca da prisão civil, Bittencourt observa que assim como em Roma,

[...] a Grécia também conheceu a prisão [civil] como meio de reter os devedores até que pagassem as suas dívidas. Ficava, assim, o devedor à mercê do credor, como seu escravo, a fim de garantir o crédito. Essa prática, inicialmente privada, foi posteriormente adotada como pública, mas ainda como medida coercitiva para forçar o devedor a pagar sua dívida [por si ou por outrem]. (2011, p. 29, grifo nosso).

Significa dizer que o indivíduo tinha seu estado de liberdade (*status libertatis*) tolhido até que fosse satisfeito o crédito do credor. Uma vez quitado o débito, pelo seu trabalho, por exemplo, ou por outrem, o escravizado temporariamente retornava ao seu estado de liberdade e passava a gozar do *status civitatis* se outra causa não o impedisse. Nesse ponto, não há que se confundir esta espécie de escravidão com àquela do *Imperio do Brazil*, embora existissem intersecções (pontos em comum) entre elas.

Ainda sobre a prisão civil, Padilha (2015) destaca que

No Egito admitia-se a escravidão do devedor, mas, na maioria das vezes, a execução fazia-se sobre o patrimônio do devedor. O credor poderia também, se o devedor falecesse inadimplente, coagir moralmente os parentes e amigos do *de cujos* [sic], tomando o cadáver como penhor – evitando as honras fúnebres, tão comuns na civilização egípcia – até o resgate mediante o pagamento do que lhe era devido.

Calón (1958 apud BITENCOURT, 2011, p. 30, grifo do autor) “[...] nos fala do *ergastulum*, que era o aprisionamento e reclusão dos escravos em um local destinado a esse fim na casa do dono.” Acerca da prisão dos escravos, destaca Bittencourt que

Quando era necessário castigar um escravo, os juizes, por equidade, delegavam tal tarefa ao *pater familias*, que podia determinar a sua reclusão temporária ou perpétua no referido *ergastulum*. Se o senhor [proprietário] não desejasse assumir esse compromisso, ocorria a renúncia presumida à propriedade do escravo. Este poderia ser condenado à pena perpétua de trabalhos forçados. (2011, p. 30, grifo do autor, grifo nosso).

Fustel de Coulanges (2009, p. 98-99) afirma que na Antiguidade a família era

composta por “[...] um pai, uma mãe, filhos e escravos.” Nessa época, a lei que atribuía poder ao pai de família (*pater familias*), determinando sua jurisdição, sua hierarquia familiar e conferindo-lhe poder de chefe de culto, tinha como fundamento a religião doméstica. O poder do pai de família era tamanho que ele podia vender seu próprio filho como escravo; a mulher devia obediência ao homem e jamais poderia ser chefe de culto. Esta lei estava ligada aos deuses, ao culto dos seus antepassados, e antecedia as leis de Grécia ou Roma.

Assim, competia ao pai de família efetuar a reclusão do cativo, porém, a prisão perpétua do escravo na propriedade de seu dono (*ergastulum*), gerando inevitável prejuízo econômico, não era certamente uma opção viável, uma vez que sua aquisição tinha como finalidade a obtenção de lucros por meio de seu trabalho. Neste caso, o Estado, fazendo proveito da sua capacidade laboral, tomava para si a propriedade daquele que pertencera ao último grau hierárquico de uma família (conceito arcaico) e não gozava do *status libertatis*.

Segundo Mello,

Ao contrário da escravidão no Brasil, que foi composta basicamente pela escravidão da raça negra, na Antiguidade qualquer raça podia ser passível de ser escravizada. A justificativa da condição de escravidão gira em torno das condições inferiores dos subjugados e vencidos. (2003, apud SILVEIRA, 2011).

Na antiguidade, não existia ainda uma arquitetura penitenciária própria. Assim, “Os piores lugares eram empregados como prisões: utilizavam-se horrendos calabouços, aposentos frequentemente em ruínas ou insalubres de castelos, torres, conventos abandonados, palácios e outros edifícios.” (BITENCOURT, 2011, p. 30-31).

Resumidamente, nesse período da história, a finalidade da prisão se restringia à custódia de indivíduos até a execução de suas condenações ou da satisfação da obrigação. “Com a queda de Roma e de seu Império, e a invasão da Europa pelos denominados povos bárbaros, acaba a Idade Antiga, segundo a divisão tradicionalmente aceita.” (BITENCOURT, 2011, p. 31).

3.2.2 Idade Média

“A **Idade Média** é o período da história que tem início em 476 e vai até a tomada de Constantinopla, pelos turcos otomanos, em 1453 [...]” de nossa Era Comum. (DIVISÃO..., 2013, grifo do autor).

No período medieval,

O mundo da Europa estava em franca transformação, com poderes se fragmentando e se reorganizando. A cultura romana sofria o assalto de outros valores e, principalmente, de outras influências culturais. Havia um verdadeiro sentimento de terror ins-

taurado no universo das mentalidades. O poviléu tinha medo; a elite estava acuada. Apenas a Igreja, com seu discurso religioso, poderia estabelecer um novo rumo. (WEINMANN, 2009, p. 39).

Valiente (1969 apud BITENCOURT, 2011, p. 31) afirma que “[...] a lei penal dos tempos medievais tinha como verdadeiro objetivo provocar o medo coletivo.” Segundo Neuman (1971 apud BITENCOURT, 2011, p. 31-32), nessa época

“[...] Não importa a pessoa do réu, sua sorte, a forma em que ficam encarcerados. Loucos, delinquentes de toda ordem, mulheres, velhos e crianças esperam, espremi-dos entre si em horrendos encarceramentos subterrâneos, ou em calabouços de palácios e fortalezas, o suplício e a morte.”

Bitencourt assevera que “As sanções criminais na Idade Média estavam submetidas ao arbítrio dos governantes, que as impunham em função do *status* social a que pertencia o réu.” (2011, p. 32, grifo do autor). Segundo Schmidt, no século XI

A Igreja de Roma, influenciada pela cultura romana e germânica, afastava-se cada vez mais da Igreja de Constantinopla, de influência grega. Em 1054 aconteceu o **cisma** (separação). A Igreja Romana foi chamada de **Católica**. Na Europa oriental, prevaleceu a **Igreja Ortodoxa** [...] (2011, p. 93, grifo do autor).

Mirabete (2003, p. 35, grifo nosso) observa que

Entre as épocas do direito romano e germânico e o direito moderno estendeu-se o Direito Canônico ou o Direito Penal da Igreja, com a influência decisiva do cristianismo na legislação penal. Embora contribuísse para essa humanização, politicamente a Igreja lutava para obter o predomínio do Papado sobre o poder temporal a fim de proteger os **interesses religiosos de dominação**. Assim, até o século XII, o processo somente podia ser iniciado com a acusação, apresentada aos Bispos, Arcebispos ou oficiais encarregados de exercerem esta função jurisdicional.

A partir do século XII, “[...] estabeleceu-se o procedimento *inquisitivo*, com denúncias anônimas e foram abolidas a acusação e a publicidade do processo.” (MIRABETE, 2003, p. 35, grifo do autor). “O processo iniciava-se de ofício. Acusador e julgador eram uma só pessoa. Torturava-se o imputado para conseguir-lhe a confissão.” (TOURINHO FILHO, 2013, v. 1, p. 108).

“A **Inquisição**, [sic] ou **Santa Inquisição** foi uma espécie de tribunal religioso criado na Idade Média para condenar todos aqueles que eram contra os dogmas pregados pela Igreja Católica.” (FARIA, 2015, grifo da autora). “O sistema inquisitivo, estabelecido pelos canonistas, pouco a pouco dominava as legislações laicas da Europa Continental, convertendo-se em verdadeiro instrumento de dominação política.” (TOURINHO FILHO, 2013, v. 1, p. 107).

O Direito Canônico “Também chamado de direito penal da Igreja, foi influenciado decisivamente pelo cristianismo. Assimilou e adaptou o direito romano às novas condições

sociais [...]” do período medieval. (WEINMANN, 2009, p. 39). Na Idade Média, com o passar dos séculos, “[...] a igreja constituiu um poder sem precedentes na história.” (GLEISER, 2006). Nesse contexto surgem a prisão de Estado e a eclesiástica, Valdés afirma:

Na prisão de Estado, na Idade Média, somente podiam ser recolhidos os inimigos do poder, real ou senhorial, que tivessem cometido delitos de traição, e os adversários políticos dos governantes. A prisão de Estado apresenta duas modalidades: a *prisão-custódia*, onde o réu espera a execução da verdadeira pena aplicada (morte, açoite, mutilações etc.), ou como *detenção* temporal ou perpétua, ou ainda até receber o perdão real. (1981 apud BITENCOURT, 2011, p. 32, grifo do autor).

O fato de o Estado dispor de arquitetura própria, embora as prisões tivessem originariamente outra finalidade, é de certa forma um avanço para o Direito.

A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação [...] A principal pena do direito canônico denominava-se *detrusio in monasterium* e consistia na reclusão em um mosteiro de sacerdotes e religiosos infratores das normas eclesiásticas; para castigar os hereges, a prisão se denominava *murus largus*. (BITENCOURT, 2011, p. 33, grifo do autor).

Bitencourt analisa o período medieval e conclui que

De toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como seqüela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso. Ainda que essas noções não tenham sido incorporadas ao direito secular, constituem um antecedente indiscutível da prisão moderna. (2011, p. 35).

Acerca da prisão civil no período medieval, Conceição (2015) diz que em 1274 o Rei São Luís de França admitia a prisão civil “[...] somente nos casos de dívida fiscal”. No entanto, por influência do pensamento católico, a instituição do cárcere em função de dívida civil volta a imperar no reinado de Felipe IV (CONCEIÇÃO, 2015), em França, no ano de 1303, este rei escreveu que os bens do devedor eram quem deveriam responder pelas dívidas e, caso conviesse ao tomador do empréstimo, poderia ele dispor livremente de sua liberdade (GARCIA *et al.*, 2001, p. 57); porém, caso não houvesse o adimplemento o devedor viraria escravo do credor até saudá-la. (CONCEIÇÃO, 2015).

Acreditamos que durante a Europa Medieval a prisão civil tenha menor ocorrência do que na Antiguidade, sobretudo porque nesse período “[...] milhares de pessoas passaram a existência inteira sem jamais terem utilizado dinheiro ou visitado uma cidade.” (SCHMIDT, 2011, p. 80). Acrescenta Schmidt, “Se compararmos com o Império Romano na época do apogeu, veremos que as cidades perderam importância. Por séculos e séculos a grande maioria da população medieval morou e trabalhou no campo.” (2011, p. 83).

3.2.3 Idade Moderna

A **Idade Moderna** é o período da história que tem início em 1453, com a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, e vai até o ano de 1789, data da Revolução Francesa. (DIVISÃO..., 2013, grifo do autor).

Bitencourt descreve o panorama europeu da Idade Moderna da seguinte forma: “Durante os séculos XVI e XVII a pobreza se abate e se estende por toda a Europa. Contra os deserdados da fortuna que delinquem cotidianamente para subsistir experimenta-se todo tipo de reação penal, mas [quase] todos falham.” (2011, p. 37, grifo nosso).

Hentig complementa, além do endividamento do Estado,

Os distúrbios religiosos, as longas guerras, as destruidoras expedições militares do século XVIII, a devastação do país, a extensão dos núcleos urbanos e a crise das formas feudais de vida e da economia agrícola haviam ocasionado um enorme aumento da criminalidade em fins do século XVII e início do XVIII [...] Tinha de se enfrentar verdadeiros exércitos de vagabundos e mendigos. (1967 apud BITENCOURT, 2011, p. 37-38).

Uma sentença executada na França do século XVIII retrata bem este período da história, senão vejamos:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [onde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu [na modalidade tentada] o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. (Pièces..., 1757 apud FOUCAULT, 2013, p. 9, grifo nosso).

O **Parricídio** ocorre quando o filho mata o próprio pai. (FERREIRA, 2009, p. 611, grifo nosso). O francês Robert-François Damiens foi um acusado e condenado pela tentativa do crime de parricídio porque havia tentado contra a vida do rei Luís XV, à época, reconhecido oficialmente como pai de todos os franceses. O camponês foi desmembrado e seu dorso, sem pernas e braços, ainda dando sinais de vida, foi atirado ao fogo. A multidão assistia atentamente a tudo e aplaudia a mais pura demonstração pública de selvageria. (ROBERT-FRANÇOIS..., 2013).

Tourinho Filho afirma que no século XVI, em várias cidades italianas havia esculturas com formato de leão com a boca aberta, chamadas de *Boccas della Verità* (bocas da verdade), destinadas a receber denúncias anônimas, as quais poderiam dar início ao processo. Nessa época, o jurista italiano Prospero Farinácio afirmou que o processo iniciado por denún-

cias secretas deveria ser reprovado pelo Direito e que agiam mal os juízes e notários que recebiam tais denúncias. (2013, p. 108, grifo do autor).

Segundo Manzini (1951 apud TOURINHO FILHO, 2013, p. 108, grifo do autor),

Na Alemanha, o sistema inquisitivo foi consagrado em fins do século XV, por muitas leis sendo a mais importante a Lei Imperial de 1503, mais conhecida como *Constitutio Criminalis Carolina*. Foi levado aos maiores extremos no Tribunal da Santa Punição (*Vehmgericht*), instituído para perseguir os delitos contra a religião, a paz pública e a honra. Eram secretos o lugar e a forma do processo. Não se conheciam o julgador, os Juízes e até mesmo a sentença.

França e Espanha, bem como outros países europeus, também estavam sob o domínio do direito penal da Igreja. Assim, pode-se afirmar que na Idade Moderna predominou o sistema inquisitivo; mas esse sistema não foi o único.

No mesmo período da história em que a Santa Inquisição impunha seu terror, surgiu na Inglaterra do século XVI a ideologia reformatória do infrator (delinquente, recluso *et al.*). O caráter reformador da prisão se opunha ao caráter de vingança (retribuição do mal pelo mal) inerente ao direito de punir, embora este não tenha sucumbido por completo. Nascia, assim, a ideologia reformatória do indivíduo que alcança nossos dias.

Tourinho Filho destaca que

Enquanto o sistema inquisitivo dominava a Europa continental, com seus processos secretos e indispensáveis torturas, na Inglaterra, após o IV Concílio de Latrão, que aboliu os “Juízos de Deus”, considerava-se o processo, diz Beling, um *fair Trial* [julgamento justo], e se entendia que se devia tratar o acusado como um *gentleman* [cavalheiro]. Ali, naquele clássico país do liberalismo, dominava a instituição do Júri, sendo que a perseguição ficava a cargo de qualquer do povo. (2013, p. 109, grifo do autor, tradução nossa).

Bitencourt destaca que “Na segunda metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados.” (2011, p. 38).

Segundo Calón, “[Em1553,] A pedido de alguns integrantes do clero inglês [...], o Rei [Edward VI, Rei da Inglaterra e Irlanda] lhes autorizou a utilização do Castelo de Bridwell para que nele se recolhessem os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos menores.” (1943 apud BITENCOURT, 2011, p. 38, grifo nosso). Pretendia-se a reforma dos delinquentes por meio do trabalho e da disciplina, bem como a prevenção geral.

De acordo com Melossi e Pavarini “Essa experiência deve ter alcançado notável êxito, já que em pouco tempo surgiram em vários lugares da Inglaterra *houses of correction* [casas de correção] ou *bridwells* [nome do primeiro castelo no plural], tal como eram denominadas, indistintamente.” (1985 apud BITENCOURT, 2011, p. 39, tradução nossa, grifo nosso). Em 1596 surgem as primeiras casas de correção em Amsterdam, “Essas instituições, as-

sim como as inglesas, eram criadas, geralmente, para tratar a pequena delinquência. Para os que cometiam delitos mais graves mantinha-se ainda a aplicação de outras penas, como exílio, açoites, pelourinho etc.” (SELLIN, 1966 apud BITENCOURT, 2011, p. 39).

“As prisões de Amsterdam, edificadas expressamente para tal fim, contando com um programa de reforma, alcançara grande êxito e foram imitadas em muitos países europeus. Constituíam um fato excepcional.” (GUZMAN, 1976 apud BITENCOURT, 2011, p. 40).

Acerca da prisão civil, Garcia assevera que

Na Idade Moderna, a prisão civil, instituída [pelo ordenamento daquele país] na França em 1563 (Ordenança de Moulin), foi restringida, por Luiz XIV, em 1667, aos débitos comerciais e aos estrangeiros [...] Na Inglaterra, os exageros do instituto levantaram a sociedade e mobilizaram figuras literárias da época, como Shakespeare, com o seu *O Mercador de Veneza* [...] Na Itália, o *arresto personalis per debiti* [equivalente dizer prisão civil] caiu em desuso [...] (2004, p. 107, grifo do autor, grifo nosso).

Por fim, com o ideal de correção do infrator pela disciplina e pelo trabalho, podemos observar um avanço significativo do instituto da prisão na área penal, bem como pela implementação de sistema de prisão estatal. No campo da prisão civil também houve uma evolução. Esta, porém, se mostrará mais nítida na Idade que segue.

3.2.4 Idade Contemporânea

“A **Idade Contemporânea** se inicia no ano de 1789, data da Revolução Francesa [...]” (DIVISÃO..., 2013, grifo do autor) “[...] e alcança os dias em que vivemos.” (CÁSSIA, 2015). “Conhecida como encruzilhada do mundo moderno [...]” (GLEISER, 2006), “[...] a *Revolução Francesa* inaugurou o mundo contemporâneo.” (SCHMIDT, 2011, p. 279, grifo do autor).

3.2.4.1 Europa

Schmidt nos ensina que

Antes da revolução, predominavam os valores aristocráticos da nobreza, o respeito à tradição e às famílias de nome, e portanto a hierarquia regida da sociedade, a educação controlada pela Igreja e censurada pelo Estado. A revolução introduziu novos valores na sociedade, que aos poucos afirmaram sua supremacia. Valores burgueses como o individualismo, a busca da ascensão social e do poder a partir de méritos pessoais, [...] valores universais como o da igualdade de direitos dos cidadãos, a liberdade de pensamento, o direito dos povos de lutarem contra a opressão. (2011, p. 278-279).

Guzman afirma que

As características da legislação criminal na Europa em meados do século XVIII justificam a reação de alguns pensadores agrupados em torno de um movimento de ideias que tem por fundamento a razão e a humanidade.

As leis em vigor inspiravam-se em ideias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais e a pena capital [...]

A reforma dessa situação não podia esperar mais. Na segunda metade do século XVIII começam a remover-se as velhas concepções arbitrarias: os filósofos, moralistas e juristas dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem. (1983 apud BITENCOURT, 2011, p. 52).

Segundo Bitencourt, “As correntes iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau seriam fiéis representantes, fazem severa crítica aos excessos imperantes na legislação penal [...]” (2011, p. 52).

Nesse contexto histórico, baseada nos ideais iluministas de **Liberdade** (estado de liberdade, *status libertatis*), Igualdade, Fraternidade, em 1789 é aprovada a célebre **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Ela contém 17 artigos, expostos de forma objetiva, sem parágrafos, incisos ou alíneas; já nos primeiros três artigos declara que “[...] *todos os homens nascem livres e iguais em direitos e que a única fonte de poder é o próprio povo*” (SCHMIDT, 2011, p. 283-284, grifo do autor), bem como assegura, além de outros, os direitos naturais imprescindíveis ao homem, senão vejamos:

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos **direitos naturais e imprescritíveis do homem**. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente. (FRANÇA, 1789 apud DECLARAÇÃO..., 2015, grifo nosso).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão se tornou o preâmbulo da Constituição francesa de 1791. (FRANÇA, 1789 apud DECLARAÇÃO..., 2015). Nesse período, a codificação napoleônica realizou cinco códigos, a saber: Código civil de 1804; Código de processo civil de 1806; Código de comércio de 1807; Código de instrução criminal de 1808 (entrou em vigor em 1811); Código penal de 1810 (entrou em vigor em 1811). (CHÊNE, 2000, v. 2, p. 146).

Tourinho Filho assevera que

Na França, logo após a maior revolução de que se tem memória, foram adotadas três ordens de jurisdições que correspondiam a três espécies de infrações: o tribunal municipal para os delitos, o tribunal correcional para as infrações, e o tribunal criminal para os crimes. Introduziu-se o Júri para os crimes, e à maneira do Direito inglês [...] (2013, p. 111).

Naquele país, o Código [de instrução criminal] Napoleão é criado no ano 1808 e passa a vigor em 1811. “A ação penal era sempre pública e exercida pelo Ministério Público

[...] O Processo Penal que sucede à Revolução sofre modificação. Adota-se um sistema misto de inquisitivo e acusatório.” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 111-112, grifo nosso). Observa o autor:

Os princípios do sistema inquisitivo eram consagrados na fase da instrução preparatória: o processo, dirigido por um magistrado, desenvolvia-se por escrito, secretamente e sem ser contraditório. Na sessão de julgamento tornava-se acusatório o processo: oral, público e contraditório. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 112).

A Codificação Napoleônica irradia seus efeitos por toda a Europa, a Revolução Francesa, por “[...] todo o mundo ocidental, da Europa à América.” (SCHMIDT, 2011, p. 279). Nesse contexto, Acioli avalia a evolução do instituto da prisão civil na França da seguinte forma:

Na Idade Moderna, a prisão civil foi relegada aos débitos comerciais e aos estrangeiros, tendo o código napoleônico de 1804 [Código Civil Francês] instituído como princípio ideológico próprio da doutrina liberal a incolumidade física no cumprimento das obrigações (*nemo ad factum cogi potest*), [equivale dizer:] ficando proibido o constrangimento pessoal como forma de compelir o devedor a solver a dívida, o que foi irradiado para toda família jurídica romano-continental. (2011, p. 15, grifo do autor, grifo nosso).

A Idade Contemporânea traz sensível alteração no instituto da prisão penal e acaba por abolir a prisão civil por dívida na França. Tourinho Filho afirma que o sistema misto, inquisitivo e acusatório,

[...] que se espalhou por quase toda Europa continental, no próprio século em que surgiu, começou a sofrer sérias modificações, dada a tendência liberal da época, exigindo fossem aumentadas as garantias do réu [...] [Vale lembrar que] outros códigos europeus, como o austríaco, o alemão e o norueguês, já haviam sido atingidos pela corrente liberal. (2013, p. 117, grifo nosso).

Maia destaca que “Na Itália, a prisão civil por dívida foi suprimida [...] em 1877, ficando definitivamente abolida quando da edição do Código Civil italiano [...]” (2013, p. 57).

Assim, o instituto da prisão, quer seja penal ou civil, evoluiu paulatinamente ao longo da história nos séculos seguintes à Revolução Francesa. A prisão penal acentuou seu caráter reformador dentro dos ideais humanitários, enquanto que o instituto da prisão civil evoluiu até ser abolido em países europeus como França, Espanha, Itália, Alemanha, Portugal, Bélgica, Grécia, Luxemburgo, Áustria, Polônia e outros países. (MAIA, 2013, p. 52).

Nesses países, o instituto da prisão não deixou de existir, mas passou a ser utilizado somente quando nenhum outro recurso for possível, ou seja, como “[...] *ultima ratio* [última razão] da repressão penal contemporânea.” (BRASIL, 2002 apud MAIA, 2013, p. 32, grifo do autor, tradução nossa).

3.2.4.2 Brasil

Para entendermos a organização social do início do século XIX, época em que a Constituição de 1824 foi outorgada, é preciso retroceder no tempo. O início da colonização do Brasil enfrentou um grande problema: Como colonizar um país continental como o Brasil se não havia mão-de-obra suficiente para tanto em Portugal? A solução encontrada “[...] foi simples e cruel: a **escravidão**.” (SCHMIDT, 2005, p. 182, grifo do autor).

“O trabalho compulsório foi uma das causas mais importantes para o surgimento das diferenças sociais nas sociedades coloniais. Até hoje, na América Latina, a maioria dos descendentes de índios e de africanos são os mais pobres.” (SCHMIDT, 2005, p. 182).

O Brasil colonial e Imperial que precedeu a Constituição de 1824 “[...] foi o Brasil da escravidão.” (SCHMIDT, 2005, p. 191). Nesse cenário, ou seja, na transição do Brasil colonial ao Brasil imperial, “O fenômeno constitucionalista brasileiro não adveio de uma revolução, pois a Independência não significou uma ruptura com o passado brasileiro.” (CAMPELLO, 2015, p.1).

“Pela sua perspectiva de manutenção do *status quo* [estado atual], não haveria como a [então] futura constituição do Império do Brasil eliminar subitamente o instituto jurídico da escravidão que servia de fundamento jurídico do sistema produtivo brasileiro.” (CAMPELLO, 2015, p.1, grifo do autor, grifo nosso, tradução nossa).

A escravidão não teve previsão expressa na constituição de 1824,

[...] entretanto, o legislador constituinte encontrou uma saída: implicitamente, fez referência aos cidadãos brasileiros libertos, ou seja, que emergiram da *capitis diminutio máxima*, passando a gozar de seu *status libertatis*, mas sem alcançar o mesmo status [sic] *civitatis* dos cidadãos brasileiros ingênuos. (CAMPELLO, 2015, p.1, grifo do autor).

Capitis diminutio máxima significa que o homem não tem liberdade, nem cidadania e tão pouco família, o homem é reduzido à *res* (significa coisa), um escravo, não possuía personalidade, porém, podia ser demandado criminalmente. *Status libertatis* significa homem livre, em oposição à escravidão. *Status civitatis* significa estado de cidadania. Ingênuos são indivíduos livres, a pessoa nasce livre e permanece livre. Essas expressões remontam ao Direito Romano, passam pelo Brasil Império e alcançam nossos dias. (BARBOZA, 2015).

Nesse sentido dispõe o inciso I, artigo 6, Constituição do Império, a saber:

Art. 6. São Cidadãos Brasileiros
I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. (BRASIL, CPIB, 1824, conforme ortografia portuguesa vigente à época).

Como a Constituição de 1824 diz expressamente que são cidadãos brasileiros os **ingênuos**, pessoas que nascem livres e continuam livres, e os **libertos**, pessoas que nascem escravas, mas vêm a conseguir suas alforrias (liberdades), não é difícil imaginar que alguns indivíduos não alcançam suas liberdades e que, portanto, não são homens livres (*status libertatis*), não são considerados brasileiros, não possuem personalidade para demandar judicialmente, são **escravos**, coisas (*res*), conforme informação contida implicitamente no artigo acima citado, bem como informação expressa (explícita) no Livro IV das Ordenações Filipinas, como veremos adiante.

Os libertos eram cidadãos de segunda classe, uma vez que lhes era vedado o direito ao voto. (CAMPELLO, 2015, p.1). Conforme artigo 94, inciso II, da Magna Carta em tela, senão vejamos:

Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléa Parochial. Exceptuam-se
[...]
II. Os Libertos. (BRAZIL, CPIB, 1824, conforme ortografia portuguesa vigente à época).

Como os libertos não podiam votar, por essa razão, também não podiam ser votados, conforme o *caput* do artigo 95: “Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados.” (BRAZIL, CPIB, 1824, conforme ortografia portuguesa vigente à época). O ex-escravo podia alcançar sua liberdade (o que era raro), mas nunca se livraria do estigma imposto por sua condição social (*status*).

Ademais, no Brasil Império, o *Codigo Philippino* do Reino de Portugal, também conhecido como Ordenações Filipinas, era aplicado de forma subsidiária à legislação brasileira. Assim, “Na falta de um Código, os atos da vida civil deveriam ser regidos pelo Livro IV, das Ordenações Filipinas [...]” (CAMPELLO, 2015, p.2) que trata dos “[...] negócios jurídicos civis em geral, bem como os contratos [...] apresentava inclusive as regras para regência do contrato de compra e venda de escravos [...]” (CAMPELLO, 2015, p.3). O Título XVII, livro IV, Ordenações Filipinas, dispõe que:

Qualquer pessoa, que comprar algum scravo doente de tal enfermidade, que lhe to-lha servir-se delle, o poderá engeitar a quem lho vendeu, provando que já era doente em seu poder da tal enfermidade, com tanto que cite ao vendedor dentro de seis mezes do dia, que o scravo for entregue. (REINO DE PORTUGAL, Codigo Philippino, 1870, v. 4, p. 798, conforme ortografia portuguesa vigente à época).

Porém, se comprador for médico ou mercador de animais, não poderá engeitar o escravo. Passados seis meses, a ação prescreve, a menos que o comprador tenha ignorado a doença do escravo. Assim, se se tratar de vício oculto, o prazo passa a correr da ciência do ví-

cio. (REINO DE PORTUGAL, Código Philippino, 1870, v. 4, p. 798).

O Título XVII, Livro IV, tem um total de dez itens que disciplinam a compra e venda de escravos. O texto do item três é o que segue:

Se o escravo tiver commettido algum delicto, polo qual, sendo-lhe provado, mereça pena de morte, e ainda não fôr livre por sentença, e o vendedor ao tempo da venda o não declarar, poderá o comprador engeital-o dentro de seis meses, contados da maneira, que acima dissemos. E o mesmo será, se o escravo tivesse tentado matar-se por si mesmo com aborrecimento da vida, e sabendo-o o vendedor, o não declarasse. (REINO DE PORTUGAL, Código Philippino, 1870, v. 4, p. 798, conforme ortografia portuguesa vigente à época).

Nesse contexto, Schmidt (2005, p. 199) afirma que:

A escravidão foi uma história de brutalidades. Um dos castigos mais comuns era o tronco. O escravo ficava amarrado nele, de costas, totalmente nu. Com um chicote de cinco pontas de couro molhadas, o bacalhau, o feitor (empregado que fiscalizava os escravos) surrava as costas e as nádegas até a carne rasgar e sangrar. Sobre a carne viva passava um coquetel de sal, pimenta e urina. Doía horrores e inflamava.

O objetivo precípuo dos castigos era a busca pela melhor produtividade: “[...] imagine os outros escravos vendo o companheiro infeliz, gemendo, pendurado no tronco, o pus correndo das chagas...” (SCHMIDT, 2005, p. 199).

Em 1826, o Império do Brasil firmou com o Reino da Inglaterra tratado internacional, por este instrumento, “[...] o Brasil proibia o tráfico dentro de três anos improrrogáveis. Seriam então punidos como piratas quantos neles se envolvessem. Conferiu-se à Inglaterra o tão cobiçado direito de visita e busca.” (TAUNAY, 1941 apud CAMPELLO, 2015, p. 4). Este Tratado foi ratificado em 13 de março de 1827 e passou a vigor a partir de 1830. (VIANNA, 1967 apud CAMPELLO, 2015, p. 4).

No primeiro ano do Período Regencial foi editada a Lei de 7 de Novembro de 1831, esta lei “Declara livres todos os escravos vindos de fóra do Imperio, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos [curiosidade: escravo grafado com ‘e’].” (BRAZIL, Lei de 7 de Novembro de 1831, 1831, p. 182, conforme ortografia portuguesa vigente à época). Contudo, a escravidão perdurou até o advento da Lei nº 3.353, que “Declara extinta a escravidão no Brazil.” (BRAZIL, Lei nº 3.353, 1888, conforme ortografia portuguesa vigente à época).

“Nas Américas Central e do Sul, conforme as colônias conseguiram sua independência, iam abolindo a escravidão.” (ESCRavidÃO, 2015). Piovesan (2015, grifo nosso) assevera que **“O Brasil foi o último país do mundo ocidental a abolir a escravidão.”**

Vale lembrar que a Constituição de 1824, fundamento de todo ordenamento jurídico, foi a mais duradoura da nossa história, ficou vigente até 1891, quando, então, foi promulgada nossa primeira Constituição Republicana. Acreditamos que sua vida longa se deu pe-

lo fato de que representava os verdadeiros fatores reais e efetivos de poder, ou seja, a Constituição escrita, de papel, representava o conjunto das forças políticas que regiam o país na época do *Imperio do Brazil*.

Assim, durante o primeiro século após a Revolução, no Brasil, havia três distintas classes sociais, a saber: a) a primeira classe era composta pelos **cidadãos ingênuos**, podiam votar e comandar o Império; b) a segunda classe era composta pelos **cidadãos libertos**, não podiam votar nem exercer cargos públicos, entre outras restrições; c) na última classe ficavam os **escravos** que sequer eram considerados cidadãos, não nasciam livres.

Finalmente, com a promulgação da *Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brazil* de 1891 é abolida definitivamente a distinção entre brasileiros ingênuos, libertos e escravos, atribuindo a todos o mesmo *status libertatis*, conforme seu artigo 69, a saber:

Art. 69. São cidadãos brasileiros:

1° Os nascidos no Brazil, ainda que de pae estrangeiro, não residindo este a serviço de sua nação;

2° Os filhos de pae hrazileiro [sic] e os illegitimos de mãe brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, si estabelecerem domicilio na Republica;

3° Os filhos de pae brasileiro, que estiver noutro paiz ao serviço da Republica, embora nella não venha domiciliar-se;

4° Os estrangeiros, que, achando-se no Brazil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis mezes depois de entrar em vigor a Constituição, o animo de conservar a nacionalidade de origem;

5.° Os estrangeiros, que possuirem bens immoveis no Brazil, e forem casados com brasileiras ou tiverem filhos brasileiros, comtanto que residam no Brazil, salvo si manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade;

6° Os estrangeiros por outro modo naturalizados. (BRAZIL, CREUB, 1891, conforme ortografia portuguesa vigente à época).

Como vimos, foi necessário que se passasse cerca de um século para que o ideal de liberdade, garantia fundamental inerente a todas as pessoas simplesmente por serem humanas, uma das conquistas da Revolução Francesa, irradiasse algum efeito sobre o estado de liberdade dos cidadãos no Brasil. Além da maior Revolução de que se tem notícia, outros fatores, como a revolução industrial, contribuíram para que todos os brasileiros nascessem livres.

Na França, desde o Código Civil Napoleônico de 1804, todos os cidadãos nascem livres e o bem jurídico liberdade não pode ser violado em razão de dívida. No Brasil, desde a promulgação da Constituição Republicana de 1891, todos os brasileiros nascem livres, mas, o estado de liberdade do brasileiro é frágil a ponto de ser violado pela mera pretensão de satisfação patrimonial. Significa dizer que o último país das Américas a abolir a escravidão mantém em seu ordenamento jurídico, em pleno século XXI, a prisão civil, modalidade de prisão na qual se executa a própria pessoa do devedor. Fique claro, ainda hoje no Brasil, a pessoa é arrastada à prisão simplesmente porque deve (prisão civil), e não porque cometeu crime.

4 EVOLUÇÃO DAS ESPÉCIES DE PRISÃO A PARTIR DA CF/88

Temos por escopo, neste capítulo, dar destaque a algumas espécies de prisão que apresentaram significativa evolução a partir do atual sistema jurídico de princípios e normas inaugurado pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). Logo, não pretendemos tratar de todas as espécies de encarceramento. A prisão civil do depositário infiel, inobstante sua abolição representar um marco histórico no ordenamento pátrio, receberá atenção especial apenas porque a linha de pesquisa deste trabalho é a prisão civil.

Porém, isso não quer significar que podemos olhar para qualquer espécie de prisão isoladamente, pelo contrário, todo encarceramento, independente da natureza que lhe seja atribuída, viola o mesmo bem jurídico: a **liberdade**. Ainda, a liberdade é pressuposto para uma **vida digna**. Assim, foi justamente no sentido de garantir uma vida digna que o legislador constituinte originário insculpiu no inciso III, art. 1º, CF/88, o princípio da **dignidade da pessoa humana**. (BRASIL, CRFB, 1988, grifo nosso).

Piovesan assevera que

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio [sic] a orientar o Direito Internacional e o Interno. (2004 apud SANTANA, 2010).

Nesse sentido, em epígrafe neste trabalho, a lição de Sarlet:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2007, p. 62, conforme acordo ortográfico de 1971).

Ademais, em nosso país, todas as espécies de prisão pertencem ao mesmo ordenamento, o qual, como já visto no primeiro capítulo, não se constitui de um amontoado de normas, mas sim de normas e princípios que se relacionam entre si de modo a formar um sistema.

4.1 PRISÃO PARA AVERIGUAÇÃO

Prisão para averiguação “[...] é a privação momentânea da liberdade, fora das hipóteses de flagrante e sem ordem escrita do juiz competente, com a finalidade de investiga-

ção. **Além de ser inconstitucional, configura crime de abuso de autoridade [...]**” (CAPEZ, 2012, p. 305, grifo nosso), nos seguintes termos: “Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; [...] i) à incolumidade física do indivíduo;” (BRASIL, Lei nº 4.898, 1965).

4.2 PRISÃO ADMINISTRATIVA

Segundo Tornaghi (1959 apud MIRABETE, 2003, p. 397, grifo do autor), “Doutrinariamente, tem se conceituado a **prisão administrativa** como sendo aquela decretada por autoridade administrativa, por motivos de ordem administrativa e com finalidade administrativa.” Para Mirabete, “Em seu sentido mais estrito, portanto, é administrativa a prisão quanto ao **órgão** que a decreta, quanto à **razão** que a dita, e quanto ao *fim* a que visa.” (2003, p. 397, grifo do autor). Contudo, como bem observa Capez (2012, p. 305, grifo nosso), “**Esta modalidade de prisão foi abolida pela nova ordem constitucional.**”

4.3 PRISÕES PROCESSUAIS

Acerca das prisões processuais, Gomes e Sousa (2010) asseveram que

Antes das reformas de 2008 (Leis 11.689/2008 e 11.719/2008) várias eram as prisões cautelares admitidas pelo nosso sistema processual: (a) prisão em flagrante; (b) prisão preventiva; (c) prisão temporária (Lei 7.960/89); (d) prisão decorrente de sentença condenatória recorrível; (e) prisão decorrente de pronúncia e (f) prisão decorrente de acórdão recorrível.

Capez afirma que atualmente, “Antes do trânsito em julgado da condenação, o sujeito só poderá *ser* preso em três situações: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. No entanto, só poderá *permanecer* nessa condição em duas delas: prisão temporária e preventiva.” (CAPEZ, 2012, p. 299, grifo do autor).

A prisão processual (prisão sem pena) trata

[...] de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da futura execução da pena, ou ainda impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos. É imposta apenas para garantir que o processo atinja seus fins. (CAPEZ, 2012, p. 301-302).

As prisões processuais são disciplinadas pelo Direito Penal, *ultima ratio* do sistema jurídico. Assim como outras espécies de encarceramento, têm sofrido drásticas alterações, senão vejamos.

4.3.1 Prisão em flagrante

Prisão em flagrante é “[...] medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consiste na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção penal.” (CAPEZ, 2012, p. 314).

Com o advento da Lei nº 12.403, de maio de 2011, a prisão em flagrante sofreu significativa alteração, senão vejamos:

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 [excludentes de ilicitude] do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.” (NR) [Nova Redação] (BRASIL, Lei nº 12.403, 2011, grifo nosso).

Nosso Código de Processo Penal (CPP), Decreto-Lei nº 3.689, data do início da década de quarenta do século passado (1941). A Lei nº 12.403 de 2011 alterou o texto do art. 310 do CPP de forma que “A prisão em flagrante perdeu seu caráter de prisão provisória” (CAPEZ, 2012, p. 299), noutras palavras, o indivíduo poderá ser preso em razão do flagrante, mas não permanecerá preso se não houver os requisitos necessários que possibilitem sua conversão em prisão preventiva.

4.3.2 Prisão preventiva

Segundo Capez, prisão preventiva é “Prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou no decorrer do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.” (2012, p. 328).

Constitui “[...] medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada” (CAPEZ, 2012, p. 329) de um indivíduo que pode vir a ser inocentado e que, conforme disposto no inciso LVII, CF/88, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória se presume inocente. (BRASIL, CRFB, 1988).

A partir da vigência da Lei 12.403/ 2011, em julho de 2011, “[...] a decretação da prisão provisória exige mais do que mera necessidade. Exige a imprescindibilidade da medida para a garantia do processo. A custódia cautelar tornou-se medida excepcional.” (CAPEZ, 2012, p. 298).

Com o advento da nova lei, **a prisão preventiva se tornou subsidiária às medidas cautelares**, nos termos do § 6º, art. 282, senão vejamos: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (NR) [Nova redação]” (BRASIL, Lei nº 12.403, 2011, grifo nosso).

O § 1º, art. 282, CPP, dispõe que “As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.” (BRASIL, Lei nº 12.403, 2011). Tais medidas estão assim elencadas nos arts. 319 e 320 do CPP:

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

[§§ 1º a 3º Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011]

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.” (NR)

“Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.” (NR) (BRASIL, Lei nº 12.403, 2011).

Cumpra destacar o disposto no parágrafo único do art. 312, CPP: “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).” (BRASIL, Lei nº 12.403, 2011). Entendendo o juiz não ser possível aplicação de medida cautelar,

Somente poderá, no entanto, ser decretada [a prisão preventiva] quando preenchidos os requisitos da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) [fumaça do

bom direito e perigo na demora]. Nesse caso, dispõe o art. 312 do CPP que a prisão preventiva poderá ser decretada: (a) para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (*periculum in mora*) + (b) quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus boni iuris*). (CAPEZ, 2012, p. 329, grifo do autor, tradução nossa).

Há que se observar ainda o disposto no inciso I, art. 313, CPP, ou seja, o crime deve ser doloso (intenção da prática delituosa) e a pena privativa de liberdade máxima deve superior a quatro anos. (BRASIL, Lei nº 12.403, 2011).

Resumidamente temos que, no caso do inciso I, art. 313, CPP, será possível a decretação da prisão preventiva quando – cumulativamente – a) o crime for praticado com dolo; b) sua pena for superior a quatro anos; c) se enquadrar ao menos em uma (das quatro) situação prevista no art. 312, CPP, + haver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria; d) o juiz entender não ser o caso de aplicação de uma ou mais medida cautelar.

Temos ainda os casos de: a) reincidência em crime doloso, inciso II, art. 312; b) violência doméstica, inciso III, art. 312; c) identidade civil, parágrafo único, art. 312; todos do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403. Por fim, vale lembrar, atualmente, a prisão preventiva se tornou subsidiária às medidas cautelares.

4.3.3 Prisão decorrente de decisão de pronúncia

Segundo Alves (2011) “A prisão decorrente da decisão de pronúncia não possui outro requisito específico fundamentador que não a própria decisão de pronúncia.” Para Hashimoto (2015), a decisão de pronúncia

[...] ocorre em casos de crimes dolosos contra a vida, ou seja, de competência do Tribunal do Júri. Trata-se de uma decisão interlocutória, que encerra a primeira parte do procedimento do Tribunal do Júri e em que é admitida a acusação feita contra o réu. Em outras palavras, reconhece-se a existência material do crime e os indícios de autoria.

A redação do art. 585 se mantém inalterada desde a publicação do Código de Processo Penal (CPP) em 1941. Segundo este artigo, a prisão decorrente da decisão de pronúncia é a regra, a liberdade, exceção, senão vejamos: “Art. 585. O réu não poderá recorrer da pronúncia senão depois de preso [...]” (BRASIL, CPP, 1941). Além de ter seu nome inscrito no rol dos culpados e de ter contra si, em caso de crime inafiançável, “[...] ordens necessárias para a sua captura”, conforme § 1º, art. 408, CPP original. (BRASIL, CPP, 1941).

A Lei nº 5.941, de 1973, trouxe algum avanço à prisão por pronúncia ao possibilitar a liberdade do pronunciado que responde por crime inafiançável ao introduzir mais um pa-

rágrafo ao art. 408, CPP, e alterar a redação do § 2º que passou a constar com a redação que segue: “§ 2º Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, [caso] já se encontre preso.” (BRASIL, Lei nº 5.941, 1973, grifo nosso).

Todavia, permanece a redação original do § 1º, art. 408, a saber: “§ 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomenda-lo-á [sic] [...] na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.” (BRASIL, Lei nº 5.941, 1973). Nesse caso, temos a prisão como regra e a liberdade como exceção.

Finalmente, a Lei nº 11.689, de junho de 2008, passa a tratar a prisão por pronúncia de acordo com os termos que segue:

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

§ 2º Se o crime for afiançável, o juiz arbitrará o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória.

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.’ (NR). (BRASIL, Lei nº 11.689, 2008).

Nucci (2008, p. 612) observa que “[...] pela nova redação do § 3º do art. 413 [...] a lei passa a considerar a prisão por pronúncia uma exceção, lastreada, quando decretada, nos requisitos da prisão preventiva.” Esta última, como já vimos, tornou-se subsidiária às medidas cautelares.

4.3.4 Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

Esta modalidade de prisão foi expressamente abolida do nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 12.403, de maio de 2011, que revogou o art. 393 do Código de Processo Penal (CPP). Quando vigente, o texto do art. 393 era o que segue:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados. (BRASIL, CPP, 1941).

4.3.5 Prisão decorrente de acórdão condenatório recorrível

A Lei nº 8.038, de maio de 1990, “Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.” (BRASIL, Lei nº 8.038, 1990). O texto do seu art. 27 é o que segue:

Art. 27 - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões.

[..]

§ 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

[...] (BRASIL, Lei nº 8.038, 1990).

No mesmo sentido dispõe o art. 637, CPP: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo [...]” (BRASIL, CPP, 1941). Analisando isoladamente os dispositivos acima citados e ignorando a norma constitucional, bem como sua hierarquia, se não têm efeito suspensivo os recursos especial e extraordinário, significa dizer que o condenado deve ser recolhido ao cárcere, uma vez que este é um efeito da condenação à pena privativa de liberdade.

Porém, dispõe a norma constitucional, em seu inciso LVII, art. 5º, CF/88, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” (BRASIL, CRFB, 1988). Como já vimos, a Constituição de um país é o fundamento de todo ordenamento jurídico e sua hierarquia é a mais alta possível, noutras palavras, absolutamente nenhuma norma está acima das normas constitucionais.

Entendemos, neste caso, haver uma antinomia, ou seja, um conflito aparente de normas. Todavia, com a devida vênia a quem tem posicionamento diverso, esse conflito de normas pode ser resolvido com a simples aplicação de um critério, qual seja, o hierárquico, senão vejamos os ensinamentos de Bobbio:

O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogati inferiori*. Não temos dificuldade em compreender [...] que as normas de um ordenamento são colocadas em planos diferentes: são colocadas em ordem hierárquica. Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. (1999, p. 93, grifo do tradutor, conforme acordo ortográfico de 1971).

Assim foi que o Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou, em fevereiro de 2009, o *Habeas Corpus*, HC 84.078-7/MG, cujo relator foi o Ministro Eros Grau e figurou como autoridade coatora o Superior Tribunal de Justiça. Abaixo, segue a ementa.

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

[...]

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

[...] (BRASIL, STF, 2010).

Nesse sentido, em comentário ao HC acima citado, a notícia veiculada pelo sítio IBCCRIM sob o título “STF julga inconstitucional execução provisória da pena”, a saber:

O Supremo Tribunal Federal entendeu ser inconstitucional a chamada execução provisória da pena privativa de liberdade, ou seja, a sua concretização antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória, por violação à dignidade humana e ao princípio constitucional da presunção de inocência [LVII, art. 5º, CF/88]. Há poucos dias, em julgamento histórico fomentado por voto vencedor do Ministro Eros Grau, o STF reviu entendimento até então vigente. (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2015, grifo nosso).

Por fim, Machado (2010) assevera que

O mero fato de os recursos extraordinário e especial não gozarem de efeito suspensivo não implica em dizer que a execução da pena pode ser antecipada; não existe a menor possibilidade de executar a pena antes de condenação judicial definitiva. A condenação passível de recurso, apesar de ter o seu valor e status jurídico, não autoriza o cumprimento antecipado da pena, ao menos em um Estado Democrático de Direito. Toda e qualquer prisão criminal antes de sentença condenatória transitada em julgado é inevitavelmente cautelar; pena definitiva só depois do trânsito em julgado; parece óbvio dizer (e até enfadonho repetir), mas sublinhe-se que antes do definitivo tudo é cautelar e provisório, até mesmo a condenação recorrível.

4.4 PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), significa dizer no atual ordenamento jurídico brasileiro, duas modalidades de prisão civil têm suas respectivas previsões insculpidas no artigo 5º, inciso LXVII, da Lei que fundamenta todo ordenamento pátrio, quais sejam, a do depositário infiel e a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

Trataremos da prisão civil do depositário infiel sob seus aspectos legal e jurisprudencial, bem como sua respectiva evolução a partir da CF/88, porque esta modalidade de encarceramento demonstra, assim como as espécies de prisão acima citadas, muito claramente a evolução geral do instituto da prisão dentro do ordenamento pátrio. Não pretendemos esgotar o assunto da prisão do depositário infiel, mas tão somente demonstrar para qual caminho segue a tutela do bem jurídico dignidade da pessoa humana quando o Estado tiver sob sua mira a violação do bem jurídico liberdade.

Ademais, acreditamos que essa evolução histórica (decorre de uma sequência de fatos históricos) e geral (abrange várias espécies de prisão) ocorreu porque um dos princípios basilares da CF/88 que norteia todo ordenamento, qual seja, da **dignidade da pessoa humana**, vem ganhando cada vez mais força desde a promulgação de nossa Magna Carta em 1988 até os dias que imperiosamente nos alcançam. Assim, poder-se-ia dizer: O princípio da dignidade da pessoa humana tem protegido o estado de liberdade do cidadão brasileiro.

Nesse contexto, as espécies de prisão, quaisquer que sejam, passaram a ser vistas sob uma nova ótica, nova perspectiva, ao mesmo tempo em que paulatinamente se colocam em harmonia com a atual tendência ocidental de tratar a prisão como *ultima ratio* (última razão) do sistema jurídico.

Assim, somente depois de conhecermos o último estágio evolutivo da prisão civil do depositário infiel é que teremos subsídios suficientes para a compreensão e análise da prisão, tratada também pelo direito civil, do devedor de alimentos. Passemos ao estudo.

4.4.1 Conceito de depositário infiel

Segundo Menezes (2015, grifo nosso) “A essência principal do depósito está na guarda, na custódia da coisa, de modo que, de regra, o depositário não pode usar a coisa, mas apenas guardá-la (640) [art. 640, CC/02]. Ao término do contrato, a coisa deve ser restituída com os frutos [...]” Assim, não devolvendo a coisa confiada em depósito à sua guarda, custódia, será considerado o depositário como infiel. Esse é um breve conceito do que vem ser a figura do depositário infiel, porém, como não visamos à análise amíúde desta modalidade de prisão, mas apenas a previsão legal, o entendimento jurisprudencial e sua evolução, é-nos suficiente.

4.4.2 Previsões: constitucional e legais

A prisão do depositário infiel tem previsão expressa na Constituição Federal de 1988 (CF/88), no Código Civil de 2002 (CC/02) e no moribundo (ainda vigente, mas agonizando) Código de Processo Civil de 1973 (CPC de 1973), senão vejamos.

O inciso LXVII, artigo 5º, da nossa Magna Carta Republicana, 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**”. (BRASIL, CRFB, 1988, grifo nosso).

O art. 652 do atual Código Civil dispõe que “Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.” (BRASIL, CC, 2002).

A Lei nº 11.382, dezembro de 2006, deu a seguinte redação ao parágrafo 3º, art. 666, CPC: “§ 3º A prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito.” (BRASIL, Lei nº 11.382, 2006).

O texto do art. 904 do Código de Processo Civil (CPC de 1973) é o que segue:

Art. 904. Julgada procedente a ação [de depósito], ordenará o juiz a expedição de mandado para a entrega, em 24 (vinte e quatro) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro.

Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, **o juiz decretará a prisão do depositário infiel.** (BRASIL, CPC, 1973, grifo nosso).

4.4.3 Súmula nº 619 do STF

A súmula número 619 do Supremo Tribunal Federal dispunha que “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.” (BRASIL, STF, 1984).

4.4.4 Disposições em Tratados

Inobstante nosso ordenamento jurídico fizer as expressas previsões legais e constitucional acerca da prisão civil, em 1992, por meio do Decreto número 678, o Brasil ratifica (confirma) sua adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Quanto à ratificação, significa dizer que o Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados mais o Senado Federal (duas Casas legislativas), aprovou, por meio de votação, quórum de maioria simples (maioria dos presentes na sessão de votação), o referido Tratado conforme competência estabelecida no inciso I, art. 49, CF/88, a saber: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...]” (BRASIL, CRFB, 1988).

O Tratado Internacional em tela, em seu artigo 7º, dispõe acerca do Direito à Liberdade Pessoal, o item 7 desse artigo assevera que “7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em vir-

tude de inadimplemento de obrigação alimentar.” (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Ainda no ano de 1992, por meio do Decreto número 592, o Brasil ratifica sua adesão a mais um Tratado Internacional, qual seja, ao Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Este Tratado, em seu artigo 11, dispõe que “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.” (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966).

Nesse ponto, é importante destacar que apesar de o Pacto de São José da Costa Rica datar da década de sessenta do século passado, hoje com cerca de meio século de vida, nosso ordenamento levou, no que tange à prisão do depositário infiel, algumas décadas para se adequar à referida norma. Ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também com cerca de meio século de vida, é muito claro ao dispor em seu artigo 11 que ninguém poderá ser preso por dívida. Como estas normas dispõem em sentido diverso da nossa atual Constituição, a qual faz expressa previsão em seu art. 5º, inciso LXVII, acerca da prisão civil (prisão por dívida), estabeleceu-se, assim, uma antinomia jurídica. Afinal, o cidadão que **não cometeu crime** algum, mas, apenas não cumpriu com sua obrigação (devedor inadimplente), pode ou não ser preso? Passemos ao estudo.

4.4.5 Antinomia

Para Bobbio (1999, p. 75, grifo nosso), “A necessidade da coerência lógica leva a aproximar aquelas [normas] que são compatíveis ou respectivamente complementares entre si, e a eliminar as contraditórias ou incompatíveis” porque “As normas, que entram para constituir um ordenamento, não ficam isoladas, mas tornam-se parte de um sistema, uma vez que certos princípios agem como ligações, pelas quais as normas são mantidas juntas de maneira a constituir um bloco sistemático.” (PERASSI, 1953 apud BOBBIO, 1999, p. 75, grifo nosso).

Bobbio (1999, p. 88, grifo nosso) define “[...] antinomia jurídica como aquela situação [em] que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade.” Assim, só podemos falar em sistema jurídico quando nesse sistema não coexistirem normas incompatíveis, caso contrário, não teremos mais do que um amontoado de normas desconexas. Contudo, como a produção de leis é constante (processo legiferante), não raro temos antinomias a ser enfrentadas.

Assim, a partir da ratificação do Brasil, em 1992, dos Tratados acima citados, passou a existir uma antinomia em nosso ordenamento jurídico no que tange à prisão civil do de-

positário infiel: as normas simplesmente disciplinavam esta modalidade de prisão em sentidos opostos!

Essa incompatibilidade de normas passou a dividir não só a doutrina, mas também as jurisprudências dos Tribunais, principalmente a do Supremo Tribunal Federal (STF), criando, dessa forma, uma verdadeira celeuma acerca desta modalidade de prisão civil, bem como provocando insegurança jurídica.

Como já vimos na seção 2.1, Bobbio (1999, p. 92) nos ensina que o problema das antinomias pode ser resolvido por meio de três critérios, quais sejam: a) critério cronológico, b) critério hierárquico, c) critério da especialidade. Contudo, “Ao lado do conflito entre as normas, que dá lugar ao problema das antinomias, há o conflito dos critérios para a solução das antinomias, que dá lugar a uma antinomia de segundo grau.” (BOBBIO, 1999, p.107).

Desta forma, além do conflito de normas (antinomia simples ou de 1º grau) e do conflito de critérios (antinomia de segundo grau), tínhamos que (re) estabelecer qual o grau hierárquico dos Tratados Internacionais incorporados (ratificados) ao nosso ordenamento jurídico, observando a matéria tratada (seu conteúdo), o critério cronológico no que tange à CF/88, bem como os requisitos formais para sua incorporação ao ordenamento pátrio, entre outros pontos relevantes. Tarefa das mais árduas que, como já dissemos, dividiu tanto a doutrina quanto a jurisprudência.

Aparentemente, a simples aplicação do critério cronológico resolveria a questão, uma vez que as ratificações (aprovações pelo Congresso Nacional) dos Tratados datavam de ano posterior (1992) às previsões constitucional (1988) e processual civil (1973). Caso fosse adotado apenas esse simplório critério, restaria apenas o Código Civil (2002) com data posterior, o qual sucumbiria à Constituição pelo critério hierárquico.

Entretanto, fosse resolvido o problema desta forma, que hierarquia teriam os Tratados em nosso ordenamento? Ao que parece, estariam acima da Constituição, uma vez que estariam revogando o texto constitucional, porém, como sabemos, a Constituição de um país é o fundamento de todo ordenamento, isso significa que nenhuma norma pode estar acima da Lei Maior (Constituição); noutras palavras, “No Brasil, vigora o princípio da Supremacia da Constituição [...]” (MEIRA, 2012).

Assim, a questão mais controversa e relevante consistiu em analisar o nível hierárquico, *status* normativo, ou seja, onde enquadrar os Tratados Internacionais aderidos e ratificados pelo Brasil que versam sobre direitos humanos. Gozariam de *status* legal (mesma hierarquia das leis ordinárias, infraconstitucionais), supralegal (acima das leis infraconstitucio-

nais, mas abaixo da Constituição) ou de Emenda Constitucional (mesma hierarquia das normas constitucionais)?

Os tópicos a seguir obedecem à ordem cronológica dos fatos que se sucederam até o desfecho desta modalidade de prisão civil que, como já vimos, remete-nos aos primórdios do próprio Direito, ou seja, data da Antiguidade e atravessa todas as Idades da divisão clássica da história.

4.4.6 Emenda constitucional nº 45

A Emenda Constitucional número 45 (EC 45/2004), de 30 de dezembro de 2004, acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, Emenda constitucional nº 45, 2004).

Desta forma, obedecidos tais pressupostos, gozará o Tratado, que tratar de direitos e garantias individuais (direitos humanos), de *status* constitucional, podendo revogar norma constitucional anterior, desde que em benefício dos direitos humanos. Temos aqui o princípio *pro homine*, segundo o qual “[...] sempre será aplicável (no caso concreto) a [norma] que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia.” (GOMES, 2007, grifo nosso).

Ainda, considerando o disposto no artigo 60 da Constituição, “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda [à Constituição] tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.” (BRASIL, CRFB, 1988, grifo nosso). Nesse caso, entendemos ser o caso de cláusula pétrea superveniente porque os Tratados em tela não decorrem do poder constituinte originário.

Facilitemos a compreensão da última frase para quem não pertence ao ramo do Direito: Magri (1991 apud SABBAG, 2010) criou, através do processo de criação de novas palavras (neologismo), a expressão “imexível”, assim, podemos dizer que **cláusulas pétreas** são cláusulas imexíveis, ou seja, não se pode mexer nelas, são inalteráveis, por conseguinte, incorporadas as normas do Tratado ao ordenamento, respeitando o rito de aprovação de três quintos (no mínimo 60% do total) dos votos dos membros (presentes ou não) de cada Casa do Congresso (Câmara dos Deputados + Senado Federal), em dois turnos cada Casa, tais normas serão imexíveis.

Essas normas incorporadas ao ordenamento são **supervenientes** porque vêm depois da promulgação da Constituição Federal de 1988. Poder constituinte originário é aquele que tem como fundamento o contrato social, ou seja, há uma ruptura social que dá poder ao constituinte originário de celebrar uma nova Constituição, Lei Maior de um novo ordenamento. Tratamos do ordenamento no primeiro capítulo.

4.4.7 STF: legalidade da prisão

A primeira turma do STF julgou, em fevereiro de 2008, o *Habeas Corpus*, HC 92.257-1/SP, cuja relatora foi a Ministra Cármen Lúcia e figurou como autoridade coatora o Superior Tribunal de Justiça. Abaixo, segue a ementa na íntegra.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PRISÃO CIVIL. ORDEM DE PRISÃO QUE TEM COMO FUNDAMENTO A CONDIÇÃO DE SER O PACIENTE DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. A jurisprudência predominante deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido da viabilidade da prisão civil do depositário judicial infiel. Precedentes. 2. Habeas corpus indeferido. (BRASIL, STF, 2008a).

O *Habeas Corpus* tem previsão na CF/88, art. 5º, inciso LXVIII, “[...] é uma garantia individual, ou seja, um remédio judicial [...] que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.” (MIRABETE, 2003, p. 709). Autoridade coatora é aquela que abusou do poder ou quem praticou o ato ilícito (não permitido pela lei). Paciente é a pessoa que faz uso do remédio constitucional *Habeas Corpus*, ou seja, sua liberdade sofreu (*Habeas Corpus* liberatório ou repressivo) ou está na iminência de sofrer lesão (*Habeas Corpus* preventivo). (MIRABETE, 2003, p. 710).

Importante salientar que a relatora do acórdão, a Ministra Cármen Lúcia, cita a súmula nº 619 do próprio STF para, em seu voto, indeferir o remédio constitucional citado. O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, entendeu que “[...] evidentemente o Pacto [de São José da Costa Rica] não se sobrepõe à Constituição Federal”. (BRASIL, STF, 2008a, grifo nosso). Posicionando-se, desta forma, acerca da hierarquia assumida pelos Tratados e Convenções Internacionais de proteção dos direitos humanos em nosso ordenamento jurídico.

O indeferimento do *Habeas Corpus* em tela se deu por maioria dos votos. Assim, à época, entendeu a Suprema Corte pátria pela constitucionalidade e legalidade da prisão do depositário infiel, cerca de quatro anos depois da EC 45/2004.

4.4.8 Informativo nº498 do STF

O informativo nº 498 do STF, dos dias 10 a 14 de março de 2008, dispôs acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil nos seguintes termos:

No ponto, [O Min. Celso de Mello] destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de **índole constitucional**, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem **natureza constitucional**, deverão observar o iter procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter **materialmente constitucional**, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade. (BRASIL, STF, 2008b, grifo nosso).

Este entendimento, veiculado pelo informativo citado, fez parte do voto do Min. Celso de Mello no qual ele se posiciona acerca dos Tratados Internacionais incorporados ao nosso ordenamento e cujo conteúdo trate de direitos humanos. Constatou no seu voto no julgamento do *Leading Case* HC 87585/TO, o qual seja será abordado a seguir.

4.4.9 STF: Hierarquia dos tratados e ilegalidade da prisão

O Tribunal Pleno do STF julgou, em dezembro de 2008, o *Habeas Corpus, Leading Case* HC 87585-8/TO, e, por votação unânime, concedeu a ordem. O relator do remédio constitucional em tela foi o Min. Marco Aurélio e figurou como autoridade coatora o STJ. Abaixo, segue a ementa na íntegra.

DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. (BRASIL, STF, 2009, p. 237).

Segundo Soares (1990 apud CAVALCANTE; NERY, 2014), *leading case* é “[...] uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam e ao nascer para o mundo jurídico cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros.”

No que tange à hierarquia dos Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos, prevaleceu, por maioria simples, o *status* de supralegalidade (estão acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição), cinco votos a quatro.

Status de supralegalidade: Segue abaixo fragmentos dos votos de cinco minis-

tros que votaram a favor desse posicionamento.

1) O Ministro Ricardo Lewandowski se posicionou a favor da hierarquia de supra-legalidade, em seu voto, diz “chegou a hora de mudar meu entendimento”, e prossegue:

[...] **a prisão, que é sempre a *ultima ratio* do Estado**, neste caso, se afigura absolutamente desproporcional, irrazoável [neologismo], a meu ver, pois não atinge os seus objetivos, além de ser ofensiva ao **princípio da dignidade da pessoa humana**, que é um dos postulados basilares do nosso sistema constitucional. (BRASIL, STF, 2009, p. 333, grifo nosso).

2) O Ministro Carlos Britto leciona que a norma insculpida no inciso LVII, art. 5º, CF/88, tem dois núcleos, o primeiro núcleo da norma constitui regra geral proibitiva ao preceituar que não haverá prisão por dívida; o segundo núcleo da norma, ao permitir excepcionalmente duas espécies de prisão, tem eficácia restringível (contida), uma vez que necessita de lei ordinária. Assim, na ausência de lei ordinária, a eficácia da norma é plena. (BRASIL, STF, 2009, p. 339). Acerca da hierarquia, entende o Ministro Carlos Britto que **os Tratados não possuem *status* constitucional**. (BRASIL, STF, 2009, p. 350, grifo nosso).

3) O Ministro Menezes Direito entendeu

[...] que a Convenção americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos passaram a integrar o ordenamento jurídico interno com hierarquia especial [de supralegalidade], embora infraconstitucional. Isso não quer dizer que o legislador não possa socorrer-se do § 3º do art. 5º para elevar a hierarquia desses atos internacionais ao plano constitucional. (BRASIL, STF, 2009, p. 329, grifo nosso).

4) A Ministra Cármen Lúcia destacou que “[...] o espírito da Constituição está na ética dos direitos humanos que faz [...] com que o Supremo Tribunal se manifeste de uma forma especial sobre a matéria e dote de uma **hierarquia especial**” (BRASIL, STF, 2009, p. 331, grifo nosso).

5) O Ministro Gilmar Mendes afirmou que o bloco de constitucionalidade não é prejudicado pelo não-reconhecimento da hierarquia constitucional dos Tratados porque essas normas complementam a Constituição ao fazerem parte do exercício hermenêutico das normas que tratam dos direitos humanos. Acredita que dar hierarquia constitucional aos Tratados causaria confusão, “[...] diria até a babel que nós podemos instaurar”, provocaríamos “uma grave, gravíssima **insegurança jurídica**.” (BRASIL, STF, 2009, p. 358-359, grifo nosso).

Status constitucional: Segue abaixo fragmentos dos votos de quatro ministros que votaram a favor desse posicionamento.

1) Segundo o Ministro Celso de Mello, a Constituição permite que o legislador ordinário suprima a decretabilidade da prisão civil em nosso ordenamento positivo (BRASIL, STF, 2009, p. 266). Destaca em seu voto que

[...] **o tema** da prisão civil por dívida, **analisado** na perspectiva dos documentos internacionais, **especialmente** na dos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos, **assume** significativa importância no plano jurídico, **pois estimula reflexão** a propósito de uma clara tendência que se vem registrando **no sentido** da abolição desse instrumento de coerção processual, **que constitui resquício** de uma prática **extinta**, já na Roma republicana, **desde** o advento, no século V a.C., da “*Lex Poetelia Papiria*”, **saudada**, então, **enquanto** marco divisor entre dois períodos históricos, como representando a “aurora dos novos tempos”. (BRASIL, STF, 2009, p. 251, grifo do autor).

O Ministro Celso de Mello cita em seu voto o também Ministro, à época, Francisco Rezek (RTJ 166/963, 971-972) para afirmar que

“[...] a Constituição não obriga a prender o depositário infiel; ela apenas diz que isso é uma exceção possível à regra de que não há prisão por dívida, e o legislador ordinário que delibere. O legislador ordinário poderia, então, disciplinar a prisão nessa hipótese, ou não fazê-lo e assumir uma atitude mais condizente com os novos tempos (...).” (BRASIL, STF, 2009, p. 265-266).

No que tange à hierarquia dos Tratados em tela, o Ministro Celso de Mello revê seu entendimento que outrora dava aos Tratados, qualquer que fosse seu conteúdo, hierarquia de lei ordinária e passa a atribuir-lhes *status* constitucional por força do conceito de bloco de constitucionalidade. (BRASIL, STF, 2009, p. 341). Sustentando de forma irretocável

[...] **que a interpretação judicial** desempenha um papel **de fundamental** importância, **não só na revelação** do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, **mas**, sobretudo, **na adequação** da própria Constituição às **novas** exigências, necessidades e transformações **resultantes** dos processos sociais, econômicos e políticos **que caracterizam** a sociedade contemporânea. (BRASIL, STF, 2009, p. 290, grifo do autor).

2) O Ministro Eros Grau conferiu hierarquia constitucional aos Tratados Internacionais de direitos humanos ao sustentar que “[...] esses tratados integram o chamado bloco de constitucionalidade.” (BRASIL, STF, 2009, p. 335, grifo nosso).

3) A Ministra Ellen Gracie acompanha o voto do relator, Ministro Celso de Mello, conferindo, assim, *status* de constitucionalidade aos Tratados em tela. (BRASIL, STF, 2009, p. 356).

4) O Ministro Cezar Peluso afirma que

[...] é possível extrair da conjugação dos §§ 2º e 3º do art. 5º que o que temos aí é, pura e simplesmente, uma distinção entre os tratados sem **status** de emenda constitucional, que são materialmente constitucionais, e os dos § 3º, que são material e formalmente constitucionais. (BRASIL, STF, 2009, p. 352, grifo do autor).

“O Ministro Marco Aurélio [relator], relativamente a essa questão [hierarquia dos Tratados], absteve-se de pronunciamento.” (CAPEZ, 2012, p. 304, grifo nosso). Todavia, entendeu ser o caso de “[...] derrogação [revogação parcial] da legislação ordinária pelo Pacto de São José da Costa Rica.” (BRASIL, STF, 2009, p. 357, grifo nosso). Não participou da vota-

ção, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Outras decisões no mesmo sentido desse acórdão, ou seja, no sentido do não cabimento da prisão do depositário infiel: *Habeas Corpus*, HC 92817/RS, de dezembro de 2008; *Habeas Corpus*, HC 96118/SP, de fevereiro de 2009.

4.4.10 Informativo nº 531 do STF

O informativo número 531 do Supremo Tribunal Federal, do dia 1º a 5 de dezembro de 2008, dispôs sobre a prisão civil do depositário infiel e atribuiu ao Pacto de São José da Costa Rica o *status* de supralegalidade, nos seguintes termos:

Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu habeas corpus em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão [...] decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual [...] Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o **Pacto de São José da Costa Rica**, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;*”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do **status de supralegalidade** da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes [...]. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional [...] (BRASIL, STF, 2008c, grifo nosso).

Significa dizer que o Pacto de São José da Costa Rica ascendeu na hierarquia das normas no nosso ordenamento jurídico, ou seja, deixou de gozar do *status* de lei ordinária para, atualmente, se encontrar num nível próprio, acima das leis, mas abaixo da Constituição: *status* de supralegalidade. Nesse ponto, cumpre retomar o voto do Ministro Menezes Direito no qual afirma ser possível dar *status* constitucional aos Tratados desde que se submetam ao quórum qualificado do § 3º, art. 5º, CF/88.

4.4.11 Súmula vinculante nº 25

Em dezembro de 2009, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, acolheu e aprovou a proposta de edição da Súmula Vinculante nº 25, nos seguintes termos: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. (BRASIL, STF, 2010). Restando revogada a súmula 619 da mesma Corte.

De acordo com a atual posição do STF, quando se tratar de satisfação patrimonial, deverá ser executado o patrimônio do depositário, e não mais sua pessoa. Este novo entendi-

mento do STF, que acabou por abolir do nosso ordenamento jurídico a prisão civil do depositário infiel, representa uma evolução num instituto que, como já vimos, remonta aos primórdios da civilização, noutras palavras, tem fim um legado de milhares de anos. Trata-se de inegável marco histórico.

Assim nasceu não apenas um novo entendimento, mas também um novo tempo onde o princípio da dignidade da pessoa humana irradia seus efeitos para além do mundo das ideias (do dever ser), alcançando, desta forma, o mundo real (do ser). Nesse ponto, entendemos que nosso ordenamento jurídico se coloca em harmonia com a atual tendência ocidental de tratar a prisão como *ultima ratio* (última razão) do sistema jurídico.

4.5 SÍNTESE DA EVOLUÇÃO

Conforme o exposto neste capítulo, em ordem de abordagem e de forma extremamente resumida, no que tange à violação do bem jurídico liberdade (encarceramento), temos atualmente que:

- a) A prisão para averiguação, além de ser inconstitucional, configura crime de abuso de autoridade;
- b) A prisão administrativa foi abolida pela nova ordem constitucional;
- c) A prisão em flagrante perdeu seu caráter de prisão provisória, não se fica mais preso em razão do flagrante, conforme Lei nº 12.403/2011;
- d) A prisão preventiva se tornou subsidiária às medidas cautelares, conforme Lei nº 12.403/2011;
- e) A prisão por pronúncia foi abolida pela Lei nº 11.689/2008;
- f) A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível foi expressamente abolida pela Lei nº 12.403/ 2011;
- g) A prisão decorrente de acórdão condenatório recorrível, conforme jurisprudência da Suprema Corte, viola os princípios constitucionais de presunção de inocência, bem como o da dignidade da pessoa humana.
- h) A prisão do depositário infiel é ilícita, conforme súmula vinculante nº 25.

Acreditamos que absolutamente todas as espécies de prisão acima elencadas têm sido paulatinamente moldadas pela nova ordem constitucional, na qual o princípio basilar do nosso ordenamento, o da dignidade da pessoa humana, continua a irradiar seus efeitos à luz da razão. Daí a abolição de algumas espécies: nova ordem constitucional. Após estas breves considerações, passemos ao estudo da prisão civil do devedor inadimplente de alimentos.

5 PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

5.1 PRISÃO CIVIL

Na prisão civil do devedor inadimplente de alimentos, o princípio da dignidade da pessoa humana, superprincípio (PIOVESAN, 2004 apud SANTANA, 2010) sobre o qual se apoia nosso atual ordenamento jurídico, ainda não irradiou seus efeitos, senão observemos uma das primeiras codificações da Antiguidade.

A Lei das XII Tábuas “[...] foi um dos resultados da luta por igualdade levada a cabo pelos plebeus em Roma.” (LEI..., 2015). A terceira tábua desta lei dispunha acerca “Dos direitos de crédito” tendo como finalidade a satisfação patrimonial, a saber:

[...]

4. Aquele que confessar dívida perante o magistrado, ou for condenado, terá 30 dias para pagar.

5. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado.

6. Se não pagar e ninguém se apresentar como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor.

7. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério.

8. Se não houver conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida.

9. Se não [sic] muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre. (LEI..., 2015, grifo do tradutor).

Inobstante esta lei datar do ano 450 a.C. e, assim, nos remeter aos primórdios do Direito, época em que imperavam a vingança, a escravidão, o poder do pai de família de matar esposa e filhos (*pater familias*) ou de vendê-los como escravos, sociedade na qual as pessoas eram divididas de acordo com suas respectivas classes sociais (escravo, estrangeiro, chefe de família *et al.*), bem como por seu gênero (homem ou mulher), hodiernamente, subsiste em nosso ordenamento jurídico a prisão civil: Modalidade de prisão na qual se executa a pessoa do devedor, violando um garantia inerente à pessoa humana (seu *status libertatis*), com o intuito de se obter uma satisfação patrimonial.

Mello assevera que a prisão civil por dívida é um “[...] instrumento de coerção processual, **que constitui resquício** de uma prática **extinta** [...]” (BRASIL, STF, 2009, p. 266, grifo do autor). Assim, a prisão civil atravessou os séculos de todas as Idades da história, da Antiguidade à Idade Contemporânea, até alcançar os dias em que vivemos.

5.2 DEVEDOR DE ALIMENTOS: OBRIGAÇÃO

As fontes ou origens das obrigações são três: a) a vontade; b) o ato ilícito; c) a lei. As três fontes citadas podem ensejar uma obrigação de prestar alimentos. Nos três casos, os alimentos podem ser cobrados pelo rito da penhora, porém, em apenas um caso é facultado ao credor cobrar pelo rito da prisão civil, senão vejamos. No caso da vontade, os alimentos a quem a pessoa se obriga a prestar são chamados de **alimentos voluntários**. Estes alimentos não são passíveis de execução pelo rito da prisão civil. No caso do ato ilícito, os alimentos a quem a pessoa se obriga a prestar são chamados de **alimentos ressarcitórios**, resultam de condenação na qual se apura a responsabilidade civil. Assim como no primeiro caso, estes alimentos não são passíveis de execução pelo rito da prisão civil. (AMARAL, 2011a).

No caso da lei, os alimentos a quem a pessoa se obriga a prestar são chamados de **alimentos legais ou legítimos**, surgem do direito de família, a obrigação é consubstanciada num comportamento imposto pela lei, não depende da vontade do obrigado nem resulta da prática de ato ilícito. Assim, na linha de pesquisa deste trabalho, apenas estes alimentos nos interessam porque somente eles podem ser passíveis de execução pelo rito da prisão civil, embora possam ser cobrados pelo rito da penhora. (AMARAL, 2011a).

O Código Civil diz que os ascendentes, descendentes, cônjuges, companheiros, irmãos, têm o **dever** de prestar alimentos uns aos outros, porém, isso não significa que todos estão necessariamente obrigados. Amaral (2011b, grifo nosso) assevera que “Os pais, enquanto estiverem no exercício do poder familiar, são **obrigados** a prestar alimentos [aos filhos].” Neste caso, o binômio necessidade-possibilidade é observado tão somente para se apurar o valor, uma vez que a obrigação encontra seu fundamento na lei. Nos demais casos, poderemos ter uma obrigação de caráter suplementar, na qual o binômio necessidade-possibilidade será observado pelo juiz com o intuito de converter ou não o dever em obrigação. (AMARAL, 2011b).

5.3 ALIMENTOS

Para o direito de família, a palavra alimentos tem sentido amplo. Pontes de Miranda assim define o termo alimentos:

“a palavra alimentos, conforme a melhor aceção técnica, e conseqüentemente, podada de conotações vulgares, possui o sentido amplo de compreender tudo quanto for imprescindível ao sustento, à habitação, ao vestuário, ao tratamento de enfermidades e às despesas de criação e educação.” (1974 apud FACHIN, 2005, p. 33, conforme acordo ortográfico de 1971).

5.4 PREVISÕES: CONSTITUCIONAL E LEGAIS

Em nossa legislação pátria, a prisão do devedor de alimentos tem previsão expressa, embora se trate de norma de eficácia contida, na Constituição Federal de 1988. Garantem a eficácia na norma constitucional, tratam dos alimentos legítimos, o atual Código Civil de 2002; o moribundo Código de Processo Civil de 1973, vigente até 16 de março de 2016; o novel Código de Processo Civil de 2015, com vigência a partir do dia 17 de março de 2016; o reformado Código Penal de 1940; o Código de Processo Penal de 1941 (com várias alterações); o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990; o Estatuto do Idoso de 2003; a Lei dos Alimentos de 1968; além de outras leis (alimentos gravídicos, divórcio etc.). No que tange às leis ordinárias, faremos apenas alguns apontamentos, haja vista a ampla previsão em nosso ordenamento.

O inciso LXVII, art. 5º, CF/88, 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”. (BRASIL, 1988, grifo nosso). Já vimos que este dispositivo constitucional trata de norma de exceção e que sua eficácia depende de lei ordinária (eficácia contida). Vejamos algumas dessas normas legais (ordinárias).

O atual Código Civil de 2002 (CC/02) discrimina quem pode figurar como alimentante, noutras palavras, um Código de leis civis elege quem são as pessoas que poderão responder com seu próprio corpo no caso do não pagamento de uma dívida. Assim, em sua Parte Especial, Livro IV (do direito de família), Título II (do direito patrimonial), Subtítulo III, trata, do artigo 1.694 ao artigo 1.710, **dos Alimentos**.

O *caput* do artigo 1.694 inaugura o referido subtítulo dispondo acerca dos possíveis credores e devedores de alimentos, nesses termos: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.” (BRASIL, CC, 2002). Como se vê, a relação devedor de alimentos e alimentando vai muito além da relação pai e filho, embora seja esta última situação a de maior incidência. (AMARAL, 2011a).

Sobre a situação financeira e laboral das partes envolvidas na relação em que se pleiteiam alimentos, o artigo 1.695 diz que:

São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. (BRASIL, CC, 2002).

O artigo 1.696 preceitua que “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, **recaindo a obrigação nos mais próximos em grau**, uns em falta de outros” (BRASIL, CC, grifo nosso), dispondo sobre a ordem das pessoas a figurar como alimentante. Importante salientar que o alimentando não pode eleger discricionariamente, a exceção do idoso, um parente e exigir dele pensão alimentícia.

Ainda sobre a ordem, o artigo 1.697 dispõe que “Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos [mesmo pai e mesma mãe] como unilaterais.” (BRASIL, CC, 2002, grifo nosso). Significa dizer que se não há ascendentes com condições de figurar como alimentante, cabe aos descendentes, em ordem de sucessão, filho, neto *et al.*, a obrigação. Não havendo ascendentes nem descendentes, cabe aos irmãos tal obrigação. Assim, podemos dizer que a obrigação não se estende além do segundo grau colateral (irmão).

O ainda vigente Código de Processo Civil, em seu Livro II (do processo de execução), Título II (das diversas espécies de execução), Capítulo V, trata da execução de prestação alimentícia. Neste capítulo, o disposto no artigo 733 e seus parágrafos é o que segue:

Art. 733 - Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) 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 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 2º - O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 3º - Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão. (BRASIL, CPC, 1973, grifo nosso).

Este dispositivo do CPC de 1973 não estabelece o regime de cumprimento de prisão, também não diz se o preso irá para estabelecimento de regime fechado, semiaberto, aberto ou prisão domiciliar. Diz apenas que citado o devedor, caso não pague sua dívida em três dias, poderá ser recolhido à prisão. Todavia, como nunca existiu sistema prisional civil em nosso país, o preso não-criminoso acaba indo para estabelecimento onde criminosos cumprem pena ou se encontram presos em razão prática criminosa lhes atribuída.

Inobstante o relevo atingido do princípio da subsidiariedade do Direito Penal como *ultima ratio* (última razão) do sistema jurídico, neste caso, uma norma civil, com hierarquia de lei ordinária, trata da *extrema ratio* (medida extrema, prisão) desse sistema. Assim como na Antiguidade, uma norma civil trata da execução sobre o corpo da pessoa em razão de uma dívida inadimplida quando se deveria criar normas, ou copiá-las de tantos outros ordenamentos (ver anexos), de forma a dar real eficácia à satisfação patrimonial. Por essa incoerência, muitos países acabaram por abolir a prisão por dívida, sem, contudo, excluir a norma pe-

nal, em moldes próximos ao que veremos a seguir.

O Código Penal, em sua Parte Especial, Título VII (dos crimes contra a família), Capítulo III (dos crimes contra a assistência familiar), artigo 244, dispõe acerca do **Abandono Material**, nestes termos:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou **faltando ao pagamento de pensão alimentícia** judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

[...] (BRASIL, CP, 1940, grifo nosso).

Neste artigo, não temos um ilícito cível, mas sim um tipo penal, ainda que a sentença penal condenatória constitua título executivo judicial (conforme disposto no inciso II, artigo 475-N, CPC). Agora, estamos diante de uma figura típica, na qual o núcleo do tipo é **deixar de prover** a subsistência das pessoas elencadas no tipo penal. Logo, não provada causa excludente de ilicitude ou que exclua a culpabilidade, o fato constituirá crime (teoria tripartite do crime). Não se trata apenas um mero ilícito civil, embora, por sua conduta omissiva (deixar de prover), o indivíduo possa responder tanto criminalmente quanto civilmente, sem haja *bis in idem*, uma vez que o cumprimento da prisão, civil ou penal, não dá quitação à dívida alimentar.

Importa salientar que havendo prática da conduta descrita neste tipo penal, a prisão imposta ao agente não será utilizada como um meio de coerção para forçar o devedor cumprir a obrigação, como dizem da prisão civil, mas sim como punição pela prática de um crime. A prisão, nesse caso, é uma sanção penal.

O inciso II, artigo 324, do Código de Processo Penal, com redação atual dada pela Lei nº 12.403, dispõe que **não será concedida fiança no caso de prisão civil** (BRASIL, Lei nº 12.403, 2011), porém, na prática do crime descrita no artigo 244, CP, acima tratado, cuja pena máxima em abstrato é de 4 anos, caberá fiança arbitrada pelo próprio delegado, conforme atual redação do artigo 322, CPP, dada pela Lei nº 12.403, a saber:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas. (BRASIL, Lei nº 12.403, 2011).

Quando o alimentante não paga seu débito alimentar, ele certamente deixa de prover a subsistência da pessoa alimentanda, fato que caracteriza a figura típica descrita no artigo 244, CP. Ademais, em caso de prisão civil ou penal, o bem jurídico violado é o mesmo: a li-

berdade. Em contrapartida, o bem jurídico preservado do outro lado da balança é também o mesmo: a vida, pressuposto para a dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, analisemos a seguinte conduta omissiva: **deixar de prover a subsistência**, das pessoas elencadas pela lei, faltando ao pagamento de pensão alimentícia. Assim, havendo título executivo judicial inadimplido a mais de três meses, o indivíduo pode ser preso tanto pelo artigo 244, CP, como pelo artigo 733, CPC. Porém, se for preso pela infração mais gravosa terá direito à fiança (art. 322, CPP), mas se for preso pelo ilícito menos gravoso, não.

Entendemos, neste caso, se tratar da subversão da subsidiariedade do Direito Penal, uma vez que a norma civil é mais ofensiva à liberdade, garantia fundamental inerente à condição humana, do que a norma penal. Ainda, se o devedor for preso pela infração mais gravosa, o regime de cumprimento da pena de detenção será o aberto (se primário), mas se for preso pelo ilícito menos gravoso, em regra, o regime de cumprimento da prisão será o fechado, como veremos adiante na seção 5.9 e suas subdivisões.

O artigo 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que:

Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.
Parágrafo único. Da medida cautelar constará, ainda, a **fixação provisória dos alimentos** de que necessitem a criança ou o adolescente dependentes do agressor. (BRASIL, ECA, 1990, grifo nosso).

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003, em seu Título II (dos direitos fundamentais), Capítulo III, trata, do artigo 11 ao artigo 14, “**dos alimentos**”. O artigo 11 diz que “Os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil.” (BRASIL, Estatuto do Idoso, 2003).

Diferente do que ocorre com o disposto nos artigos 1.696, 1967 e 1698, CC/02, que estabelecem uma ordem para a cobrança de pensão alimentícia, o artigo 12 do Estatuto do Idoso dispõe que “A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.” (BRASIL, Estatuto do Idoso, 2003). Trata-se de exceção à regra: o alimentando não pode eleger discricionariamente um parente e exigir dele pensão alimentícia. No caso do idoso, pode sim.

O artigo 13, com redação dada pela Lei nº 11.737, estabelece que “As transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público, que as referendará, e passarão a ter efeito de **título executivo extrajudicial** nos termos da lei processual civil.” (BRASIL, Lei nº 11.737, 2008, grifo nosso).

A Lei número 5.478, de 25 de julho de 1968, é também conhecida como Lei dos

Alimentos, “Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências.” O *caput* do artigo 1º estabelece que a “Ação de Alimentos é de rito especial [...]” (BRASIL, Lei nº 5.478, 1968). O parágrafo 2º deste artigo dispõe que “A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, gozará do benefício da gratuidade, por simples afirmativa dessas condições perante o juiz [...]” (BRASIL, Lei nº 5.478, 1968). O artigo 27 dispõe que “Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta lei as disposições do Código de Processo Civil.” (BRASIL, Lei nº 5.478, 1968).

O artigo 19, Lei dos Alimentos, dispõe sobre o tempo de prisão do devedor inadimplente de alimentos nestes termos:

Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor **até 60 (sessenta) dias**. (BRASIL, Lei nº 5.478, 1968, grifo nosso).

De forma diversa, o parágrafo 1º do artigo 733, CPC, dispõe que “Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.” (BRASIL, CPC, 1973).

O artigo 21 da Lei dos Alimentos acrescenta o parágrafo único ao artigo 244 do Código Penal nesses termos:

Parágrafo único. Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o **pagamento de pensão alimentícia** judicialmente acordada, fixada ou majorada. (BRASIL, Lei nº 5.478, 1968, grifo nosso).

Posteriormente, em 2003, o Estatuto do Idoso substitui a palavra “valetudinário”, contida no *caput* do artigo 244, CP, pela expressão “maior de 60 (sessenta) anos”. Em seu artigo 22, a Lei de Alimentos cria uma figura típica, um tipo penal, além de dispor de sanção administrativa, nestes termos:

Art. 22. Constitui crime contra [sic] a administração da Justiça deixar o empregador ou funcionário público de prestar ao juízo competente as informações necessárias à instrução de processo ou execução de sentença ou acordo que fixe pensão alimentícia:

Pena - Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, sem prejuízo da pena acessória de suspensão do emprego de 30 (trinta) a 90 (noventa) dias.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incide quem, de qualquer modo, ajuda o devedor a eximir-se ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada, ou se recusa, ou procrastina a executar ordem de descontos em folhas de pagamento, expedida pelo juiz competente. (BRASIL, Lei nº 5.478, 1968).

O fato é que a Lei dos Alimentos trata expressamente dos casos em que possa haver prisão do alimentante inadimplente, quais sejam, no caso do artigo 19 da própria lei e no caso do artigo 244 do CP. Além do disposto no artigo 22 acima citado, que trata do emprega-

dor ou funcionário público que deixa de prestar informações ao juízo competente, bem como de quem ajuda o devedor a eximir-se ao pagamento de pensão alimentícia.

Todavia, embora esta lei efetivamente trate da prisão, assim como o CPC de 1973, não estabelece se fechado, semiaberto ou aberto o regime de cumprimento da prisão. Outro problema reside no fato de esta lei datar do ano de 1968, não acompanhando, assim, a evolução dos Direitos Civil e Penal, bem como por ignorar o estado lastimável em que se encontra o sistema prisional ao qual o preso civil é recolhido. Ademais, na década de sessenta do século passado, a Lei dos Alimentos estava situada dentro de um sistema jurídico no qual o Brasil não era signatário de alguns Tratados Internacionais que dispõem sobre os direitos humanos, conforme já vimos. Noutras palavras, eram outros tempos, regidos por uma ordem constitucional hoje ultrapassada: ditadura.

5.5 SÚMULA 309 DO STJ

Quanto tempo de inadimplemento enseja a prisão do devedor de alimentos? Contados a partir de qual data? A essas perguntas, não encontramos respostas na legislação. Assim, não há critérios objetivos na lei acerca: a) do termo inicial, b) do tempo de inadimplemento, c) do termo final para a decretação da prisão do devedor de alimentos, respectivamente. Foi a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quem firmou entendimento de que a prisão poderá ser decretada pelo juiz contadas **três prestações inadimplidas** anteriores ao ajuizamento da execução ou se o alimentando deixar de pagar prestação no decorrer do processo de execução de forma que se somem três prestações.

Em sua redação original, a súmula 309 do STJ dispunha que o *dies a quo* remetia a três prestações inadimplentes contadas regressivamente a partir da citação do devedor, ou se somadas no decorrer do processo, nestes termos: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as **três prestações anteriores à citação** e as que vencerem no curso do processo.” (BRASIL, STJ, 2005, grifo nosso).

Posteriormente, ainda dispondo do termo inicial do prazo, o referido Tribunal Superior deliberou pela alteração do enunciado da súmula acima citada, a saber: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as **três prestações anteriores ao ajuizamento da execução** e as que se vencerem no curso do processo.” (BRASIL, STJ, 2006, grifo nosso).

Passando, assim, o *dies a quo*, ou seja, o termo inicial do prazo que enseja a prisão, a contar regressivamente a partir de três prestações não pagas do ajuizamento da execu-

ção, e não mais da citação, sem prejuízo das que se vencerem no decorrer do processo. Evitou-se, desta forma, que o devedor se esquive de ser citado. O *dies ad quem*, ou seja, o termo final do prazo, computa-se somando três prestações não pagas a partir do *dies a quo*, este, porém, pode ser contado antes do ajuizamento da ação de execução ou no decorrer dela, conforme o caso.

5.6 INFORMATIVO Nº 75 DO STF

O informativo número 75 do Supremo Tribunal Federal, dos dias 9 a 13 de junho de 1997, dispôs acerca da “Prisão Civil e Alimentos”, nos seguintes termos:

A prisão civil não deve ser tida como meio de coação para o adimplemento de parcelas atrasadas de obrigação alimentícia — acumuladas por inércia da credora — já que, com o tempo, a quantia devida perde o cunho alimentar e passa a ter caráter de ressarcimento de despesas realizadas. Com esse fundamento, a Turma deferiu *habeas corpus* — sem prejuízo de nova decretação da prisão civil, se ocorrido o inadimplemento de parcelas mensais mais modernas [...] (BRASIL, STF, 1997).

Numa interpretação sistemática e conforme informativo supracitado, as parcelas atrasadas de obrigação alimentícia que ensejam a prisão são aquelas estabelecidas na súmula 309 do STJ, noutras palavras: prestações modernas. As demais parcelas em atraso podem ser cobradas pelo rito da penhora, respeitado o prazo prescricional.

5.7 TRATADO INTERNACIONAL

Repetimos, por meio do Decreto número 592, o Brasil aderiu ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, sendo recepcionado pelo § 2º, art. 5º, CF/88. Este Tratado, em seu artigo 11, dispõe que “**Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.**” (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966). Significa dizer, temos uma norma em nosso ordenamento jurídico de hierarquia supralegal que veda expressamente qualquer espécie de prisão civil. Revê seção 4.4.9.

5.8 PRESCRIÇÃO

O parágrafo 2º, art. 206, CC/02, dispõe que prescreve “Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.” (BRASIL, CC, 2002). Neste caso, o que prescreve é a pretensão em cobrar uma dívida inadimplida (presta-

ções periódicas não pagas), e não a pretensão de pleitear alimentos, o que pode ser feito a qualquer tempo, mesmo com idade avançada, conforme Estatuto do Idoso e outros diplomas já mencionados.

No que tange às prestações periódicas não pagas, dispõe o inciso II, art. 197, CC/02, que não corre a prescrição “[...] entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar” (BRASIL, CC, 2002). Significa dizer que em caso de menor, a prescrição somente passará a correr quanto se extinguir o poder familiar.

No mesmo sentido, não corre a prescrição “[...] contra os [absolutamente] incapazes [...]” enquanto permanecer a incapacidade, conforme inciso I, art.198, CC/02. (BRASIL, CC, 2002, grifo nosso).

5.9 REGIME DE CUMPRIMENTO DA PRISÃO CIVIL

Até a aprovação do novel Código de Processo Civil de 2015 simplesmente não havia previsão legal em nosso ordenamento jurídico acerca do regime de cumprimento da prisão civil. A partir de 17 de março de 2016, entrará em vigor o novo CPC que dispõe expressamente acerca do regime de cumprimento da prisão do devedor de alimentos. De acordo com a redação do § 4º, art. 528, “A prisão [do devedor inadimplente de alimentos] será cumprida em **regime fechado**, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.” (BRASIL, CPC, 2015, grifo nosso). Contudo, vale destacar a atual divergência sobre o regime de cumprimento dessa modalidade de encarceramento.

5.9.1 LINDB

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, 1942). Assim, no silêncio da lei, pelo menos até que o novo CPC passe a vigor, será necessário um exercício de hermenêutica jurisprudencial, bem como doutrinária, para solucionar a lacuna deixada pelo legislador. Desta forma, várias interpretações são possíveis, senão vejamos.

5.9.2 Interpretação pelo regime aberto

É possível que a omissão da lei se dê em virtude de os regimes semiaberto e fe-

chado atentarem em demasia contra a dignidade da pessoa humana, uma vez que não se trata de criminoso, mas sim de devedor. Portanto, não haveria razão para estabelecer qualquer tipo de regime de cumprimento da prisão, restando o regime aberto como único aplicável.

De outra forma, sendo omissa a lei, qualquer que fosse a intenção do legislador, aplicar-se-ia o regime menos gravoso, uma vez que é inegável o fato de a pena recair sobre o corpo do preso, qualquer que seja a natureza da prisão. Nesse ponto, é importante salientar que como não existem estabelecimentos próprios para o encarceramento do preso civil, certo é que o não-criminoso, ou seja, o devedor, será levado para estabelecimento onde criminosos cumprem prisão-pena ou estão presos provisoriamente (ainda não têm sentença penal condenatória transitada em julgado). Esta interpretação observa o ordenamento de modo a formar um sistema no qual as normas se relacionam entre si e com os princípios que regem o ordenamento.

5.9.3 Doutrina: interpretação pelo regime fechado

Em sentido oposto, Assis (1998, p.145) entende que “É preciso deixar bem claro ao alimentante relapso que, inadimplidas as prestações, a pena se concretizará da pior forma [...]” Apontando, assim, para o regime fechado.

5.9.4 Jurisprudência do STJ: excepcionalidade do regime aberto.

A quarta turma do Superior Tribunal de Justiça julgou, em fevereiro de 2007, o *Habeas Corpus*, HC 63786/RS, cujo relator foi o Ministro Jorge Scartezzini e figurou como autoridade coatora o Desembargador Relator do agravo de Instrumento número 70016160483 do TJ/RS. Abaixo, segue a ementa.

PROCESSO CIVIL - HABEAS CORPUS - EXECUÇÃO - DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL - PRISÃO CIVIL - LEGALIDADE DO DECRETO CONSTRITIVO - PLEITO DE CUMPRIMENTO DA MEDIDA EM REGIME ABERTO - INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DESCABIMENTO - ORDEM DENEGADA.

[...]

3 - **É certo que este Tribunal Superior vem admitindo o cumprimento da prisão civil em outros regimes, menos severos, como o aberto ou a prisão domiciliar; todavia, apenas em caráter excepcional**, que dependerá do exame das circunstâncias de cada caso concreto. Isso porque, a par de a prisão civil e a prisão criminal possuírem naturezas e fundamentos jurídicos diversos, as normas da Lei de Execução Penal que disciplinam a progressão de regime prisional são destinadas, precipuamente, ao cumprimento das sanções penais.

4 - A simples alegação de possível agravamento da situação financeira do paciente não se qualifica como situação excepcional autorizadora do cumprimento de sua segregação em regime mais brando. Deveras, esta Corte de Uniformização somente

vem mitigando o regime inerente à prisão civil aos casos em que o devedor/ depositário apresenta condições de saúde muito precárias e/ou idade muito avançada.

5 - De mais a mais, o Juízo singular determinou o cumprimento da medida constritiva mediante o recolhimento do executado ao albergue anexo ao presídio local, de forma a mantê-lo apartado da massa carcerária, tendo sido respeitadas, assim, as prescrições legais.

6 - Ordem denegada. (BRASIL, STJ, 2007, grifo nosso).

Embora não seja mais admitida a prisão civil do depositário infiel, a relevância deste acórdão citado reside na explanação da situação em que o regime menos gravoso de cumprimento de prisão civil é admitida pelo STJ.

5.9.5 Jurisprudência do STJ: excepcionalidade do regime domiciliar.

A terceira turma do Superior Tribunal de Justiça julgou, em outubro de 2013, o *Habeas Corpus*, HC 38824/SP, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi e figurou como autoridade coatora o TJSP. Abaixo, segue a ementa na íntegra.

RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. PACIENTE COM IDADE AVANÇADA (77 ANOS) E PORTADOR DE PATOLOGIA GRAVE. **HIPÓTESE EXCEPCIONAL AUTORIZADORA DA CONVERSÃO DA PRISÃO CIVIL EM RECOLHIMENTO DOMICILIAR.**

1. É cabível a prisão civil do alimentante inadimplente em ação de execução contra si proposta, quando se visa ao recebimento das últimas três parcelas devidas a título de pensão alimentícia, mais as que vencerem no curso do processo. Precedentes.

2. Em hipótese absolutamente excepcional, tal como na espécie, em que a paciente, avó dos alimentados, possui patologia grave e idade avançada, é possível o cumprimento da prisão civil em regime domiciliar, em prestígio à dignidade da pessoa humana. Precedentes.

3. Recurso provido. (BRASIL, STJ, 2013, grifo nosso).

Como bem destacado na ementa em comento, entende o STJ que somente cabe o cumprimento da prisão civil em regime domiciliar em hipótese excepcional.

5.9.6 Jurisprudência do TJ/RS: regime aberto é a regra.

A sétima câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou, em de outubro de 2013, o *Habeas Corpus*, HC nº 70056519457, cujo relator foi o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves e figurou como autoridade coatora a Juíza de Direito da comarca de Espumoso que havia decretado a prisão do devedor de alimentos em regime fechado. Abaixo, segue a ementa.

HABEAS CORPUS. DÍVIDA DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. CUMPRIMENTO EM REGIME ABERTO. 1. **A prisão civil decorrente de dívida alimentar deve ser cumprida em regime aberto**, podendo o devedor sair para exercer sua atividade laboral, independentemente do estabelecimento carcerário onde se encontrar

recolhido. Recomendação da Circular nº 21/93 e nº 59/99 da Corregedoria-Geral da Justiça. 2. O devedor deve se recolher à prisão, sendo-lhe facultado sair durante o dia para exercer o seu labor, caso esteja trabalhando, ainda que sem relação formal de emprego. Ordem concedida. (RIO GRANDE DO SUL, TJRS, 2013, grifo nosso).

O remédio constitucional em tela foi concedido de forma unânime. Neste caso, conforme relatório do acórdão acima citado:

Sustenta o impetrante que há ilegalidade na fixação do regime de cumprimento da prisão civil do paciente, pois restou fixado o regime fechado. Aduz que o paciente não nega dívida, mas entende que é ilegal a decretação da sua prisão em regime fechado. Pede, liminarmente, a concessão da ordem de habeas corpus. (RIO GRANDE DO SUL, TJRS, 2013, grifo nosso).

No mesmo sentido: HC nº 70056304769, TJ/RS; HC nº 70046597803, TJ/RS; HC nº 70041749045, TJ/RS. Assim, atualmente, é pacífico o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul pelo regime aberto de cumprimento de prisão civil do devedor de alimentos.

5.9.7 PL 8046/10: novo Código de Processo Civil

A redação original do Projeto de Lei 8046/10, novo Código de Processo Civil de 2015, no capítulo que trata do “Do cumprimento da obrigação de prestar alimentos”, artigos 514 ao 518, não inovava em relação ao ainda vigente CPC de 1973. (BRASIL, Projeto de lei 8.046, 2010).

Porém, o texto da emenda apresentada pelo Deputado Paulo Teixeira pretendia alterar substancialmente os referidos dispositivos. De acordo com esta emenda, o *caput* do artigo 542 passaria a contar com a seguinte redação: “[...] o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para pagar o débito em **dez dias** [...]” (BRASIL, Projeto de lei 8.046, 2010, grifo nosso). Na redação original do PL 8046/10, o *caput* do artigo 514 concedia **três dias** para o referido pagamento, mesmo prazo dispõe o *caput* do artigo 733 do CPC vigente.

Inovação maior trazia o texto do § 3º, art. 542, do já alterado projeto de lei em tela, “A prisão será cumprida em **regime semiaberto**; em caso de novo aprisionamento, o regime será o fechado. Em qualquer caso, **o preso deverá ficar separado dos presos comuns; sendo impossível a separação, a prisão será domiciliar**”. (BRASIL, Projeto de lei 8.046, 2010, grifo nosso). Nesse texto, há dois pontos que provocaram polêmicas, são eles: a) regime semiaberto; b) prisão domiciliar quando for impossível a separação do preso civil dos presos comuns. Senão vejamos.

5.9.7.1 § 3º, art. 542, PL 8046/10: regime semiaberto ou aberto?

Dispõe o *caput* do artigo 33 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 7.209, “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.” (BRASIL, Lei nº 7.209, 1984). A alínea “b” do parágrafo 3º do referido artigo diz que se considera “regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar”. (BRASIL, Lei nº 7.209, 1984).

Acerca da redação proposta pelo deputado Paulo Teixeira ao § 3º, art. 542, PL 8046/10, Pinto (2013, grifo nosso) observa que

Se a intenção, como consta da justificativa do parlamentar [Deputado Paulo Teixeira], é de permitir o trabalho do executado e, com os frutos desse trabalho, propiciar o pontual pagamento dos alimentos, **melhor seria a adoção do regime aberto**, notadamente quando é conhecida a carência de colônia agrícolas, industriais ou similares [...]

Nesse sentido, numa interpretação teleológica, de fato, mais acertada seria o uso da expressão **regime aberto**. É que a Lei nº 7.209 dá a seguinte redação à alínea “c”, § 3º, art. 33, CP, considera-se “c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.” (BRASIL, Lei nº 7.209, 1984). Também o disposto no artigo 36, CP, estabelece que “O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.” Segue o § 1º do supracitado artigo: “O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.” (BRASIL, Lei nº 7.209, 1984).

Fosse aprovada essa redação, o regime aberto permitiria que o preso trabalhasse durante o dia e se recolhesse ao o estabelecimento do cumprimento da prisão à noite. Desta forma, pretendia-se que o inadimplente cumprisse com sua obrigação.

5.9.7.2 Bancada feminina

Em sentido oposto, o Jornal da Câmara dos Deputados traz a seguinte manchete: “BANCADA FEMININA | Novo CPC prevê prisão de devedor em regime semiaberto ou domiciliar. Deputadas negociam texto de pensão alimentícia.” (BRASIL, 2013, p.4). Segue o texto:

A bancada feminina decidiu na terça-feira que tentará mudar pelo menos dois pontos do novo Código de Processo Civil (CPC - PL 8046/10, apensado ao PL 6025/05). Os dois dispositivos questionados flexibilizam regras para pagamento de pensão alimentícia. O projeto do novo CPC já começou a ser votado pelo Plenário.

Uma possibilidade prevista no relatório do deputado Paulo Teixeira (PT-SP) é a mudança do regime de prisão para os devedores – de fechado, como é hoje, para semiaberto. O regime somente seria fechado em caso de reincidência. O texto também garante que os presos por dívida de pensão devem ficar separados dos outros. Caso seja impossível a separação, de acordo com o relatório, caberá a prisão domiciliar.

As deputadas acreditam que essas mudanças estimulam a inadimplência dos devedores. “Muitos pais acham que podem optar se serão ou não pais de seus filhos. A prisão tem hoje o papel de assegurar o pagamento imediato da pensão”, disse Érika Kokay (PT-DF).

A bancada admitiu a separação dos presos devedores de pensão, mas não aceitará qualquer possibilidade de prisão domiciliar nesses casos.

Prazo - Outro ponto discutido foi a mudança do prazo para que o juiz intime o devedor a pagar a pensão. Hoje, a regra é pagar em três dias, mas o relatório estende o prazo para dez. “Essas mudanças são ameaças às crianças que passam fome”, disse a deputada Jô Moraes (PCdoB-MG). (BRASIL, 2013, p.4).

5.9.7.3 CPC de 2015: regime fechado

Finalmente a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, institui o novo Código de Processo Civil, é aprovada e passará a vigor, após um ano de *vacatio legis*, a partir do dia 17 de março de 2016. No que tange à prisão civil do devedor inadimplente de alimentos, a redação final do art. 528 é a que segue:

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

§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.

§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

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

§ 4º **A prisão será cumprida em regime fechado**, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

§ 5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

§ 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

§ 9º Além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio. (BRASIL, CPC, 2015, grifo nosso).

Retomemos a redação do § 3º, art. 542, proposta pelo Deputado Paulo Teixeira: “A prisão será cumprida em **regime semiaberto**; em caso de novo aprisionamento, o regime será o fechado. Em qualquer caso, o preso deverá ficar separado dos presos comuns; **sendo impossível a separação, a prisão será domiciliar**”. (BRASIL, Projeto de lei 8.046, 2010, grifo nosso). Vejamos a redação final da mesma norma, agora com previsão no § 4º: “A prisão será cumprida em **regime fechado**, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.” (BRASIL, CPC, 2015, grifo nosso).

Neste ponto, destacamos a supressão da parte final do dispositivo “sendo impossível a separação [do preso civil dos presos comuns], a prisão será domiciliar”. Significa dizer que o devedor preso, não-criminoso, ficará junto com criminosos onde “Presos contaminados com HIV e tuberculose se misturam em celas coletivas e superlotadas.” (Fasano, 2014). Vale frisar, “A tortura é um problema endêmico nos presídios e centros de detenção do Brasil.” (Fasano, 2014). Assim, o estabelecimento prisional no qual a prisão será cumprida em regime fechado é o pior imaginável, lá se encontram presos condenados pela prática de crimes graves, hediondos, facções criminosas etc.

Gomes aponta para as seguintes mazelas causadas a partir violação da liberdade em nosso atual sistema carcerário:

(a) a prisão como fator criminológico; (b) os elevados índices de reincidência; (c) a influência prejudicial sobre o recluso dentro dos efeitos sociológicos ocasionados pela prisão; (d) os efeitos psicológicos produzidos no cárcere; (e) os efeitos negativos sobre o autoconceito do recluso; (f) os problemas sexuais na prisão como repressão do intuito sexual, homossexualismo, perversões etc.; (g) a utilização de drogas; e (h) o alto custo financeiro para a sociedade. (2008 apud MAIA, 2010, p. 36).

O Ministro Gilmar Mendes, à época Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assim resumiu o estado atual do sistema prisional brasileiro:

As deficiências havidas no nosso sistema prisional são de toda ordem e refletem o estado de degradação em que se encontra: desde o lixo acumulado à infestação por ratos; denúncias de maus-tratos e agressões sexuais, corrupção de agentes públicos, abusos de autoridade, tudo agregado à ociosidade, à revolta mal contida de presos muitas vezes barbarizados, num inevitável caldeirão de turbulências que não raro explode em rebeliões, motins e violência gratuita. (BRASIL, STF, 2009, p. 1-2).

Portanto, acreditamos, a prisão de devedor de alimentos, em qualquer que seja o regime de cumprimento, com maior razão no regime fechado, traduz mais um sentimento de **vingança** do que de **justiça**, não se amolda à nova ordem constitucional na qual vivemos.

6 CONCLUSÃO

No mundo ocidental, constatamos que efetivamente há uma tendência à abolição da prisão civil. Retomando a citação de Maia (2013, p. 52), temos que o instituto da prisão, quer seja penal ou civil, evoluiu paulatinamente ao longo da história nos séculos seguintes à Revolução Francesa. A prisão penal acentuou seu caráter reformador dentro dos ideais humanitários, enquanto que o instituto da prisão civil evoluiu até ser abolido em países europeus como: França, Espanha, Itália, Alemanha, Portugal, Bélgica, Grécia, Luxemburgo, Áustria, Polônia e outros países. No mesmo sentido, Argentina e Peru. Ver seção 6.1.3.1.

No Brasil, após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, o princípio basilar do nosso ordenamento, qual seja, o da dignidade da pessoa humana, acabou por mitigar ou abolir absolutamente todas as oito espécies tratadas no terceiro capítulo. Assim, com a devida vênia, entender que essa evolução em nada diz respeito à prisão do devedor de alimentos e equivaleria reduzir nosso ordenamento a um amontoado de normas que não mantêm relação entre si. Em sentido oposto, o primeiro capítulo deste trabalho.

Nesse contexto, a abolição da prisão civil do depositário infiel se deu, em 2008, pelo entendimento do STF em conferir hierarquia supralegal aos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil que tratam de Direitos Humanos. Ocorre que em 1992, por meio do Decreto número 592, o Brasil ratificou sua adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o qual dispõe em seu artigo 11: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.” (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966). Assim, não há exceção alguma de prisão civil a ser regulamentada pela lei ordinária brasileira.

Todavia, como o novel Código de Processo Civil, que entrará em vigor a partir do dia 17 de março de 2016, dispõe em sentido contrário, temos uma nova antinomia que, ao nosso entendimento, só poderá ser resolvida de uma forma: abolindo a prisão civil do devedor de alimentos, uma vez que onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito.

Atualmente, com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos acima das leis ordinárias, repetimos, não há mais instituto de prisão civil a ser regulamentado por legislação inferior. Cumpre ressaltar que no julgamento do *Leading Case* HC 87585-8/TO, absolutamente todos os ministros do STF, em voto unânime, conferiram hierarquia acima das leis ordinárias aos Tratados em tela, conforme seção 4.4.9.

Ainda, acerca das normas dos Tratados que versam sobre direitos humanos, a lição de Gomes: Temos aqui o princípio *pro homine*, segundo o qual “[...] sempre será aplicá-

vel (no caso concreto) a [norma] que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia.” (2007, grifo nosso). No mesmo sentido leciona Piovesan (2015), o ordenamento deve assegurar a toda e qualquer pessoa o direito de exercer suas potencialidades humanas de forma livre, autônoma e plena, sem discriminação.

Por fim, entendemos que a prisão civil do devedor de alimentos:

- a) Constitui resquício de uma prática extinta em vários países ocidentais;
- b) Ofende a subsidiariedade do Direito Penal;
- c) Viola norma hierarquicamente superior disposta em Tratado e incorporada ao nosso ordenamento;
- d) Não se amolda à nova ordem constitucional, a qual tem mitigado e abolido várias espécies de encarceramento, inclusive civil;
- e) Fere o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da CF/88.

6.1 FORMAS DE ABOLIÇÃO

Nossa tarefa neste trabalho de pesquisa bibliográfica e documental se limitou à análise da prisão civil do devedor de alimentos no atual ordenamento jurídico, o que foi feito conforme expomos acima. Noutras palavras, este trabalho teve como principal objetivo verificar a existência de um possível problema normativo-jurídico. Não nos propusemos a apresentar soluções ao problema social, cabe ao legislador a criação de normas civis que garantam a eficácia da execução civil do devedor de alimentos, conforme ocorreu com os países os quais aboliram a prisão civil. Essa pesquisa por soluções ensejaria no mínimo outro TCC.

Contudo, apresentamos três possíveis formas de abolir a prisão civil do devedor de alimentos e suas respectivas razões. Nesse ínterim, assim como ocorreu com os países que aboliram a prisão civil, cumpre frisar que qualquer que seja a forma de abolir a prisão civil, permanecerá a prisão penal e sua respectiva norma, aqui no Brasil, aquela figura típica prevista no art. 244 do Código Penal.

6.1.1 Hermenêutica do STF

A primeira forma juridicamente possível de abolir essa modalidade de encarceramento pode ocorrer através do Poder Judiciário, mais precisamente pelo STF. Esse seria o caso de pura interpretação dada ao inciso LVII, art. 5º, CF/88, no qual se extraem dois núcleos, duas normas. No primeiro núcleo, teríamos a norma geral proibitiva de eficácia plena: não ha-

verá prisão civil por dívida. No segundo núcleo, teríamos a norma permissiva de eficácia contida: a prisão do devedor de alimentos poderá ser regulamentada por lei ordinária.

Desta forma, a norma de eficácia contida não poderá ser aplicada porque a norma que proíbe a prisão civil, disposta no art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, tem hierarquia superior. Nesse sentido, o voto do Ministro Carlos Britto no *Leading Case* HC 87585-8/TO. Vale lembrar que no HC citado, discutia-se a prisão civil do depositário infiel, porém, foi o caso da norma de um Tratado revogar norma ordinária pátria.

Em nosso entendimento, juridicamente nada impede que a prisão do devedor de alimentos seja abolida dessa forma: Havendo antinomia, a norma do Tratado revoga a norma contida na lei ordinária por ter hierarquia superior, supralegal, ainda que a norma ordinária tenha a seu favor o critério cronológico (novo CPC).

6.1.2 Quórum qualificado do § 3º, art. 5º, CF/88

A segunda forma juridicamente possível de abolir a prisão do devedor de alimentos pode ocorrer através do Poder Legislativo. Não seria um caso de interpretação, mas de submeter novamente o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos à aprovação do Congresso Nacional pelo quórum previsto no § 3º, art. 5º, CF/88, com redação dada pela EC/45, ou seja, o Tratado deve ser aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, caso em que seria recepcionado pelo ordenamento não mais pelo § 2º, art. 5º, mas pelo § 3º. Nesse sentido, o voto do Ministro Menezes Direito no *Leading Case* HC 87585-8/TO.

Neste caso, o Tratado passaria a ter *status* material e formal de norma constitucional, sua hierarquia seria elevada de supralegal para constitucional. Significa dizer que a norma que proíbe a prisão civil, contida no art. 11, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, revogaria a norma contida no segundo núcleo do inciso LVII, art. 5º, CF/88, independente de sua eficácia. Não revogaria apenas a legislação ordinária pelo critério hierárquico, como no primeiro caso, mas sim a norma constitucional do segundo núcleo pelo critério cronológico, uma vez que as duas normas passariam a ter a mesma hierarquia.

6.1.3 Lei ordinária

A terceira forma juridicamente possível de abolir a última espécie de prisão civil pode ocorrer também através do Poder Legislativo. Não seria apenas o caso de interpretação,

tampouco de elevar a hierarquia do Tratado, mas sim de aprovação de lei ordinária, a qual revogaria a lei de mesma hierarquia pelo critério cronológico.

Esta nova lei deverá seguir a tendência ocidental revogando expressamente a prisão civil do devedor de alimentos e, ao mesmo tempo, criar normas que assegurem a real eficácia no processo de execução de alimentos, bem como mecanismos para que se possa agir preventivamente, noutras palavras, a lei deverá garantir a satisfação de o crédito alimentar. Compete, portanto, ao legislador brasileiro a criação de uma lei que já existe em vários países do mundo ocidental, inclusive na América Latina, senão vejamos.

6.1.3.1 Legislação alienígena

Citamos, apenas a título de exemplo, a Lei nº 13.074/03, regulamentada pelo Decreto 340/04, da província de Buenos Aires, Argentina, a qual dispõe acerca da “Creación de un Registro de Deudores Alimentarios Morosos.” (BUENOS AIRES, Ley 13074, 2003). Assim resumida por Grisard Filho (2015, p. 8):

[...] o Registro de Devedores Alimentários Morosos, que tem como função essencial organizar uma lista na qual figurem todos os que devem, total ou parcialmente, três cotas alimentarias [sic] seguidas ou cinco alternadas, determinadas ou homologadas por sentença. Trata-se de sancionar a conduta morosa por meio de diversas restrições, que condicionam as atividades pessoais, comerciais e bancárias dos devedores recalcitrantes. Todo aquele que desejar realizar diversas atividades, como trâmites bancários (obtenção de crédito, abertura de conta corrente, cartões de crédito), obtenção ou renovação de licença para dirigir, habilitação para abertura de comércio ou indústria, concessões, licenças ou licitações, ocupar cargos públicos ou diretivos de pessoas jurídicas, postular cargo eletivo deverá obter previamente um certificado de que não é devedor registrado, cujo título tem validade por 30 dias. Também deverão exigir o certificado os leiloeiros, os colégios de profissionais, o conselho de magistrados para todos que postulem à magistratura ou servir como funcionários judiciais, as juntas eleitorais, o registro de veículos e de adotantes.

Tramita na Argentina um projeto de lei dispendo sobre “Registro Nacional de Deudores Alimentarios Morosos” no qual se observa que “[...] 17 de las 24 jurisdicciones provinciales tienen legislado la existencia de Registros de Deudores Alimentarios [...]” (ARGENTINA, 2006). Conforme anexo A.

Nesse sentido, noticia o Jornal *La Nación* (2013): “El Senado de la Nación aprobó recientemente, por unanimidad, un proyecto de ley de creación del Registro Nacional de Deudores Alimentarios Morosos - que ahora debe ser debatido por la Cámara de Diputados -, que unifica varias iniciativas legislativas en la materia.”

No mesmo sentido dispõe a Lei nº 28970 do Peru, “Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.” (PERU, Ley nº 28970, 2007). Conforme anexo B.

REFERÊNCIAS

- ACIOLI, José Adelmy da Silva. **A possibilidade da prisão civil do depositário judicial infiel**: revisitando a súmula vinculante n. 25 do Supremo Tribunal Federal. 2011. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=593>. Acesso em: 27 abr. 2015.
- ALVES, Jefferson Louis de Almeida. Prisão processual decorrente da decisão de pronúncia: inconveniências. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3060, 17 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20440/inconveniencias-da-prisao-processual-decorrente-da-decisao-de-pronuncia>>. Acesso em: 28 maio 2015.
- AMARAL, Sandro Gaspar. Os alimentos e a nova família: aula 1. **Saber Direito**, 9 maio 2011a. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=f27ULIIBJCE>>. Acesso em: 13 jun. 2015.
- _____. Os alimentos e a nova família: aula 2. **Saber Direito**, 10 maio 2011b. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Wdy8sbl7EMc>>. Acesso em: 13 jun. 2015.
- ARGENTINA. Proyecto de Ley. **Registro Nacional de Deudores Alimentarios Morosos**, 22 mar. 2006. Disponível em: <<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0891-D-2006>>. Acesso em: 7 jun. 2015.
- ASSIS, Araken de. **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- BARBOZA, Minéira de Godoy. Pessoas - Regime dos *status: status civitatis e status familiae* no Direito Romano. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 4, n. 184, 25 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1370>>. Acesso em: 29 mar. 2015.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.
- _____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.
- _____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 [Redação atual]. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 [Redação original]. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. Deputadas negociam texto de pensão alimentícia. **Jornal da Câmara**, Brasília, DF, ano 15, n. 3102, p. 4, 7 nov.2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/jornal/JC20131107.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

_____. **Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. **Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965**. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. **Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973**. Altera os artigos 408, 474, 594 e 596, do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5941.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. **Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990**. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal

Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. **Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/111689.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. **Lei nº 11.737, de 14 de julho de 2008**. Altera o art. 13 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso, para atribuir aos Defensores Públicos o poder de referendar transações relativas a alimentos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11737.htm#art2>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. **Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006**. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm#art2>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. **Projeto de Lei 8046/2010 [Redação alterada]**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1174669&filename=EMA+2/2013+%3D%3E+PL+6025/2005>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. **Projeto de Lei 8046/2010 [Redação original]**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 22 out. 2013>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 38824/SP**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 17 out. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1274162&sReg=201302010813&sData=20131024&formato=PDF>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 63786/RS**. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Brasília, DF, 13 fev. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=672521&sReg=200601662906&sData=20070226&formato=PDF>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. _____. Súmula nº 309 [Redação original]. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo. **Imprensa Nacional**. Brasília, DF, 4 maio 2005. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=4&pagina=166&data=04/05/2005>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. _____. Súmula nº 309 [Redação atual]. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. **Imprensa Nacional**. Brasília, DF, 19 abr. 2006. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=19/04/2006&jornal=4&pagina=153&totalArquivos=884>>. Acesso em: 21 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 92.257-1/SP**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 11 abr. 2008a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=520107>>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. _____. **Informativo STF nº 75**. Brasília, DF, 9-13 jun. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo75.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. _____. **Informativo STF nº 498**. Brasília, DF, 10-14 mar. 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo498.htm>>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. _____. **Informativo STF nº 531**. Brasília, DF, 1º-5 dez. 2008c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo531.htm>>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 87585-8/TO**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 25 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. _____. **Habeas Corpus nº 84.078-7/MG**. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. _____. **Pronunciamento do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Gilmar Mendes, na abertura da Jornada Científica do Comitê Permanente da América Latina para revisão das regras mínimas da ONU para tratamento dos presos**. Belém (PA), out. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discurso_regras_minimas_para_tratamento_de_presos.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2015.

_____. _____. **Súmula nº 619**. A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito (revogada). Brasília, DF, 31 out. 1984. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=619.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base="](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=619.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=)>

baseSumulas>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. _____. **Súmula vinculante nº 25**. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Brasília, DF, 12 fev. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_31.pdf>. Acesso em: 28 maio 2015.

BRAZIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____. **Lei de 7 de novembro de 1831**. Declara livres todos os escravos vindos de fóra do Império, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-14/Legimp14_49.pdf#page=2>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-3353-13-maio-1888-533138-publicacaooriginal-16269-pl.html>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

BUENOS AIRES. **Ley 13074**. Créase el Registro de Deudores Alimentarios Morosos. Disponível em: <<http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13074.html>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. A escravidão no império do Brasil: perspectivas jurídicas. **Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional**. Disponível em: <<http://www.sinprofaz.org.br/artigos/a-escravidao-no-imperio-do-brasil-perspectivas-juridicas>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÁSSIA, Anna. Conceito e divisão da história. **Estudo Pratico**. Disponível em: <<http://www.estudopratico.com.br/conceito-e-divisao-da-historia/>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

CATARINO, Dilson. Denotação x conotação. **Gramática On-line**, 3 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.gramaticaonline.com.br/Page.aspx?id=9&iddetalhe=263&idsubcat=56&idateg=3>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

CAVALCANTE, Antonio; NERY, Vilson. O “Leading Case” José Riva. **MT Agora**, 8 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.mtagora.com.br/coluna/o-leading-case-joseriva/77149472>>. Acesso em: 28 maio 2015.

CHÊNE, Christian. História da codificação no direito francês. Tradução de Mauricio Jorge Mota. **RTDC Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 152, abr./jun. 2000. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/CHENE-Codificacao-do-Direito-Frances.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

CONCEIÇÃO, Arnaldo Alves da. A inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel face aos tratados internacionais de direitos humanos. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6836>. Acesso em: 27 abr. 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969. In: BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 28 maio 2015.

DEUDORES Alimentarios Morosos. **La Nacion**, Buenos Aires, Argentina, 6 nov.2013. Disponível em: <<http://servicios.lanacion.com.ar/archivo/2013/11/06/026/DT>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

DIVISÃO da história. **Toda Matéria**, 2 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.todamateria.com.br/divisao-da-historia/>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

ESCRavidão. **Britannica Escola**. Disponível em: <<http://escola.britannica.com.br/article/482519/escravidaao#article-citation>>. Acesso em: 29 de março de 2015.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. Dever alimentar para um novo direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FASANO, Bruna. Tortura e superlotação em presídios são problemas endêmicos no Brasil, aponta ONG internacional. **Veja**, 21 jan. 2014. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/tortura-e-superlotacao-em-presidios-sao-problemas-endemicos-aponta-ong-internacional/>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

FARIA, Caroline. A Santa Inquisição. **InfoEscola**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/a-santa-inquisicao/>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

FRANÇA. Declaração dos direitos do homem e do cidadão. **Wikipédia, a enciclopédia livre**, 25 abr. 2015. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o>. Acesso em: 27 abr. 2015.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. Reforma Agrária. **Brasil Escola**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/sociologia/reforma-agraria.htm>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

GARCIA, Ailton Stropa. Implicações constitucionais, processuais e sociais da prisão civil do alimentante inadimplente. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 6, n. 11, p. 105-122, jan./jul. 2004. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/11/artigos/07.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2015.

GARCIA, Ariovaldo Stropa. et al. A história da prisão civil por dívida. **UNOPAR Cient., Ciênc. Juríd. Empres.**, Londrina, v. 2, n. 1, p. 49-62, mar. 2001. Disponível em: <<http://www.pgss.com.br/revistacientifica/index.php/juridicas/article/viewFile/851/788>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

GLEISER, Marcelo. O nascimento da ciência. **G1**, 28 ago. 2006. Disponível em: <http://g1.globo.com/Portal/jornalismo/fantastico/cda/artigo/glb_fantastico_versao_impressao/0,,0-7092-1255429,00.html>. Acesso em: 27 abr. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa "pro homine" (primeira parte). **LFG**, 18 jul. 2007. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070717164530551>. Acesso em: 28 maio 2015.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Prisão decorrente de pronúncia: revogação tácita. **LFG**, 14 abr. 2010. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100413184828693>. Acesso em: 28 maio 2015.

GOULART, Michel. 4 revoltas do período regencial brasileiro. **História Digital**. 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.historiadigital.org/curiosidades/4-revoltas-do-periodo-regencial-brasileiro/>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. O futuro da prisão civil do devedor de alimentos: caminhos e alternativas. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/090407.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

HASHIMOTO, Érica Akie. Sentença de pronúncia não deve influenciar jurados. **IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13773-Sentena-de-Pronncia-no-deve-influenciar-jurados>>. Acesso em: 28 maio 2015.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

LEI das XII tábuas. **DHnet**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

MACHADO, Leonardo Marcondes. O STF e a execução provisória de pena. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2581, 26 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17036/o-stf-e-a-execucao-provisoria-de-pena>>. Acesso em: 28 maio 2015.

MAIA, Roberto Serra da Silva. **Prisão civil do devedor de alimentos**: abolição. São Paulo: LTr, 2013.

MEIRA, Hugo. Os tipos de lei ou espécies normativas. **Hugo Meira – Aprendendo Direito**, 13 dez 2012. Disponível em: <<http://www.hugomeira.com.br/os-tipos-de-lei-ou-especies-normativas/>>. Acesso em: 28 maio 2015.

MENEZES, Rafael de. Contratos. **Rafael de Menezes**. Disponível em: <<http://rafaeldemenezes.adv.br/assunto/Contratos/6/aula/8>>. Acesso em: 28 maio 2015.

MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. Consequencialismo e interpretação. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3664, 13 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/arti>>

gos/24808>. Acesso em: 29 mar. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966. In: BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

PADILHA, Mariana Kuhn Massot. Prisão civil e o Pacto de San Jose da Costa Rica. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6445>. Acesso em: 27 abr. 2015.

PARRICÍDIO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 7. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2009.

PERU. Ley nº 28970. **Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos**, 26 jan. 2007. Disponível em: <<http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/redam/documentos/LeyCreacionLey28970.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

PINTO, Tales dos Santos. Brasil Império. **Mundo educação**. Disponível em: <<http://www.mundoeducacao.com/historiadobrasil/brasil-imperio.htm>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

PINTO, Ronaldo Batista. A prisão civil por alimentos e o projeto do Código de Processo Civil. **Consultor Jurídico**, 28 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-28/ronaldo-pinto-mudanca-proposta-prisao-civil-favorece-devedor>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Dra. Flavia Piovesan fala sobre Direitos Humanos. **OAB na TV On Line**, São Paulo, n. 50, 30 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DehupNi9kLo>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

PRISÃO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 7. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2009.

REINO DE PORTUGAL. **Código Philippino**. 14. ed. Rio de Janeiro: *Typographia do Instituto Philomathico*, 1870. v. 4. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70041749045**. Porto Alegre, RS, 13 de abril de 2011. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tip%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70041749045%26num_processo%3D70041749045%26codEmenta%3D4093832+HC+n%C2%BA+70041749045&site=em entario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dt d&oe=UTF8&numProc=70041749045&comarca=Comarca+de+Novo+Hamburgo&dtJulg=13-04-2011&relator=S%E9rgio+Fernando+de+Vasconcellos+Chaves>. Acesso em: 13 jun. 2015.

ROBERT-FRANÇOIS Damiens. **Wikipédia, a enciclopédia livre**, 27 mar. 2013. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Robert-Fran%C3%A7ois_Damiens>. Acesso em: 27 abr. 2015.

SABBAG, Eduardo de Moraes. "O recurso improvido tornou-se imexível". A frase está correta? **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 2 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-recurso-improvido-tornou-se-imexivel--a-frase-esta-correta/5656>>. Acesso em: 28 maio 2015.

SANTANA, Raquel Santos de. A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto. **Direito Net**, 17 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMIDT, Mario Furley. **Nova história crítica: ensino médio**. São Paulo: Nova Geração, 2005.

SILVEIRA, Patrícia Rosa. Escravidão na Grécia Antiga e no Brasil: uma análise das aproximações e distanciamentos entre essas formas de escravidão. **Webartigos**, 26 maio 2011. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/escravidao-na-grecia-antiga-e-no-brasil-uma-analise-das-aproximacoes-e-distanciamentos-entre-essas-formas-de-escravidao/67140/>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

STF julga inconstitucional execução provisória da pena. **IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13236-STF-julga-inconstitucional-execucao-provisoria-da-pena>>. Acesso em: 28 maio 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Princípios de direito penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ANEXOS

ANEXO A – Registro Nacional de Deudores Alimentarios Morosos

H. Cámara de Diputados de la Nación

PROYECTO DE LEY

Texto facilitado por los firmantes del proyecto.

N° de Expediente	0891-D-2006
Trámite Parlamentario	16 (22/03/2006)
Firmantes	CORDOBA, JOSE MANUEL.
Giro a Comisiones	JUSTICIA; FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA; PRESUPUESTO Y HACIENDA.

El Senado y Cámara de Diputados,...

REGISTRO NACIONAL DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS

Artículo 1° - Créase el Registro Nacional de Deudores Alimentarios Morosos, que funcionará bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.

Art. 2° - Las funciones del registro son:

- a) Tomar razón de las resoluciones judiciales que ordenen la inscripción o exclusión de deudores de alimentos que adeuden dos o más cuotas alimentarias consecutivas o tres alternativas, ya se trate de alimentos provisorios o definitivos, fijados y homologados judicialmente;
- b) Expedir certificaciones a simple requerimiento de persona física o jurídica, pública o privada, sobre si determinada persona se encuentra inscrita en el registro, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de formulada la solicitud.

Las certificaciones serán gratuitas sólo para el deudor y acreedor alimentario y entidades públicas obligadas a su consulta por la presente ley, y consignarán los datos personales del obligado, su número de documento, tribunal interviniente e individualización de los autos.

La reglamentación establecerá el plazo de vigencia del certificado y el plazo de caducidad de la inscripción;

- c) Tomar razón de la información existente en los registros provinciales y locales de similar objeto, de acuerdo a lo que se estipule en los correspondientes convenios que se celebren en función de la presente;
- d) Efectuar las notificaciones que se determinen por la presente ley;
- e) Reglamentar su funcionamiento interno;

Art. 3° - Las inscripciones o exclusiones en el Registro, cuando se dieran las circunstancias previstas en el inciso a) del artículo anterior, se harán efectivas únicamente por disposición judicial, resuelta de oficio o a pedido de parte, con anoticiamiento previo traslado al obligado en los casos de inscripción y previo traslado al alimentado, en los casos de exclusión.

Las órdenes judiciales deberán consignar en el oficio pertinente, los datos personales, número de documento nacional de identidad y domicilio del deudor, carátula del juicio y radicación del juzgado, el monto adeudado, y el nombre y apellido, número de documento y domicilio

del beneficiario del crédito. En los casos de inscripciones por medio de oficio librados conforme ley 22.172 se deberán consignar los recaudos que establece dicha norma legal.

Art. 4° - Ante cualquier solicitud de crédito, tarjeta de crédito, apertura de cuentas corrientes, cajas de ahorro, u otra operación bancaria, crediticia o financiera de cualquier tipo, la institución bancaria o financiera receptora, en forma previa al otorgamiento, deberá solicitar al Registro Nacional de Deudores Alimentarios certificado acerca de la inclusión o no del peticionante en el Registro.

De verificarse una inscripción de juicio alimentario, la entidad receptora deberá comunicar la operación solicitada al tribunal interviniente dentro de los 10 días de recibido el informe registral.

Art. 5° - Cuando la explotación de un negocio, actividad comercial, instalación industrial, o fondo de comercio, que requiera habilitación, concesión, permiso, licencia o autorización administrativa y se realice un trámite para obtenerla o bien un cambio de titularidad, el o los organismos intervinientes deberán requerir previamente certificación de libre deuda de cuota alimentaria del adquirente y del enajenante, al Registro Nacional de Deudores Alimentarios Morosos.

El cambio de titularidad sólo podrá perfeccionarse una vez cancelada la deuda.

Art. 6° - Los funcionarios públicos o notarios que autoricen o intervengan en actos de disposición o gravamen de inmuebles, de derechos o bienes registrables, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, o un transformaciones o fusiones de éstas, deberán requerir constancias del Registro de Deudores Alimentarios Morosos respecto de los disponentes y adquirentes.

Si el disponente registrare deuda por alimentos, el acto sólo podrá perfeccionarse una vez cancelada la deuda.

Si el que se encontrare registrado fuere el adquirente, el funcionario actuante deberá comunicar al tribunal la realización del acto dentro de los 10 (diez) días hábiles, y éste a las partes.

Art. 7° - El ejercicio de cargos públicos requiere como condición no ser deudor de alimentos moroso.

La reglamentación de esta ley incorporará de modo detallado a todos los funcionarios que por ocupar tareas en la administración centralizada, descentralizadas y autárquica, en el Poder Legislativo y en el Poder Judicial, deben cumplir con el requisito.

Si alguno de los sujetos alcanzados registrare deuda alimentaria, en el registro que por esta ley se crea, el empleador respectivo retendrá los importes adeudados y los depositará a la orden del Juez interviniente.

Art. 8° - Quienes se inscriban como proveedores de organismos públicos, deberán acompañar la certificación emitida por el Registro Nacional de Deudores Alimentarios Morosos de no encontrarse incluidos en esa base de datos.

Las personas inscriptas como proveedores de organismos públicos antes de la fecha de promulgación de esta ley, incluidas en el Registro, deberán presentar el certificado de no inclusión en el Registro como recaudo para participar en licitaciones, concursos o adjudicaciones.

La presentación del certificado deberá renovarse anualmente. En caso de omisión, se procederá a su exclusión como proveedor.

Art. 9° - Las inscripciones realizadas en el Registro caducarán automáticamente a los cinco años de efectuadas, si no fueren renovadas por nueva orden judicial. Las mismas solamente podrán ser dejadas sin efecto por orden judicial, o por el transcurso del plazo mencionado precedentemente, sin que hubieren sido renovado.

Art. 10° - En todos los casos, las limitaciones impuestas por la presente ley pueden ser dejadas sin efecto, con el expreso consentimiento del acreedor alimentario prestado ante el tribunal interviniente.

Art. 11° - Invítase a las provincias a adherir a la presente ley, y asimismo, a suscribir convenios con el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación a fines de implementar la operatividad del Registro Nacional de Deudores Alimentarios Morosos.

Art. 12° - Facúltase al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación para celebrar convenios con otras naciones tendientes a obtener colaboración técnica especializada, con el objeto de estructurar métodos operativos, que permitan un funcionamiento recíproco y actualizado del Registro Nacional de Deudores Alimentarios Morosos.

Art. 13° - La presente ley entrará en vigencia a los noventa días de su publicación y dentro de dicho plazo el Poder Ejecutivo nacional dictará su reglamentación e implementará el Registro Nacional de Deudores Alimentarios Morosos.

Art. 14° - Dentro del plazo establecido en el artículo anterior, el Poder Ejecutivo nacional realizará una campaña de difusión con el fin de informar a la opinión pública sobre los objetivos y alcances de la presente ley e invitará a empresas e instituciones privadas a requerir informes al registro que se crea por la presente ley, para ser utilizado como parámetro de evaluación socio ambiental en cada reclutamiento, incorporación o ascenso de personal.

Art. 15° - El gasto que demande el cumplimiento de la presente ley será atendido con cargo a las partidas presupuestarias correspondientes al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.

Art. 16° - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

El proyecto que se presente de Creación del Registro Nacional de Deudores Alimentarios es una cuenta pendiente de este H. Cuerpo Legislativo con toda la sociedad argentina, pero por sobre con los derechos de los menores fruto en general de matrimonios o parejas, divorciados o separados, que se encuentran protegidos con rango constitucional dado que

La reforma constitucional de 1994 consagró la igualdad de oportunidades y de trato entre varones y mujeres, los derechos de los menores y otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales, abriendo una nueva vía para el ejercicio de los derechos ciudadanos.

El artículo 75 -inciso 23- del capítulo cuarto relativo a las atribuciones del Congreso ordena "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de trato y el pleno

goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y tiempo de lactancia".

El principio constitucional general es que las garantías constitucionales son directamente operativas. Se ratifica el criterio de interpretación y aplicación directa de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos. Esto significa que todas y cada una de las normas allí establecidas deben ser aplicadas y, por ende, exigidas por quienes se encuentren legitimados en su accionar.

De idéntica forma, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3º dispone:

"Artículo 3 :

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada."

Igualmente, el artículo 372 del Código Civil establece que la prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia de enfermedades.

Durante la minoridad, rige la obligación asistencial emergente de la patria potestad, cuya amplitud está determinada por los artículos 207 a 209, 265, 267, 268, 364 y concordantes del Código Civil sienta las bases de la prestación alimentaria definiéndola en el caso de alimentos al hijo menor de edad, como la obligación que comprende "la satisfacción de las necesidades de los hijos, en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad" y como la que "comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades" en el caso de alimentos entre parientes.

Igualmente, existen directivas sobre el procedimiento en materia de alimentos en los artículos 375 y 376, y en concordancia, cada provincia ha organizado sus mecanismos procesales que forman parte del artículo 638 del Código Procesal nacional.

Este procedimiento, destinado a asegurar la rapidez de su sustanciación, se enfrenta en la práctica con una realidad ineludible: el desequilibrio entre las sentencias que hacen lugar a las

demandas ordenando el pago de cuotas alimentarias reclamadas y el alto porcentaje de sentencias incumplidas.

En suma, la legislación vigente con respecto al derecho a percibir alimentos y la consecuente obligación de prestarlos es abundante.

Sin embargo, el tema nos enfrenta consecuentemente a otro aspecto de enorme complejidad, cual es el divorcio existente entre la ley y la práctica social. En este caso la proclamación de los derechos no tiene vinculación con la capacidad de satisfacerlos efectivamente.

El presente tomo los antecedentes legislativos en función de la Orden del Día N° 1078 del 26/09/02 que tuvo media sanción de esta H. Cámara pero que el Senado no le dio el tratamiento legislativo necesario para su aprobación por lo tanto la media sanción que era fruto a 5 iniciativas de diferentes Diputados caducó.

La experiencia mundial no es todavía muy rica en la que hace a este tipo de Registros, porque se suele penalizar el incumplimiento a través de los Códigos Penal y/o Civil. En Suecia, Noruega, Alemania, Suiza y Dinamarca, cada Estado adelanta las cuotas y se hace cargo de sancionar al deudor. En Italia y Francia existe una sanción penal. En Chile, la ley establece que el empleador le retenga al padre deudor un monto de su salario, en Estados Unidos hay estados que hasta permiten publicar la foto del deudor alimentario moroso en diarios y en la vía pública y, en Rusia, queda "marcado" con un sello en su documento de identidad.

Por otro lado en el ámbito de legislación de las provincias solo en 17 de las 24 jurisdicciones provinciales tienen legislado la existencia de Registros de Deudores Alimentarios y de ellas la mayoría todavía no están reglamentadas, a saber:

1. Buenos Aires: Ley 13.074 Creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos. Decreto 340/2004. Reglamentación de la Ley 13.074 de creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos.
2. Catamarca: Ley N° 5062. Registro de Deudores Alimentarios. Decreto N° 1144/02
3. Chaco: Ley 4.767. Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Re.D.A.M.). Decreto 346/2001. Reglamentación de la Ley 4.767 de creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Re.D.A.M.). Resolución 246/2001 del Ministerio de Gobierno, Justicia y Trabajo. Reglamento del Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Re.D.A.M.)
4. Chubut: Ley 4.616. Registro de Alimentantes Morosos Acuerdo 3.238 del Superior Tribunal de Justicia del Chubut Reglamentación de la Ley 4.616 de creación del Registro de Alimentantes Morosos
5. Ciudad de Buenos Aires: Ley 269 Registro de Deudores Alimentarios Morosos Ley 510 Modificación de la Ley 269 de Registro de Deudores Alimentarios Morosos Decreto 320/2000 Reglamentación de la Ley 269 de Registro de Deudores Alimentarios Morosos
6. Córdoba: Ley 8.892 Creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos Decreto 297/2003 Reglamentación de la Ley 8.892 de creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos.
7. Entre Ríos: Ley 9.424 Creación del Registro de Deudores Alimentarios de la Provincia de Entre Ríos.
8. Jujuy: Ley 5.273 Creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos

9. Mendoza: Ley 6.879 Creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos
10. Misiones: Ley 3.615 Creación del Registro Público de Alimentantes Morosos
11. Neuquen: Ley 2.333 Creación del Registro Provincial de Deudores/as Alimentarios/as Morosos/as
12. Río Negro: Ley 3.475 Registro de Deudores Alimentarios de la Provincia de Río Negro
13. Salta: Ley 7.151 Creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos
14. San Juan: Ley 7.072 Registro de Deudores Alimentarios Morosos
15. San Luis: Ley 5.202 Registro de Deudores Alimentarios Morosos
16. Santa Fe: Ley 11.945 Creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos
17. Tucumán: Ley 7.104 Registro de Deudores Alimentarios

Todas las leyes provinciales contemplan que quienes figuren en los registros no podrán trabajar para la administración pública mientras estén registrados como morosos. Están alcanzados también los proveedores del Estado, salvo en las legislaciones de Córdoba, Tucumán y Misiones, donde no se especifica nada al respecto. En el Chaco se extiende a todos aquellos trámites que las municipalidades estimen necesario y en muchas deniegan la expedición de registros de conducir automotores. En todos los casos, las consultas son gratuitas.

De lo mencionado se desprende la necesidad de articular un registro de rango nacional con vinculación o coordinación con iguales provinciales para que en todo el territorio nacional todo los niños tengan igualdad de trato, y fundamentalmente para evitar que el deudor moroso de alimentos vaya eludiendo sus responsabilidades trasladándose de provincia ya sea para radicarse en las que carecen de registros o que no estén instrumentadas o aprovechando que no hay un registro nacional se mude a otra jurisdicción dado que no tiene información de las demás provincias.

Las legislaciones provinciales, además de sortear las más rigurosas observaciones de legalidad, tuvieron un carácter más declamativo, y en aquellas jurisdicciones en que se pusieron en marcha, sólo habilitó en la práctica un camino de sanciones morales ante la opinión pública dirigidos a los deudores con probados ingresos.

En la mayoría de los casos las normas de algunas jurisdicciones crearon una expectativa que derivó en una herramienta a todas luces insuficiente para el cumplimiento del objetivo propuesto. Se avanzó significativamente, en cambio, en la tarea de sensibilización y concientización social en torno al tema

El objetivo principal de este proyecto es que padres y madres, se hagan cargo de cumplir en todo el territorio del país con sus obligaciones esenciales que exceden la mera asistencia alimentaria y que involucran también la educación, recreación y vida digna para los hijos e hijas que trajeron al mundo. El espíritu es resguardar el derecho de los chicos a una cuota alimentaria, a través de un mecanismo de coerción. Este Registro sería, el punto de partida que permitiría tener una herramienta que haga efectivo el cumplimiento de sentencias judiciales ya dictadas. Esta ley beneficiará sin duda a quién esté reclamando alimentos, ya que le da elementos que actuarán a su favor a la hora de exigir su cumplimiento, impidiendo, por ejemplo, que deudores morosos alimentarios licuen su patrimonio o se endeuden de tal forma

que graben bienes como por ejemplo, las viviendas familiares o evitar la simulación patrimonial hecho que en la actualidad ocasiona que cuando se demanda en sede judicial por prestación de alimentos se torna imposible probar el estado patrimonial del alimentante, que "bien asesorado" transfiere sus bienes a nombre de un tercero, sirviendo entonces como herramienta para garantizar el sustento de los alimentos.

Es necesario indicar que la iniciativa que promovemos no conducirá a resolver la problemática alimentaria de los menores cuyos progenitores no asumen su responsabilidad por razones laborales, un tema que requiere de soluciones de índole económica y de planificación del desarrollo del país, cuya capacidad de resolución excede los objetivos de esta ley. Aun así, consideramos valiosas las ideas innovadoras que apunten a proteger y garantizar los derechos del niño, por sobre los divorcios, los cambios culturales y los nuevos modelos de familia.

Es fundamento que este registro se lleve y coordine a nivel nacional es además de contar con la información en todas las jurisdicciones, poder realizar convenios de reciprocidad con países limítrofes y otros, a fin intercambiar información que involucren a deudores alimentarios que emigren de nuestro territorio nacional a fin de evadir sus responsabilidades alimentarias.

A modo de ejemplo podemos citar las experiencias de algunas jurisdicciones:

En el Registro de Deudores Alimentarios de la ciudad autónoma de Buenos Aires, en su primer año se registraron 8 deudores, en el 2001 trepó a 427, en el 2003 a 783 y en lo que va del 2004 ya hay 1083. Esto tiene directa relación con los juicios por alimentos ya que por ejemplo en 1998 se iniciaron 783 juicios (un poco más de 2 por día) mientras que en el 2003 fueron 2238 (6.1 por día). Este registro recibió 27.927 consultas, unas 23.415 fueron hechas por dependencias del gobierno porteño, otras 3.456, por empresas privadas o entidades financieras y las 1.056 restantes por particulares. Hasta hoy hay más de 25.000 causas pendientes de resolución en los Juzgados de la Ciudad, por lo que se desprende que el número de inscriptos en el registro se incrementará sustancialmente. Pero también, de articularse un registro eficaz e integral, no implica que haya más deudores, sino que cada vez más gente toma conciencia de que existe este espacio donde reclamar derechos que la Constitución garantiza. De los 1083 registrados el 35.55 % son profesionales y comerciantes, luego hay muchos empleados, taxistas, remiseros, el 3.05 % son trabajadores con títulos terciarias, periodistas y publicistas. Solo el 0.36 % del total se declararon desocupados, por lo que se deduce que en general los padres incumplidores tienen una posición económica que no le impide hacerse cargo de su obligación, por lo tanto es imprescindible contar una herramienta como el Registro Nacional como coerción de los padres que pretenden evadir sus cargas.

En la provincia de Buenos Aires, los Tribunales de Familia recibieron mas de 8.200 casos por reclamos de cuotas por alimentos de parejas divorciadas o separadas de hecho. En agosto del año pasado se creó recién el registro provincial de deudores alimentarios morosos.

Es necesario instrumentar este tipo de Registro para que toda la sociedad tome conciencia de que no pagar alimentos no es una ventaja. No se está perjudicando al ex cónyuge, sino a los mismos hijos. Este Registro es mucho más importante que el Veraz, porque el bien jurídico por proteger es el menor. El presente proyecto persigue al deudor moroso de alimentos, por lo tanto se requiere el pronto tratamiento y aprobación del presente proyecto de ley.

ANEXO B – Registro de Deudores Alimentarios Morosos.**LEY N° 28970****CONCORDANCIAS: D.S. N° 002-2007-JUS (REGLAMENTO)****R.M. N° 044-2007-JUS**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la ley siguiente:

LEY QUE CREA EL REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS**Artículo 1.- Registro de Deudores Alimentarios Morosos**

Créase, en el Órgano de Gobierno del Poder Judicial, el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, donde serán inscritas de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 4 de la presente Ley, aquellas personas que adeuden tres (3) cuotas, sucesivas o no, de sus obligaciones alimentarias establecidas en sentencias consentidas o ejecutoriadas, o acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada. También serán inscritas aquellas personas que no cumplan con pagar pensiones devengadas durante el proceso judicial de alimentos si no las cancelan en un período de tres (3) meses desde que son exigibles.

Artículo 2.- Funciones del Órgano de Gobierno del Poder Judicial

Son funciones del Órgano de Gobierno del Poder Judicial, en lo que concierne al Registro de Deudores Alimentarios Morosos:

a) Llevar un consolidado de los obligados alimentarios que hayan incurrido en morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias contenidas en sentencias consentidas o ejecutoriadas o, acuerdos conciliatorios en calidad de cosa juzgada.

b) Expedir “Certificado de Registro” en el que se dejará constancia si la persona por la que se solicita se encuentra o no registrado como Deudor Alimentario Moroso. En el primer caso, se emitirá “Certificado de Registro Positivo”, el mismo que indicará el nombre completo del Deudor Alimentario, su número de Documento Nacional de Identidad, su fotografía, el monto adeudado y el órgano jurisdiccional que ordenó el registro.

Artículo 3.- Contenido del Registro de Deudores Alimentarios Morosos

El Órgano de Gobierno del Poder Judicial lleva un libro en el que asienta cada solicitud de inscripción de un Deudor Moroso Alimentario, el cual debe contener la siguiente información:

a) Nombres y apellidos completos del Deudor Alimentario Moroso.

b) Domicilio real del Deudor Alimentario Moroso.

c) Número del Documento Nacional de Identidad u otro que haga sus veces, del Deudor Alimentario Moroso.

d) Fotografía del Deudor Alimentario Moroso.

e) Cantidad de cuotas en mora parcial o total, monto de la obligación pendiente e intereses Sistema Peruano de Información Jurídica Ministerio de Justicia 12/07/2007 16:39:23
Página 2 Actualizado al: 27/06/07 hasta la fecha de la comunicación.

f) Indicación del órgano jurisdiccional que ordena el registro.

Artículo 4.- Procedimiento

El órgano jurisdiccional que conoce o conoció la causa, previo a ordenar la inscripción, deberá correr traslado al obligado alimentario de la solicitud de declaración de Deudor Alimentario Moroso, por el término de tres (3) días. El juez resolverá en el mismo plazo con absolución o sin ella.

La resolución será apelable, sin efecto suspensivo, debiendo resolverse en un plazo máximo de cinco (5) días.

Sólo el cumplimiento de lo reclamado será motivo para desestimar la solicitud de inscripción en el Registro.

Cuando se solicite la cancelación del registro, se sustanciará el trámite previsto por la presente Ley para la inscripción, salvo que se acredite fehacientemente la cancelación del monto total adeudado, caso en el cual el levantamiento de la inscripción es inmediato.

Para los fines de la inscripción o cancelación, el juez deberá oficiar al Órgano de Gobierno del Poder Judicial en un plazo no mayor de tres (3) días luego de resolver la cuestión.

Artículo 5.- Implementación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos y acceso a la información

El Registro de Deudores Alimentarios Morosos está a cargo del Órgano de Gobierno del Poder Judicial, correspondiendo a la Gerencia General de éste, disponer lo pertinente a fin de facilitar el soporte técnico y el material humano necesario para su implementación.

El acceso a la información del Registro de Deudores Alimentarios es gratuito.

La información registrada es actualizada mensualmente y tiene carácter público. El Órgano de Gobierno del Poder Judicial incorporará en su página web el vínculo que permita a cualquier persona conocer dicha información sin limitación alguna.

Artículo 6.- Comunicación a Central de Riesgos

El Órgano de Gobierno del Poder Judicial proporcionará a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones mensualmente, la lista actualizada de los Deudores Alimentarios Morosos, a efectos de que se registre la deuda alimentaria en la Central de Riesgos de dicha institución. Asimismo, esta información podrá ser remitida también a las Centrales de Riesgo Privadas.

Artículo 7.- Deber de colaboración entre las instituciones del Estado

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo remitirá al Órgano de Gobierno del Poder Judicial la lista mensual de contratos de trabajo, bajo cualquier modalidad, que se celebren entre particulares; y la de trabajadores que se incorporan a las empresas del sector privado, a fin de identificar a los Deudores Alimentarios Morosos registrados y comunicar a los juzgados correspondientes, en el término de la distancia, para que procedan conforme a sus atribuciones.

Asimismo, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos debe remitir al Órgano de Gobierno del Poder Judicial las listas de transferencias de bienes muebles o inmuebles registrables realizados por personas naturales, con los mismos propósitos y en el mismo plazo señalado en el párrafo anterior.

CONCORDANCIAS: R.M. N° 150-2007-TR (Aprueban Directiva que regula el procedimiento para consolidar la información de los contratos individuales de trabajo registrados ante las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Sistema Peruano de Información Jurídica Ministerio de Justicia 12/07/2007 16:39:23 Página 3 Actualizado al: 27/06/07 Empleo a nivel nacional para el Registro de Deudores Alimentarios Morosos)

Artículo 8.- Responsabilidad del funcionario público

Las oficinas de personal o las que cumplan sus funciones de las dependencias del Estado, deben acceder a la base de datos vía electrónica, o en su defecto solicitar la información sobre las personas que ingresan a laborar, bajo cualquier modalidad, al sector público, a fin de verificar si la información contenida en la declaración jurada firmada por el trabajador es verosímil.

El funcionario público encargado que, a sabiendas que el trabajador se encuentra inscrito en el Registro de Deudor Alimentario Moroso, omite comunicar la información correspondiente dentro del plazo legal, incurre en falta administrativa grave sancionada con destitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil que corresponda.

Artículo 9.- Obligación del órgano jurisdiccional

El órgano jurisdiccional que reciba la comunicación conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la presente Ley, remitirá cuando corresponda y bajo responsabilidad, en el término de cinco (5) días de recibida la comunicación, el oficio disponiendo que se realice la retención o embargo, cuyo costo está exonerado de la tasa judicial y/o registral, según corresponda.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Deber de los jueces

En la parte dispositiva del fallo que condene al pago de la obligación alimentaria, los jueces deberán establecer que conjuntamente con la notificación de la sentencia deberá hacerse conocer al obligado alimentario los alcances de la presente Ley, para el caso de incumplimiento.

SEGUNDA.- Difusión de la Ley

El Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, a través de sus oficinas correspondientes, deben difundir y publicitar las

bondades y beneficios a favor de la colectividad de la presente Ley, para lo cual deben utilizar los mecanismos estatales a su alcance, así como los que la sociedad civil pueda proporcionar.

TERCERA.- Vigencia

La presente Ley entrará en vigencia a los cuarenta y cinco (45) días de su publicación.

CUARTA.- Reglamentación

El Ministerio de Justicia expedirá el reglamento de la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los doce días del mes de enero de dos mil siete.

MERCEDES CABANILLAS BUSTAMANTE

Presidenta del Congreso de la República

JOSÉ VEGA ANTONIO

Primer Vicepresidente del

Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiséis días del mes de enero del año dos mil siete.

ALAN GARCÍA PÉREZ

Presidente Constitucional de la República

JORGE DEL CASTILLO GÁLVEZ

Presidente del Consejo de Ministros