



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Possibilidade de prisão civil do alimentante devedor da obrigação alimentar instituído em escritura pública de divórcio extrajudicial

Bernardo Mattos de Souza

Rio de Janeiro
2011

BERNARDO MATTOS DE SOUZA

Possibilidade de prisão civil do alimentante devedor da obrigação alimentar instituído em escritura pública de separação e divórcio extrajudicial

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Nelson Tavares
Profª. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2011

POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR INSTITUÍDO EM ESCRITURA PÚBLICA DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL

Bernardo Mattos de Souza

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: Com o advento da Lei 11.441/07, introduziu-se no direito pátrio a possibilidade de realização de separação, divórcio e inventário extrajudiciais. Em razão da regulação mínima trazida pela lei que contém apenas dois artigos, vários questionamentos surgiram. Dentre eles, um dos temas mais discutidos é a possibilidade ou não da aplicação da pena coercitiva de prisão civil em face do alimentante, devedor da obrigação alimentar, instrumentalizada em escritura pública. O objetivo do trabalho é analisar se a aplicação dessa sanção encontraria embasamento no ordenamento jurídico pátrio, em especial a Constituição Federal.

Palavras-Chaves: Alimentos. Prisão Civil do Alimentante. Separação e Divórcio Extrajudiciais

Sumário: Introdução. 1. Conceito de Alimentos. 2. Pressupostos para concessão da obrigação alimentar. 3. As inovações trazidas pela Lei 11.441/07. 4. A controvérsia doutrinária sobre a possibilidade ou não da prisão civil do devedor da obrigação alimentar fixado em escritura pública. 5. A possibilidade de adequação do art. 733 do CPC frente a nova realidade trazida pela Lei 11.441/07. 4. A controvérsia doutrinária sobre a possibilidade ou não da prisão civil do devedor da obrigação alimentar fixado em escritura pública. 6. Análise do RESP 1.117.639. 7. Defesa pela possibilidade da prisão civil do alimentante como forma de concessão de efetividade do direito fundamental e respeito aos princípios da isonomia e da vedação ao retrocesso. Conclusão. Referências.

Introdução

Com o advento da Lei nº 11.441/07, tornou-se possível a realização dos procedimentos de separação, divórcio e inventário consensuais extrajudicialmente. As

inovações ocorreram em um momento apropriado no qual o Poder Judiciário vivencia uma crise de celeridade na prestação jurisdicional que afeta a confiança dos jurisdicionados na instituição, o que justifica que determinados procedimentos, principalmente aqueles nos quais está ausente a lide, possam ser realizados fora do Judiciário.

Diante da nova sistemática, muitas dúvidas surgiram em razão da ausência de regulamentação pela citada lei do procedimento a ser observado extrajudicialmente e das conseqüências que as alterações promovidas surtiriam em diversos institutos jurídicos presentes no ordenamento jurídico como um todo, não se restringindo ao Direito Civil.

Dentre essas modificações introduzidas pela lei, a principal divergência presente na doutrina processualista e civil reside na possibilidade ou não da decretação da prisão civil do alimentante por descumprimento de obrigação alimentar fixado extrajudicialmente e a sua conformidade com a legislação processual reguladora dessa medida coercitiva e a CFRB.

De início, ressalta-se que o tema suscita conflitos na doutrina com doutrinadores de renome tanto para a defesa da possibilidade, quanto para defesa da impossibilidade de sua aplicação. No presente trabalho, pretende-se explicitar as razões que justificam o pensamento de cada uma dessas correntes, porém não se resumindo a isso.

Nesse diapasão, objetiva-se – por meio de uma pesquisa do tipo bibliográfica e qualitativa - avançar na discussão do tema concedendo uma análise constitucional a presente controvérsia, de modo a comprovar que é possível a utilização da sistemática processual atual para aplicar a prisão civil do devedor de alimentos firmado em acordo extrajudicial.

1) CONCEITO DE ALIMENTOS

O tema do presente artigo não apresenta os alimentos como cerne de estudo. No entanto, é crucial a análise dos alimentos em seu conceito nesse capítulo e pressupostos para

sua concessão no capítulo seguinte para que se possa compreender com mais precisão as questões que serão mais a frente discutidas.

Na busca de um conceito para os alimentos, inútil é a sua busca no Código Civil de 2002, porque ali o mesmo não é encontrado, depreendendo apenas suas diretrizes e seu conteúdo legal no art. 1.694.

Diante essa ausência de conceituação legal, restou à doutrina fazê-lo. Nossos doutrinadores pátrios não divergem quanto ao tema, tendo entre si conceitos bastante similares em sua essência. Adote-se aqui o conceito trazido por Orlando Gomes¹, que afirma que “alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las para si”.

Logo, percebe-se que a conceituação de alimentos tem conotação muito mais ampla do que nos traz a linguagem comum, não se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa. Isso porque, se deve levar em consideração também o conteúdo da obrigação a ser prestada, compreendendo assim o necessário a manutenção da condição social e moral do alimentando².

2) PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Tem-se como pressuposto da obrigação alimentar, o já tão conhecido binômio necessidade – possibilidade, que aponta, sem sombra de dúvidas, os dois grandes motivos justificadores da concessão dessa modalidade obrigacional.

No entanto, alguns autores reconhecem que são quatro os pressupostos do dever de fornecer alimentos, como faz Carlos Roberto Gonçalves³ em sua obra pertinente ao direito de família. Tais pressupostos podem ser extraídos dos arts. 1694 e 1.695 do CC, sendo eles: (i)

1 GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 455

2 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5ª ed. Vol. VI. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007. p. 449

3 *Ibidem*, p. 451

existência de um vínculo de parentesco; (ii) necessidade do reclamante; (iii) possibilidade da pessoa obrigada e (iv) proporcionalidade.

Nesse particular, a existência do vínculo de parentesco deve respeitar o caráter amplo e concreto da obrigação alimentar. É o que se depreende da leitura do art. 1.694 do CC, que estabelece o dever dos parentes, cônjuges ou companheiros de fornecerem alimentos.

Quanto aos parentes, deve-se ter em mente a necessidade de observância da ordem de vocação hereditária, já que quem tem direito à herança possui dever alimentar⁴. Os primeiros obrigados são os pais, estendendo-se esse dever a todos os ascendentes. Assim, na ausência daqueles, a obrigação transmite-se aos avós e assim sucessivamente (CC 1.696). Também não há limite na obrigação alimentar dos descendentes e dessa forma, na ausência de obrigados em linha reta, o encargo se transmite aos demais parentes.

São obrigados também a prestar alimentos também, segundo o art. 1.694 do CC, os cônjuges ou companheiros, sendo estes últimos aqueles que integram uma união estável. Na verdade, mais correto seria falar-se em ex-cônjuges e ex-companheiros, já que durante a vida em comum não podem pleitear alimentos⁵.

Ao enfrentar o segundo pressuposto, a necessidade do reclamante, deve-se ter em mente que não é essencial caracterizá-la, basta, portanto, que ela exista. Assim, faz-se suficiente que aquele que pretende os alimentos não disponha de bens e através de seu trabalho não possa prover o próprio sustento, não importando a causa dessa incapacidade: menoridade, fortuito, maus negócios etc.⁶ Para essa necessidade não se atribui um valor médio e, sim, se considera a condição social do alimentado, fazendo desta forma variar o montante em que serão arbitrados os alimentos pretendidos. Esta é a melhor exegese do art. 1.694 do CC.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Família*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 473

⁵ *Ibidem*, p. 476

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 597

Em contrapartida a necessidade, é indispensável se observar a possibilidade do obrigado. Este pressuposto destaca a importância de se atentar quanto às condições financeiras do obrigado a prestar alimentos. Dessa forma, o seu fornecimento não pode acarretar desfalque ao sustento próprio, pois não faz sentido dar alimentos a alguém e deixar aquele que os forneceu em condições precárias, sem ter como manter a sua própria subsistência.

Logo, se o alimentante não os puder fornecer na razão de seu próprio sustento, os fornecerá na medida em que puder, devendo o alimentado reclamar de outro parente a complementação.⁷

É válido destacar que os pressupostos da necessidade e da possibilidade devem ser analisados conjuntamente, sempre tentando encontrar um ponto de equilíbrio entre eles para que se estabeleça de forma justa a prestação alimentícia.

Em última análise temos o pressuposto da proporcionalidade é o elemento que irá permitir que se relacionem os pressupostos da necessidade e da possibilidade. A regra da proporcionalidade é vaga e constitui um *standard* jurídico, que abre ao juiz um extenso campo de ação, capaz de possibilitar o enquadramento dos mais variados casos concretos que possam vir a se configurar.⁸ Logo, ao fixar os alimentos, o aplicador do direito deve ponderar e considerar cada um dos pressupostos aqui elencados, fixando uma prestação adequada.

3) AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N° 11.441/07

Até o advento da Lei n° 11.441/07, os procedimentos de separação e divórcio consensuais, bem como o de inventário que não é tema do presente trabalho, eram

⁷ Ibidem, p. 598

⁸ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 28. ed. Vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2004

obrigatoriamente realizados na esfera judicial, sem que o ordenamento jurídico oportunizasse a chance das partes realizarem tais procedimentos sem a intervenção estatal.

Tal exigência era severamente criticada pela maioria da doutrina⁹ sob o argumento de que não haveria motivos para se justificar a necessária atuação do Estado em tais procedimentos quando os mesmos fossem consensuais em razão da inexistência de um conflito de pretensões propriamente dito, já que as partes estariam de comum acordo com a realização de tais procedimentos.

No caso da dissolução do casamento, a doutrina apontava ainda uma contradição clara e evidente entre a forma de estabelecimento de tal vínculo conjugal e a sua ruptura, tendo em vista que a realização do casamento poderia ser feita sem a intervenção do Judiciário, não tendo às partes a mesma prerrogativa se desejassem extingui-lo.

Ademais, a Constituição Federal consagrou em seu rol de direitos e garantias fundamentais os princípios da liberdade e da duração razoável do processo, que não pactuavam com o desejo do casal que quisesse extinguir o vínculo conjugal com celeridade.

A sociedade brasileira exigia a existência de um novo procedimento de divórcio e separação mais consentâneo com essas novas perspectivas trazidas pela Carta Magna. Um procedimento que privilegiasse a vontade das partes, a liberdade do casal em desejar encerrar o vínculo matrimonial quando quisessem, superando a raízes de indissolubilidade do casamento que imperava sob a égide do Código Civil de 1916.

Não se justificava mais o controle judicial nesses procedimentos que estabeleciam a necessidade, inclusive, do magistrado tentar, sob pena de nulidade processual, retomar a vida conjugal, como se o Estado tivesse o poder de influenciar a vontade daqueles que fracassaram na vida conjugal. Dever-se-ia imperar, nesse diapasão, o direito de liberdade

⁹ Por todos, FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

trazido pela nova ordem constitucional pertencente a todo particular, possibilitando a extinção do vínculo matrimonial de forma desburocratizada e rápida.

Dessa forma, atenta a essa nova realidade constitucional e em prestígio ao direito de liberdade do casal, o advento da Lei nº 11.447/07 introduziu no ordenamento jurídico uma sistemática particular, própria para a separação e o divórcio.

A grande novidade da citada lei foi o estabelecimento de que, a partir da sua vigência, a separação e o divórcio passassem a ser instrumentalizados por escritura pública, resolvendo as possíveis pendências na esfera administrativa. Para tanto, estabeleceu a lei apenas dois requisitos: o consenso do casal e a inexistência de incapazes interessados. Nesse sentido, citam-se as palavras do doutrinador baiano Cristiano Chaves de Faria¹⁰:

Pois bem, exatamente buscando a racionalização das atividades processuais (no que tange a separação, ao divórcio e ao inventário) e a simplificação da vida jurídica dos cidadãos brasileiros, está em vigor a Lei 11.441/07, a qual torna desnecessário procedimento judicial para as separações, divórcios e inventários. Incorpora-se, explicitamente, no espírito do legislador reformado a busca da concessão de uma tutela jurídica justa, adequada e eficaz, viabilizando a todos o acesso a uma ordem jurídica efetiva, especificamente, no particular, no âmbito do direito de não permanecer casado (que é, repita-se à exaustão, uma simples projeção da própria liberdade garantida em sede constitucional)

4) A CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA SOBRE A POSSIBILIDADE OU NÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR FIXADO EM ESCRITURA PÚBLICA

Ocorrendo o inadimplemento da obrigação alimentar pelo alimentante, surge para o alimentado a possibilidade de execução de seu crédito. Com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.232/05 na sistemática do processo de execução por título judicial, a doutrina

¹⁰ FARIA, Cristiano Chaves. *O novo procedimento da separação e do divórcio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 7.

processualista começou a debater se a execução especial alimentícia continuaria a ser realizado por procedimento autônomo ou se teria aderido ao cumprimento de sentença.

Aos poucos, diversas demandas nas quais se discutia tal controvérsia chegaram ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) no qual a jurisprudência que se consolida é no sentido de que caberá, ao credor dos alimentos, escolher a forma de execução de tais créditos podendo optar entre o rito processual do art. 732 do CPC, que se daria por cumprimento de sentença, ou o rito do art. 733 do CPC, que ocorreria por processo autônomo de execução.

A diferença fundamental na adoção de um ou outro procedimento se baseia na possibilidade de aplicação pelo magistrado da prisão civil do alimentante, caso o credor tenha escolhido o rito processual do art. 733 do CPC, sendo inadmitida essa medida de coerção no rito do art. 732 do CPC, estando vedado também a conversão do rito de ofício pelo magistrado¹¹.

Dessa forma, o credor de obrigação alimentar documentada em título executivo judicial como uma sentença judicial, por exemplo, poderá se utilizar do meio coercitivo da prisão civil como forma de compelir o alimentante ao adimplemento de suas obrigações. Chega-se a essa conclusão pela leitura do caput do art. 733 do CPC que enuncia que o juiz determinará a prisão do devedor de alimentos fixados em decisão ou sentença.

Assim, se existe dispositivo legal que autorize de forma expressa a prisão civil do alimentante quando os alimentos estão determinados em sentença ou decisão, inexistente idêntico permissivo legal em nosso ordenamento jurídico que permita a implementação dessa medida coercitiva para a hipótese da obrigação alimentar estar embasada em título executivo extrajudicial.

Daí, de forma inevitável, surgiu o questionamento na doutrina: seria possível a decretação da prisão civil do alimentante devedor de obrigação alimentar instrumentalizada

¹¹ Nesse sentido, STJ, HC 188.630-RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ: 08/02/11. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 set. 2011.

em título executivo extrajudicial? A aplicação dessa medida coercitiva de caráter excepcional encontraria amparo legal de acordo com o ordenamento jurídico vigente? A resposta a essas indagações relevantes serão minuciosamente exploradas nas páginas seguintes.

De início, cabe salientar que tal discussão ganhou especial relevância com a introdução da Lei nº 11.441/07 que criou um novo título executivo extrajudicial na qual seria possível a fixação dos alimentos nas escrituras públicas de divórcio e separação. E, de forma inevitável, seria importante determinar a possibilidade de utilização da prisão civil pelos credores desses títulos como forma de satisfação de seus créditos.

Sobre o tema, ressalta-se que o tema é controvertido na doutrina pátria, em que pese a existência de um precedente jurisprudencial no STJ, o que levou a formação de duas correntes doutrinárias opostas.

A primeira corrente doutrinária defende a impossibilidade de decretação da prisão civil do alimentante, devedor de obrigação alimentar prevista em título executivo extrajudicial. O primeiro fundamento utilizado por essa corrente se baseia na proteção ao direito fundamental de liberdade que só pode ser excepcionado nos casos previstos na Constituição Federal em seu art. 5º, LXI, quais sejam o flagrante delito e a sentença judicial com trânsito em julgado.

Logo, dada a relevância do direito fundamental de liberdade, a decretação da prisão de um indivíduo é medida que se reveste de um caráter excepcional, já que a regra é a pessoa estar em liberdade, de forma a não se admitir uma interpretação extensiva em hipótese alguma. Ademais, a prisão civil do alimentante seria uma exceção a vedação constitucional da prisão civil motivada por dívida, se revestindo tal medida coercitiva de um caráter mais excepcional ainda.

Dessa forma, os adeptos desta corrente entendem que a interpretação dos dispositivos pertinentes a prisão civil do alimentante deve ser realizada de forma restritiva a

fim de se garantir a preservação ao direito de liberdade. Assim, ao interpretar o art. 733 do CPC, deveria se entender que somente estaria autorizado o aprisionamento na execução de sentença ou decisão conforme enuncia expressamente tal dispositivo, isto é, de atos emanados exclusivamente pelo juiz.

Em suma, o que essa corrente doutrinária defende é a interpretação literal do art. 733 do CPC de forma a afastar a possibilidade de decretação da prisão civil do alimentante, quando os alimentos estiverem previstos em escritura pública ou em qualquer outro título executivo extrajudicial.

Nesse sentido, são as lições da jurista Marlise Kraemer Vieira¹², uma das principais expoentes dessa corrente, conforme se verifica na transcrição abaixo:

Ocorre que o artigo 733 do C.P.C. , que disciplina a executiva por dívida alimentar, sob pena de prisão expressamente refere sentença ou decisão, ou seja, a fixação alimentar ou o acordo que os estabeleceu necessariamente de passar sob o crivo do Judiciário. Logo, como a escritura pública que trata da separação de um casal não é encaminhada ao Judiciário, inexistente no caso uma decisão ou uma sentença. A prisão por dívida alimentar é uma exceção posta na Constituição (art. 5º, inc. LXVII) e, como exceção, deve ser interpretada restritivamente.

De igual forma, o jurista baiano Cristiano Chaves de Faria¹³ entende pela imprescindibilidade da sentença judicial para decretação da prisão civil do alimentante de forma que caberia ao credor de alimentos, de posse da escritura pública que documenta a obrigação alimentar, ajuizar ação executiva com fulcro no art. 733 do CPC para que o juiz prolatasse decisão determinando o encarceramento, mesmo após a mudança da lei.

Destaca-se inclusive que, antes do advento da Lei 11.441/07, o entendimento pela necessidade da existência de decisão judicial para decretação da prisão civil do alimentante encontrava adesão na jurisprudência dos tribunais superiores, tendo sido adotada, por exemplo, no HC 22.401/SP pela 3ª Turma do STJ.

¹² VIEIRA, Marlise Beatriz Kraemer. *A Lei nº 11.441/07 e os alimentos*. Disponível em: <www.notarialnet.org.br>. Acesso em: 17 ago. 2011.

¹³ FARIA, op. cit., p. 69

Todavia, em razão da alteração legislativa promovida pela Lei n° 11.441/07, parte da doutrina passou a sustentar a necessidade de alteração desse paradigma com o intuito de readaptar o antigo entendimento as inovações consideráveis trazidas pela novel lei. Por essa razão, se formou a segunda corrente doutrinária defensora da possibilidade de decretação da prisão civil do alimentante, devedor de alimentos firmado em escritura pública.

Nesse ponto, salienta-se, inicialmente, que o art. 3° da Lei n° 11.441/07 inseriu o artigo 1.124-A no CPC no qual ficou estipulado a possibilidade de inserção de pensão alimentícia na escritura pública de separação ou divórcio extrajudicial, não havendo maiores questionamentos na doutrina nesse ponto. Sendo possível a fixação de alimentos na escritura, o seu inadimplemento por parte do alimentante é algo possível de acontecer.

Dessa forma, o que a segunda corrente sustenta é a necessidade de atualização interpretativa do art. 733 do CPC, sustentando a possibilidade de prisão civil do alimentante, devedor de obrigação alimentar firmada em escritura pública.

Essa parcela da doutrina sustenta sua posição em razão de dois argumentos principais que seriam a necessidade de concessão de eficácia aos benefícios trazidos pela nova lei e a possibilidade de utilização do art. 19 da Lei de Alimentos (Lei 5.478/68), como forma de conceder base legal para alteração do entendimento jurisprudencial até então consolidado.

O primeiro fundamento se baseia na necessidade de uma atualização interpretativa dos dispositivos processuais que fundamentam a prisão civil do alimentante com o intuito de adaptá-lo ao novo paradigma inserido pela Lei 11.441/07, que possibilitou que procedimentos que, até então, eram somente realizados na esfera judicial, passassem a ser realizados na esfera extrajudicial.

Não haveria o porquê de se manter um entendimento construído sob uma determinada realidade normativa, se a mesma foi alterada de forma significativa. Caso contrário, os benefícios da celeridade e economia introduzidos com a alteração normativa

ficariam frustrados por uma eventual ausência de idêntica eficácia do título executivo extrajudicial, no qual não se possibilitaria a utilização de medida coercitiva presente no título executivo judicial de igual teor, o que serviria de desestímulo a opção do procedimento extrajudicial, o que iria de encontro com os objetivos da alteração normativa.

Além disso, poder-se-ia afirmar que a não referência a título executivo extrajudicial no art. 733 do CPC se justificaria pelo fato de não ser admissível, na época em que foi editado o CPC, que os procedimentos de divórcio e separação fossem feitos em outra esfera, que não a judicial. Portanto, seria inadmissível a continuação da interpretação literal do art. 733 do CPC, sendo necessária a sua atualização, interpretando-o de forma sistemática com a ordem jurídica vigente, pela natureza da obrigação instrumentalizada nesse título.

Crítico dessa interpretação literal do art. 733 do CPC, o processualista Fredie Didier Junior¹⁴ defende que “estando o devedor obrigado a pagar alimentos legítimos, é adequado adotar o rito próprio da execução de alimentos, com todas as medidas executivas que lhe são inerentes, independente de a obrigação estar prevista em título judicial ou extrajudicial”.

De igual maneira, a jurista Fabiana Domingues afirma que “seria realmente um retrocesso do sistema não permitir a execução nos moldes do art. 733, pois, se, assim for, além de latente prejuízo ao credor de alimentos, ter-se-á malfadado benefício ao devedor”¹⁵ tendo em vista que, se por um lado, o credor de alimentos seria beneficiado pela rapidez do procedimento extrajudicial, por outro ficaria privado da utilização de um importante instrumento coercitivo para compelir o cumprimento da obrigação.

Assim, ainda que o art. 733 do CPC só se refira a decisão e sentença, através de uma interpretação sistemática, poder-se-ia incluir os títulos executivos extrajudiciais tendo em vista que o citado dispositivo foi criado num momento em que o divórcio e a separação

¹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Processo Civil*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009

¹⁵ DOMINGUES, Fabiana. *A execução dos alimentos firmados em escritura pública. Como aplicar o artigo 733 do CPC?*. Disponível em: <www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 01jul. 2011

somente poderiam ser feitos judicialmente, de forma a se fazer necessária uma atualização na sua interpretação para contemplar o mesmo entendimento para os títulos extrajudiciais.

A corrente defensora da possibilidade de prisão civil do alimentante devedor de obrigação alimentar extrajudicial argumenta ainda que, mesmo que não se adote o entendimento da interpretação extensiva do art. 733 do CPC, existiria sim dispositivo legal a fundamentar a prisão civil do alimentante de título executivo extrajudicial.

Seria o art. 19 da Lei de Alimentos, citado por esses defensores, utilizado para criticar a primeira corrente que sustenta a falta de autorização legal para determinação dessa medida coercitiva.

Em sua redação, se verifica que o art. 19 permite que o juiz realize todas as providências necessárias para dar cumprimento ao julgado ou ao acordo, inclusive a decretação de prisão. Percebe-se, assim, que o dispositivo legal faz referência a possibilidade de decretação da prisão civil, quando o alimentante descumpra a obrigação fixada em “acordo”, não restringindo a utilização dessa medida coercitiva ao caso da sentença.

Ao utilizar o termo “acordo”, é notória a intenção do legislador em estipular a possibilidade de decretação da prisão civil quando os alimentos são devidos em casos diversos do procedimento judicial, até por que não faria sentido em distingui-los na redação do dispositivo, se não fosse esta a intenção. Nesse sentido, são as lições do jurista Antonio Carlos Parreira, transcrita abaixo:

Da leitura do artigo 19 da Lei 5.478, de 25 de julho de 1968 (Lei de Alimentos), norma essa de cunho especial, conclui-se em relação aos alimentos pela existência não somente da execução de sentença (por título judicial), como também da execução de acordo (título extrajudicial). E mais, de forma clara e cristalina tal norma permite ao Juiz de Direito, na execução do acordo, tomar todas as providências necessárias ao seu efetivo cumprimento, inclusive decretar a prisão do devedor. Muitos poderão argumentar, inclusive com base na própria Lei Especial, que o acordo a que se refere o artigo 19 da Lei de Alimentos é aquele realizado em Juízo, na ação de alimentos, homologado pelo Juiz. No entanto, esse não parece ser o melhor entendimento, porquanto nessa hipótese a execução também será por título executivo judicial, ou seja, execução da sentença homologatória do acordo, de modo que não haveria necessidade do legislador incluir no texto do artigo 19, por duas vezes, a expressão “ou do acordo”. Bastaria apenas manter as expressões “*execução da sentença*” e “*cumprimento do julgado*”, nunca sendo demais lembrar que a lei

não deve conter palavras inúteis e onde ela distingue, não é dado ao intérprete deixar de fazê-lo.”

Dessa forma, sustentam os defensores dessa corrente com correção que, ainda que não se adote a interpretação extensiva do art. 733 do CPC, seria possível a adoção do art. 19 da Lei de Alimentos para possibilitar a utilização dessa medida coercitiva aos títulos extrajudiciais, de forma a não subsistirem as críticas de ausência de autorização legal realizados pela primeira corrente.

6. ANÁLISE DO RESP 1.117.639

No informativo nº 435, a 3ª Turma do STJ julgou o RESP 1.117.639¹⁶ no qual a resolução do caso passava pela possibilidade ou não de decretação da prisão civil do alimentante, devedor de título executivo extrajudicial. Ainda que o STJ não tenha julgado caso no qual a obrigação alimentar estaria instrumentalizada em escritura pública, tema do presente artigo, a discussão sobre a efetividade ou não do título executivo extrajudicial que, no caso, consistia em um instrumento de transação referendado pela Defensoria Pública, como título hábil a ensejar a aplicação da prisão civil do alimentante pode servir de paradigma para os casos análogos de títulos de mesma natureza, como o caso do divórcio e separação realizados em cartório.

Na situação do julgado, o credor de alimentos ajuizou ação de execução com fulcro no art. 733 do CPC pelo inadimplemento do alimentante, sendo que a pensão alimentícia estava fixada em instrumento de transação referendado pela Defensoria Pública. A discussão nesse recurso especial, portanto, se resumiu a possibilidade de aplicação do rito executivo do

¹⁶ STJ, RESP 1.117.639, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, DJ: 20/05/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 set. 2011.

art. 733 do CPC, que permite a prisão civil, na execução instrumentalizada em título de natureza extrajudicial.

O instrumento de transação referendado pela Defensoria Pública, que possui natureza de título executivo extrajudicial, conforme art. 585, II do CPC. Lendo o relatório do julgado, verifica-se que tanto o juiz de 1º grau quanto o Tribunal de Justiça entenderam pela inaplicabilidade do rito do art. 733 do CPC a presente situação extinguindo o processo sem resolução do mérito por ausência de interesse de agir (art. 267, VI do CPC), tendo em vista a necessidade de o acordo ser homologado judicialmente para se utilizar de tal rito.

Em outras palavras, os órgãos jurisdicionais se utilizaram da jurisprudência tradicional dos tribunais superiores da inaplicabilidade do rito do art. 733 do CPC aos títulos executivos extrajudiciais.

Ao chegar ao STJ pela via do recurso especial, percebe-se que o relator sorteado Ministro Massami Uyeda votou pelo não provimento do recurso pelos mesmos fundamentos dos órgãos jurisdicionais inferiores. Entretanto, felizmente, a Ministra Nancy Andrighi, em voto-vista, votou em sentido contrário ao relator no sentido de aplicabilidade do art. 733 do CPC aos títulos executivos extrajudiciais, no que foi acompanhada pelo restante da turma.

Em sua fundamentação, percebe-se que a Ministra Nancy Andrighi defendeu a necessidade de avanço na interpretação do citado art. 733 do CPC para se adaptar as novas realidades introduzidas pelos diplomas normativos posteriores ao advento do CPC, época em que os procedimentos de divórcio e separação só poderiam ser feitos pela via judicial.

Verifica-se assim, em parte de seu voto, que a Ministra Nancy Andrighi se atentou para uma ideia que já foi defendida no presente trabalho de que a redação do art. 733 do CPC não fez referência ao título executivo extrajudicial porque, na época em que o CPC entrou em vigor, a única forma de constituição da obrigação alimentar era pela via judicial.

Logo, conclui que, a partir de uma interpretação sistemática dos dispositivos que tratam do tema, em especial o art. 5º, LXVII, da CF; os arts. 585, II, 733 e 1.124-A do CPC e o art. 19 da Lei 5.478/68, a melhor alternativa seria a adoção de uma interpretação sistemática ao art. 733 do CPC de forma a possibilitar a aplicação do seu rito ao título executivo extrajudicial, sob pena de entendimento em contrário servir como um desestímulo a autocomposição, mais célere que o procedimento judicial.

Por fim, a Ministra Nancy Andriighi defende que o “acordo” mencionado no art. 19 da Lei de Alimentos é o acordo estipulado na esfera extrajudicial, como defende a segunda corrente já mencionada no capítulo anterior, e que a prisão civil do alimentante nesse contexto se justificaria para conceder plena efetividade ao art. 5º, LXVII da CFRB que excepciona a proibição de prisão civil por dívida ao alimentante, em razão do fato do bem jurídico tutelado com a medida de coerção se sobrepor ao bem jurídico tutelado de liberdade do alimentante.

É inegável a correção do entendimento consolidado pelo STJ no julgamento do RESP 1.117.639, no qual permitiu a aplicação do rito do art. 733 do CPC ao acordo celebrado entre as partes referendado pela Defensoria Pública, que possui natureza de título executivo extrajudicial como a escritura pública de divórcio e separação, adotando o entendimento da melhor doutrina.

Há que se afirmar ainda, que não há razões para que o STJ não adote esse mesmo entendimento as demais hipóteses de títulos executivos extrajudiciais em que se possa fixar a pensão alimentícia, entre eles a escritura pública de separação e divórcio, tema do presente trabalho.

Entretanto, ainda que seja relevante o entendimento adotado pelo STJ no julgamento do recurso especial supra citado, é importante que se avance na análise do tema a fim que seja conferido uma análise principiológica ao estudo da possibilidade de determinação da prisão civil do alimentante, devedor de obrigação alimentar instrumentalizada em escritura pública.

Isso porque os argumentos que amparam a conclusão acima exposta ganham força com a adesão de argumentos constitucionais em especial os princípios da isonomia e da vedação ao retrocesso.

7. DEFESA PELA POSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL DO ALIMENTANTE EMBASADA NOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

O art. 5º, LXVII da CFRB estipula como regra a vedação da prisão civil por dívida, exceto em dois casos: do depositário infiel e do alimentante. Como a jurisprudência dos tribunais superiores já se consolidou quanto a inadmissibilidade da prisão civil do depositário infiel conforme Súmula Vinculante nº 25, o encarceramento do alimentante é a única modalidade de prisão civil admitida em nosso ordenamento jurídico atual.

A justificativa para admissão da prisão civil do alimentante se fundamenta na preponderância do direito a vida do alimentado frente ao direito de liberdade do alimentante, em uma necessária ponderação de valores realizada pelo legislador constituinte originário.

A obrigação alimentar, seja em que espécie de título estiver instrumentalizada, está intrinsecamente ligada ao direito a vida do alimentado, se revestindo de um caráter de urgência quanto a sua efetivação. Isso porque o direito aos alimentos é uma forma necessária para a manutenção da subsistência do alimentado, que não pode ser privado indevidamente de sua concessão.

Por esse motivo, dentro de uma ponderação de valores, justifica-se a mitigação do direito de liberdade do alimentante com a conseqüente preponderância do direito a vida do alimentado, tendo o legislador constituinte estipulado expressamente a possibilidade de

aplicação de medida coercitiva da prisão civil como forma de conceder agilidade ao provimento jurisdicional.

Dessa forma, a interpretação de que o art. 733 do CPC não poderia ser aplicado a execução de título executivo extrajudicial, como é o caso da obrigação alimentar firmada em escritura pública de divórcio e separação, não se justifica porque vai de encontro a ideia de efetividade dos direitos e garantias fundamentais, violando os princípios da isonomia e da vedação ao retrocesso.

Uma das principais preocupações contemporâneas da doutrina constitucionalista se refere a concessão de efetividade aos direitos e garantias fundamentais. Isso porque, de nada adianta o texto constitucional estipular uma série de direitos, se o ordenamento jurídico cria empecilhos quanto a sua efetivação.

Esses embaraços a efetivação dos direitos fundamentais podem se dar de diversas formas. A criação de uma norma infraconstitucional limitando indevidamente um direito fundamental previsto no texto constitucional é o principal exemplo citado pela doutrina de mitigação indevida a efetivação dos direitos fundamentais.

Entretanto, os empecilhos não se resumem a este. A interpretação de um dispositivo infraconstitucional realizada pelo intérprete no momento da elaboração da norma poderá servir como empecilho a efetivação dos direitos fundamentais. O que se quer dizer é que, na atividade interpretativa, quando a regra jurídica comportar mais de uma interpretação, deve-se buscar aquela interpretação que melhor se coaduna com a efetividade.

Assim, aplicando tais premissas a interpretação do art. 733 do CPC, verifica-se que as razões para a atualização interpretativa do citado dispositivo não se resumem as justificativas já mencionadas nos dois últimos capítulos do presente trabalho citadas pela melhor doutrina e pela Min. Nancy Andriighi, quando ocorreu o julgamento do RESP 1.117.639.

É preciso avançar no estudo do tema para que seja realizada uma interpretação constitucional ao art. 733 do CPC, isto é, interpretá-lo em conformidade com a Constituição Federal como meio de conceder plena efetividade aos direitos fundamentais e respeito aos princípios da isonomia e da vedação ao retrocesso.

Assim, partindo para a abordagem principiológica do tema que passa pela necessária realização de uma interpretação conforme a Constituição Federal, deve-se salientar, inicialmente, que a aplicação da interpretação literal do art. 733 do CPC resultaria na criação de uma diversidade de tratamento normativo ao alimentado titular de título executivo judicial comparado ao alimentado titular de título executivo extrajudicial. Isso porque aquele possuiria o direito de se utilizar de medida coercitiva ao adimplemento de seu crédito que este não gozaria qual seja a utilização da prisão civil do alimentante.

Essa distinção de tratamento não deve prosperar porque não foi a intenção do legislador, com o advento da Lei nº 11.441/07, estabelecer tratamento normativo diverso entre essas espécies de credores de alimentos. Entendimento em contrário resultaria na violação nítida do princípio constitucional da isonomia, criando um privilégio em favor do titular de título executivo judicial que não se justifica.

Dessa forma, como maneira de se observar o princípio constitucional da isonomia, a interpretação do art. 733 do CPC deve se orientar para conceder a permissão de aplicação da medida coercitiva da prisão civil aos devedores de alimentos que possuem sua obrigação alimentar instrumentalizada em títulos executivos extrajudiciais, como a escritura pública de divórcio e separação.

Somente, dessa forma, seria respeitado o presente princípio constitucional sem implicar na criação de privilégios não desejados pela sociedade. Ademais, ressalta-se que a adoção do entendimento em contrário resultaria na diminuição da utilização do procedimento de divórcio e separação na esfera extrajudicial pela eventual impossibilidade de utilização de

tal modalidade coercitiva, o que resultaria na frustração dos objetivos que nortearam a introdução da Lei nº 11.441/07.

Contudo, não só o princípio constitucional da isonomia é justificador da interpretação que permite a aplicação do art. 733 do CPC aos títulos executivos extrajudiciais. Há que salientar, nesse particular, a necessidade de adoção dessa orientação sob pena de causar lesão ao princípio da vedação ao retrocesso.

O princípio da vedação ao retrocesso é pouco estudado no Brasil, ainda que tenha bastante aceitação na doutrina alienígena. Não é o objetivo do presente trabalho, ressalta-se, esgotar o estudo do tema, porém apenas se utilizar de seu conceito básico na orientação da interpretação do art. 733 do CPC.

Em síntese, a ideia básica do princípio da vedação ao retrocesso é que a efetivação dos direitos fundamentais deve ser realizada sempre de forma progressiva, isto é, com o objetivo de resguardar o núcleo base de direitos e aumentar a proteção daquele conjunto de regras consideradas como essenciais a preservação da dignidade humana.

Busca-se, portanto, tutelar os direitos fundamentais cominando com inconstitucionalidade a atuação do legislador infraconstitucional que retroceda em matéria de direitos fundamentais uma vez que é sua tarefa de concretizá-los. Nesse sentido, é a lição da doutrinadora Ana Paula de Barcellos¹⁷:

A modalidade de eficácia jurídica denominada de vedativa de retrocesso pressupõe logicamente que os princípios constitucionais que cuidam dos direitos fundamentais são concretizados através das normas infraconstitucionais, isto é: os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária. Além disso, pressupõe também, com base no direito constitucional em vigor, que um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos em questão.

Nessa ótica, o art. 5º, LXVII da Constituição Federal, ao estipular a possibilidade excepcional de prisão civil do alimentante, concede um direito ao alimentado quanto a utilização de uma medida coercitiva que é expressamente vedado para os demais credores,

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 68

justificando-se o permissivo constitucional dada a natureza emergencial e subsistencial da prestação alimentícia. Direito este que é fundamental e na qual se deve trabalhar para conceder plena efetividade a sua norma.

Sendo assim, ao proibir a aplicação do art. 733 do CPC em favor do alimentado credor de título executivo extrajudicial, se estaria restringindo a efetividade desse direito fundamental de forma indevida, o que resultaria na violação do princípio da vedação ao retrocesso. Logo, adotar tal orientação significaria retroceder na efetividade de um direito fundamental, o que não é admitido, pois só se permitiria uma atuação progressiva pela efetividade, nunca regressiva.

Portanto, tornar-se-ia imperioso a permissão quanto a aplicação do art. 733 do CPC ao credor de título executivo extrajudicial para que se conceda a plena efetividade a um direito fundamental de titularidade do alimentado, direito este que não foi excepcionado pelo legislador constituinte.

8. CONCLUSÃO

Diante da abordagem sistemática do tema realizada no presente trabalho, verifica-se que a possibilidade de decretação da prisão civil do alimentante, devedor de alimentos instrumentalizado em título executivo extrajudicial, não está livre de discussões, de debates, existindo parcela respeitada da doutrina¹⁸ que ainda defende a possibilidade de decretação de prisão civil exclusivamente na hipótese em que os alimentos estiverem previstos em sentença.

Ressalva-se que, apesar de tal fato, a jurisprudência do STJ, diante do precedente do RESP 1.117.639 já analisado, fornece indícios de que caminhará para a orientação em sentido contrário, mais consentâneo com os novos paradigmas trazidos pela Lei n° 11.441/07, que,

¹⁸ FARIA, op. cit., p. 55

certamente, elevará o número de casos em que a pensão alimentícia é instrumentalizada em um título executivo extrajudicial, qual seja a escritura pública de divórcio e separação.

Diante de inevitável constatação, elogia-se a iniciativa do tribunal superior em estender a aplicação da prisão civil pro devedor de alimentos fixados em um título executivo extrajudicial, seguindo os fundamentos já apresentados pela melhor doutrina quanto a necessidade de conferir interpretação sistemática ao art. 733 do CPC e da existência de dispositivo legal que permitiria a sua aplicação (qual seja o art. 19 da Lei n° 5.478/68), estimulando a autocomposição entre as partes.

Tais argumentos citados pela doutrina e encampados pelo STJ resumem-se a aspectos infraconstitucionais. Todavia, diante da superioridade normativa da Constituição Federal, o que se defende aqui é a necessidade de realização de uma abordagem principiológica ao tema, concedendo uma tratativa constitucional a tal debate, a fim de se permitir a conclusão quanto à aplicação da medida coercitiva de prisão civil ao credor de alimentos fixados em escritura pública, tendo como argumentos não só aspectos legais, bem como constitucionais.

Assim, as críticas ao primeiro posicionamento doutrinário já apresentado quanto à impossibilidade de extensão do art. 733 aos títulos executivos extrajudiciais, como a escritura pública de divórcio e separação, não se restringem a violação ao aspecto legal. Tal conclusão viola frontalmente a Constituição Federal, não sendo passível de ser adotada.

A prisão civil do alimentante, ainda que seja medida excepcional, constitui um direito fundamental do alimentado que não poderá ser privado pelo legislador infraconstitucional na criação das leis, nem pelo operador do direito em sua atividade interpretativa porque isso iria de encontro a efetivação de tais direitos.

Logo, em que pese a doutrina especializada ainda não ter tratado sobre esse ponto, não poderia haver a criação de distinção no tratamento normativo entre os títulos executivos judiciais e extrajudiciais de separação e divórcio. Não há razão para a criação de diversidade

de tratamento entre os que procuram a via judicial e aqueles que optam pela via extrajudicial, até porque não foi essa a intenção do legislador ao editar a Lei nº 11.441/07.

Pensamento em contrário resultaria em inconcebível lesão ao princípio constitucional da isonomia, ao estabelecer tratamento diferenciado entre os credores de alimentos com título executivo judicial, se comparado ao credor com título executivo extrajudicial, sem haver justificativa alguma a amparar tal distinção.

Dessa maneira, sob pena de criação de orientação lesiva ao princípio da isonomia, não há outra forma a não ser interpretar como possível a aplicação do art. 733 do CPC aos credores de alimentos que possuem seu crédito embasado em uma escritura pública de divórcio ou separação.

Ademais, seguindo o preceito instituído pelo princípio da vedação ao retrocesso, a efetivação dos direitos fundamentais deve se dar sempre de forma progressiva, como meio de não se permitir retrocessos legislativos ou interpretativos que retirassem a plena efetividade de direitos tidos como constitucionais pela Carta Magna.

Partindo do pressuposto de que a utilização da prisão civil do alimentante, dado o caráter emergencial de tal tutela, é verdadeiro direito fundamental conferido ao alimentado como meio de efetivação do seu direito, sem que o legislador constituinte tenha indicado exceção, não poderá o legislador infraconstitucional criar dispositivo em contrário, bem como não poderá o operador interpretar as normas legais, restringindo indevidamente a efetivação desse direito fundamental.

Portanto, conclui-se que, em que pese os argumentos infraconstitucionais nos quais se chegaria a idêntica conclusão, tal debate é merecedor de uma abordagem principiológica e constitucional no qual, em respeito aos princípios da isonomia e da vedação ao retrocesso, seria plenamente possível a aplicação da prisão civil do alimentante devedor de alimentos

instrumentalizado em escritura pública de separação e divórcio, bem como em qualquer outro título de idêntica natureza.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Família*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

DOMINGUES, Fabiana. *A execução dos alimentos firmados em escritura pública. Como aplicar o artigo 733 do CPC?*. Disponível em <www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 01 jul. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, Cristiano Chaves. *O novo procedimento da separação e do divórcio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 5. ed. Vol. VI. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Processo Civil*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 28. ed. Vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2004.

VIEIRA, Marlise Beatriz Kraemer. *A Lei nº 11.441/07 e os alimentos*. Disponível em <www.notarialnet.org.br>. Acesso em: 17 ago. 2011.