

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

A PRISÃO CIVIL COMO MEIO COERCITIVO ATÍPICO DE EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**CIVIL PRISON AS AN ATYPICAL COERCITIVE MEANS OF EFFECTIVENESS OF JUDICIAL DECISIONS**

RVD

Recebido em

20.08.2021

Aprovado em.

21.10.2021

Thiago Tavares Reis¹Camila de Bortoli Rossatto Riedlinger²**RESUMO**

Este artigo tem por escopo perquirir a admissibilidade da prisão civil como medida coercitiva atípica pelo ordenamento jurídico pátrio, a partir de uma interpretação à luz da teoria dos direitos fundamentais. De início, traz-se a lume a necessidade de existência de medidas executivas atípicas colocadas a disposição do juiz, diante da ineficiência dos meios tipificados em garantir integralmente o direito fundamental à tutela executiva. Também, demonstra-se o alcance da expressão “dívida” constante do art. 5º, LXVII, do Texto Maior, concluindo pela permissão da medida coercitiva extrema, contrastando-a com os direitos fundamentais do devedor, tudo sob a ótica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e dos Tratados Internacionais que o Brasil é signatário. Na sequência, é evidenciada a ineficácia da prisão criminal como meio de compelir o recalcitrante a cumprir os comandos jurisdicionais, denotando sua predominante natureza punitiva. Assim, demonstrada a viabilidade da técnica de coerção pessoal, surge o questionamento: em quais casos haveria a possibilidade de utilização da prisão civil como técnica de coerção pessoal atípica, diante das cláusulas gerais de efetivação dos pronunciamentos jurisdicionais. Logo, delineiam-se critérios a serem adotados quando de sua utilização, a fim de evitar a transformação desta importante medida de efetivação de direitos em inconstitucional arbitrariedade judicial. Nessa perspectiva, utiliza-se de pesquisa bibliográfica e documental com abordagem qualitativa e do método dialético. Em

¹Especializando em Advocacia Cível pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especializando em Direito e Processo Previdenciário e do Trabalho e Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Legale. Graduado em Direito pelo Instituto Educacional Santa Catarina/Faculdade Guarai - IESC/FAG. Advogado. E-MAIL: thiagotavares34@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7693-0269> ENDEREÇO DE CONTATO: Avenida Paraíso, S/N, Setor Bela Vista, Presidente Kennedy/TO.

²Doutoranda em ensino pela Universidade Vale do Taquari - UNIVATES. Mestre em ensino pela UNIVATES (2020). Professora. Coordenadora do NPJ/IESC- FAG. Advogada. E-MAIL: camila.rossatto86@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1101-5481> ENDEREÇO DE CONTATO: Rua Pernambuco, n.699, Guarai - Tocantins.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

conclusão, denota-se que muitas vezes a prisão civil será o único meio capaz de assegurar proteção satisfatória aos direitos fundamentais de maior relevância que a liberdade individual.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão civil; Medida coercitiva; Atipicidade; Poder geral de efetivação; Tutela executiva.

ABSTRACT

This article aims to investigate the admissibility of civil imprisonment as an atypical coercive measure by the Brazilian legal system, based on an interpretation in the light of the theory of fundamental rights. Initially, it brings to light the need for the existence of atypical executive measures made available to the judge, given the inefficiency of the typified means in fully guaranteeing the fundamental right to executive protection. Also, it demonstrates the scope of the expression “debt” in art. 5, LXVII, of the Larger Text, concluding for the permission of the extreme coercive measure, contrasting it with the debtor's fundamental rights, all under the perspective of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB/88) and of the International Treaties that the Brazil is a signatory. Next, the ineffectiveness of the criminal prison as a means of compelling the recalcitrant to comply with jurisdictional commands is evidenced, denoting its predominant punitive nature. Thus, after demonstrating the viability of the technique of personal coercion, the question arises: in which cases would there be the possibility of using civil prison as an atypical technique of personal coercion, given the general clauses for the effectiveness of jurisdictional pronouncements. Therefore, criteria are outlined to be adopted when using it, in order to avoid the transformation of this important measure of enforcement of rights into unconstitutional judicial arbitrariness. In this perspective, bibliographic and documentary research is used with a qualitative approach and the dialectical method. In conclusion, it is noted that civil imprisonment will often be the only means capable of ensuring satisfactory protection of fundamental rights of greater importance than individual freedom.

KEYWORDS: Civil prison; Coercive measure; Atypicality; General effectuation power; Executive guardianship.

1 INTRODUÇÃO

O direito constitui uma ciência dinâmica, ou seja, está em constantes transformações, e não poderia ser diferente, visto que as relações intersubjetivas a cada dia se tornam mais complexas e necessitam de normas que acompanhe esse processo evolutivo para regulá-las.

No que tange, especificamente, à prestação jurisdicional executiva, é possível observar uma mudança de direção do legislador que, após reconhecer a insuficiência dos meios executivos típicos em, isoladamente, propiciar adequada, plena e integral

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

satisfação aos direitos – que acabava por gerar indiretamente a denegação da tutela executiva –, passou a admitir que o magistrado analise e aplique o meio mais adequado ao caso concreto, ou seja, entendeu que se deve plasmar os meios à fisionomia do direito material.

Assim, o presente estudo tem por escopo analisar a possibilidade da aplicação de coerção pessoal pela prisão civil como medida atípica, com o intuito de viabilizar o cumprimento de ordens judiciais – em vista da emergência do Novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) ter colocado à disposição do magistrado um poder geral de efetivação em seu artigo 139, inciso IV –, vislumbrando-a a luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e dos Tratados Internacionais, sob a ótica dos direitos fundamentais.

Justifica-se o tema escolhido em vista do atual estado em que se encontra o processo executivo brasileiro³, onde é possível observar o impacto da ineficiência⁴ dos meios executórios colocados à disposição do magistrado que, conseqüentemente, inviabilizam o direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva extraído da norma insculpida na CRFB/88 (art. 5º, XXXV), levando a máquina judiciária a abarrotar-se gradativamente, culminando na morosidade, além de tornar questionável sua credibilidade, em vista dos inúmeros casos de descumprimento injustificado de ordens judiciais.

³ *Lato sensu*, incluindo-se o cumprimento de sentença.

⁴ Relatório analítico do Conselho Nacional de Justiça no Justiça em Números 2020 (ano-base 2019) sobre os gargalos da execução prevê que: “Os casos pendentes na fase de execução apresentaram clara tendência de crescimento do estoque entre os anos de 2009 e 2017 e permanece quase que estável até 2019 (Figura 106). Há de se destacar, no entanto, que há casos em que o Judiciário esgotou os meios previstos em lei e ainda assim não houve localização de patrimônio capaz de satisfazer o crédito, permanecendo o processo pendente”. Ademais, as dívidas chegam ao judiciário após esgotados os meios de cobrança administrativos – daí a difícil recuperação. Ademais, “o impacto da execução é significativo principalmente nos segmentos da Justiça Estadual, Federal e Trabalhista, correspondendo, respectivamente, a 56,8%, 54,3%, e 55,1% do acervo total de cada ramo, conforme consta na Figura 108. Em alguns tribunais, a execução chega a consumir mais de 60% do acervo. É o caso do: TJDFT, TJPE, TJRJ, TJSP na Justiça Estadual; TRF3 na Justiça Federal; e TRT10, TRT13, TRT14, TRT18, TRT19, TRT2, TRT21, TRT22, TRT23, TRT7, TRT8, TRT9 na Justiça do Trabalho. A Figura 109 apresenta a comparação da taxa de congestionamento na execução e no conhecimento de 1º grau por tribunal e ramo de justiça. Verifica-se que a taxa na execução supera a do conhecimento na maioria dos casos. A maior taxa na execução de cada segmento está no TJAM, com congestionamento de 88,8% na execução e 59,8% no conhecimento; TRF1 – congestionamento de 91,1% na execução e 41,4% no conhecimento; e TRT2 – congestionamento de 83,8% na execução e 30,3% no conhecimento”.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

A efetividade, possivelmente, é a questão mais latente que permeia a função jurisdicional executiva. Assim, o legislador contemporâneo tem buscado municiar o Poder Judiciário de meios que garantam o acesso efetivo à justiça, a exemplo do supracitado poder geral de efetivação, com o fito de se obter aquilo que se chama processo de resultado. Não em vão a legislação processual anterior, antes de sua revogação, passou por diversas reformas visando proporcionar provimento executivo efetivo⁵. Outrossim, não se olvida que a atual legislação também se atentou para a importância da satisfação, como se observa da inserção do princípio da efetividade no primeiro capítulo do CPC/2015 que trata das normas fundamentais do processo civil⁶.

Nesse contexto, sobressai a figura da prisão civil como meio coercitivo a ser utilizado para combater esses entraves e possibilitar o alcance da tutela jurisdicional efetiva e específica – êxito do processo executivo.

É cediço que, dentre as medidas executórias, a prisão civil destaca-se por imprimir a mais severa pressão psicológica sobre o executado, compelindo-o a satisfazer voluntariamente a obrigação, possuindo, assim, maior persuasão quando comparada a qualquer outro meio executório que visa o patrimônio.

Destarte, surge a indagação: em quais casos haveria a possibilidade de utilização da prisão civil como técnica de coerção pessoal atípica, diante das cláusulas gerais de efetivação dos pronunciamentos jurisdicionais dos arts. 139, IV, 297 e 536, *caput* e § 1º, do CPC/15?

Para tanto, o presente artigo utilizou-se de abordagem qualitativa e pesquisa bibliográfica sobre o tema, além do método dialético, para realizar uma análise racional dos argumentos, sintetizando-os, visto vez que o método parte de uma premissa maior para, posteriormente, chegar-se a premissas menores ou particulares.

Nessa perspectiva, se analisará a viabilidade sob a ótica da hermenêutica constitucional a partir da ressalva extraída do texto Maior de 1988 no seu artigo 5º,

⁵ Por exemplo, leis nº 8.952/1994 e 10.444/2002.

⁶ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

inciso LXVII, levando em consideração a inevitável colisão de direitos fundamentais, o que, *a priori*⁷, não constitui empecilho ao manuseio da técnica coercitiva.

Discutir-se-á, ademais, a possível eficácia da prisão criminal como meio a coagir o sujeito a cumprir ordens judiciais, o que poderia constituir óbice a decretação da prisão civil.

Portanto, buscar-se-á analisar esse instituto (prisão civil), sob seu enfoque normativo, esclarecendo os critérios para escolha e aplicação da medida, explicitando, ainda, sua importância como aliado ao magistrado na efetivação do resultado buscado, pois, sempre que possível, o processo deve propiciar ao detentor do direito exatamente aquilo que ele tem o direito de receber. Caso contrário, ter-se-á apenas uma bela sentença contendo meras palavras que, diante da impossibilidade de efetivação de seu conteúdo, tornarão o processo em inutilidade.

2 ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

Desde que o Estado proibiu a autotutela, chamando para si com exclusividade a jurisdição, se comprometeu a garantir aos cidadãos tutela efetiva, adequada e tempestiva. Por isso, tem o poder-dever de propiciar instrumentos processuais aptos a proporcionar satisfatoriamente tutela aos direitos substantivos reconhecidos em juízo (MOTA, 2007).

Visando alcançar a satisfação da tutela jurisdicional, a legislação consagra técnicas executivas que irão variar conforme o direito tutelado, possibilitando ao juiz o uso de meios executórios diversos à luz do caso concreto.

Inspirado no princípio da legalidade, o legislador durante muito tempo restringiu a atividade satisfativa ao uso dos meios executivos expressamente previstos na lei, com o intuito de resguardar o cidadão contra a arbitrariedade judicial, proporcionando-lhe certeza e segurança jurídica (GUERRA, 2003).

⁷ Segundo Guimarães (2014, p. 283), este termo: “refere-se à apresentação de conclusões ou exposição de pontos de vista sem o respaldo de experiências anteriores”.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

Entretanto, diante da dinamicidade das relações intersubjetivas e da incapacidade do legislador em antever essas peculiaridades, há muito vem se entendendo que o rol de medidas executivas contido na lei é meramente exemplificativo, admitindo a utilização de meios diferenciados na atividade satisfativa, tendo em vista que as “modalidades executivas devem ser idôneas às necessidades de tutela das diferentes situações de direito substancial” (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 61).

Note-se que não é difícil encontrar situações em que o direito a ser efetivado torna-se impossível ou inadequado se utilizado apenas os meios previstos em lei – principalmente no contexto dos novos direitos, isto é, aqueles normalmente não passíveis de conversão em pecúnia –, o que, nas palavras de Marcelo Lima Guerra (2003), configura denegação da tutela jurisdicional executiva.

Nessa perspectiva, diante da insuficiência dos meios executivos previstos em lei, o princípio da tipicidade foi cedendo espaço ao princípio da atipicidade ou da concentração dos poderes de execução do juiz, contando com forte amparo legal desde a emergência do Código de Processo Civil de 2015, nos arts. 139, IV⁸, 297⁹ e 536, *caput* e § 1^o¹⁰ (DIDIER JR. et. al., 2017).

Contudo, mesmo diante da positivação da atipicidade dos meios executivos, há resistência por parte da doutrina em conferir essa interpretação aos referidos dispositivos, por entender que violaria o princípio do devido processo legal (art. 5^o, LIV, CRFB/88) que impede que alguém seja privado de seus bens por meio não expressamente previsto em lei¹¹ (ASSIS, 2015).

⁸ Diz que cabe ao juiz: “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

⁹ Dispõe que: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”.

¹⁰ Aduz que: “No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1^o Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”.

¹¹ Nesse sentido: “A “cláusula geral” do art. 139, IV, confere, pois, maior liberdade ao magistrado não para criar novas técnicas coercitivas, mas para utilizar, de forma fundamentada, qualquer técnica que já

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

Contudo, como assinala Minami (2017), tipos fechados não necessariamente traduzem segurança jurídica para a resolução da lide, além disso, atipicidade não significa que a atuação judicial não obedecerá a critérios, pois caso contrário haveria abusos e injustiça aos jurisdicionados. Pondera, ainda, que em muitos casos os meios executivos contidos na lei podem constituir obstrução ao acesso à justiça. Por isso, “um disciplinamento normativo mais aberto da atividade executória confere maior capacidade de adequação processual às necessidades do caso concreto” (ARAGÃO, 2018, p. 95).

Saliente-se que, ao prever meios executórios inominados, não significa que a legislação abandonou os meios típicos, pelo contrário, adotou-se no Brasil um sistema flexível, onde há tanto procedimentos típicos como atípicos.

Nada obstante, predomina o entendimento que aqueles dispositivos constituem cláusulas gerais executivas – verdadeiro poder geral de efetivação¹² – que possibilitam a atividade criativa do juiz, de modo que se realize justiça no caso concreto, impulsionando a prestação jurisdicional e propiciando meios de debelar os embaraços maquinados no curso dos processos executivos, objetivando um processo de resultado (DIDIER JR. et. al., 2017).

Destaque-se que o art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, amplia o poder geral de efetivação na sistemática processual, não apenas por incluir no âmbito de sua incidência as obrigações de pagar quantia, mas, também por sua inserção topográfica na parte geral do Código, permitindo sua aplicação de forma abrangente, abarcando qualquer procedimento, seja codificado ou não, tudo com o propósito de garantir o direito fundamental à tutela executiva (MAZZEI; ROSADO, 2020).

encontre previsão no CPC, independentemente da natureza da obrigação. Por essa razão o termo “atipicidade” não se mostra o mais adequado à situação, porque não é possível ao juiz, que não é um legislador, ultrapassar a moldura do que já está tipificado.” (SOARES, Carlos Henrique; ANDRADE, Tatiane Costa de. Interpretação do artigo 139, IV, do CPC no modelo constitucional de Processo. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, v. 5, n. 2, p. 195-225, jul./dez. 2018).

¹² Nesse sentido enunciado 48 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM: “O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais”.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

Com efeito, diversas são as possíveis medidas a serem utilizadas pelo magistrado para satisfação dos direitos reconhecidos, destacando-se a prisão civil para além das obrigações de alimentos. Cumpre destacar que a função da prisão civil não se confunde com a criminal, pois esta tem caráter preventivo e repressivo, ao passo que a prisão civil, segundo Azevedo (2012, p. 37), “não apresenta o caráter de pena, mas de meio coercitivo, imposto ao cumprimento de determinada obrigação”, estimulando o recalcitrante a obedecer ao comando judicial, podendo-se dizer que as chaves da cela estão em seu bolso, pois tão logo satisfaça a prestação será liberado (ARAGÃO, 2018).

Portanto, não há aqui uma ressalva ao princípio da responsabilidade patrimonial, pois não se pretende compensar o crédito com a prisão. Dessa forma, “utilizada que seja esta medida, e não atingido seu desiderato com a coerção, o executado sai da prisão tão devedor quanto havia entrado” (ARAGÃO, 2018, p. 96).

3 A PRISÃO CIVIL COMO MEIO COERCITIVO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Como visto o inciso IV do art. 139 do CPC/15 possibilita ao juiz um poder geral de efetivação da tutela executiva. Nesse passo, se examinará a controvertida possibilidade da prisão civil como meio coercitivo atípico diante do ordenamento jurídico.

O ponto de embate sobre a admissibilidade da prisão civil como técnica coercitiva decorre da interpretação do art. 5º, LXVII, da CRFB/88, que dispõe que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel¹³” (BRASIL, 1988).

O cerne da questão envolve a extensão do termo ‘dívida’, podendo ser observada sob dois aspectos: como obrigação de pagar quantia (interpretação ampliativa) ou obrigação civil (interpretação restritiva). Consequentemente, a depender do significado atribuído, diverso será seu sentido e alcance. Assim, se entendida como

¹³ Vale destacar que hoje não se admite a prisão do depositário infiel como se extrai da Súmula Vinculante 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

obrigação de ‘pagar quantia’, a vedação constitucional não alcançaria outras modalidades de obrigações, como de fazer, não fazer e entregar coisa. Por outro lado, se entendida como ‘obrigação civil’ a vedação seria absoluta, ressalvadas as hipóteses do texto constitucional (GUERRA, 2003).

Os adeptos ao entendimento favorável a tese ampliativa¹⁴ afirmam que a Constituição de 1988, na verdade, vedaria apenas a prisão por dívida de cunho pecuniário, não havendo óbice à prisão civil para impelir o devedor ao adimplemento de obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa distinta de dinheiro¹⁵.

Por outro lado, a corrente restritiva rechaça o entendimento de que o texto constitucional de 1988 apenas veda a medida constritiva de liberdade em casos de dívidas monetárias, explicitando que uma das exceções contidas na Lei Maior diz respeito, justamente, a hipótese de caráter não pecuniário, que é o caso do depositário infiel¹⁶. Portanto, segundo Talamini (1998), para se compreender o verdadeiro alcance da regra geral (vedação), faz-se necessário partir das suas exceções (permissão).

Apesar de reconhecer interessante o entendimento exposto acima, Arenhart (2020) não o vê como empecilho a autorizar a medida coercitiva extrema, sustentando que, muito embora a vedação e as exceções não se restrinjam a dívidas de cunho pecuniário, todas remetem a prestação oriunda de liame obrigacional. Assim, a Constituição de 1988 vedaria apenas a prisão decorrente de inadimplemento de

¹⁴ Pontes de Miranda teria sido precursor dessa tese ao comentar a Constituição de 1967 em dispositivo correspondente ao art. 5º, LXVII, da CRFB/88 afirmando que “A prisão civil por inadimplemento das obrigações, que não sejam pecuniárias, é sempre possível na legislação. Não a veda o texto constitucional. Outrossim, em se tratando de obrigações que não sejam dívidas no sentido estrito (...), nem de multas ou de custas” (PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: RT, 1968, tomo V, p. 253).

¹⁵ Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. Lineamentos do novo processo civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. Igualmente, Ada Pellegrini diz que: “Cumprir notar que a previsão da prisão civil, coercitiva, não é proibida no ordenamento brasileiro, cuja Constituição veda a prisão por dívidas (ressalvadas as hipóteses de devedor de alimentos e do depositário infiel), nem pela Convenção Americana dos Direitos do Homem, cujo art. 7º afirma que ninguém pode ser preso por dívidas, exceto o devedor de alimentos” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*. Revista de Processo. n. 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2001, p. 225).

¹⁶ Sobre o tema: “É verdade que a Constituição se refere à ‘prisão por dívidas’, mas, ao mencionar as exceções que abre ao princípio, alude a um caso de dívida monetária, ou comumente monetária, que é a obrigação alimentar; e a outro que absolutamente não se confunde com essa espécie de obrigação, que é a prisão do depositário infiel. Se a prisão por dívidas que não fossem monetárias estivesse sempre autorizada, não faria sentido a exceção constante do texto constitucional para o caso de depositário infiel” (SILVA, Ovídio Baptista da. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 535).

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

obrigações. Portanto, seria plenamente possível a decretação de prisão civil em virtude de descumprimento de comandos não obrigacionais, como, por exemplo, ordem judicial.

Talamini (2001), refutando a tese de Arenhart, assevera que a prisão civil sempre decorrerá de prévia ordem judicial e não da violação do dever que é objeto da tutela judicial, mesmo no caso da prisão do devedor de alimentos. Entretanto, assinala Arenhart (2020, p. 17) que o que “se defende não é o cabimento da prisão civil como forma de proteção da decisão (ordem) judicial em si, mas apenas das ordens que tiverem por finalidade a proteção de direitos não-obrigacionais¹⁷”.

Cabe lembrar, ademais, como adverte Marinoni (2019), que o termo dívida, utilizado na Constituição Federal de 1988, não é tecnicamente preciso, possuindo sentido comum, de forma que pouco importa se a hipótese do depositário infiel não abarca dívida pecuniária, devendo ser levado em consideração que ambas as exceções do texto possuem características peculiares que levaram ao constituinte a incluí-las. Dessa forma, “sua intenção – ao estabelecer a exceção – foi apenas evidenciar a possibilidade da prisão. Isto porque, como é sabido, a Constituição não deve atingir somente os juristas, mas a todos os cidadãos” (MARINONI, 2019, p. 245).

Aliás, deve-se atentar ao fato que a prisão proibida pela Carta Magna possui um conteúdo intrínseco – dívida. Assim, se a vedação, ressalvadas as exceções, fosse ampla, geral e irrestrita, não faria sentido estabelecer conteúdo à prisão civil, isto é, prisão por dívida. A partir dessa compreensão, verifica-se que a norma quis obstar apenas uma espécie de prisão. Dessa forma, o relevante é saber qual espécie é que foi vedada e não simplesmente insistir que ela proíbe toda e qualquer prisão, sob pena de retirar qualquer sentido a expressão dívida¹⁸ (MARINONI, 2019). Devendo-se observar

¹⁷ Nesse sentido: “[...] é preciso interpretar a prisão como forma de concretização do direito fundamental à tutela efetiva, e não apenas como uma odiosa lesão ao direito de liberdade. Realmente, a prisão, no caso, não tem a ver com dívida. Trata-se de meio coercitivo para cumprimento das determinações judiciais” (SHIMURA, Sérgio Seiji. Efetivação das tutelas de urgência. In Processo de Execução. Coord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 674).

¹⁸ Nesse sentido: “Para legitimar a conclusão da possibilidade da utilização deste meio de coerção, é imprescindível notar que a Constituição Federal não proíbe toda e qualquer forma de prisão civil. Na realidade, o texto oferecido pela Lei Maior é explícito em tratar, exclusivamente, de certo tipo de prisão

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

que “onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição” (HESSE, 1998, p. 69-70).

Entretanto, como bem assinalado por Marcelo Lima Guerra (2003), a ambiguidade não pode ser olvidada, além de ser insolúvel no campo unicamente semântico, pois qualquer conclusão precipitada nesse sentido incorreria em arbitrariedade, devendo, portanto, ser analisada e fundamentada sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais.

A tese restritiva pauta-se na intangibilidade da liberdade do indivíduo, alçando essa garantia fundamental ao patamar de direito absoluto, o que inviabiliza em qualquer hipótese a prisão civil, mesmo diante de outros direitos fundamentais que, no caso concreto, possam ser dignos de maior proteção. Entretanto, uma interpretação à luz dos direitos fundamentais revela o caráter *prima facie*¹⁹ das normas fundamentais, ou seja, é dizer que elas não contêm um mandamento definitivo, por isso podem ceder quando em colisão com outro direito fundamental de maior peso, havendo uma precedência em face do outro, analisada as especificidades do caso (ALEXY, 2015). Nessa esteira, com a argúcia que lhe é peculiar, discorre Marinoni:

Na verdade, deparando-se com as normas do art. 5.º, LXVII, da CF/1988, deve o intérprete estabelecer, como é óbvio, a *dúvida que a sua interpretação suscita*. Ou seja, se ela veda o uso da prisão como meio de coerção indireta ou somente a prisão por dívida em sentido estrito. A partir daí, *verificando-se que a norma aponta para dois direitos fundamentais*, isto é, para o direito à efetividade da tutela jurisdicional e para o direito de liberdade, *deve ser investigado o que significa dar aplicação a cada um deles*. Concluindo-se, *a partir da análise da própria razão de ser destes princípios, que a sua aplicação deve ser conciliada ou harmonizada*, não há como deixar de interpretar a norma no sentido de que a prisão deve ser vedada quando a prestação depender da disposição de patrimônio, mas permitida para a jurisdição poder inibir – quando a multa e as medidas de coerção diretas não se mostrarem adequadas – um ilícito, já que de outra maneira os próprios direitos ficarão desprovidos de tutela, e assim o ordenamento, exatamente na parte que consagra direitos invioláveis e fundamentais, assumirá a configuração de mera retórica e, desta forma, sequer poderá ser

civil, a “por dívida”, não sendo a esta hipótese equiparável a toda forma de prisão civil” (ARENHART, 2020, p. 9).

¹⁹ Que quer dizer, segundo Guimarães (2014, 341): “à primeira vista”

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

chamado de “ordenamento jurídico”. Note-se que esta interpretação, além de considerar o *contexto*, e por esta razão ser muito mais abrangente do que a “clássica”, dá ênfase aos direitos fundamentais, realizando a sua necessária harmonização para que a sociedade possa ver sua concretização nos locais em que a sua própria razão recomenda (MARINONI, 2019, p. 247). (*grifos do autor*)

Assim, utilizando-se do postulado da proporcionalidade, deverá o interprete analisar se a prisão civil é apta a atingir o fim buscado; se é necessária a sua utilização ou se há outro meio para atingir o resultado; e, finalmente, sopesar os bens jurídicos em embate e optar pela solução que venha atender o de maior relevância. Nesse sentido, Marinoni pondera que, em muitos casos, o único meio de efetivar direitos fundamentais será utilizando a prisão civil, sendo ilógico negar essa possibilidade:

Não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que o ordenamento jurídico apenas proclame, de forma retórica, direitos que não podem ser efetivamente tutelados. Soará absolutamente falsa e demagógica a afirmação da Constituição Federal, no sentido de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as futuras gerações” (art. 225, *caput*), se não for viável a utilização da prisão como meio de coerção indireta. Seria o mesmo que interpretar esta norma constitucional como se ela dissesse que o meio ambiente, embora fundamental para a sadia qualidade de vida e para as futuras gerações, infelizmente não pode ser efetivamente tutelada em face de um réu que não se importa com os efeitos da multa. Ora, esta interpretação seria, para dizer o mínimo, incoerente (MARINONI, 2019, p. 245-246).

Marcelo Lima Guerra também reconhece a eficácia da medida constritiva de liberdade em assegurar a realização de direitos fundamentais:

Insista-se, portanto, que o uso de *prisão civil* é capaz de *favorecer a realização de outros direitos fundamentais*, o que consiste em forte argumento em favor da “tese ampliativa”. Assim, como medida coercitiva de eficácia comprovada, a prisão civil favorece, desde logo, o *direito fundamental à tutela executiva*. Além disso, se a própria situação material – vale dizer, o crédito a ser satisfeito *in executivis* – também consistir na expressão subjetiva de algum direito fundamental, como por exemplo, a proteção ao meio ambiente, à saúde, à privacidade, à

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

integridade física e à própria vida do credor, esses outros valores reforçam a defesa, sempre na perspectiva do caso concreto, do uso de prisão civil (GUERRA, 2003, p. 136). (*grifos do autor*)

Há ainda quem proponha a admissão da prisão civil a partir de uma releitura extensiva do conceito de obrigação alimentar contido na Constituição Federal de 1988, dizendo que seu sentido axiológico atinge toda hipótese de perigo a subsistência humana, ou seja, prestar alimentos não é apenas a conduta de entregar dinheiro ou alimentos *in natura*²⁰, mas toda e qualquer prestação ou provimento judicial, condenatório ou mandamental, que vise a manutenção de condições indispensáveis a sobrevivência humana (TALAMINI, 2018)²¹.

Destarte, seja qual for o entendimento adotado pelo aplicador diante do caso concreto, “pensar na prisão civil como meio de coerção civil não implica em ter uma visão autoritária da justiça civil, mas sim em ter consciência de que o seu uso não pode ser descartado para dar efetividade aos direitos fundamentais” (MARINONI, 2010, p. 223). Pois, como bem enfatizado por Marinoni:

Em uma interpretação realmente atenta aos direitos fundamentais e de acordo com a moderna hermenêutica constitucional, não há como enxergar apenas o que há de negativo na utilização da prisão. Se ela constitui violência inconcebível em face de dívidas em sentido estrito, não há como deixar de perceber o seu lado positivo diante da necessidade de tutela inibitória e de prestações de não fazer, que não dependem do desembolso de dinheiro (MARINONI, 2019, p. 246).

Outro argumento utilizado para proibição da prisão civil são os tratados internacionais que o Brasil é signatário, notadamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional sobre

²⁰ Diz-se *in natura* aquele que fornecido propriamente em alimentos e outras utilidades indispensáveis a manutenção do alimentando (SILVA, 2010).

²¹ Igualmente: VENTURI, Elton. Da prisão como instrumento coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais: por uma releitura da prisão civil por inadimplemento de dever alimentar. Disponível em:

<https://www.academia.edu/238082/DA_PRIS%C3%83O_COMO_INSTRUMENTO_COERCITIVO_PAR_A_O_CUMPRIMENTO_DE_PROVIMENTOS_JUDICIAIS_POR_UMA_RELEITURA_DA_PRIS%C3%83O_CIVIL_POR_INADIMPLEMENTO_DE_DEVER_ALIMENTAR>. Acesso em: 11 de jan. de 2020.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

Direitos Civis e Políticos. O primeiro preconiza, em seu art. 7º, n. 7²², que ninguém poderá ser detido por dívidas, salvo as decorrentes de inadimplemento alimentar. Por sua vez, o segundo, em seu art. 11²³, expressa a vedação de prisão advinda de obrigação contratual. Assim, percebe-se que a vedação em ambos, principalmente neste último, diz respeito tão somente a privação da liberdade decorrente de dívidas.

Vale ressaltar que Alemanha e Estados Unidos também são signatários do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, conquanto utilizem a prisão civil como meio coercitivo com abrangência geral²⁴ (ARENHART, 2020). Ademais, como leciona Mota (2007), o próprio Pacto de São José da Costa Rica prevê em seu bojo situações em que a liberdade individual poderá ser restringida quando representar ameaça a direitos fundamentais coletivos²⁵. Arremata, sinalizando que a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas em seu art. 29 assegura a flexibilização da liberdade em respeito aos direitos e liberdades dos demais.

No Brasil já foi motivo de deliberação legislativa a incorporação no ordenamento da prisão civil como instrumento a repelir a renitência no cumprimento de ordem judicial – semelhante ao *contempt of court*²⁶ do direito anglo-saxão –, como se depreende do projeto de lei nº 132 de 2004 do Senado, que propunha acrescentar um segundo parágrafo ao art. 14²⁷ do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73). Entretanto, em virtude da superveniência do projeto do novo CPC/15, acabou prejudicada a proposição.

Reprise que não se defende a utilização irrestrita da prisão civil, pois o próprio legislador, ao ressaltar a vedação, realizou um juízo de ponderação de valores e, contemplando a inevitável colisão entre a liberdade de locomoção e a proteção ao

²² Ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27 /1992 e promulgada pelo Decreto n. 678/1992 diz que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

²³ Ratificado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226/1991 e promulgado pelo Decreto n. 592/1992, diz que “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

²⁴ Igualmente: ARAGÃO, 2018.

²⁵ Vide art. 22, n. 3, art. 30 e art. 32, n. 2.

²⁶ Segundo Silva (2010, p. 205): “*Contempt of court* é a expressão inglesa que designa a ofensa ao Tribunal pela conduta da parte que desrespeita a ordem judicial”.

²⁷ Redação do dispositivo: “§ 2º. Se as circunstâncias do caso evidenciarem que a multa prevista no parágrafo anterior será ineficaz ou, ainda, em caso de renitência e sem prejuízo da cobrança daquela, poderá o juiz decretar a prisão das pessoas enumeradas no *caput* pelo prazo de até 60 (sessenta) dias”.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

patrimônio, optou por privilegiar a primeira. Ademais, como bem leciona Marcelo Lima Guerra:

Com efeito, uma interpretação que, no marco da teoria dos direitos fundamentais, venha a considerar *possível* o uso da prisão civil fora das hipóteses do mencionado dispositivo constitucional, não permitiria, de forma alguma, o *uso concreto* desta medida, em situações concretas, onde não se revelasse *necessário, exigível e proporcional* proteger um outro direito fundamental, com sacrifício da liberdade individual (GUERRA, 2003, p. 136). (*grifos do autor*)

Então, cabe ao intérprete, utilizando-se da máxima da proporcionalidade, realizar um juízo de ponderação para admitir o uso da medida inominada, quando não haja nenhuma outra técnica processual capaz de proporcionalizar a satisfação, tornando seu uso residual. “Todavia, não se pode extrair da inequívoca “raridade” ou “excepcionalidade” desta medida, um argumento em favor da sua *inadmissibilidade*” (GUERRA, 2003, p. 137).

Outro ponto que poderia constituir óbice à utilização da prisão seria a falta de regulamentação específica. Entretanto, a solução para esse impasse seria a aplicação subsidiária do regramento da prisão civil por inadimplemento de obrigação de alimentos, constante da legislação processual civil.

Assim, o cumprimento deverá ser em local separado dos presos comuns (CPC/15, art. 528, § 4º), diante do nítido caráter não criminal da medida.

Por sua vez, o prazo máximo será de até 3 (três) meses (CPC/15, art. 528, § 3º). Caso seja ultrapassado esse lapso temporal, a inefetividade da técnica coercitiva será presumida, devendo seguir o curso do processo, utilizando-se outra técnica executiva (ARAGÃO, 2018)²⁸.

4 COERCITIVIDADE DA PRISÃO CRIMINAL

²⁸ No mesmo sentido: “É prudente que o julgador, optando por impor a prisão civil, fixe desde logo o seu prazo de duração, salientando que o cumprimento, pelo devedor, da prestação imposta faz cessar de imediato a incidência da medida coercitiva” (DIDIER JR. et. al., 2017, p. 131).

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

Outro argumento utilizado para inviabilizar a prisão civil é a possibilidade de coagir o indivíduo por meio de imputação criminal pelo descumprimento de determinação judicial, pois se entende que “a ameaça de punição a tal título, mediante processo-crime, pode assumir força de coerção ponderável sobre o ânimo do réu, induzindo-o ao cumprimento do preceito emitido pelo órgão judicial²⁹” (BARBOSA MOREIRA, 1979, p. 72).

Com efeito, a conduta de descumprir ordem judicial pode configurar, em tese, os crimes de desobediência (art. 330 do Código Penal de 1940 – CP/40), de prevaricação (art. 319, CP/40) ou de resistência (art. 329, CP/40). Cumpre, então, averiguar a efetividade da coercitividade pelos referidos tipos penais.

Primeiro, observa-se que a pena cominada aos tipos em análise não ultrapassa o patamar de 2 (dois) anos de detenção. Sendo, portanto, submetidos aos regramentos da lei nº 9.099/95 e seus preceitos despenalizadores, por exemplo, não se impõe prisão em flagrante e nem se exige fiança se o réu for encaminhado ao juizado ou prestar compromisso de fazê-lo, conforme art. 69, parágrafo único.

Ademais, ainda que houvesse a prisão em flagrante, dificilmente seria duradoura, pois, de acordo com a atual sistemática processual penal, o juiz, no prazo de 24 horas após a prisão, deverá relaxá-la, conceder liberdade provisória ou decretar a preventiva. Entretanto, nesses casos é extremamente improvável estarem caracterizados os requisitos autorizadores do ergastulamento cautelar.

Outro aspecto que obsta a prisão criminal é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser o juízo cível absolutamente incompetente para decretá-la³⁰. Restando-lhe cientificar o Ministério Público para os fins devidos.

Outrossim, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça que não há falar em crime de desobediência quando a lei extrapenal não trouxer previsão expressa acerca

²⁹ No mesmo sentido: TALAMINI, 2001.

³⁰ [...] 2. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em que o magistrado, no exercício de jurisdição cível, é absolutamente incompetente para decretação de prisão fundada em descumprimento de ordem judicial. Precedentes. [...] (STJ, MC 11.804/RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª T., julgado em 17/08/2006, DJ 05/02/2007, p. 378).

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

da possibilidade de sua cumulação com outras sanções de natureza civil ou administrativa³¹.

Igualmente, considerando a morosidade da persecução, que por si só já distanciaria o encarceramento, ainda que haja condenação por estes crimes, o seu cumprimento deverá ocorrer no regime aberto, em decorrência do previsto no art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal de 1940, via de regra. Isso sem mencionar a possibilidade de aplicação de penas alternativas.

Além do mais, ainda que seja possível exprimir indiretamente o caráter coercitivo da prisão criminal, sua função primordial inegavelmente é a punição, de modo que ainda que o indivíduo venha cumprir a determinação jurisdicional deverá cumprir a penalidade aplicada, o que acaba por afastar o aspecto coercitivo desta medida (ARAGÃO, 2018).

Portanto, mesmo que a ameaça de decretação da prisão criminal possa imprimir certo receio, “e pelo componente negativo que gera no senso comum, é certo que sua eficácia a isto se limita, havendo meios muito mais eficazes de obter o cumprimento das decisões judiciais” (ARENHART, 2020, p. 7). Isso não significa que a responsabilização criminal é irrelevante, pelo contrário, a própria legislação processual civil prevê em vários dispositivos a incidência da tipificação penal por desobediência³².

5 CRITÉRIOS PARA UTILIZAÇÃO DA PRISÃO CIVIL COMO MEIO COERCITIVO

Uma vez reconhecida a possibilidade de utilizar-se a prisão civil como meio coercitivo atípico, cumpre delimitar os parâmetros para sua decretação, pois do contrário poderia levar a abusos e arbitrariedades, tornando-a inconstitucional.

De modo geral, a escolha de qualquer medida executória inominada deve “pautar-se nos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade (art. 8º, CPC) e da

³¹ [...] 3. Não há falar em crime de desobediência quando a lei extrapenal não trazer previsão expressa acerca da possibilidade de sua cumulação com outras sanções de natureza civil ou administrativa. [...] (MC 11.804/RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª T., julgado em 17/08/2006, DJ 05/02/2007, p. 378).

³² Cf. arts. 403, parágrafo único, 524, §3º, 529, §1º, 536, §3º e 912, §1º todos do CPC/15. Há, também, previsão na lei do mandado de segurança (art. 26, lei nº 12.016/09).

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

proibição de excesso, bem como nos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução³³ (DIDIER JR. et. al., 2017, p. 111).

Nesse sentido, de forma brilhante, Aragão, embasado no enunciado nº 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC³⁴, traça quatro requisitos cumulativos que devem ser observados na escolha do meio executório atípico:

I) subsidiariedade em relação aos meios executórios típicos; II) possibilidade de cumprimento da prestação pelo destinatário da ordem; III) indispensabilidade da submissão do meio executório atípico indicado pelo juiz ao contraditório; e IV) fundamentação adequada quanto à escolha da medida (ARAGÃO, 2018, p. 104).

O primeiro critério dispõe que as técnicas executivas típicas têm precedência na escolha, pois proporcionam maior segurança jurídica ao processo. Assim, as medidas atípicas devem complementar os meios tipificados. Entretanto, essa subsidiariedade não conduz uma restrição severa à utilização das técnicas inominadas, apenas exige uma análise mais congruente e cautelosa no caso concreto.

Dessa forma, “há que se ressaltar que a utilização da prisão civil está condicionada à inaptidão de outras medidas, que sejam incapazes de coibir a prática violadora de preceitos fundamentais” (MOTA, 2007, p. 141).

O segundo diz respeito ao inadimplemento relativo, voluntário e inescusável do devedor, pois caso seja impossível seu cumprimento não será admissível o uso da técnica, sob pena de desvirtuar seu caráter coercitivo³⁵.

Outro requisito necessário à aplicação da medida é a sua submissão ao contraditório, pelo qual será dada oportunidade a parte adversa para apresentar meio mais eficiente e menos oneroso.

³³ Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

³⁴ Enunciado nº 12 do FPPC: “A aplicação das medidas atípicas sub-rogoratórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”.

³⁵ Nesse sentido, comentando sobre os meios atípicos, aduz Daniel Amorim que: “é medida para ser aplicada no devedor que não paga porque não quer e que por ter blindado seu patrimônio torna ineficaz a forma típica de execução (penhora-expropriação). Não é, portanto, medida a ser aplicável ao devedor que não paga porque não tem meios para tanto”. (NEVES, 2018, p. 1076).

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

Contudo, há situações que o contraditório deverá ser diferido, em vista da inefetividade da medida em caso de prévio conhecimento da parte executada. Porém, ainda assim, é importante que não seja irreversível a medida, sob pena de o contraditório se tornar mera formalidade (ARAGÃO, 2018).

Por último, tem-se que a escolha de um meio executório atípico deve ser devidamente fundamentada, indicando de forma precisa a necessidade da medida no caso concreto. Pois “é pela análise da fundamentação que se poderá controlar a sua escolha por esta ou aquela medida executiva atípica” (DIDIER JR. et. al., 2017, p. 117).

Como a medida atípica tratada é a prisão civil, inevitavelmente, haverá a colisão entre princípios. Desta feita, deverá o juiz justificar o objeto e os critérios da ponderação efetuada, afirmando o motivo da prevalência de um em detrimento do outro que o levou a chegar à conclusão (art. 489, § 2º, CPC/15).

Aponta ainda, o supracitado autor, mais três condições suplementares, a saber: V) o conteúdo não patrimonial da obrigação; VI) o direito a ser tutelado possuir relevância maior que a liberdade de locomoção no caso concreto; VII) a excepcionalidade da medida.

O quinto critério orientador do juiz veda a imposição da prisão civil por prestações de conteúdo patrimonial, considerando que o art. 5º LXVII, da CRFB/88 veda a prisão por ‘dívida’.

Outrossim, a ponderação dos direitos em litígio é outro requisito balizador da atuação jurisdicional na concessão da medida extrema. Assim, o magistrado, diante do caso concreto, deverá sopesar se a liberdade é menos relevante que o direito contraposto, ou seja, haverá uma relativização após a verificação de qual possui uma carga axiológica capaz de preponderar sobre o outro.

A excepcionalidade é o último critério para escolha da prisão civil. Desse modo, será utilizada “em último caso, quando não foi possível alcançar a tutela específica ou o resultado prático equivalente por nenhum outro meio. É inadmissível, pelos prejuízos que ela é capaz de gerar, utilizá-la como primeira medida” (DIDIER JR. et. al., 2017, p.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

130). Entretanto, repita-se, não se pode inferir do seu excepcional cabimento (caráter de *ultima ratio*³⁶) um argumento para sua inadmissibilidade.

Aragão traz um exemplo esclarecedor de hipótese de cabimento da prisão civil:

Um exemplo, para contextualizar esta excepcionalidade, seria um caso hipotético de uma criança que necessita de uma intervenção médica imediata, para evitar sua morte premente, que não pode ser transferida para outro hospital diante da gravidade de seu quadro e que o hospital no qual se encontra possui disponível todo aparato necessário para o procedimento. Discute-se, todavia, a cobertura do plano de saúde, com base no que se nega a autorização, mesmo com caução judicial suficiente e idônea e com a incidência de *astreintes* em valor elevado. Na certeza da morte nas próximas horas e da ausência de outros mecanismos executórios, não se observaria excesso da utilização da prisão coercitiva como meio executório (ARAGÃO, 2018, p. 107).

Portanto, observa-se que, no exemplo acima, restou preenchidos todos os requisitos necessários para aplicação da medida de apoio extrema, sem, contudo, caracterizar excesso e ofensa aos direitos fundamentais do executado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo procurou abordar a possibilidade de utilização da prisão civil como medida coercitiva atípica diante das cláusulas gerais de efetivação contidas no novel Código de Processo Civil de 2015, analisando-a a partir de uma interpretação à luz da teoria dos direitos fundamentais, da Constituição Federal de 1988 e de Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil.

Em um primeiro momento, buscou-se demonstrar a necessidade de um disciplinamento normativo aberto da atividade executória que permita ao juiz, diante do caso concreto, utilizar de meios executivos não tipificados na lei, com o fito de realização da atividade satisfativa, tendo em vista que muitas vezes os meios nominados são insuficientes ou inadequados para a devida proteção de direitos. Outrossim, fica evidenciado que a legislação de regência prevê expressamente

³⁶ Significa a última razão, isto é, o derradeiro meio a ser utilizado (SILVA, 2010).

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

cláusulas gerais executivas, além de consolidar a adoção do princípio da atipicidade dos meios executivos ao lado das medidas típicas.

Diante da constatação da adoção de meios executivos atípicos pelo ordenamento jurídico, fora abordado a possibilidade de utilização da prisão civil como técnica coercitiva a partir da interpretação do texto do art. 5º, LXVII, da CRFB/88, bem como dos Tratados Internacionais que o Brasil é signatário, em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, concluindo pelo cabimento da prisão civil fora das obrigações de alimentos.

Posteriormente, examinou-se a inefetividade da prisão criminal como meio de compelir o devedor renitente a obedecer às determinações judiciais, restando verificado que sua(s) conduta(s), *a priori*, subsumiria(m) a tipos penais classificados como de menor potencial ofensivo, atraindo a incidência da lei 9.099/95 e seus institutos despenalizadores. Nesse passo, constatou-se que a pena cominada a tais delitos inviabiliza, em tese, a decretação de prisão preventiva, além de, havendo condenação em pena privativa de liberdade, após um longo e demorado processo, seu cumprimento ocorrer em regime aberto, de forma que a coerção seria ineficaz. Bem assim, buscou-se demonstrar que a prisão criminal, muito embora possa possuir alguma feição coercitiva, tem natureza predominantemente punitiva.

Por fim, foram traçados os requisitos determinantes para escolha da prisão civil como técnica coercitiva atípica, de modo a respeitar o devido processo legal e os direitos fundamentais do executado. Nesse sentido, de modo a evitar abusos e arbitrariedades que tornariam a medida executiva inconstitucional, devem ser observados os seguintes requisitos: I) subsidiariedade em relação aos meios executórios típicos; II) possibilidade de cumprimento da prestação pelo destinatário da ordem; III) indispensabilidade da submissão do meio executório atípico indicado pelo juiz ao contraditório; e IV) fundamentação adequada quanto à escolha da medida; V) o conteúdo não patrimonial da obrigação; VI) o direito a ser tutelado possuir relevância maior que a liberdade de locomoção no caso concreto; VII) a excepcionalidade da medida.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

À guisa de conclusão, extrai-se que ao veicularem pretensão ao Poder Judiciário – detentor do monopólio da jurisdição – os jurisdicionados almejam obter muito mais que uma declaração de seus direitos (salvo no caso da ação meramente declaratória), e isso é o mínimo que se espera, uma vez que, ao vedar a autotutela, o Estado se incumbiu do poder-dever de garantir tutela efetiva ao cidadão, de forma que a simples prestação jurisdicional se tornou insuficiente (MOTA, 2007).

Destarte, ao valer-se da garantia constitucional veiculada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (CRFB/88, art. 5º, XXXV), busca-se, além do acesso ao judiciário, a garantia de “acesso à ordem jurídica justa, capaz de efetivar substancialmente as pretensões do jurisdicionados” (MOTA, 2007, p. 19).

Diante disso, mostra-se necessário municiar o Poder Judiciário de instrumentos aptos a propiciar efetivação dos direitos por ele reconhecidos. Nesse contexto, diante da ineficiência dos meios executórios tipificados, exsurge o princípio da atipicidade, que vem, em boa hora, fortalecer a jurisdição no combate aos meandros do executado recalcitrante em cumprir os comandos judiciais e manter a fidedignidade daquele que possui credibilidade com o brasileiro, que é o Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, sobreleva a medida coercitiva pessoal como sendo a mais eficaz dentre todas as outras e que se encontra em total consonância com a nova sistemática processual que contempla a previsão de cláusulas gerais de efetivação das decisões judiciais. Por isso, não se mostra plausível entendimento que, em caráter absoluto, veda a utilização dessa técnica, sendo necessária uma interpretação constitucional, por meio do método hermenêutico-concretizador, com o fito de admitir seu manuseio para além das obrigações alimentares, tendo em vista que não se pode analisar o texto normativo de forma isolada, mas sim, diante do contexto em que está inserido.

Dessa forma, vê-se que a Constituição de 1988 não veda absolutamente a prisão como meio coercitivo atípico. Na realidade, em muitos casos a utilização da prisão civil será o único meio efetivo e eficaz capaz de assegurar proteção a direito fundamental digno de maior proteção que a liberdade, sob pena de tornar certos direitos fundamentais em mera retórica do Constituinte.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

Portanto, nas percucientes palavras do ilustre professor Marinoni (2019, p. 245), “se é necessário vedar a prisão do devedor que não possui patrimônio – e assim considerar um direito fundamental –, também é absolutamente indispensável permitir o seu uso para a efetividade da tutela de outros direitos fundamentais”, tudo sob o pálio do postulado da proporcionalidade. Postulado esse, registre-se, que possui uma dupla face, onde de um lado veda-se admissão de medidas indevidas e excessivas por parte do poder público (proibição de excesso) e de outro impõe o dever de resguardar adequada e eficazmente direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal (proibição de proteção deficiente) (NOVELINO, 2016). Assim, mostra-se contraditório querer a todo custo blindar o executado de sofrer constrição da liberdade pela prisão civil, sob o fundamento da proibição de excesso, mas com isso permitir o sacrifício de direitos fundamentais do credor de maior relevância no caso concreto (por exemplo, direito à vida), em clara demonstração de proteção insuficiente, o que constitui nítida afronta ao postulado da proporcionalidade.

Desta maneira, muito embora o constituinte em um primeiro momento tenha privilegiado a liberdade individual, afigura-se possível sua restrição quando em colisão com outro direito fundamental, não significando, contudo, desprezo à liberdade. Apenas se constata que a liberdade não é e nem deve ser um direito absoluto, de modo que deve ser garantida e defendida, porém, da mesma forma, pode ser afastada quando a prisão civil se mostrar a única medida adequada, necessária e proporcional ao resguardo de outros direitos fundamentais.

Vale destacar que a análise do cabimento da prisão civil, diante do caso concreto, exige muita cautela do magistrado, posto que haverá conflito de princípios alçados à nível constitucional. Por isso, a fim de se evitar a utilização desse meio executório de forma discricionária, por parte do julgador, é que se propõem a obediência a critérios de natureza objetiva que irá guiá-lo a respeitar o devido processo legal, de forma que a medida temida por muitos será, na verdade, a protetora de garantias constitucionais dos indivíduos.

Enfim, conclui-se que, respeitados os limites constitucionais e os critérios objetivos delineadores da atuação judicial disposto alhures, a prisão civil como técnica

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

coercitiva atípica é grande aliada na efetivação de direitos e das prestações jurisdicionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **A utilização da prisão civil como meio executório atípico**. Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.; Coordenadores: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: JusPodivm, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A prisão civil como meio coercitivo**. Disponível em: <http://www.academia.edu/214441/A_PRIS%C3%83O_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO>. Acesso em: 10 de jan. de 2020.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: RT, 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. **Separata da revista brasileira de direito processual**, v. 20, 1979, p. 61-80.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 de mar. de 2020.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 01 de out. de 2020.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 01 de out. de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 de out. de 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 132, de 2004**. Modifica o art. 14 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil e dá outras providências. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=669251&ts=1594009455236&disposition=inline>>. Acesso em: 22 de mar. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MC 11.804/RJ**, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 05/02/2007, p. 378. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601579233&dt_publicacao=05/02/2007>. Acesso em: 22 de mar. de 2020.

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

CHEMIN, Beatris Francisca. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2000.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS – ENFAM. **Enunciado nº 48**. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 21 de mar. de 2020.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS – FPPC. **Enunciado nº 12**. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 01 de mar. de 2020.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 102, p. 219-227, abr./jun. 2001.

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

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário universitário jurídico**. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. da 20. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: RT, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3. ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: RT, 2007.

MAZZEI, Rodrigo Reis; ROSADO, Marcelo da Rocha. **"A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15"**. Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.; Coordenadores: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: JusPodivm, 2020.

MINAMI, Marcos Youji. **Proposta de concretização dogmática das cláusulas gerais executivas do Código de Processo Civil brasileiro de 2015**. Tese (Doutorado) – Salvador: Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, 2017. Disponível em:

<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26704/1/MARCOS%20YOUJI-%20TESE_MINAMI_UFBA.pdf>. Acesso em: 24 de mar. de 2020.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p109-135

NOVELINO, Marcelino. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1968.

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

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SOARES, Carlos Henrique; ANDRADE, Tatiane Costa de. Interpretação do artigo 139, IV, do CPC no modelo constitucional de Processo. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, BA, v. 5, n. 2, p. 195-225, jul./dez. 2018.

SORDI, José Osvaldo de. **Desenvolvimento de projeto de pesquisa**. São Paulo: Saraiva, 2017.

TALAMINI, Eduardo. Ainda sobre a prisão como “execução indireta”: a criminalização da desobediência a ordens judiciais. In: SHIMURA, S.; WAMBIER, T. A. A. (Org.). **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001, p. 279-313.

TALAMINI, Eduardo. **Poder geral de adoção de medidas executivas e sua incidência, nas diferentes modalidades de execução**. Grandes temas do novo CPC – Atipicidade dos meios executivos. Coordenador Geral: Fredie Didier Jr.; Coordenadores: Eduardo Talamini, Marcos Y. Minami. Salvador: JusPodivm, 2018.

TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e “execução indireta” (a garantia do art. 5.º, LXVII, da Constituição Federal). **Revista de Processo**. vol. 92. ano 23. p. 37-51. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./1998.

VENTURI, Elton. **Da prisão como instrumento coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais**: por uma releitura da prisão civil por inadimplemento de dever alimentar.

Disponível em:
<https://www.academia.edu/238082/DA_PRIS%C3%83O_COMO_INSTRUMENTO_COERCITIVO_PARA_O_CUMPRIMENTO_DE_PROVIMENTOS_JUDICIAIS_POR_UMA_RELEITURA_DA_PRIS%C3%83O_CIVIL_POR_INADIMPLENTO_DE_DEVER_ALIMENTAR>. Acesso em: 11 de jan. de 2020.