

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
CAMPUS GOVERNADOR VALADARES
Departamento de Direito

UBALDO HENRIQUE ALMEIDA MORAES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO
DAPRISÃO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS:**

Uma análise do Habeas Corpus 82.959-7 e extensão interpretativa acerca da
inconstitucionalidade do art. 1º, §2º da Lei 8.072/90 dentro da ótica da prisão do devedor de
alimentos.

Governador Valadares

2022

UBALDO HENRIQUE ALMEIDA MORAES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO DA
PRISÃO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS:**

Uma análise do Habeas Corpus 82.959-7 e extensão interpretativa acerca da
inconstitucionalidade do art. 1º, §2º da Lei 8.072/90 dentro da ótica da prisão do devedor de
alimentos.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Departamento de Direito, da Universidade Federal de
Juiz de Fora, como requisito parcial para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Alisson Silva Martins.

Governador Valadares

2022

UBALDO HENRIQUE ALMEIDA MORAES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO DA
PRISÃO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS:**

Uma análise do Habeas Corpus 82.959-7 e extensão interpretativa acerca da
inconstitucionalidade do art. 1º, §2º da Lei 8.072/90 dentro da ótica da prisão do devedor de
alimentos.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Departamento de Direito, da Universidade Federal de
Juiz de Fora, como requisito parcial para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Alisson Silva Martins.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Professor Alisson Silva Martins (orientador)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Rainer Bonfim (examinador)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Pedro Provete Matias (examinador)
Advogado inscrito na OAB

RESUMO

O presente trabalho tem como proposta a possibilidade de aplicação do entendimento dado no Habeas Corpus 82.959-7, que julgou inconstitucional o dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, que determinava o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, ao caso do devedor de alimentos ao aplicar as medidas coercitivas destinada a forçar o cumprimento da obrigação alimentar, visto que o legislador, da mesma forma, determinou o regime fechado para a prisão civil. Pretendeu-se demonstrar a inconstitucionalidade do respectivo dispositivo estabelecido pelo legislador quanto a obrigatoriedade do regime fechado a qualquer execução que pugne pela prisão do devedor de obrigação alimentar. Além disso, salientar a consequente vedação da atuação pelos magistrados, bem como a conexão entre áreas do direito que envolvem o tema. O trabalho foi realizado a partir da definição e conceituação de alimentos para tratar da construção normativa da prisão do devedor de alimentos, além da análise do referido Habeas Corpus, onde buscou-se apontar os principais argumentos relacionados à temática do devedor de alimentos, com intuito de ter sido confirmada a hipótese da pesquisa. Chegou-se ao resultado que se tratam de formas de prisões distintas, com diferentes propósitos e consequências quanto às garantias constitucionais. Como conclusão, a hipótese não foi confirmada, por ser constitucional a determinação da prisão, em vista da possibilidade de aplicação de medidas diversas da prisão.

Palavras-chave: Prisão. Crimes hediondos. Devedor de alimentos. Regime fechado. Inconstitucionalidade. Direito Processual Civil.

ABSTRACT

The present work seeks to apply the understanding given in Habeas Corpus 82.959-7, which declared unconstitutional the Heinous Crimes Act that determined the fulfillment of a prison sentence in entirely closed conditions, to the case of the maintenance debtor when applying coercive measures aimed at forcing compliance with the maintenance obligation. This is on account of the fact that the legislator, likewise, determined closed conditions for civil imprisonment in this case. This work intends to demonstrate the unconstitutionality of the respective provision established by the legislator regarding the obligation of closed prison conditions to any decision that strives for the imprisonment of the maintenance debtor. In addition, it highlights the consequent inability for judges to determine a fair verdict, as well as the connection between areas of law that involve the subject. This work was carried out using the definition and conceptualization of maintenance to deal with the normative construction of imprisonment for the maintenance debtor, in addition to the analysis of the aforementioned Habeas Corpus, where it was sought to point out the main arguments related to the theme of the maintenance debtor with the aim of confirming the research hypothesis. The result was that these two cases represent different forms of imprisonment, with different purposes and consequences in terms of constitutional guarantees. In conclusion, the hypothesis was not confirmed, as the determination of imprisonment is constitutional when considering the possibility of applying measures other than imprisonment.

Keywords: Prison. Heinous crimes. Maintenance debtor. Closed conditions. Unconstitutionality. Civil Procedural Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 A CONSTRUÇÃO NORMATIVA DA PRISÃO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS.....	7
3 ANÁLISE DO HABEAS CORPUS 82.959-7.....	10
4 A DESSEMELHANÇA DA PRISÃO CIVIL E CRIMINAL E SUAS IMPLICAÇÕES	15
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	21
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	22

1. INTRODUÇÃO

Segundo Capez (2008, p. 246), a prisão compreende na privação da liberdade de locomoção, determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito. Ao considerar a função punitiva e retributiva da pena, a prisão determinada pelo Estado, para além de um castigo, visa também desestimular a reincidência penal, isto é, a ocorrência de novos delitos por parte desse indivíduo, bem como poderá ser utilizada para forçar o cumprimento de uma obrigação, como no caso do devedor de alimentos.

O artigo 2º, §1º da Lei dos Crimes Hediondos, hoje revogado, previu até 2006 que a pena prevista naquele artigo deveria ser cumprida em regime integralmente fechado, de modo que durante todo o cumprimento da pena o indivíduo apenado permanecia encarcerado, privado de sua liberdade. Da mesma forma, o CPC, em seu art. 528, §4, determinou o regime fechado para a prisão do devedor de alimentos, diante do caráter de urgência da prestação.

Ocorre que a pena privativa de liberdade consiste na forma mais drástica de imposição dentre as sanções. Isto é, a maneira mais severa de implicação de uma pena, visto que restringe o direito de ir e vir do cidadão.

Tal aspecto adquire maior relevância se considerar o aspecto do encarceramento em massa no Brasil. Segundo os dados do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), estima-se que hoje existem aproximadamente 700 mil pessoas presas. Isso se dá por inúmeros fatores, dentre eles, a promulgação da Lei de Crimes Hediondos em 1990, que por ter um extenso rol de crimes, estipula a todos eles um obstáculo para a progressão de regime. Ainda que não mais se aceite o cumprimento integral em regime fechado, a exigência mínima estipulada pela lei é que o regime seja inicialmente na modalidade fechada, independentemente do tempo de pena dosado. Mantendo-os, assim, por um período maior de tempo dentro dos estabelecimentos prisionais.

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro é regido pelo princípio da intervenção mínima, onde o poder de atuação do Estado em criminalizar se dá na medida do grau de afetação dos bens necessários e essenciais à vida. Dessa maneira, cabe dizer que a sanção da prisão deve ser sempre recorrida em último caso, por se tratar de medida excepcional e por ser uma punição muito severa à garantia dos direitos fundamentais do cidadão, como por exemplo, o direito de ir e vir. Por tais razões, o ordenamento, bem como estudiosos e juristas nesta área estão em constante busca de formas mais brandas de penalizar os indivíduos, dada a gravidade da punição prisional e as consequências que esse encarceramento traz à vida do apenado.

Nesse sentido, considerando que o Habeas Corpus 82.959-7 julgou por maioria absoluta a inconstitucionalidade do art. 2, §1º, da Lei 8.072/90, que determinava o cumprimento integral em regime fechado do apenado, buscará se seria extensível essa interpretação ao caso da prisão do devedor de alimentos, para julgar igualmente inconstitucional o art. 528, §4 do CPC, visto que o legislador também determinou que a pena seria integralmente cumprida em regime fechado.

Dessa maneira, o trabalho tem como objetivos demonstrar a inconstitucionalidade do parágrafo respectivo, em respeito, sobretudo, ao princípio da individualização da pena, e da supremacia da Constituição, bem como demonstrar o tratamento único dado pelo legislador ao igualar todos os indivíduos que configuram como devedores, e vedando, conseqüentemente, a atuação dos magistrados no momento de determinação da pena. Além disso, visa demonstrar a conexão entre as áreas do direito, sejam elas civil, penal e constitucional.

Para isso, o trabalho buscará, em seu primeiro capítulo, definir e conceituar, de acordo com o Direito, o termo “alimentos”, mediante estudos doutrinários, para fins de evidenciar a necessidade de proteção desse bem jurídico vital à pessoa do alimentando, bem como procurará tratar da construção normativa da prisão do devedor de alimentos e o que torna constitucional a imposição dessa medida.

Ademais, no segundo capítulo será realizado um estudo do Habeas Corpus 82.959-7, visando demonstrar a argumentação utilizada no julgado pelos ministros em seus respectivos votos, responsáveis por declarar a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei nº 8.071/90.

No terceiro capítulo será estabelecido um paralelo entre as prisões cíveis e criminais, apontando a implicação dessa diferenciação no ordenamento jurídico e como isso afeta o regime do cumprimento da pena. Além disso, a análise realizada no capítulo anterior servirá para apontar e correlacionar os principais argumentos constante no julgado com a temática do devedor de alimentos, com intuito de se confirmar a hipótese da pesquisa.

2. A CONSTRUÇÃO NORMATIVA DA PRISÃO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

Para a correta compreensão do presente trabalho se faz necessário uma breve exposição acerca da conceituação dos alimentos, bem como da construção normativa acerca do instituto, especialmente no que condiz acerca do enquadramento das hipóteses da prisão civil do devedor.

Quanto à conceituação dos alimentos, são possíveis duas análises, a primeira acerca do enquadramento técnico jurídico e segundo acerca da abrangência do termo "alimento",

compreendendo inicialmente a obrigação alimentar e posterior a aplicabilidade da prisão ao devedor inadimplente.

Ensina Gomes (1999, p. 323) que os alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem por si só não consegue provê-las. Dessa definição verifica-se um conceito pautado no caráter prestacional sob a justificativa da manutenção da vida humana.

Para o adequado dimensionamento deste trabalho, a interpretação a ser dada afigura-se de uma interpretação mais abrangente, qual seja: obrigação periódica, imposta a alguém, em função de determinação jurídica, prevista em lei, de prestar tudo quanto for necessário para satisfazer as necessidades da vida humana, seja de caráter físico, moral e intelectual, verificando no caso concreto a capacidade do alimentante e a necessidade do alimentado.

Acerca da abrangência do termo "alimento" não há maiores distinções na literatura, seja nacional ou estrangeira, de modo que inexistente variação substancial acerca da amplitude do termo.

Lopes da Costa (1966, p. 110) preceitua que os alimentos são expressão que compreende não só os gêneros alimentícios, mas tudo quanto for necessário para a dignidade humana e garantia dos direitos fundamentais, compreendendo a comida, habitação, vestuário, remédios, educação e higiene.

Deste modo, a amplitude do conceito de alimentos supera aspectos meramente biológicos, mas partem para uma premissa associada a factualidade da manutenção de uma vida, para além do entrelaçamento exclusivamente orgânico.

Assim, concebe-se o dever alimentar como uma obrigação civil direcionada a suprir as necessidades do alimentado, que à luz de uma interpretação Constitucional do instituto, são definidos como tudo aquilo que se afigura necessário para a manutenção da vida humana para além de um mínimo existencial, compreendendo todo o arcabouço necessário para a conservação da dignidade humana.

O instituto dos alimentos é compreendido pelas mais diversas searas jurídicas, mas seu contorno principal é analisado e compreendido a partir das relações familiares, ocasionalmente denominados alimentos legítimos.

Estes alimentos são oriundos da solidariedade afetiva no âmbito familiar, em que por questões de parentesco, casamento ou união estável é incubido ao indivíduo a obrigação de prover total ou parcialmente o sustento de outrem.

Recorrentemente, especialmente na praxe forense, os alimentos derivam do estado de filiação, em que o genitor que não detém a guarda é obrigado a prover os alimentos aos filhos, cumprindo o dever insculpido no artigo 227 da Constituição Federal.

Os alimentos, desta forma, são baseados no incontestável dever de manutenção dos pais para com os filhos enquanto estes não podem por conta própria prover suas necessidades, presumindo-se um estado de necessidade.

O instituto dos alimentos ganha contorno jurídico especial dentro do sistema processual civil, visto que se trata de exceção a possibilidade de prisão civil no ordenamento nacional, na fase de Execução e Cumprimento de Sentença.

O legislador, atento à especialidade que permeia a obrigação alimentar, em particular no caráter constitucional de se proporcionar uma vida digna e atrelada ao pleno exercício dos direitos fundamentais insculpidos no artigo 5º da Constituição Federal da República, determina uma série de medidas e procedimentos específicos para efetivar a prestação alimentar.

O expediente adotado é aquele dado a obrigação de pagar quantia certa, que em decorrência do direito material tutelado recebe um tratamento jurídico especial na fase executória.

Assim, há por parte do exequente, com fundamento no artigo 528, §8º do Código de Processo Civil e entendimento jurisprudencial firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a possibilidade de livre escolha dos meios executivos adequados para a satisfação material dos alimentos, incluindo a decretação da prisão civil do devedor.

O procedimento executivo especial aplica-se independentemente da origem do título, judicial ou extrajudicial, conforme preceitua o artigo 528, §§ 2º e 7º e artigo 911, ambos do Código de Processo Civil.

Dentre os atos executórios cabíveis há a possibilidade do pedido de prisão civil do devedor de alimentos, que será decretada pelo prazo de 01 (um) a 03 (três) meses, conforme previsto no §3º do artigo 528 do Código de Processo Civil.

Pontua-se ainda que a decretação da prisão civil do devedor não afasta a obrigação de pagar os alimentos em atraso, na medida que a possibilidade de prisão aqui adotada não se baseia em seu caráter "penal", tão somente atua como medida coercitiva apta a compelir o pagamento pelo devedor.

De modo semelhante, a possibilidade da prisão civil do devedor está constitucionalmente amparada, com fundamento no bem jurídico materialmente tutelado, conquanto seu caráter eficiente de garantia dos direitos fundamentais, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal.

Deste modo, há entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência nacional (HC 35302 / DF STF), a possibilidade da prisão civil decorrente da inadimplência dos alimentos, especialmente no que concerne ao seu âmbito familiar.

Assim, a decretação da prisão do devedor revela-se como indispensável à garantia, por diversas vezes, da sobrevivência do alimentado, que ao rigor é dependente da satisfação do crédito. Por consequência, é ela a própria garantia do direito fundamental.

Por fim, como vetusto, ainda que inadequado para o patamar civilizatório, a prisão civil se revela como medida eficiente, capaz de garantir a realização material do credor dos alimentos. Todavia, já houve o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça (STF) com declaração de ilegitimidade da decisão que decretou a prisão civil quando demonstrada a incapacidade econômica do devedor ou como também as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afastando a prisão dos avós quando os genitores possuem condições de assumir o pagamento da dívida alimentar. Isso pois, a medida prisional possui um caráter severo, uma vez que constringe o direito fundamental de ir e vir do cidadão.

Isto posto, conforme o quadro explanado, do ponto de vista interpretativo, para o adequado manejo dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais vislumbradas, a prisão civil do devedor reclama o correto equacionamento de direitos em colisão.

3. ANÁLISE DO HABEAS CORPUS 82.959-7

Uma vez analisado o processo em como se deu a construção normativa da prisão do devedor de alimentos, é necessário trazer um dos pontos fundamentais desta pesquisa: a análise do habeas corpus 82.959-7.

Os crimes ditos como hediondos, em vista do processo legislativo, passaram a ter um tratamento mais severo. O habeas corpus em questão buscou tratar sobre a inconstitucionalidade do art. 2, §1º da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que estabelece a obrigação de cumprimento integral em regime fechado da pena.

Há que ressaltar que o presente julgamento não foi pioneiro na tentativa de se provar a inconstitucionalidade da Lei 8.072/90. Antes, já haviam sido alvo de debates os Habeas Corpus 69.657-1 e 76.371-0, julgados em 1993 e 1998, respectivamente, cujos os votos foram vencidos em ambos os casos, para julgar constitucional o art. 2, §1º, da referida lei.

Contudo, apenas em fevereiro de 2006, uma vez passados mais de quinze anos da promulgação da lei de crimes hediondos, é que foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, em um julgamento histórico, a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime no caso dos crimes hediondos, numa votação acirrada de 6 votos contra 5, onde o regime progressivo passou a finalmente ser admitido para crimes dessa natureza, vez que não mais seria aplicável o cumprimento integral da pena em regime exclusivamente fechado.

O que se busca na presente pesquisa é justamente trabalhar a hipótese da aplicação dessa interpretação ao caso do devedor de alimentos, visto que o art. 528, §4, da Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil) também estabeleceu a necessidade de cumprimento da prisão integralmente em regime fechado, semelhança marcante entre elas.

Para isso, faz-se necessário analisar os argumentos trazidos pelos ministros em seus respectivos votos no habeas corpus 82.959-7.

O Ministro Marco Aurélio (2003, p. 05-14), relator do caso, pautou-se pela inconstitucionalidade do referido parágrafo, visto que a progressividade do regime está intrinsecamente ligada à própria pena. Em sua concepção o mal não deve ser retribuído pelo mal causado, na mesma moeda, como ocorria com os crimes considerados hediondos.

Além disso, para ele, cedo ou tarde o indivíduo retornaria a vida em sociedade, dessa forma, a progressão servia justamente para restabelecê-lo aos poucos ao convívio social. Outro argumento utilizado seria que a lei, ao mesmo tempo que proibia a progressão, aceitava a hipótese do livramento condicional, sendo ideias antagônicas, isto é, totalmente opostas, pois coloca o indivíduo diretamente em liberdade sem que tenha progredido de regime, dando-lhe um benefício ainda maior que a própria progressão.

Além desta, também fez uma nova comparação do tratamento dado aos crimes de natureza hedionda e o crime de tortura. O ministro revelou que a Lei 9.455/97 era mais favorável que a Lei 8.072/90 visto que permitia a progressão ao crime de tortura, ainda que de gravidade equipara ou, em certos casos, até mais grave. Dessa forma, seria cabível uma extensão interpretativa do art. 1º, §7º, desta lei aos crimes hediondos, onde diz que o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Abarcou, ainda, que o art. 59, do Código Penal, determina que caberá ao juiz, dentre as demais obrigações, determinar o regime inicial do cumprimento da pena. Nesse mesmo sentido estava o princípio constitucional da individualização da pena, onde negar o direito à progressão seria restringir esta garantia constitucional, além de transgredir princípios tão caros ao estado democrático.

Manter o apenado em regime fechado por todo o período da pena não interessava a ninguém, muito menos a sociedade, que teria que lidar com uma pessoa que um dia o receberia de volta. Por fim, citou a questão que o rol presente no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal afastava tão somente a fiança, graça e a anistia aos crimes hediondos, não excepcionando a individualização da pena. Então, se a própria constituição não assim determinou, como poderia o legislador ordinário tê-lo feito?

O Ministro Carlos Velloso (2003, p. 15-25), reconsiderou sua primeira decisão dada no Habeas Corpus 69.657/SP para dizer agora que a lei de crimes hediondo prestou um verdadeiro desserviço ao Direito Penal, visto que retirou as esperanças do apenado em ver seu regime progredido, não tendo o apenado motivos agora para manter-se “na linha” do bom comportamento no alcance de tal benefício. Aspecto este, que influenciou até mesmo no aumento das rebeliões nas penitenciárias.

Apesar disso, manteve seu posicionamento para dizer que ainda assim o princípio da individualização da pena não se ofende com a impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena, visto que, para ele, ainda que com o caráter da hediondez, o juiz teria como dar trato individual a fixação da pena, regulando sobre a intensidade dela.

Em sua visão, qual sentido faria classificar um crime como hediondo se ele não teria tratamento diferenciado devido a sua gravidade? Segundo ele, o referido parágrafo é compatível com os incisos XLIII e XLVI, do art. 5, CF, pois a própria constituição restringiu certos benefícios aos crimes hediondos, bem como determinou que o juiz regulará sobre a privação da liberdade do apenado.

O Ministro Carlos Ayres Britto (2003, p. 26-27 e 191-204) acompanhou o voto do relator a respeito da inconstitucionalidade do referido parágrafo. Para ele, o Estado ao vedar o direito à progressão, estaria praticando a lei de Talião “Olho por olho, dente por dente”, como uma resposta ao mesmo nível do crime.

Seguindo os ensinamentos de Norberto Bobbio, o ministro acreditava na “sanção premial”, isto é, por um Direito que se direcione por mais promessas de recompensa do que de castigos. Segundo ele, o comportamento humano poderia ser estimulado com mais eficiência baseando no prêmio do que desestimulado com a sanção.

No seu entendimento, se a própria constituição vedou a pena de morte e o caráter perpétuo da prisão, é porque acreditava da regenerabilidade de qualquer condenado, não importando a natureza ou a gravidade do delito praticado. Assim, se a lei maior partia desse ideal, não faria sentido vedar ao réu o regime progressivo, visto que se trata de um retorno paulatino ao convívio social.

Partindo das garantias constitucionais, do respeito à integridade física e moral dos presos, previsto no art. 5º, inc. XLIX, bem como a vedação ao tratamento desumano ou degradante, no inc. III do mesmo artigo, tudo acabava por sugerir como inconstitucional um regime prisional que não modere o seu rigor conforme o encarcerado tenha comportamento compatível com as normas internas de disciplina da execução.

O Ministro Cezar Peluso (2003, p. 29-63), por sua vez, considerou que a tese vencedora do Habeas Corpus nº 81.288/SC, na qual fez parte, subtraiu o princípio da individualização da pena no momento da execução, limitando-se unicamente à dosimetria. Dessa forma, reiterou o argumento do relator neste julgado acerca da ressocialização, ao dizer que o retorno do condenado sem passar pelo regime progressivo não interessava a ninguém, e muito menos a sociedade, sendo um verdadeiro descompasso da legislação permitir o benefício do livramento condicional, mas vedar a progressão de regime, sem proporcionar de forma harmoniosa a reintegração do apenado, saindo dele diretamente de um estabelecimento de segurança máxima para as ruas.

Além disso, retomou a questão do disposto no art. 5, inciso XLIII, da CF, onde a Constituição se limitou a restringir aos crimes hediondos o direito ao benefício da graça ou anistia, em nada vedando o regime progressivo da pena.

Peluso defendeu, nas palavras da doutrinadora Maria Lucia Karam, que foi retirado eficácia da norma constitucional ao permitir que o legislador ordinário regulasse a execução da pena, afastando pura e simplesmente o princípio da individualização desta, visto que tal princípio garantia que uma pessoa com uma situação igual ou parecida possa ter sua pena particularizada.

Pautado na concepção de Tupinambá Pinto de Azevedo, acrescentou que o pacto de São José na Costa Rica, no qual o Brasil é signatário, vedava qualquer tratamento desumano ou degradante, bem como orientava e disciplinava a execução das penas privativas de liberdade. Dentre elas, no seu artigo 5º, nº 6, que as penas privativas de liberdade deveriam ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. Assim, a proibição à progressão iria contra a tudo que se idealizava.

Por fim, sobre os efeitos do art. 2º, §1º da Lei 8.072/90, narrou que como o princípio da individualização da Pena tem predicado constitucional, somente seria cabível uma exceção por uma lei de igual hierarquia nomológica, o que não era o caso, por tratar-se de lei ordinária a referida norma.

O Ministro Gilmar Mendes (2004, p. 67-148) esclareceu em seu voto que a competência deles em julgar é meramente corretiva, e que não possuem a autoridade que possui o legislador para estabelecer a melhor disciplina. Contudo, caberia ao Supremo analisar tudo que não está compatível com a constituição, ou seja, que não pode coexistir junto dela. Assim, uma vez existente manifesta afronta à constituição pela lei ordinária, haveria de se alegar a inconstitucionalidade.

Acerca da reserva legal, indagou se o legislador poderia realmente prescrever que um delito fosse integralmente cumprido em regime fechado, e para responder isso, retomou a ideia do princípio da proteção do núcleo essencial, que se destina a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais. O núcleo é o que fornece sentido à norma. No caso em questão, a vedação à progressividade atingia o núcleo do princípio individualizador da pena, retirando-lhe eficácia de maneira indevida. Assim, não haveria espaço destinado ao legislador para legislar em sentido contrário a norma constitucional, sendo insuscetível de limitação.

Para ele, o aumento do rol dos crimes hediondos somente servia para demonstrar ainda mais a ofensa ao princípio da individualização da pena, pois o que deveria ser a exceção, passa a se tornar regra. Apoiou-se, também, assim como o relator, na ideia que retirar o direito à progressão do réu seria o mesmo que tirar-lhe o mérito da boa conduta. E, conseqüentemente, a falta de esperança levava a revoltas, rebeliões e fugas.

O Ministro defendeu que o modelo previsto na Lei de Crimes Hediondos era no mínimo desnecessário, senão inadequado, visto que existiam outras propostas menos gravosas e tão eficazes quanto a da lei 8072/90. Para exemplificar, citou o projeto de lei 724-A/95, proposto pelo próprio governo federal no Ministério da Justiça, durante o governo do Ministro Nelson Jobim, que daria tratamento rigoroso para esses crimes, sem, contudo, inviabilizar a individualização da pena. O referido projeto previa uma nova redação que o art 33, §4º do código penal, para passar a ser: “§4º O juiz determinará o cumprimento de metade da pena aplicada em regime fechado, desde o início quando o crime for de especial gravidade”.

Assim como os demais, abordou a desproporcionalidade da questão da tortura, em grau comparativo. Como viabilizar a ideia que um crime de igual gravidade aceitava o regime progressivo e os demais não? Afirmou que a vedação da progressão de regime, portanto, tratava-se de mera vedação abstrata e genérica, e que não passava pelo juízo da proporcionalidade. Assim, além de desnecessária, era desproporcional.

Para o Ministro Celso de Mello (2006, p. 178-190), a mera inobservância da progressão de regime passava longe de ofender o princípio da individualização da pena, pois o legislador fundamentou-se em critérios na quais a razoabilidade e a legitimidade não se questionavam, pois resultava da necessidade do estado em estabelecer mecanismos diferenciados de repressão a criminalidade violenta.

O Ministro Sepúlveda Pertence (2006, p. 205-210), por sua vez, narrou que de nada adiantaria que, no momento da aplicação da pena, duas penas idênticas fossem tratadas de maneira totalmente distintas no momento da execução em vista da natureza do delito. Segundo

o ministro, essa exacerbação da pena e o conseqüente tratamento mais rigoroso quanto a execução desta, nada mais era do que uma pretensão ingênua de combate à criminalidade. Ou seja, os argumentos de Pertence criticavam a falsa ideia que intensificar a pena seria uma forma de evitar a delinquência por meio da intimidação (prevenção geral negativa).

De maneira contrária, a Ministra Ellen Gracie (2006, p. 158-162) defendeu que o instituto da individualização da pena não permanecia comprometido somente pelo fato de ao juiz não lhe ser permitido uma “dada opção”. Segunda ela, o instituto da individualização da pena era composto por um complexo de normas que o constituíam. E que por isso, seria difícil dizer que a norma constitucional seria afetada por essa única restrição, dentre tantas outras.

Além disso, defendeu que a inconstitucionalidade deveria ter sido feita em ação direta, não sendo autorizado que eles o fizessem por nova interpretação ao caso concreto, pois seria mero voluntarismo do órgão de controle.

O ministro Eros Grau (2006, p. 174-177), resumidamente, defendeu que a vedação à progressão de regime no caso dos crimes hediondos violaria o princípio da individualização da pena, enfatizando que não poderia o legislador impor uma regra que impediria o juiz de individualizar a pena, devendo este sempre atentar-se ao caso concreto. Além disso, que a própria imposição de penas cruéis e desumanas, configurava em uma violação aos preceitos constitucionais e aos direitos fundamentais do cidadão.

Além disso, alegou a falta de proporcionalidade entre permitir o regime progressivo ao crime de tortura mas negar a crimes considerados hediondos, de gravidade equiparada, bem como apontou a ausência de benefício em permitir uma pessoa que esteve integralmente colocado em regime fechado ser solto em liberdade condicional.

4. A DESSEMELHANÇA DA PRISÃO CIVIL E CRIMINAL E SUAS IMPLICAÇÕES

Conforme anteriormente explicado no capítulo anterior, o presente trabalho tem como objetivo principal analisar a possibilidade de extensão interpretativa da decisão que julgou como inconstitucional o art. 2, §1º da Lei 8.072/90, ao caso da prisão do devedor de alimentos, visto que o legislador igualmente determinou o cumprimento integral em regime fechado para ambas as situações. Ocorre que, durante toda a discussão dada no Habeas Corpus, restou claro que a argumentação utilizada para julgar a inconstitucionalidade do referido parágrafo pertencente a Lei de Crimes Hediondos, tratou de abordar a quase que exclusivamente a questão

do regime progressivo da pena, tendo, em raros momentos, os ministros se distanciado dessa linha argumentativa.

No julgado, em suma, foram tratados assuntos como: ressocialização e regenerabilidade social do indivíduo; a reserva legal e a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais; a questão da liberdade condicional; o comparativo com o crime de tortura; a retribuição do mal e a tentativa combate à criminalidade pela prisão; a limitação do princípio de individualização da pena; a hierarquia das leis; a possibilidade de medidas menos gravosas; as garantias constitucionais; a questão da vedação ao benefício da anistia e do perdão; as hipóteses do art. 59 do Código Penal para estabelecimento do regime inicial da pena; e a influência deste no comportamento dos presos. Será necessário, portanto, tratá-los ao caso do devedor de alimentos.

A primeira coisa a se destacar seriam as questões que envolvem exclusivamente matérias de direito penal, visto que tais argumentos não possuem qualquer aplicação no processo civil.

O regime no direito penal tem um papel muito importante para efetivação das garantias constitucionais. Historicamente, eles foram pensados e implementados em virtude das penas cruéis e degradantes que eram aplicadas desde as primeiras formas existentes de restrição de liberdade e cumprimento de pena, como ocorria com o sistema penitenciário pensilvânico, em que o encarcerado era mantido em completo isolamento durante o todo o período de cumprimento da pena, sem qualquer contato humano. Tal exemplo remonta, em parte, o cenário carcerário vivenciado até 2006 no Brasil.

O direito à progressão de regime possui relação direta com a questão da ressocialização do indivíduo, pois é ela que permite a reinserção do preso ao convívio social. Consequentemente, esse fator também se associa com a questão do comportamento negativo apresentado por alguns encarcerados, por retirar-lhes a esperança da progressão, ainda que diante do bom comportamento durante a execução.

Apesar dos tratamentos degradantes e dos ataques às garantias constitucionais, diante da tentativa errônea de combate à criminalidade e retribuição do mal feito pelo próprio sistema carcerário, as argumentações em nada tomam lugar no processo civil. Sequer faz sentido pensar no aspecto da ressocialização no contexto do devedor de alimentos, visto que, além do tempo estipulado em lei, de até 03 meses, segundo o art. 528, §3, do CPC, ser muito curto para se falar em uma ressocialização do indivíduo, que por pouco tempo ficou afastado do convívio social, também não se trata de pena. De acordo com Damásio de Jesus (2015, p. 563), a pena é a resposta estatal dada àquele que comete fato tipificado em lei, como retribuição de seu ato

também ilícito e culpável, observado o devido processo legal, de modo a afastar a prática novos delitos.

A despeito do art. 528, §5º, do CPC abarcar o termo “pena”, a prisão no direito civil, tal medida trata-se de um meio coercitivo, unicamente com o objetivo de suprir o débito alimentar, isto é, coagir o devedor a pagar ao alimentante o que lhe pertence por direito, sob a imposição de restrição de sua liberdade.

Essa medida adotada pelo legislador no CPC, trata-se de um meio executivo indireto, onde o Estado age indiretamente, criando mecanismos, para pressionar o executado no cumprimento de sua obrigação. Nesta modalidade, o cumprimento demanda a colaboração do executado para se concretizar o direito.

Necessária é demonstrar a diferença entre as prisões no direito civil e penal. Na prisão civil não se busca punir o agente conforme ocorre no direito penal, e muito menos afastar-lhe do meio social, da qual pode ser, inclusive, prejudicial. Trata-se de mera coerção para forçar indiretamente o pagamento. Assim, não há que se falar aqui de uma pena, e, conseqüentemente, de uma progressão de regime que se deriva da pena, argumento que por repetidas vezes foi abordado no Habeas Corpus 82.959-7. No caso em tela, tanto não se trata de pena, que uma vez realizado o pagamento do débito alimentar, a prisão automaticamente se desfaz, por não fazer mais sentido mantê-lo preso, se sua restrição se deu unicamente com o intuito de pressioná-lo ao cumprimento daquela obrigação já adimplida, nos termos do art. 528, §6, CPC. É importante destacar também que a prisão não substitui o crédito, isto é, ele ainda persiste, mesmo que passado o período de três meses de prisão em regime fechado estipulados em lei se a dívida ainda não houver sido paga.

E, por não guardar relação com o regime progressivo da pena, também descabe qualquer comparação com o tratamento dado ao crime de tortura no momento da execução da pena, ou com o benefício desproporcional da liberdade condicional.

Não obstante, os Ministros também apresentaram alguns argumentos relevantes para serem trabalhados dentro da ótica do devedor de alimentos.

Ao abordarem o aspecto da proteção do núcleo essencial e da reserva legal, trouxeram à tona a questão da competência do legislador em determinar o regime em que se daria a prisão do devedor de alimentos. Outro ponto muito pertinente trazido foi a questão da hierarquia nomológica das leis.

Se por um lado o texto constitucional, em seu art. 5, inciso XLIII, vedou unicamente o benefício à fiança, graça e anistia ao caso dos crimes hediondos, ele, por outro, em nada citou sobre a vedação ao direito ao regime progressivo. Para o caso devedor de alimentos, ele sequer

se preocupou em falar sobre qualquer um destes. Diante disso, geram-se questionamentos a respeito dessa temática: 1) Será a prisão em regime fechado sempre o meio mais adequado para garantir o pagamento da obrigação alimentícia?; 2) não seria viável estabelecer outras medidas diversas, senão a prisão?; 3) Poderia mesmo o legislador assim o determinar?; 4) Pelo fato de não se tratar de pena, não haveria a necessidade de atentar-se ao princípio da individualização?; 5) O juiz aqui não estaria sendo igualmente impedido de moldar a forma da prisão?

No caso dos crimes hediondos, chegou-se à conclusão pelo Habeas Corpus de que não caberia ao legislador determinar o cumprimento em regime integralmente fechado por duas razões. Além de ser uma clara afronta ao Princípio da Individualização da Pena, garantia constitucional, não haveria possibilidade do legislador fazê-lo pela constituição estar acima hierarquicamente da lei 8.072/90. Se busca pelo presente trabalho entender se essa aplicação também se estende ao caso do devedor de alimentos.

O Princípio da Individualização da Pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, segundo o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), é aquele responsável pela despadronização da sanção penal, que garante que um mesmo crime possa ter uma pena diferente de acordo com as características do agente e do meio de execução utilizado. Se não houvesse a aplicação desse princípio, literalmente para todos os casos que envolvessem um determinado tipo penal, se teria a mesma quantidade de pena, o que descaracterizaria toda a análise sentencial realizada.

No caso da dívida alimentícia, ao determinar que todas as penas sejam cumpridas integralmente fechado, ela igualmente parece desconsiderar, por exemplo, as características do agente, como a idade do inadimplente e os recursos financeiros que aquela pessoa dispõe.

Já a respeito do aspecto da hierarquia nomológica das leis, da mesma forma que a Constituição está acima hierarquicamente da Lei de Crimes Hediondos, ela igualmente se encontra em um patamar de maior importância que o Código de Processo Civil, por ambas se tratarem de leis ordinárias.

Apesar de parecer que tais aspectos também afrontam o princípio da individualização da pena, há que esclarecer que o objetivo do legislador ao determinar o cumprimento em regime fechado e as consequências dessa determinação são distintas em cada caso. Isso porque, conforme já abordado, ao fazer a vedação no caso da lei de crimes hediondos, por um fator unicamente punitivo, houve a vedação à progressão de regime, essencial à ressocialização do indivíduo. Assim, não poderia o legislador ter determinado medida tão drástica, em sentido totalmente contrário à lei maior. Já no caso do devedor de alimentos, o intuito do legislador nunca foi de punir o agente, mas coagir o devedor ao pagamento da dívida alimentar. As

consequências dessa determinação também não se comparam com as vivenciadas pelos condenados por uma sentença criminal, pois a privação da liberdade é desfeita assim que efetivado o pagamento, além de ser um curto período de tempo de restrição de liberdade.

Outro aspecto importante a se ressaltar é que a prisão não é o único caminho possível apontado pela legislação. No cenário dos crimes hediondos foi enfatizado pelo Ministro Gilmar Mendes, uma proposta de lei menos gravosa (PL 724-A/95), onde propunha-se que apenas metade da pena seria cumprida em regime fechado, ao invés de sua totalidade. Diferentemente dessa proposta, no ordenamento jurídico brasileiro atual já existem outras previsões de possibilidade de medidas menos gravosas ao caso do devedor de alimentos.

A prisão, ao contrário do que se pensa, é uma medida extrema que busca ser evitada sempre que possível. Não é a regra, mas a exceção.

O intuito é sempre a aquisição de meios mais céleres para a obtenção do pagamento da dívida, até mesmo pelo caráter urgente da prestação alimentar. A própria Constituição Federal determina, em seu art. 5º, inciso LXVII, que a prisão por dívida cível apenas deverá ser realizada quando se tratar de pagamento de dívida voluntária e inescusável. Tal aspecto também está previsto no CPC, em seu art. 139, inciso IV, ao dizer que caberá 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.

É previsto no CPC atual 03 (três) medidas coercitivas. A primeira delas, expressa no art. 528, §1º, a possibilidade de protesto do pronunciamento judicial. Nesta, há uma pressão ao pagamento da dívida, isto é, por haver a publicidade do registro de protesto, o devedor é coagido ao cumprimento da obrigação para manter sua credibilidade e prestígio social, além de evitar a negativação de seu nome. Além da negativação, conforme expressa Karollyna Alves (2022, [recurso online]), impede a concessão de crédito, acesso à cartões de crédito, abertura de contas, talões de cheque, exercício de cargos judiciais ou eletivos, a participação de processo de licitação, o aluguel de imóveis, e a realização de financiamentos. A segunda, diz respeito ao desconto da folha de pagamento, prevista no art. 529. Esta se trata de um meio coercitivo direto, onde o próprio estado toma frente para agir diretamente na execução. Há uma sub-rogação pessoal, onde o Estado substitui a vontade do devedor para ele mesmo efetivar o cumprimento da obrigação. Por último, a própria prisão civil, limitada às 03 (três) últimas prestações anteriores ao ajuizamento da ação. Nesse sentido, cabe dizer que a simples falta de pagamento da pensão alimentícia não é motivo suficiente para a decretação da prisão em todos os casos.

Segundo Leonardo Barreto (2018, p. 2), além destas, e a luz do art. 139, inciso IV, do CPC, poderá o juiz determinar medidas menos gravosas que a prisão, ainda que não previstas, como por exemplo: a) Nos casos em que houver ocultação de patrimônio do devedor em pessoa jurídica, cabível será o uso do instituto da desconsideração inversa de personalidade jurídica, como um maneira de restringi-lo; b) Nos casos em que haja o exercício do poder familiar, a perda dessa direito, e; c) tal como previsto no art. 43 do Código Penal, a aplicação de medidas restritivas de direito, unicamente com o intuito de promover o adimplemento da obrigação alimentar, como restrição de fins de semana, ausentar-se da comarca, entre outros.

Não somente pela gravidade da prisão impedir o exercício do direito à liberdade de acordo com as propostas acima citadas, muitas vezes a prisão não é o mais adequado para alguns dentro do contexto familiar.

Por uma questão social e prezando pelo bem-estar do alimentando, a colocação de um indivíduo, na maioria das vezes representado pela figura paterna, pode ser prejudicial, retira o direito da criança em ter a presença e a boa convivência com o pai, além de criar uma situação degradante para o filho em ver seu pai sendo preso, e do estigma social a ser enfrentado em caso da prisão.

Além destas, algumas outras alternativas menos gravosas podem ser citadas. Duas que têm sido muito utilizadas, com jurisprudências nesse sentido nos tribunais de Minas Gerais e São Paulo, dizem respeito à suspensão da licença para dirigir (CNH) e dos bloqueios dos cartões de crédito. Além destas, é possível citar ainda, a suspensão dos direitos políticos; a suspensão do exercício da profissão; a apreensão de passaporte, e a imposição de multas diárias, sempre com o intuito de forçar o cumprimento da obrigação.

Diante do exposto, justamente por não haver qualquer forma de impedimento ao juiz em estipular a medida coercitiva necessária, é que se torna constitucional a prisão do devedor de alimentos em regime fechado. A prisão civil tanto é medida excepcional, que configura como a única permitida no direito civil brasileiro por dívida. Uma vez verificado pelo magistrado que nenhuma outra hipótese menos gravosa seria suficiente, e pelo caráter de urgência da dívida alimentícia, é que torna justa a aplicação, até porque qualquer regime diferente do fechado não geraria o mesmo impacto que ele, pois busca-se justamente a medida mais gravosa diante da ineficácia das demais.

Insta ressaltar, entretanto, que prisão deve ser tratada sempre com parcimônia, pois se de um lado temos o alimentante necessitado dos meios para sua subsistência, temos de outro a limitação de um direito tão fundamental quanto para o devedor, que é a liberdade. A prisão não

pode, pois, ser banalizada, devendo ser sempre decretada se existentes os pressupostos legais, e se conjugados com os temperamentos do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando as exposições feitas no capítulo 4, é possível fazer uma separação mais clara entre as prisões civis e criminais permitidas no ordenamento jurídico. Enquanto uma trata-se de condenação, uma pena propriamente dita, com caráter punitivo, a outra apenas busca uma forma de coerção sobre o devedor para o cumprimento da obrigação, tratando-se de um meio executivo indireto.

Conseqüentemente a isso, verificou-se a não confirmação da hipótese inicialmente levantada, a qual era a possibilidade da utilização do entendimento dado no Habeas Corpus 82.959-7 para julgar inconstitucional o regime exclusivamente fechado da prisão do devedor de alimentos, isto porque os argumentos utilizados durante todo o julgado limitaram-se basicamente a questão da progressão de regime, inexistente dentro do processo civil e sem qualquer aplicação ao caso do devedor de alimentos.

Não obstante, verificou-se, ainda, que diferentemente de como ocorreu na lei de crimes hediondos, aqui o juiz nunca esteve impedido pelo legislador de moldar a “pena”, para decidir-se pela melhor medida a se aplicar a cada caso concreto, em vista da existência de diversas possibilidades amparadas pela legislação vigente.

Por tais aspectos, e uma vez contrariada a hipótese da pesquisa, cabe dizer que é constitucional a prisão do devedor de alimentos em regime exclusivamente fechado. Todavia, enfatizando sempre o fato e a necessidade dos magistrados em se atentar de que a prisão não se trata de única medida existente, pois ela, apesar de constitucional, nem sempre será a melhor alternativa, além de haver diversos outros meios diretos e indiretos para chegar no resultado pretendido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Penal**, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei de Crimes Hediondos**, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm.

Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959-7**. Relator Ministro Marco Aurélio, São Paulo, 23 de fevereiro de 2006. BRASIL.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. **Medidas protetivas**. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 563.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MOREIRA, Rômulo. **A proibição da progressão para hediondos é inconstitucional sim**. 2 mar. 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-mar-02/proibicao_progressao_regime_inconstitucional_sim. Acesso em: 10 out. 2022.

MOURA, Maria. **O IBCCRIM e a inconstitucionalidade da proibição de progressão nos crimes hediondos**. 27 jun. 2012. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4711-O-IBCCRIM-e-a-inconstitucionalidade-da-proibicao-de-progressao-nos-crimes-hediondos. Acesso em: 21 dez. 2022.

MOREIRA, Rômulo. **O Supremo Tribunal Federal e a Lei dos Crimes Hediondos – mais uma inconstitucionalidade!**. 2012. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938834/o-supremo-tribunal-federal-e-a-lei->

