

VELHOS INSTITUTOS, NOVAS FERRAMENTAS: A UTILIZAÇÃO DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO NAS EXECUÇÕES DE ALIMENTOS COMO MEDIDA COERCITIVA DIVERSA DA PRISÃO CIVIL

Joeci Machado Camargo

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Coordenadora Geral do Programa Justiça no Bairro; Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

Marcelo L. F. de Macedo Bürger

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; Professor de Direito Civil do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba; Presidente da Comissão de Relações Acadêmicas do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

1. Introdução

Não há maior calvário nas Varas de Família do que satisfazer o credor de alimentos. Tamanha a essencialidade do crédito alimentar que além das diversas ferramentas disponibilizadas pelo Código de Processo Civil, como o protesto, expropriação de bens, implantação da obrigação em folha de pagamento e constituição de capital, o Direito Brasileiro admite também a prisão civil do devedor de alimentos, sendo esta a única hipótese de prisão por dívida no direito pátrio²³.

Mesmo entre especialistas a prisão civil por dívida alimentar não alcançou consenso, sendo comum tanto na doutrina quanto no direito pretoriano argumentos a ela favoráveis e contrários.

Em matéria recente, o Instituto Brasileiro de Direito de Família pôs em foco este interessante debate ao expor a posição de dois consagrados juristas. De um lado, Paulo Lôbo filia-se à corrente crítica a tal possibilidade, por ele considerada desumana e “ancorada em razões pré-modernas, anteriores ao Iluminismo do século XVIII”. Para o autor, “a prisão civil deve ser decretada pelo juiz, com prudência e parcimônia, não só por ser remanescente de odiosa tradição, mas para que não se transforme em instru-

23 Em que pese o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal prever também a hipótese de prisão do depositário infiel, é pacífico nos Tribunais que a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) afastou tal possibilidade, o que inclusive culminou na edição da súmula vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal.

mento de vingança privada ou mesmo de agravamento das condições de rendimentos do devedor, em prejuízo do próprio credor. Preferentemente, deve ser utilizada em caso de reiteração sucessiva de inadimplemento injustificado”²⁴.

De lado oposto, Ana Louzada entende “como salutar esta medida, tendo em vista que os devedores de alimentos estão respondendo por ilícito civil e não penal, não devendo ficar segregados, por exemplo, numa mesma cela que um homicida, latrocida, por sua própria periculosidade”²⁵.

Independentemente da posição adotada, a realidade demonstra que nem mesmo a grave possibilidade de restrição da liberdade do executado tem sido meio eficaz para a garantia do crédito alimentar, sobretudo pela falta de estrutura do Poder Judiciário, no qual se acumulam aos milhares os mandados de prisão alimentar sem o devido cumprimento. À guisa de exemplo, em maio deste ano havia 27.413 mandados de prisão expedidos contra devedores de alimentos no Estado de São Paulo, todos aguardando cumprimento²⁶. No Paraná, a realidade não é diferente. Em consulta realizada ao sistema e-mandado em 05/12/2016, verificou-se a existência de 4.892 mandados de prisão vi-

24 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 395.

25 Disponível em www.ibdfam.org.br/noticias/6159/Prisao+por+d%C3%ADvidas+alimentares+%3A+juristas+têm+posicionamentos+diferentes, acesso em 02/12/2016.

26 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Calvário da cobrança de pensão alimentícia vai além da morosidade. *Consultor Jurídico* (www.conjur.com.br), publicado em 09/10/2016.

gentes expedidos em execuções de alimentos e que ainda aguardam cumprimento.

Atentas ao acúmulo de mandados de prisão sem cumprimento, às precárias condições das penitenciárias brasileiras e à necessidade de salvaguardar as prestações alimentares ainda vincendas, duas juízas do e. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná²⁷, em parceria com o Departamento Penitenciário – DEPEN, criaram alternativa que mostrou-se potencialmente eficiente à satisfação do crédito alimentar e substancialmente menos gravosa ao executado. Trata-se da restrição de liberdade do devedor através do monitoramento eletrônico por meio de tornozeleiras eletrônicas, algo até então exclusivo da área criminal²⁸.

O objetivo do presente artigo é realizar, por meio das lentes do Direito Civil Constitucional, a ponderação dos interesses em jogo, analisando a viabilidade da incorporação desta nova ferramenta face ao ordenamento jurídico vigente, sobretudo o art. 528, §4º, do Código de

27 Tratam-se, nominalmente, das juízas Luciana Varella Carrasco e Maria Cristina Franco Chaves, a quem dedicamos o presente artigo, pela louvável coragem de ousar e evidente preocupação com a construção de uma jurisprudência mais humana, atenta a realidade social e comprometida com a concreção do projeto constitucional de uma sociedade justa e solidária.

28 A primeira das decisões encontra-se disponível em: <http://www.ibd-fam.org.br/jurisprudencia/6264/Execucao%20de%20alimentos.%20Prisao%20civil%20domiciliar.%20Tornozeleira%20eletronica.%20Regime%20inicial.%20Possibilidade>.

Processo Civil²⁹, e sua conveniência face o atual estado da arte das execuções de alimentos e a estrutura policial e prisional que as ampara.

2. Os interesses em conflitos

Não é desprovida de razão a autorização constitucional para a excepcionalíssima possibilidade de prisão por dívida em razão do inadimplemento dos alimentos. Pelo contrário, trata-se de garantia à concreção de direitos fundamentais de seus credores. Colhe-se das lições de Luiz Edson Fachin que “esta previsão da prisão do devedor de alimentos ocorre como medida extrema e excepcional, tendo em vista que é direito personalíssimo e igualmente fundamental o acesso do credor a seus alimentos, de modo a concretizar a assistência familiar e o princípio do melhor interesse do menor”³⁰.

29 “Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo. (...)§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns”.

30 FACHIN, Luiz Edson. Constituição, processo e prisão civil do devedor de alimentos: diálogos entre o pretérito, o presente e o porvir. *Migalhas* (www.migalhas.com.br), publicado em 02/12/2014. No mesmo sentido a doutrina de Rolf Madaleno, para quem “a sobrevivência está entre os fundamentais direitos da pessoa humana e o crédito alimentar é o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue por si só prover sua manutenção pessoal (...). Os alimentos estão relacionados com o sagrado direito à vida e representam um dever de amparo dos parentes, uns em relação aos outros, para suprir as necessida-

Comunga da mesma opinião a doutrina processualista³¹, asseverando que a manutenção básica e digna do alimentado justifica a severidade da ferramenta. Nem poderia ser diferente. É inegável que o credor de alimentos possui direito fundamental a tal verba, conforme expresso no art. 6º da Constituição Federal, além de tratar-se de direito voltado à garantia da vida e da dignidade humana³², afinal, não existe dignidade sem condições materiais mínimas que permitam seu exercício³³. Trata-se, ao fim e ao

des e as adversidades da vida daqueles em situação social desfavorável” (*Curso de Direito de Família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 821).

31 “Conquanto se trate de meio violento à liberdade individual, a prisão civil constitui mecanismo extremamente importante à execução dos alimentos. Não deve haver preconceito em seu uso, uma vez que, além de poder ser imprescindível para garantir a manutenção básica e digna do alimentando, apenas pode ser utilizada quando o devedor descumpra a sua obrigação de forma ‘voluntária e inescusável’, ou, em termos mais claros, quando possuir dinheiro e, mesmo assim, deixa de pagar alimentos” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.028).

32 “Vários são os exemplos de interpretação de normas processuais sob o ângulo da dignidade da pessoa humana, assim: a conveniência da decretação da prisão do devedor de alimentos desempregado; a proteção dos direitos da personalidade; a legitimidade adequada nos processos coletivos; a impenhorabilidade de determinados bens no processo de execução; a desocupação de imóveis e terrenos ocupados por centenas de pessoas, etc.” (*Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 93).

33 “Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como

cabo, da garantia ao mínimo existencial.

Agrega-se ainda a esta justificação a absoluta prioridade que a Carta da República assegura à realização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que, no mais das vezes, são os credores de alimentos.

De outro lado, a mesma doutrina reconhece a gravidade da prisão civil e seus efeitos nefastos aos devedores dos alimentos. Ainda que favorável a prisão civil para salvaguardar o pagamento dos alimentos, Luiz Edson Fachin não deixa de pontuar que “muito embora no campo teórico a prisão civil não se encaixe na definição penal, no campo prático, sobre o devedor de alimentos recairá, tal qual recai sobre o condenado penal, o mesmo peso de um sistema carcerário inquestionavelmente falido e violento”³⁴. Na mesma linha os já citados processualistas reconhecem que “entre todas as técnicas destinadas à execução da obrigação alimentar, a prisão civil é a mais drástica e a mais agressiva ao devedor”³⁵.

venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60).

34 FACHIN, Luiz Edson. Constituição, processo e prisão civil do devedor de alimentos: diálogos entre o pretérito, o presente e o porvir. *Migalhas* (www.migalhas.com.br), publicado em 02/12/2014.

35 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.028.

É nesta medida que os direitos do credor se apresentam em conflito com a liberdade e a dignidade do executado, igualmente direitos de alçada fundamental. Em que pese o evidente conflito de direitos, a própria Constituição já ponderou os interesses em tela em sede abstrata³⁶, conferindo primazia ao crédito alimentar em detrimento da liberdade do devedor.

Seguindo tal fio condutor, imperioso reconhecer que a despeito do conflito de interesses fundamentais, no atual sistema brasileiro os alimentos terão, *a priori*, primazia sobre a liberdade do devedor, restando tal ponderação confirmada em sede infraconstitucional pelo art. 528, §4º, do Código de Processo Civil.

Já existe, portanto, uma moldura jurídica que delimita o tema. Inobstante, não se trata de modo algum de uma moldura fechada, mas sim de limites flexíveis e porosos, traçados em sede abstrata, que conferem ao jurista, e principalmente ao aplicador do direito, consi-

36 Na hipótese em tela, não cabe a ponderação dos interesses em conflito *em sede abstrata*, posto que tal ponderação já foi realizada pela própria Constituição. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, a ponderação de bens constitucionais tem como pressupostos “em primeiro lugar, a existência, pelo menos, de dois bens ou direitos reentrantes no âmbito de protecção de duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não podem ser ‘realizadas’ ou ‘otimizadas’ em todas as suas potencialidades. Concomitantemente, pressupõe a inexistência de regras abstractas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstracto feito pela norma constitucional” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1240).

derável espaço de liberdade na construção da normatividade nela contida a partir dos *inputs* fornecidos pelo caso concreto e pela funcionalidade própria do instituto em tela. Em outras palavras, ainda que constitucional a prisão civil do devedor de alimentos, tal regra pode ser derrotada quando assim exigir o caso concreto e os valores por ela perseguidos.

É precisamente nesta espacialidade que emerge o tema em análise: os limites e possibilidades de derrotabilidade do art. 528, §4º, do Código de Processo Civil para a aplicação do monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão em regime fechado.

3. Possíveis hipóteses de derrotabilidade do art. 528, §4º, do Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao posicionar que a prisão do devedor de alimentos se dará em regime fechado, ao contrário de forte corrente jurisprudencial que vinha admitindo sua execução em regime aberto. Segundo o art. 528, §4º, do diploma adjetivo, “no cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. (...)§ 4o A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns”.

Eis, aí, o enunciado prescritivo que o jurista tomará como matéria prima para a construção da normatividade a ele adjacente. Antes, porém, é imprescindível perquirir se há espaço para a construção de uma normatividade ou esta já está dada, de forma insuperável, pela regra do art. 528, §4º, do CPC.

O primeiro passo é reconhecer que por mais clara que seja a regra, está ela sujeita a interpretação e integração. Perlingieri é enfático ao refutar o antigo brocardo latino *in claris non fit interpretatio*. Segundo o autor, tal brocardo “relaciona-se à enunciação de uma norma como um juízo lógico, enquanto, a rigor, ele é <um instrumento modelado para disciplinar a vida de relação>. O intérprete não pode se limitar a tomar conhecimento da fórmula legislativa, mas deve investigar a *ratio iuris*; a sua tarefa não pode variar segundo que seja chamado a aplicar as leis <claras> ou leis <ambíguas>: a clareza não é um *prius* (o pressuposto), mas é um *posterius* (o resultado) da interpretação”³⁷.

Ultrapassado este primeiro obstáculo, cumpre perquirir quais os limites e possibilidades desta interpretação.

Como já exposto, a prisão civil do devedor de alimentos apenas é admitida em razão da proteção *direta* do direito fundamental à alimentação, positivado no art. 6º da Constituição Federal, e *indireta* da vida e dignidade do credor, esta materialmente inviável em um contexto caren-

37 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 616.

te do mínimo existencial. Eis aí a razão primária justificadora de tão severa sanção: a realização do crédito alimentar, reveladora da própria funcionalidade da prisão civil.

Questão tormentosa surge quando a sempre criativa realidade vivida leva ao Judiciário casos que, embora formalmente preencham o suporte fático da regra legal, analisados em seu contexto, revelam que a aplicação da norma, naquelas hipóteses, não irá realizar sua razão justificadora, o fundamento de validade que a estriba, mas pelo contrário, irá infirmá-la. Exemplo clássico é o da guarda compartilhada: ainda que a Lei 13.058/14 tenha assentado sua obrigatoriedade, tendo como razão primária que tal modalidade realiza o melhor interesse da criança ou do adolescente (juízo abstrato de valor), a regra do compartilhamento poderá ser excetuada quando o caso concreto revelar que sua aplicação não reflita o melhor interesse da criança³⁸.

Trata-se do que Joseph Raz chamou de *razões excludentes*³⁹ e Neil MacCormick de *defeasibility* (derrotabilidade) da regra. Segundo MacCormick, “o que é relevante sobre a *defeasibility* é que um arranjo construído com base em regras jurídicas, ou algum estado de coisas jurídico que emerge a partir de um conjunto de regras e eventos, pode

38 Sobre o tema, remete-se a GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 197-235.

39 SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Tradução Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 149.

ter uma aparência de validade e, no entanto, este arranjo ou ‘fato institucional’ pode ainda estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide. (...) Essas prescrições (regras), contudo, são sujeitas à exceção (defeasance) quando casos excepcionais aparecem. Exceções são formuladas quando eventos particulares põem em operação algum princípio ou valor jurídico de suficiente importância para revogar a suficiência presumível das condições expressamente afirmadas para a atribuição do direito (*right*). A situação especial ativa algum fator de fundo que vicia excepcionalmente a atribuição de um direito que, não fosse o fator excepcional, não seria problemática”⁴⁰.

Admitida esta premissa, torna-se perfeitamente compatível o reconhecimento da validade e vigência da regra do art. 528, §4º, do Código de Processo Civil com a admissão de que tal regra pode ser excepcionada nos casos concretos em que sua aplicação contrariar o valor jurídico que ela visa realizar, nomeadamente a satisfação do crédito alimentar⁴¹. Abre-se, aí, espaço para a cons-

40 MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 311-316.

41 Essa ferramenta se aproxima, pelo caráter pragmático, do método de controle de constitucionalidade designado *declaração parcial de nulidade sem redução de texto*, pelo qual “quando a ação de inconstitucionalidade impugna a aplicação da norma em determinada situação, o Tribunal, ainda que reconhecendo a inconstitucionalidade da aplicação nessa situação, pode preservá-la por admitir a sua aplicação em outras situações” (MARI-NONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1139).

trução de soluções alternativas à prisão civil, desiderato último buscado pelo presente texto.

É possível cogitar, desde logo, de duas situações concretas em que se admitiria a derrotabilidade da prisão civil do devedor de alimentos: (a) hipótese de trabalhador formal que não possua patrimônio ou outros rendimentos além do salário; e (b) de executado que viva em modelo familiar monoparental.

A primeira hipótese é mais facilmente verificável na *praxis* do foro.

Há casos em que o devedor não possui patrimônio, e sua única fonte de renda é seu emprego, no qual está formalmente registrado. Não se trata, portanto, de devedor que recusa-se a pagar os alimentos devidos, mesmo possuindo meios para tanto. Trata-se de devedor que, por alguma circunstância, não conseguiu pagar os alimentos no valor e data devidos.

Aprioristicamente, a prisão civil é plenamente aplicável a este devedor, nos termos do art. 528, §4º, do CPC. Mas, no caso concreto, terá a prisão o condão de coagir o devedor ao pagamento, atingindo a razão justificadora de tal regra? Será tal coerção apta à satisfação do crédito alimentar em atraso? Nos parece que não.

Ainda que a prisão não justifique a rescisão do contrato de trabalho por abandono do emprego, eis que ausente o indispensável *animus* de fazê-lo, a relação la-

boral ficará sobrestada até a liberdade do executado, que não terá direito à remuneração do período em que estava preso. Neste sentido:

“ABANDONO DE EMPREGO. EMPREGADO EM PRISÃO PROVISÓRIA. JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA. A **prisão provisória é causa de suspensão do contrato de trabalho**, não se configurando em falta injustificada ao serviço (artigo 131, V da CLT). Somente a condenação criminal transitada em julgado caracteriza a justa causa para dispensa (artigo 482, alínea ‘d’ da CLT)” (TRT-2 - RO: 00024287520135020047 SP 00024287520135020047 A28, Relator: Odette Silveira Moraes, Data de Julgamento: 05/08/2014, 11ª Turma, DJ 12/08/2014).

Daí a indagação: suspenso o contrato de trabalho, e com ele os rendimentos do alimentante, qual será a fonte de recursos para o pagamento do débito alimentar vencido e mesmo dos alimentos que se vencerem durante o período de restrição de liberdade? Pragmaticamente, a prisão civil, teleologicamente voltada à satisfação do crédito alimentar, acabaria por prejudicá-lo ao suprimir a única fonte de recursos apta a viabilizar seu adimplemento.

Cumprê lembrar que a prisão do alimentante não possui caráter de pena ou de sanção, mas de medida coercitiva voltada ao adimplemento⁴². Seguindo tal fio condutor, é

42 “No Brasil, no que diz com as possibilidades previstas na Constituição, a prisão civil não é considerada uma pena propriamente dita, mas, sim, um excepcional meio processual de cunho coercitivo com dias finalidades: a)

no mínimo inocente acreditar que o devedor de alimentos, com emprego formal, que já não conseguiu adimplir prestações vencidas, uma vez preso e com o contrato de trabalho suspenso, conseguirá pagar, além dos alimentos atrasados, também aqueles que se vencerem durante a execução, já que desprovido de rendimentos. Eis aí a derrotabilidade da regra: sua aplicação, abstratamente voltada a proteção do crédito alimentar, em concreto acabará por prejudicar não só o adimplemento dos valores atrasados como também daqueles ainda vincendos.

O monitoramento eletrônico, de outro lado, além de permitir a manutenção do contrato de trabalho, concede ao executado uma derradeira oportunidade para perseguir a obtenção dos recursos necessários para saldar sua dívida, seja fazendo horas extras, seja por meio de empréstimos ou qualquer outra fonte. Mesmo a obtenção de apenas parte do débito vencido pode levar a composição das partes, seja por meio de parcelamento seja por dação em pagamento⁴³.

obrigar o devedor de alimentos a cumprir com sua obrigação alimentar” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentários à Constituição do Brasil*. J. J. Canotilho (et. al.). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 464).

43 Neste ponto, imprescindível o estímulo por parte do Juízo para que as partes possam chegar a uma composição. Ainda que impere no Brasil o senso comum de que a prisão civil é desvirtuada como instrumento de vingança privada, sobretudo por parte dos ex-cônjuges, nas situações em que for flagrante o esforço do executado em buscar meios para saldar a dívida ou ainda quando esta tenha como origem uma hipótese excepcional, como doença na família, furto, etc., a conciliação se mostra instrumento apto a resolver mais do que o sintoma do inadimplemento, fazendo com que credor e devedor reconheçam que o débito não pode ser imputado ao devedor e, cooperando mutuamente para superarem esta situação, busquem

A segunda hipótese de derrotabilidade da regra que ora se cogita é aquela em que o devedor de alimentos é o provedor de uma família monoparental.

As famílias contemporâneas são dinâmicas: formam-se e dissolvem-se com facilidade. Surgem então situações em que um pai, que teve contra si fixada obrigação alimentar em favor de um filho fruto de um primeiro casamento, constitui nova família, com novos filhos, e por qualquer vicissitude da vida, torna-se o único responsável pela criação destes.

À primeira vista a hipótese pode parecer pouco provável, mas não o é. De acordo com o censo demográfico realizado pelo IBGE, em 2010 existiam 881.716 famílias monoparentais masculinas com filhos no Brasil⁴⁴, número que, mesmo diante das quase 50 milhões de famílias brasileiras, não pode ser desprezado.

A questão que não poderá ser ignorada pelo jurista é: se este alimentante for preso em regime fechado, ainda que pelo prazo de até 90 (noventa) dias, como ficarão os cuidados, objetivos e subjetivos dos filhos que com ele vivem e dele dependem? Seria legítimo sacrificar

soluções que fortaleçam os vínculos paterno filiais. Nestes casos, a equipe multidisciplinar dos Juízos de família pode atuar em conjunto com as partes para que uma situação de dificuldade patrimonial não acabe por destruir a relação pessoal entre os envolvidos.

44 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo demográfico 2010: famílias e domicílios*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf, acesso em 02/12/2016.

a manutenção de alguns dos filhos em favor da coerção em favor dos alimentos devido a outros? Intuitivamente, a resposta também será negativa, abrindo espaço para a derrotabilidade da regra em razão de uma situação fática excepcional que a legitima.

Solução similar foi adotada pelo Conselho da Justiça Federal que, na VII Jornada de Direito Civil, aprovou o enunciado nº 599 facultando ao magistrado aplicar medidas coercitivas diversas da prisão em regime fechado em hipótese de alimentos avoengos⁴⁵.

Por certo que a vida é muito mais criativa que os juristas, e diversas serão as hipóteses aptas a autorizar a derrotabilidade da regra do art. 528, §4º, bastando para tanto que, em razão das peculiaridades concretas, a aplicação do dispositivo mostre-se contrária ao seu fundamento de validade, nomeadamente a persecução do adimplemento do crédito pelo qual se realiza o direito a uma subsistência digna.

45 Enunciado nº 599: Deve o magistrado, em sede de execução de alimentos avoengos, analisar as condições do(s) devedor(es), podendo aplicar medida coercitiva diversa da prisão civil ou determinar seu cumprimento em modalidade diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos e garantia à vida.

4. “Um canteiro de obras em construção”: a ponderação dos interesses à luz da proporcionalidade

Uma vez derrotada a norma que estabelece a prisão em regime fechado frente as peculiaridades do caso concreto, abre-se espaço para a construção de uma normatividade substancialmente adequada, proporcional e razoável aos interesses jurídicos conflitantes, viabilizando, de um lado, assegurar o direito ao crédito alimentar, e, de outro, salvaguardar as fontes necessárias ao adimplemento e a dignidade do alimentante.

O primeiro passo para tal construção é afastar a concepção própria da temporalidade moderna de que ao juiz apenas cabe aplicar o texto da lei, sejam quais forem as circunstâncias externas ao texto ou os conflitos apresentados. Trata-se de postura clássica do juiz da modernidade, que limitava-se a atuar como *la bouche de la loi*. Sobre ela enfatizava Montesquieu:

“Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.⁴⁶

Certamente, não é este o perfil do juiz contemporâneo, nem o que dele se espera. Como já se afirmou em

46 MONTESQUIEU, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160.

outra oportunidade, na seara endoprocessual, não cabe ao juiz apenas aplicar a lei aos casos concretos, decidindo as causas, mas dele se exige que leve em conta as singularidades próprias de cada caso, e quando da aplicação pura da lei ao caso não corresponder uma decisão justa, que faça prevalecer as peculiaridades em relação a abstração da lei.

Essa linha de ideias nada mais faz que retomar a consagrada teoria tridimensional de Miguel Reale e reconhecer que o Direito não se limita ao texto normativo, que é apenas parte do todo. Em sua complexidade, o Direito congloba fato⁴⁷, valor e norma em uma unidade harmônica de sentidos⁴⁸, o que em certa medida é retomado pela me-

47 A necessidade de o Direito considerar os fatos e as transformações sociais também é encontrada na sempre lapidar lição do magistrado e hoje advogado Victor Alberto Azi Bomfim Marins, que há muito assevera: “o que se quer realçar aqui é o dado da experiência, que, se não deve ter importância quase absoluta, como no direito da *common law*, não deve ser subestimado, como sugeriria a ortodoxa aplicação dos princípios inerentes ao sistema da família romano-germânica. A jurisprudência tem, em verdade, mesmo nestes últimos ordenamentos jurídicos, grande importância, isto porque, além de aplicar a lei, retrata permanente esforço no sentido da evolução dos textos legais, pondo-os em dia com as transformações sociais, e além disso, deve-se reconhecer uma certa função criadora na interpretação da lei” (*Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 27-28).

48 “Nos termos da teoria tridimensional do Direito, pode-se, analiticamente, esclarecer que a estrutura de um modelo jurídico pressupõe: a) dado campo de atos ou fatos da experiência social; b) uma ordenação normativa racionalmente garantida; c) o propósito de realizar *valores* ou impedir *desvalores*, de conformidade com a natureza de cada porção de realidade objeto da investigação científica. Como se vê, os modelos jurídicos são instrumentos de vida segundo pressupostos e categorias que a pesquisa científica elabora em função de cada domínio da realidade social, numa

todo do Direito Civil Constitucional. Em obra paradigmática, assentou Pietro Perlingieri:

“É possível individualizar o sentido de um texto somente <determinando o seu campo de aplicação com referência a fatos concretos>. Daí decorrem as oportunas referências à adequação, à razoabilidade, à proporcionalidade, à coerência, e à congruência, incompatíveis com qualquer formalismo ou dogmatismo, destinados a alimentar a experiência, rica e diversificada, em casos concretos e a atribuir ao texto, um <significado apropriado a uma determinada circunstância de fato>. Experiência que, na sua totalidade, se configura como o contexto histórico cultural, no qual se realizam a atividade e a função do jurista. Assim, a doutrina do direito é chamada a propor soluções e diretivas <concretamente utilizáveis>, ainda mais se a ciência que as propõe se fundar em juízos não hipocritamente neutros, mas de tipo valorativo”⁴⁹.

Eis aí o desafio do jurista contemporâneo: construir a partir das regras e dos valores dados pelo sistema jurídico uma normatividade adequada aos fatos sociais sobre os quais incidirão. Nas execuções de alimentos em que a prisão civil revelar-se contrária ao fundamento de validade que a justifica, o monitoramento eletrônico do executado se apresenta como uma solução “concretamente utilizável”.

compreensão unitária” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 48).

49 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 605.

Atenta a precariedade da estrutura prisional brasileira, a doutrina já havia cogitado tal possibilidade, ainda que sem acreditar em sua efetiva concreção:

“É muito comum a inexistência de um espaço próprio para que devedores de alimentos fiquem presos. Em um país no qual sequer se investe em estabelecimentos para o cumprimento de penas criminais, chega até a ser ilusório imaginar espaços separados para o cumprimento da prisão civil. A ausência desses espaços separados tem feito com que a jurisprudência autorize que a prisão civil seja cumprida em regime domiciliar. Porém, é muito difícil tornar efetiva a prisão domiciliar no sistema brasileiro. À vista da absoluta impossibilidade de realizar uma vigilância direta sobre o preso, para evitar que ele saia de sua residência, a lei autoriza o emprego da fiscalização por monitoramento eletrônico, por exemplo por meio de algemas eletrônicas (art. 122, parágrafo único, da Lei 7.210/84). Todavia, como se sabe, muitos Estados ainda não implementaram regime de vigilância eletrônica e, portanto, não teriam condições nem de impor fiscalização desse modo, nem de dispor de um agente público para acompanhar, diuturnamente, o devedor, para certificar-se de que ele não sairá de sua residência”⁵⁰.

Trata-se, em verdade, de nova tecnologia colocada à disposição do Poder Judiciário para solver o calvário das

50 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1030-1031.

execuções de alimentos. Assim foi com o exame de DNA, que revolucionou a prova da investigação de paternidade. Também os novos meios de comunicação, como Skype e FaceTime, que permitem o contato paterno filial próximo e constante mesmo quando os interlocutores estão separadas por oceanos.

Em que pese inexistir regra expressa que preveja a utilização de tal tecnologia para buscar a satisfação do crédito alimentar, a adoção dessa nova tecnologia encontra amparo na cláusula geral do art. 139, IV, do Código de Processo Civil que autoriza o magistrado a “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”.

Posta as claras a *viabilidade* jurídica da utilização de tornozeleiras eletrônicas como medida alternativa à prisão civil do alimentante, resta como derradeiro passo o exame da *conveniência* da adoção de tal ferramenta. Para tanto, salutar colocá-la à prova ao submetê-la ao crivo da proporcionalidade, especificamente por meio de seus atributos da (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade *stricto sensu*⁵¹.

A *adequação* se revela na capacidade da medida de atingir o fim por ela visado, *in casu*, o adimplemento do cré-

51 STF. Habeas Corpus nº 124.306/RJ. Min. Luiz Roberto Barroso. J. 29/11/2016.

dito alimentar. Ainda que o monitoramento eletrônico não deflagre o grau de lesividade da prisão em regime fechado, e nesta senda, não produza o mesmo grau de coerção, é indubitavelmente uma forma de restrição de liberdade.

Com ela, o executado se limitará a ir de sua casa para o trabalho, em horários e por percursos predeterminados pela autoridade judiciária. Não terá qualquer forma de lazer; não poderá sequer visitar qualquer amigo ou parente; não poderá ir ao shopping ou ao supermercado; apenas alternará entre sua residência e seu trabalho. Por certo tal restrição é altamente indesejada pelo executado, que fará o possível para dela se ver *livre*.

Não bastasse, o fato de frequentar a ambiência do trabalho e a convivência com seus colegas portando um equipamento de monitoramento eletrônico também implica em substancial constrangimento, apto a, somado a restrição de liberdade, impelir o executado a buscar a satisfação dos valores por ele devidos.

Em decorrência do pequeno número de decisões que até agora aplicou a medida, e ainda do pouco tempo decorrido desde a primeira decisão a dela valer-se, não existem dados empíricos suficientes para se obter uma estatística substancialmente válida. No entanto, é de se apontar que das quatro decisões até agora proferidas no Estado do Paraná, três delas deflagraram o pagamento do valor devido pelo executado assim que intimado da decisão que determinou sua submissão ao monitoramento ele-

trônico, sendo a quarta cumprida espontaneamente pelo executado⁵², que se dirigiu ao Depen para a colocação do equipamento, sob pena de não o fazendo ver decretada sua prisão em regime fechado.

Ainda que não se tenha um número suficiente de casos a amparar uma estatística, até o presente momento a efetividade da medida superou até mesmo a da prisão em regime fechado, até mesmo em razão do descrédito do Judiciário pela incapacidade de cumprir tais mandados.

Comparativamente, é inegável que nos casos em que o devedor não possui patrimônio o monitoramento eletrônico é medida mais adequada à busca do adimplemento do que a própria prisão em regime fechado⁵³, posto que o adimplemento não depende da vontade do devedor, mas de sua capacidade de angariar recursos, que restará fulminada pela prisão em período integral. Não por outra razão reconhece Araken de Assis que “a coerção pessoal pode não realizar o crédito, considerando injunções práticas”⁵⁴.

A segunda dimensão da proporcionalidade se revela na *necessidade* da medida, cujo desiderato é a vedação de

52 O caso foi apresentado no programa Fantástico, da Rede Globo, em 27/12/2016.

53 É a conclusão exarada por Luiz Edson Fachin ao pontuar que “sobre aquele que não tem possibilidades financeiras de adimplir com os alimentos, a prisão civil parece pouco ajudar” (Constituição, processo e prisão civil do devedor de alimentos: diálogos entre o pretérito, o presente e o porvir. *Migalhas* (www.migalhas.com.br), publicado em 02/12/2014).

54 ASSIS, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 130.

excessos. Se a medida não for necessária ao fim colimado, não se justifica sua aplicação.

A proposta do monitoramento eletrônico evidencia sua necessidade a partir da constatação de que, a despeito dos diversos outros meios (além da prisão civil) voltados à satisfação do crédito alimentar, todos guardam preponderante caráter patrimonial, o que pode não deflagrar a mesma coercitividade da restrição de liberdade.

À guisa de exemplo, destacam-se o protesto (art. 528, §3º), o desconto em folha de pagamento (art. 529), a expropriação de bens (art. 831), a constituição de capital (art. 533), além das construções jurisprudenciais que culminaram na possibilidade de inscrição do devedor de alimentos nos órgãos de restrição ao crédito (STJ – 3ª Turma. REsp. nº 1469102/SP. Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 08/03/2016) e na fixação de astreintes (TJPR - 11ª C. Cível. AI nº 1.055.392-9. Rel.: Des. Gamaliel Seme Scaff, j. 05.02.2014).

Nenhuma delas, porém, possui a força coercitiva da ameaça de restrição de liberdade. Tais medidas também se revelam inócuas para os devedores que não possuem bens em seu nome e trabalham de forma autônoma, inviabilizando o desconto dos alimentos de sua folha de pagamento. Somente restrições de caráter pessoal possuem a potencialidade de compelir o executado com este perfil ao adimplemento da obrigação, revelando aí a *necessidade* da medida.

O terceiro dos atributos é a *proporcionalidade em sentido estrito*, consistente na relação de custo benefício

entre as vantagens alcançadas e os direitos sacrificados. Se os dois primeiros atributos fizeram referência direta aos pontos positivos da aplicação do monitoramento eletrônico como medida coercitiva alternativa à prisão em regime fechado, este terceiro possui a capacidade de cotejar os aspectos negativos destas medidas.

Ao construir a norma jurídica para o caso concreto, não se pode desconsiderar a realidade social sobre a qual a norma será aplicada. Vale lembrar a célebre afirmação de Georges Ripert: “*quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingará ignorando o Direito*”. É nesta medida que se tem de pensar, antes de decretar a prisão do devedor de alimentos, de prisão se está falando.

Quando o legislador previu essa hipótese e autorizou a prisão do devedor de alimentos, pensou em um sistema carcerário condigno com os valores sociais e as garantias fundamentais do cidadão. A título de exemplo, o art. 528, §4º, do Código de Processo Civil determina que a prisão por alimentos “será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns”. Tal dispositivo constitui um claro exemplo de hipótese em que o Direito ignora a realidade.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias realizado em 2014 pelo Ministério da Justiça, tamanha a superlotação dos presídios brasileiros que, além dos presídios contarem com taxa de ocupação no importe de 161% de sua capacidade, fal-

tavam ainda 231.062 vagas no sistema penitenciário. É como se toda a população da cidade de Foz do Iguaçu tivesse sido condenada e estivesse aguardando por vagas no sistema prisional.

Ao constatar a precariedade e as condições sub humanas dos presídios brasileiros, o Supremo Tribunal Federal reconheceu em setembro de 2015 que o Brasil vive um “estado inconstitucional de coisas”⁵⁵. A mais alta Corte do país constatou que o sistema prisional brasileiro apresenta violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. O ministro Luiz Roberto Barroso chegou a apontar que “*mandar uma pessoa para o sistema é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta, em razão da violência física, sexual e do alto grau de insalubridade das carceragens, notadamente devido ao grave problema da superlotação*”. O então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, comparou as prisões brasileiras às “masmorras medievais”.

É nesta senda que não se pode ignorar que a prisão do devedor de alimentos em regime fechado invariavelmente deflagrará violação generalizada de seus direitos, em gravidade tamanha a atingir a própria dignidade humana ao submete-lo a instalações carcerárias superlotadas e manifestamente insalubres. Não cabe aqui, na limitada extensão do presente texto, perquirir a proporcionalidade da prisão em regime fechado, mas tais dados são fundamentais para

55 STF. Plenário. ADPF 347/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 19/02/2016.

se apurar o custo benefício do monitoramento eletrônico do devedor de alimentos.

Se em certa medida a aplicação da medida imprimirá no executado menor grau de coercibilidade que o regime fechado, e aí o *custo* de sua adoção, de outro evitará a inextorável violação de direitos fundamentais do alimentante, em alcance suficiente a atingir o próprio núcleo da dignidade humana, vértice de todo o Direito pátrio.

Feitas estas considerações, não resta dúvida que a prisão domiciliar do devedor de alimentos, controlada por meio de tornozeleira eletrônica, além de encontrar respaldo no sistema processual (art. 139, IV, CPC), mostrando-se, assim, juridicamente viável, resiste e sobressai com integridade à submissão ao princípio da proporcionalidade, evidenciando, também, a conveniência de sua adoção como medida coercitiva alternativa ao regime fechado.

5. Conclusão

À guisa de conclusão, a incorporação desta nova tecnologia pelo Judiciário tem apenas a contribuir com os interesses em jogo, tanto do alimentante quanto do alimentado. Além de ser mais um meio coercitivo que pode ser tanto alternativo quanto anterior à decretação da prisão em regime fechado, e que portanto não a exclui, o uso de tornozeleiras eletrônicas possibilita ao devedor a continuidade de sua atividade laborativa, auferindo com ela a renda necessária ao pagamento de suas obrigações alimentares.

De outro lado, o regime domiciliar não sanciona, de forma reflexa, a atual família do alimentante, tampouco o submete a condição sabidamente desumana dos presídios brasileiros, resguardando, dentre tantos, o mais fundamental de seus direitos: a dignidade.

Para além de tecnicamente adequada, a medida detém potencialidade de se mostrar também eficiente, talvez até mesmo mais eficiente que a prisão em regime fechado, considerando a incapacidade crônica do Estado no cumprimento dos mandados de prisão. Outro ponto que merece destaque é que o uso da tornozeleira eletrônica não é uma imposição contra o devedor, mas uma alternativa que apenas é aplicada com sua anuência, sob pena de, não o fazendo, ter imediatamente decretada a ordem de prisão em regime fechado. Essa facultatividade deixa claro como a técnica é aplicada àqueles devedores que de fato não conseguiram realizar o pagamento, e não àquele devedor contumaz, que simplesmente ignora a execução e recusa-se a colaborar. A estes não restará alternativa senão a prisão em regime fechado.

A inovação está em facultar ao juiz uma nova ferramenta, uma alternativa para casos em que a prisão civil do alimentante se mostre desarrazoada, muitas vezes em prejuízo do próprio alimentado, e neste ponto, merece aplausos. É, sem dúvida, mais um passo à construção de uma jurisprudência mais humana, atenta a realidade social e comprometida com a concreção do projeto constitucional de uma sociedade justa e solidária.

Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____ (et. al.). *Comentários à Constituição do Brasil*. J. J. Canotilho (et. al.). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. Constituição, processo e prisão civil do devedor de alimentos: diálogos entre o pretérito, o presente e o porvir. *Migalhas* (www.migalhas.com.br), publicado em 02/12/2014.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

IBGE. *Censo demográfico 2010: famílias e domicílios*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen*. Brasília, 2014.

MONTESQUIEU, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Calvário da cobrança de pensão alimentícia vai além da morosidade. *Consultor Jurídico* (www.conjur.com.br), publicado em 09/10/2016.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Tradução Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Freddie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.