

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A CISÃO DO PROCEDIMENTO NAS EXECUÇÕES ALIMENTÍCIAS
E OS EQUÍVOCOS QUANTO A SUA APLICABILIDADE
INDISCRIMINADA.

CÉSAR VINICIUS FERREIRA BARBOSA

Presidente Prudente/SP

2003.

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A CISÃO DO PROCEDIMENTO NAS EXECUÇÕES ALIMENTÍCIAS
E OS EQUÍVOCOS QUANTO A SUA APLICABILIDADE
INDISCRIMINADA.**

CÉSAR VINICIUS FERREIRA BARBOSA

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Jefferson Fernandes Negri.

Presidente Prudente/SP

2003

**A CISÃO DO PROCEDIMENTO NAS EXECUÇÕES ALIMENTÍCIAS
E OS EQUÍVOCOS QUANTO A SUA APLICABILIDADE
INDISCRIMINADA.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

Jefferson Fernandes Negri
Orientador

Emerson de Oliveira Longhi
Examinador

Leila Raquel Garcia
Examinadora

Presidente Prudente, 04 de Dezembro, 2003.

“E, se algum de vós tem falta de sabedoria, peça-a a Deus, que a todos dá liberalmente e não o lança em rosto; e ser-lhe-á dada.”

Tiago 1. 5

“No entanto Deus é sábio e poderoso; Ele tem inteligência e entendimento.”

Jô 12:13

AGRADECIMENTOS

Como não poderia deixar de ser, agradeço em primeiro lugar a Deus, pelos anos de saúde e paciência, pela força e sabedoria nas horas mais duras e angustiantes, confortando e acalmando o coração tantas vezes aflito, também pelas oportunidades, que me foram concedidas no decorrer do curso, toda honra e glória pertence a Ele.

A Ele também agradeço, pelos pais Domingos e Cida que me foram concedidos, corrigindo e ensinando, com paciência, nos momentos certos, apoiando-me com carinho e compreensão, e pela oportunidade e pelo apoio que sempre recebi em meus estudos, nunca permitindo que as dificuldades interrompessem a minha formação universitária, provando seu amor por mim.

Agradeço ao orientador e amigo Dr. Jefferson Fernandes Negri, minha sincera gratidão, pela convivência tão profícua e pelas lições acadêmicas e de vida, imprescindíveis para que este trabalho pudesse ser concluído. Desde já agradeço também a Dra. Leila Raquel Garcia e o Dr. Emerson de Oliveira Longhi, por aceitarem participar do exame deste trabalho.

Fica também minha gratidão aos meus amigos Nelson Gonçalves de Souza Junior, Jéssyca Crepaldi, Ana Lúcia Padovani, Elias Augusto de Lima Filho e muitos outros nomes que apenas um página não caberiam mencionar. Todos muito acrescentaram à minha pessoa, pela amizade e compreensão, ainda que em momentos poucos propícios, mas sempre prontos a me estender a mão, mesmo que as duas estivessem ocupadas.

Aos demais familiares, professores e amigos que de alguma forma acreditaram e contribuíram para a realização deste trabalho.

Agradeço, por fim, a uma pessoa tão importante quanto as já mencionadas, sem esta os agradecimentos seriam incompletos, pois foi ela que, com muita paciência e carinho, sempre esteve ao meu lado nos momentos mais difíceis durante o curso, é por ela que pulsa mais forte este coração que acredita em um amor verdadeiro, sincero e fiel. Aquela que veio ao mundo para ser admirada, adorada e amada. A minha namorada Andréia Garcia Gomes.

RESUMO

Neste trabalho, o autor aborda as várias formas da execução da prestação alimentícia, em especial a prevista no art. 733 do CPC, ou seja, a coerção pessoal do devedor de alimentos. Tal procedimento está atualmente sofrendo limitação quanto a sua aplicabilidade, em razão do entendimento jurisprudencial que determina a cisão do procedimento quando a ação de execução versar sobre montante superior a três parcelas anteriores a execução.

Verificou-se através deste trabalho que tal entendimento jurisprudencial aplicado de maneira descontrolada e generalizada, obriga o credor de alimentos a propor duas ações de execução: uma para executar as três últimas parcelas anteriores a execução, sob pena de prisão civil; e outra para executar as demais prestações, devendo seguir o rito da execução por quantia certa.

O autor analisou todos os argumentos utilizados pelos adeptos da cisão e, constatou, ao final, que tais argumentos são inválidos e insuficientes para sustentar a cisão.

Abordou que a jurisprudência não é fonte criadora do direito, mas sim instrumento de complementação da legislação, não podendo ser usada de forma generalizada.

Asseverou também que a prisão civil é meio eficaz para obrigar o devedor de alimentos a cumprir sua dívida.

Por fim, constatou que o maior prejudicado por esse entendimento jurisprudencial é o próprio credor dos alimentos, principalmente quando se trata de prestações alimentícias decorrentes do poder familiar, pelo fato de que a cisão viola o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, previsto na Constituição Federal e no ECA.

PALAVRAS-CHAVE: Execução de Alimentos; Cisão do Procedimento Prisão Civil.

ABSTRACT

In this work, the author approaches the several forms of the execution of the nutritious installment, especially foreseen her in the art. 733 of CPC, that is to say, the debtor's of victuals personal coercion. Such procedure is now suffering limitation with relationship its aplicability, in reason of the understanding jurisprudential that determines the cision of the procedure when the execution action turns on superior amount to three previous portions the execution.

It was verified through this work that such understanding applied jurisprudential in an uncontrolled and widespread way, forces the creditor of victuals to propose two execution actions: one to execute the last three previous portions the execution, under feather of civil prison; and another to execute the other installments, should follow the rite of the execution for right quantity.

The author analyzed everybody I argue them used by the followers of the cision and, it verified, at the end, that such an argument is disable and insufficient to sustain the cision.

It approached that the jurisprudence is not creative source of the right, but yes instrument of complementation of the legislation, not could be used in a widespread way.

It also asserted that the civil prison is a little effective to force the debtor of victuals its adimplir debt.

Finally, it verified that the largest harmed by that understanding jurisprudential is the own creditor of the victuals, mainly when you/he/she is current nutritious installments of the family power, for the fact that the cision violates the beginning of the child's integral protection and of the adolescent, foreseen in the Federal Constitution and in ECA.

KEYWORD: Execution of Victuals; Cision of the Procedure Civil Prison.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DOS ALIMENTOS EM GERAL	12
2.1 Conceito.....	12
2.2 Espécies.....	13
2.2.1 <i>Quanto a natureza: alimentos naturais e civis</i>	13
2.2.2 <i>Quanto a causa jurídica: a lei, a vontade, o delito</i>	14
2.2.3 <i>De acordo com a finalidade: provisórios e regulares</i>	14
2.2.4 <i>Quanto ao momento: futuro e pretérito</i>	15
2.2.5 <i>Quanto as modalidades: obrigação alimentar própria e imprópria</i>	16
2.3 Diferença dos alimentos advindos do dever de sustento (poder familiar), dos alimentos oriundos do parentesco	16
2.3.1 <i>Diferença entre poder familiar e pátrio poder</i>	20
2.3.1.1 <i>Poder Familiar</i>	20
2.3.1.2 <i>Pátrio Poder</i>	21
3 PRINCÍPIOS CARACTERIZADORES DA OBRIGAÇÃO LEGAL DE ALIMENTOS	22
3.1 Alimentos como direito personalíssimo	22
3.2 Irrenunciabilidade - art. 1.707 do C.C.	22
3.3 Reciprocidade - art. 1.696 do C.C	23
3.4 Intransmissibilidade	23
3.5 Alternatividade das prestações	25
3.6 Impenhorabilidade	26
3.7 Irrepetibilidade	26
3.8 Imprescritibilidade	27

3.9 Incompensalidade	28
3.10 Variabilidade	28
3.11 Periodicidade	29
3.12 Divisibilidade	29
3.13 Pluralidade de credores	29
4 REQUISITOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR	31
4.1 A regra fundamental	31
4.2 Binômio: necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante	31
4.3 Proporcionalidade da pensão e seus elementos componentes	35
5 DAS EXECUÇÕES EM GERAL	37
5.1 Processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar	37
5.2 Natureza jurídica e finalidade da execução	39
5.3 Requisitos da execução	40
5.4 Elementos subjetivos da execução	42
5.5 Elementos objetivos da execução	45
5.6 Execução provisória e definitiva	47
5.7 Espécies de execução	48
5.7.1 Meios executivos	48
<i>5.7.1.1 Meios executivos de coerção</i>	49
5.7.2 Meios executórios de sub-rogação	49
5.7.3 Execução para entrega de coisa	50
5.7.4 Execução das obrigações de fazer e não fazer	51
5.7.5 Execução por quantia certa	53
5.7.6 Execução por quantia certa contra devedor solvente	54
5.7.7 Execução contra a Fazenda Publica	57

5.7.8 Execução da obrigação alimentar	58
6 EXECUÇÃO DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA	61
6.1 Mecanismos de cobrança dos alimentos devidos	61
6.1.1 Desconto em folha de pagamento – art. 734 do CPC	62
6.1.2 Expropriação – art. 646 do CPC	63
6.1.3 Execução por coerção pessoal –art. 733 do CPC	65
7 DA CISÃO DO RITO NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS	71
7.1 Origem	72
7.2 Argumentos que são utilizados para defender a cisão	74
7.2.1 A perda do caráter alimentar pelo transcurso do tempo	75
7.2.2 O critério dos três meses	82
7.2.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a cisão	84
7.2.4 A posição do Ministério Público frente a cisão	86
7.3 A finalidade desse precedente recepcionado pela jurisprudência pátria	87
7.3.1 A jurisprudência como fonte criadora do direito	88
7.3.2 O papel da jurisprudência nos sistemas da “Common Law” e da “Civil Law”	91
7.3.3 Direito brasileiro	93
8 CONCLUSÕES	96
BIBLIOGRAFIA	100

INTRODUÇÃO

A pesquisa buscou esclarecer algumas dúvidas acerca da chamada cisão do procedimento nas ações de execução de prestação alimentar, principalmente dos motivos que levaram os Tribunais a adotarem esse entendimento, bem como suas prováveis justificativas e eficácia prática.

O tema proposto, por sua vez, demonstrou ser da maior pertinência. Isto porque a relevância do assunto abordado salta aos olhos ao nos depararmos, logo de relance, com a tutela de indispensáveis direito individuais, princípios processuais, fatores sociais e econômicos.

Se o Direito de Família, por si só, já dispensa cuidados especiais, tendo em vista tratar da família em sua acepção mais ampla, a questão da cisão do procedimento nas ações de execução alimentícia se mostrou atual e controvertida, de encontro com os anseios da maioria da população carente desta região e, com certeza, do país.

A pesquisa objetivou compreender o porquê da inclinação dos tribunais pátrios em admitir o expediente da cisão do procedimento nas ações de execução de prestação alimentícia, remetendo o credor à constrição de bens do devedor, ou seja, fadando-o ao fracasso no recebimento de seu crédito.

Coube ainda demonstrar a fundamentação da aplicabilidade da cisão e, que os argumentos utilizados para sustentar esse entendimento jurisprudencial são inválidos, frágeis e, conseqüentemente, prejudicam justamente a parte que deveria receber a total proteção do Estado Juiz, principalmente, nos casos em que a obrigação alimentícia decorre do dever de sustento dos pais para com os filhos, pois estes são ainda mais “fracos”, por serem pessoas que ainda estão em desenvolvimento.

Para tal desiderato, lançou-se mão, em princípio, de análise do instituto dos alimentos. Após, do processo de execução, geral, e de alimentos, para só então adentrar no ápice da discussão.

Utilizou-se da análise da doutrina e de julgados dos nossos tribunais referentes ao tema; do método dedutivo, partindo da idéia geral da execução de alimentos do art. 733 do CPC, com a limitação temporal imposta pelos Tribunais para os casos específicos de execução de alimentos que tem como fonte da obrigação o poder familiar.

2 DOS ALIMENTOS EM GERAL

2.1 Conceito de alimentos

Vários são os conceitos de “alimentos” em seu sentido jurídico. Passamos a ver alguns deles:

Alimentos: Pensões, ordenados, ou outras quaisquer quantias, concebidas ou dadas, a título de provisão, assistência, a uma pessoa por outra que, por força de lei é obrigada a prover às suas necessidades alimentícias e de habitação. (SILVA, 1999, p. 56)

Assim, alimento, na linguagem jurídica, possui um significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. Os alimentos, traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência. (VENOSA, 2001, p. 300)

A palavra alimentos vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida, são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção. (CAHALI, 2002, p. 16)

Alimentos é expressão que compreende não só os gêneros alimentícios, os materiais necessários a manter a dupla troca orgânica que constitui a vida vegetativa (cibaria), como também habitação (habitatium), o vestuário (vestiarium), os remédios (corporis curandi impendia). (CAHALI, 2002, p. 17)

Há também uma conceituação legal de alimentos. O Novo Código Civil, no seu artigo 1.695 assim dispõe:

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, a própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. (BRASIL, Código Civil, 2002, p. 1.290)

Pode-se concluir, diante desses conceitos, que obrigação alimentar é aquela decorrente de lei, que a impõe a determinada pessoa, ligada à outra que não possa se auto-sustentar, seja pelo vínculo do parentesco, do dever de mútua

assistência entre cônjuges ou, pela obrigação decorrente do poder familiar, devendo-se levar em conta o binômio necessidade/possibilidade, isto é, a necessidade do alimentando em conformidade com a possibilidade do alimentante (art. 1694, § 1º, do CC).

Álvaro Villaça Azevedo faz a seguinte observação, ao tratar da matéria:

O dever de prestar alimentos não deve confundir-se com certos deveres familiares, de sustento, de assistência e de socorro, tais como os dos cônjuges e os dos pais relativamente aos seus filhos, enquanto menores, deveres esses que devem ser cumpridos de modo incondicional. O dever de prestar alimentos stricto sensu, desse modo, é o que se impõe em lei a certas pessoas ligadas pelo vínculo de família, que estejam em determinadas condições, consistindo na prestação do necessário ao sustento de quem necessita, sem que o direito correspondente ao estado de cônjuge, ou de seu pai. (Azevedo, 2000, p. 139)

2.2 Espécies

Passaremos agora a analisar as diversas espécies de obrigação alimentar elencadas pela doutrina . Importante ressaltar que será dada maior atenção às espécies mais importantes para o trabalho.

Yussef Said Cahali classifica alimentos de acordo com os seguintes critérios: I) quanto à natureza: naturais e civis; II) quanto à causa jurídica: a lei, a vontade e o delito; III) quanto à finalidade: provisionais e regulares; IV) quanto ao momento da prestação: futura ou pretérita e; V) quanto às modalidades: própria e imprópria.

2.2.1 Quanto à natureza

a) Naturais: são aqueles que compreendem as necessidades vitais do alimentando, tais como alimentação, saúde, vestuário e habitação. São aqueles estritamente necessários para manutenção da vida de uma pessoa.

b) Civis: são aqueles que compreendem necessidades da personalidade do alimentando, ou seja, aqueles que dizem respeito ao intelectual e ao moral, incluindo-se aqui também o lazer. Como exemplo, pode-se citar a educação.

2.2.2 Quanta à causa jurídica

a) Decorrente de Lei: neste caso, é a lei que impõe a prestação de alimentos, e pode ser também chamado de obrigação legítima. É o caso do dever de prestar alimentos em razão do parentesco ou do matrimônio.

b) Decorrente de delito: esta obrigação constitui uma indenização “*ex delicto*” e é devida por aquele que pratica um ato ilícito e, com isso, impossibilita o sustento de alguém.

c) Decorrente de vontade: diferente da obrigação alimentar decorrente de lei, a obrigação alimentar pode decorrer por mera vontade do devedor, seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. Nesta espécie de obrigação se enquadra a obrigação contratual de alimentos, como por exemplo aquela firmada por ato de vontade entre pessoas que, a princípio, não estariam obrigadas a prestar alimentos umas às outras.

2.2.3 De acordo com a finalidade

a) Provisionais: são os alimentos fixados em caráter de urgência, através de medida cautelar, expressamente prevista no Código de Processo Civil, artigos 852/854. Visam a atender as necessidades do alimentando durante a pendência do processo, incluindo-se nesse montante as despesas adicionais que venham a ter na íde. São cabíveis: nas ações de separação judicial e anulação de casamento, se separados estiverem os cônjuges; nas ações de alimentos; nos

demais casos expressos em lei, ou seja, a hipótese do artigo 7º, da Lei nº 8.560/92, que regula a investigação de paternidade.

b) Regulares: ou definitivos, são os alimentos fixados pelo juiz na sentença final, e que substituirão os alimentos provisionais ou os provisórios que eventualmente tenham sido deferidos anteriormente à sentença.

c) Provisórios: adicionamos esta espécie de obrigação alimentar à classificação de Yussef Said Cahali. São os alimentos previstos na Lei nº 5.478/68 (Lei de Alimentos), fixados pelo juiz quando este despachar o pedido inicial da ação de alimentos, seguindo o rito especial para ela prevista na mencionada lei. Porém, em razão do artigo 13, os alimentos provisórios podem ser concedidos nas ações de separação judicial, nulidade e anulação de casamento, nas ações de revisão de sentença proferidas em pedido de alimentos e nas respectivas execuções, podendo também serem concedidos por ocasião de petição inicial nos pedidos cautelares de alimentos provisionais. No entendimento de Paulo Lúcio Nogueira:

Tanto os alimentos provisórios como os alimentos provisionais têm caráter provisório, e nisso se confundem. Ambos são de natureza cautelar, visto que os provisórios podem ser fixados ao despachar o pedido inicial e os provisionais podem ser fixados antes da ação principal. (NOGUEIRA, 1995, p. 7)

2.2.4 Quanto ao momento

a) Futuros: nos ensinamentos de Yussef Said Cahali “são os alimentos que se prestam em virtude de decisão judicial ou de acordo, e a partir dela. (CAHALI, 2002, p. 27).

b) Pretéritos: o mesmo doutrinador acima mencionado diz ainda que a obrigação alimentícia pretérita “são os anteriores a qualquer desses momentos”. (CAHALI, 2002, p. 27).

2.2.5 Quanto às modalidades

a) Própria: é a prestação daquilo que é diretamente necessário à manutenção da pessoa.

b) Imprópria: é aquela que tem como conteúdo o fornecimento dos meios idôneos à aquisição de bens necessários à subsistência.

2.3 Diferença dos alimentos advindos do dever de sustento (poder familiar) dos alimentos oriundos do parentesco

Cabe aos genitores, a cada qual e a ambos conjuntamente, sustentar os filhos, provendo-lhes a subsistência material e moral, fornecendo-lhes alimentação, vestuário, educação, enfim, tudo aquilo que se faça necessário à manutenção e sobrevivência dos mesmos.

A doutrina, uniformemente, baseada na lei, identifica duas ordens de obrigação alimentar dos pais, distintas: uma resultante do pátrio poder¹, consubstanciada na obrigação de sustento da prole durante a menoridade (CC, art. 1.566, IV); e outra, mais ampla, de caráter geral, fora do poder familiar, vinculada à relação de parentesco em linha reta.

A obrigação de sustento tem a sua causa no poder familiar. O poder familiar representa, atualmente, uma instituição destinada a proteger os filhos e, desse modo, certos poderes ou certas prerrogativas são outorgadas aos pais, para com isso facilitar-lhes o cumprimento daqueles deveres.

Quanto aos filhos, sendo menores e submetidos ao poder familiar, não há um direito autônomo de alimentos, mas sim uma obrigação genérica e mais ampla de assistência dos genitores; os titulares do poder familiar, ainda que não possuam o usufruto dos bens do filho, são obrigados ao sustento, mesmo sem

¹ O Novo Código Civil trata o instituto do pátrio poder, sob a denominação de “ Poder Familiar” – art. 1.630 et.seq.- não lhe alterando substancialmente a disciplina em seu confronto com o Código Civil de 1.916. As diferenças terminológicas serão tratadas no tópico 2.3.1.

auxílio das rendas do menor e ainda que tais rendas suportem os encargos da alimentação. A obrigação subsiste enquanto menores os filhos, independentemente do estado de necessidade deles, como por exemplo na hipótese dos filhos menores disporem de bens (por herança ou doação), enquanto submetidos ao poder familiar.

No entendimento do doutrinador Yussef Said Cahali, a obrigação alimentar resultante do poder familiar:

(...) não se altera diante da precariedade da condição econômica do genitor. O pai, ainda que pobre, não se isenta por esse motivo, da obrigação de prestar alimentos ao filho menor; do pouco que ganhar, alguma coisa deverá dar ao filho, a alegada impossibilidade material não pode constituir motivo de isenção do dever dos pais de contribuir para a manutenção do filho; eventualmente, a prestação ficaria descumprida, pois ao impossível ninguém está obrigado; a obrigação, no entanto, sempre subsistirá. (CAHALI, 2002, p. 526)

Portanto, o dever de sustento vinculado ao poder familiar só se encerra com a maioridade.

A violação do dever de sustento pode constituir abuso do poder familiar, de modo a determinar-lhe a perda ou suspensão, possibilidade prevista no nosso ordenamento jurídico nos artigos 1.637 e 1.638, II, do Código Civil. Mas a perda ou suspensão do poder familiar não retira ao filho menor o direito de ser alimentado pelo genitor destituído ou suspenso de seu exercício

O dever de sustento, portanto, não é recíproco e cessa com a maioridade do filho.

Mesmo com a maioridade os filhos podem pedir alimentos aos pais. Após a cessação da menoridade, pode surgir obrigação alimentar dos pais em relação aos filhos adultos, porém com natureza diversa, fundada no artigo 1.694 do Código Civil. Essa obrigação diz respeito aos filhos maiores que, por incapacidade ou enfermidade, não estiverem em condições de prover à sua própria subsistência.

Essa estrita obrigação alimentar entre pais e filhos resultante da relação de parentesco em linha reta terá como pressuposto o estado de necessidade do alimentado e a correlata possibilidade do alimentante de ministrá-lo, sem com

isso desatender às suas necessidades e de sua família. Tal obrigação é denominada, doutrinariamente, de obrigação de alimentos oriundos do parentesco.

A obrigação alimentar do art. 1.694 do Código Civil é proporcional (art. 1.694, § 1º) à capacidade econômica de quem os deve e das necessidades de quem os reclama; trata-se, pois, de uma obrigação de conteúdo variável e contingente, enquanto o dever de sustento dos filhos menores, imposto aos genitores, caracteriza-se como sendo absoluto, sem qualquer consideração às respectivas fortunas.

O dever de sustento extingue-se com a maioridade, ou mesmo com a emancipação do filho: ao romper a relação do poder familiar, cessam os efeitos do mesmo, entre os quais o dever de sustento do filho, surgindo como única e autônoma a prestação legal de alimentos, condicionada, agora, esta, ao estado de necessidade do filho e à possibilidade do genitor.

A obrigação alimentar que surge com o final do dever de sustento que resultou da maioridade é uma obrigação que pode durar por toda vida do alimentando.

O dever de sustento que pesa sobre os pais (art. 1.566, IV, do Código Civil), não se estende aos outros ascendentes, e não é recíproco; a obrigação alimentar do art. 1.694 e ss. do Código Civil, ao contrário, é recíproca (art. 1.696 do Código Civil) entre os ascendentes e descendentes, qualquer que seja o grau de parentesco e qualquer que seja a idade do alimentando, mas não se exime de prova dos pressupostos do art. 1.694, § 1º, do Código Civil a fim de se fixar o “*quantum*”.

Yussef Said Cahali, tratando do assunto relata:

Ademais, a obrigação de sustento não terá atendido seu fim, se os pais não tiverem assegurado *in natura* a satisfação das necessidades do filho sob o poder familiar; situa-se aqui a diferença capital entre o dever de sustento e a obrigação alimentar propriamente dita, que se executa, em princípio, através de prestações periódicas geralmente em dinheiro. Tecnicamente, assim, a obrigação de sustento define-se como obrigação de fazer; enquanto a obrigação alimentar consubstancia uma obrigação de dar. (CAHALI, 2002, p. 530)

Na hipótese da impossibilidade de coabitação dos genitores, se o filho menor for mantido na companhia de um deles, ou de terceiros, a execução da obrigação de sustento (obrigação de fazer) se resolve na prestação do equivalente (obrigação de dar); e passa a representar assim uma forma suplementar colocada à disposição do filho para a obtenção dos meios de subsistência e educação.

Sinteticamente, as diferenças entre as duas modalidades de encargos legais a que se sujeitam os genitores em relação aos filhos, são:

I - Alimentos que advém do dever de sustento (poder familiar):

1 - O dever de sustento diz respeito ao filho menor, e vincula-se ao poder familiar; tem como fundamento o disposto no art. 1.666, III, do Novo Código Civil, como dever de ambos os cônjuges em relação à prole, e, nos arts. 1.566, III, e 1.568 do Novo Código Civil, como obrigação precípua do genitor, de manutenção da família; cessado o poder familiar, pela maioria ou pela emancipação, cessa conseqüentemente aquele dever; termina, portanto, quando inicia a obrigação alimentar;

2 - O dever de sustento é unilateral e se exaure na relação paterno-filial: na vigência da sociedade conjugal, consubstancia, mais propriamente, uma obrigação de fazer do que uma obrigação de dar;

3 - Como dever inarredável dos genitores, o direito natural dos filhos de serem por estes sustentados prescinde dos pressupostos do art. 1.695 do Novo Código Civil; e só tem por adimplido diante da prestação do necessário à manutenção e criação da prole, não se esgotando. Portanto, na simples prestação de um *quantum* periódico ministrado a título de pensão;

4 - O dever de sustento compreende um elemento que, normalmente, é estranho à obrigação alimentar, representado pelo dever de educação.

II - Alimentos oriundos do parentesco:

1 - A obrigação alimentar não se vincula ao poder familiar, mas à relação de parentesco, representando uma obrigação mais ampla que tem seu fundamento no art. 1.696 do Novo Código Civil; tem como causa jurídica o vínculo entre ascendente e descendente;

2 - A obrigação alimentar é recíproca (art. 1.696), nasce depois de encerrada a menoridade e, com isso, o poder familiar, não mais encontrando limitação temporal; sujeita-se, contudo, aos pressupostos da necessidade do alimentando e das possibilidades do alimentante (art. 1.695, do Novo Código Civil), exaurindo-se seu adimplemento em uma obrigação de dar, representada pela prestação periódica de uma quantia fixada segundo aquelas condições; não se compreende, necessariamente, as despesas com a educação.

2.3.1 Poder Familiar e Pátrio Poder

2.3.1.1 Poder Familiar

Maria helena Diniz, dá o seguinte conceito de Poder familiar:

Poder familiar é um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor, não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção do filho. (DINIZ, 2002, p. 439)

O poder familiar tem o objetivo proteger o ser humano que, desde a infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e bens.

Os sujeitos ativos do poder familiar são os pais (inclusive os adotivos), conforme o exposto nos artigo 1.631 do CC e o artigo 21 do ECA. Hoje, de

acordo com a CF/88, o poder familiar é exercido em igualdade de condições por ambos os pais, casados ou não. Enquanto os sujeitos passivos, são os filhos menores.

2.3.1.2 Pátrio Poder

O pátrio poder, regulamentado nos artigos 379 a 395 do CC/16, era exercido apenas pelo pai com a colaboração da mãe. Antigamente, o *pater* tinha o poder sobre todo o clã e este poder se estendia até sobre a vida ou morte do filho. O filho fazia parte do patrimônio do pai.

Antes, o pátrio poder pertencia apenas ao pai; só seria da mãe na falta dele. O pai tinha todos os poderes quanto aos bens dos filhos.

Com a CF/88, o pátrio poder passou a ser exercido por ambos os pais, em igualdade de condições. Logo, havendo divergências, quem resolve a questão será o Judiciário (art. 1.690, *caput*, e parágrafo único do CC).

3. PRINCÍPIOS CARACTERIZADORES DA OBRIGAÇÃO LEGAL DE ALIMENTOS

A obrigação alimentar segue as disposições do Código Civil e da Lei de Alimentos, e, portanto, deve também observar os princípios que a regem. A doutrina cita vários princípios, dentre os quais, destacamos: o caráter personalíssimo da obrigação; o princípio da reciprocidade; da irrenunciabilidade; da intransmissibilidade; da alternatividade; da impenhorabilidade; da irrepetibilidade, entre outros.

3.1 Alimentos como direito personalíssimo

A doutrina é pacífica quando diz que o direito de alimentos tem caráter personalíssimo, pois visa atender necessidades de subsistência e integridade física do alimentando e somente deste, sendo que desse princípio decorrem todos os outros.

Visando preservar a vida do indivíduo, considera-se pessoal no sentido de que a sua titularidade não passa a outrem, seja por negócio jurídico ou fato jurídico.

3.2 Irrenunciabilidade

Prevê tal princípio que “pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos”. (CÓDIGO CIVIL, 2002, art. 1707)

3.3 Reciprocidade

Segundo este princípio, “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”. (CÓDIGO CIVIL, 2002, art. 1696)

3.4 Intransmissibilidade

Tal princípio decorre do disposto no art. 402 do Código Civil de 1916 que trazia a seguinte redação: “A obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor”. Assim, a intransmissibilidade era a regra, em razão do caráter personalíssimo dos alimentos. Regra que permaneceu absoluta até a edição da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), que, em seu artigo 23, estatuiu que: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor na forma do art. 1.796 do Código Civil”.

Com a entrada em vigor da referida Lei, o dispositivo supra mencionado causou certa polêmica quanto a previsão de intransmissibilidade da obrigação alimentícia, que prevalecia até então. O doutrinador Yussef Said Cahali, propôs a seguinte solução:

O entendimento dominante assim orientado, segundo nos parece, estaria se recusando a aceitar o conteúdo declaradamente inovatório do art. 23 da Lei do Divórcio, como aliás, exulta do discurso do autor do projeto, quando do encaminhamento de sua aprovação pelo Senado e na obstinada vinculação ao princípio da intransmissibilidade da obrigação alimentar-antes expresso no art. 402 do CC., mas agora posto em crise-decorrente da natureza pessoal do direito a que ela se refere, simplesmente desconhece o entendimento jamais posto em dúvida, seja no direito comparado, seja no direito brasileiro (inobstante a inexistência de regra similar à do parágrafo 1.615 do BGB), no sentido de que as prestações atrasadas, devidas até a data do falecimento do alimentante, representam simples dívidas comuns, que gravam o espólio e se

transmitem aos herdeiros nos limites das forças da herança. (CAHALI, 2002, p. 70).

Portanto, conclui-se que o princípio da intransmissibilidade permaneceria válido, mas, agora, com uma exceção, conforme acima mencionado.

Diante dessas inúmeras contradições que a disciplina legal vigente proporciona, induzindo doutrina e jurisprudência ao reconhecimento ou não da transmissão hereditária da obrigação alimentícia, era de se esperar que, na elaboração do Novo Código Civil, a matéria viesse a ser estruturada de forma definitiva e clara. Entretanto, não foi o que aconteceu, em razão à demorada tramitação do projeto, expondo no seu curso as diversas modificações do sistema do direito brasileiro através da farta legislação.

O anteprojeto de Código Civil, apresentado em maio de 1972, dispunha em seu art. 1.914, que “a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor”, reafirmando assim o disposto no art. 402 do Código Civil de 1916. Com esta redação, o dispositivo (art. 1.728) foi aprovado na Câmara dos Deputados em 1984, sendo encaminhado ao Senado Federal.

Ocorre que no Senado foi aprovada a Emenda 322, em função da qual o citado art. 1.728 passou a ter a seguinte redação: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.722 deste Código”.

Retificadas as enumerações, o dispositivo passou a constar do Novo Código Civil, no art. 1.700: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”.

Diante da modificação assim introduzida no texto primitivo do projeto, algumas conclusões podem ser afirmadas desde logo:

a) por equívoco ou não, o art. 1.700 do Código Civil não representa a simples reprodução do texto do art. 23 da Lei do Divórcio, pois enquanto este faz referência ao art. 1.796 do Código Civil, aquele se refere ao art. 1.694 do Novo Código;

b) não se reproduzindo no Código atual a regra da intransmissibilidade da obrigação alimentar, contida no art. 402 do Código Civil de 1.916, deixa de existir o aparente conflito entre o seu enunciado e a regra da transmissibilidade excepcional que se estabelecera no art. 23 da Lei do Divórcio;

c) a transmissibilidade da obrigação alimentar, estatuída no art. 1.700, transforma-se em regra geral e exclusiva, na extensão do seu enunciado e nos limites da remissão ao art. 1.694;

d) qualquer que seja o entendimento que se preste ao art. 1.700 do Código Civil, resta incólume de qualquer dúvida que as pensões devidas pelo alimentante até a data do seu falecimento representam dívida de direito comum, que deve ser deduzida do monte partilhável;

e) quando o legislador determina que “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694” (art. 1.700), parece que teve em vista a transmissão da obrigação de prestar alimentos já estabelecidos, mediante convenção ou decisão judicial, reconhecidos como de efetiva obrigação do devedor quando verificado o seu falecimento;

f) por fim, tratando-se de encargo legal atribuído em razão de direito sucessório, a transmissão hereditária da obrigação de prestar alimentos, referida no art. 1.700 do Código Civil atual, somente poderá ocorrer nos casos de sucessão aberta. Nos casos de abertura de sucessão ocorrida anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2.002, a solução deve ser buscada através do confronto do art. 402 do Código Civil de 1.916 com o art. 23 da lei 6.515/77, com todas as suas dificuldades.

3.5 Alternatividade das prestações

Tal princípio decorre do art. 1.701 do Código Civil: “A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e

sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menos”. Assim, o princípio da alternatividade significa que o devedor de alimentos pode cumprir a obrigação prestando pensão em dinheiro ou em espécie (pensão alimentícia imprópria), ou recebendo e mantendo em sua própria casa, o devedor ao credor (pensão alimentícia própria).

3.6 Impenhorabilidade

Tratando-se de direito personalíssimo, destinado o respectivo crédito à subsistência da pessoa alimentada, que não dispõe de recursos para viver, nem pode prover às suas necessidades pelo próprio trabalho, não se compreende possam ser as prestações alimentícias penhoradas; inadmissível, assim, que qualquer credor do alimentando possa privá-lo do que é estritamente necessário à sua subsistência. Portanto, este princípio impede que a prestação alimentícia seja penhorada em qualquer hipótese, por se tratar de recurso necessário à subsistência do alimentando.

3.7 Irrepetibilidade

Tal princípio determina que os alimentos provisionais, provisórios ou definitivos, que foram pagos, não são restituíveis, ainda que a ação de alimentos seja ao final julgada improcedente.

3.8 Imprescritibilidade

Conforme o art. 178, § 10, inciso I, do Código Civil de 1916, prescreviam em cinco anos as prestações alimentícias.

Mister observar que o que prescrevia eram as prestações já vencidas e as atrasadas, e não o direito aos alimentos, posto que este é imprescritível.

Dispõe o art. 189 do Código Civil que: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos que aludem os art. 205 e 206”.

Por sua vez, estabelece o art. 205 que “a prescrição decorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Embora a lei não relacione eventuais ações imprescritíveis, os princípios doutrinários formulados em torno do direito anterior permitem a afirmação da inaplicabilidade do citado dispositivo às ações ou pretensões alimentícias; de qualquer forma, ajuizável a qualquer tempo a ação de alimentos, o termo inicial da pensão devida somente seria a partir da citação do devedor, em relativa homenagem ao princípio in *praeteritum non vivitur*.

De maneira mais concisa, estabelece o Código Civil atual, em seu art. 206, §2º, que “prescreve em dois anos a pretensão para haver prestações alimentícias, a partir da data em que se vencerem”.

Segundo o entendimento do doutrinador Yussef Said Cahali:

Além da simples redução do lapso prescricional das prestações, verifica-se que, substancialmente, nada terá sido modificado em relação ao direito anterior, pois as prestações pretendidas “a partir da data em que se vencerem” serão aquelas devidas após a citação, convencioneadas ou arbitradas judicialmente”.

3.9 Incompensabilidade

Em razão do caráter personalíssimo do direito de alimentos, e tendo em vista que estes são concedidos para assegurar ao alimentado os meios indisponíveis à sua manutenção, afirma-se, como princípio geral, que o crédito alimentar não pode ser compensado, pretendendo-se, mesmo, que não se permite compensação em virtude de um sentimento de humanidade e interesse público; nessas condições, se o devedor da pensão alimentícia se torna credor da pessoa alimentada, não pode opor-lhe, inobstante, o seu crédito, quando exigida aquela obrigação.

O atual Código Civil, ao disciplinar a compensação no âmbito das obrigações em geral (arts. 368 a 380), reproduziu o art. 1.015 do Código anterior no art. 373, para excepcionar de compensação quando uma das dívidas tem sua causa em obrigação alimentar; é, contudo, mais expresso no art. 1.707, no sentido de que o crédito alimentar é “insuscetível de cessão, compensação e penhora”.

3.10 Variabilidade

A prestação de alimentos é considerada variável de acordo com a situação econômica dos sujeitos da ação. Uma vez alterada a situação financeira de alguma das partes, aquele que se ver prejudicado por tal modificação, pode se valer das ações revisionais de alimentos, conforme autorização expressa do art. 1.699 do Código Civil. Portanto, se vê que as ações de alimentos não têm caráter definitivo como nos explica Paulo Lúcio Nogueira:

Note-se que até os alimentos definitivos, que são fixados em decisão final, não tem propriamente o caráter de definitivos, já que podem ser revistos a qualquer tempo, desde que mudem as condições e situação de alimentante ou alimentado.

3.11 Periodicidade

Este princípio determina que as pensões devem ser periódicas. Em regra, mensais, embora não se tenha nenhum obstáculo quanto a outros prazos, desde que não sejam longos, em razão do numerário ter como objetivo o sustento do alimentando.

3.12 Divisibilidade

Não sendo a obrigação alimentar solidária, mas conjunta, ela o é, igualmente, divisível, pois o seu objetivo é essencialmente divisível. Por ser uma obrigação divisível, é desnecessária a formação de litisconsórcio necessário entre os genitores do alimentando, vez que a defesa de quem foi acionado não se pode basear na existência de outras pessoas obrigadas a fornecer alimentos.

3.13 Pluralidade de credores

Assim como ocorre a multiplicidade de devedores conjuntamente obrigados pela prestação alimentícia perante um credor comum, acontece, e com maior frequência, a pluralidade de credores em condições de pretender alimentos ministrados por um devedor comum.

Quando isto acontecer, é necessário distinguir: a) se os alimentos estão vinculados ao alimentante por uma relação de natureza diversa; ou b) se os alimentados encontram-se no mesmo grau em relação ao alimentante.

Na primeira hipótese, a diversidade do vínculo determina uma natural preferência no exercício do direito. Assim, havendo dois ou mais credores de alimentos, caso o devedor não possa prestá-los a todos, deve-se estabelecer uma regra de preferência, pela qual os descendentes preferem aos ascendentes, sem distinção, contudo, quanto à legitimidade ou ilegitimidade; entre os ascendentes, os mais próximos; com ressalva de que o cônjuge prefere aos descendentes e ascendentes e aos demais parentes.

Esta última ressalva, contudo, tem em vista a obrigação alimentar recíproca dos arts. 1.696 e 1.697 do Novo Código Civil, não sobrepondo ao privilégio absoluto em favor dos filhos menores, por força do dever de sustento (sob a forma de alimentos) que incumbe incondicionalmente os genitores.

Ocorrendo a segunda hipótese, revela-se aproveitável a regra geral para o “*concorso di aventi diritto*”, estatuída no art. 442 do Código Civil Italiano.

Na hipótese de uma só pessoa potencialmente obrigada a pensionar, sem possuir os respectivos meios econômicos, alimentos a uma pluralidade de credores, dá mais uma vez demonstração do quanto se considera relevante a equidade, construindo um sistema à base do qual se entrelaçam profundamente os princípios a serem aplicados: o instrumento prático para a afirmação de tal exigência é atribuído ao juiz, o qual emite um “*provvedimento opportuno*”, vale dizer, determina qual ou a qual dentre os pretensos titulares deverão ser ministrados alimentos, e, na segunda hipótese, em que proporção a prestação deve ser fornecida.

Por outro lado, a norma não assegura ao juiz um ilimitado poder discricionário de decisão, porquanto lhe impõe uma tríplice ordem de critério, a que deve ater-se no selecionar os vários credores: a proximidade da parentela e as respectivas necessidades.

Portanto, a ordem de preferência e a distribuição dos alimentos se deixam ao critério equitativo do juiz, limitado este apenas pelos critérios assinalados por lei, na determinação e na medida concreta da obrigação diante de vários credores.

4 REQUISITOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

4.1 A regra fundamental

Na regra fundamental do art. 1.695 do Código Civil: “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

As duas regras fundamentais da teoria dos alimentos são as que o Novo Código Civil exprime neste artigo e no seguinte: “Aquele que possui bens ou que está em condições de prover à sua subsistência por seu trabalho não tem direito de viver à custa dos outros”. Segundo o entendimento do doutrinador Yussef Said Cahali:

O instituto dos alimentos foi criado para socorrer os necessitados, e não para fomentar ociosidade ou estimular o parasitismo. Aquele que apenas tem com que se manter não pode ser obrigado a sustentar outrem. Há obrigações alimentares mais imperiosas umas que as outras. Assim, se do sustento das pessoas, que o parente já tem a seu cargo, não restam sobras, não se lhe pode exigir que abra mais espaço à sua parca mesa, em detrimento dos que já se sentam em torno dela. (CAHALI, 2002, p. 717)

4.2 Binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante

Para que o titular do direito de alimentos possa fazer *jus* a prestação alimentar, é necessário existir o vínculo de família e não manter-se por si mesmo, ou com o seu próprio patrimônio; assim, só serão devidos alimentos quando aquele que os reclama não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, à sua própria manutenção (art. 1.695 do Código Civil).

A regra é que cada pessoa deve prover-se segundo suas próprias forças ou seus próprios bens. A obrigação de alimentos é, portanto, subsidiária, no sentido de que só nasce quando o indivíduo não consegue sustentar-se por si só, com o produto de seu trabalho e rendimentos.

O art. 1.695 do Código Civil, entretanto, não pode ser interpretado na sua literalidade, para excluir da pretensão de alimentos aqueles que os reclama, e por outro lado são possuidores de bens de qualquer natureza.

O pressuposto da necessidade do alimentando somente se descaracteriza se referidos bens de que é titular se mostram hábeis para ministrar-lhe rendimentos suficientes a sua sobrevivência; ou não se mostra razoável exigir-lhe a conversão de tais bens em valores monetários capazes de atender aos reclames vitais do possuidor.

Mas a questão é controvertida. Há doutrinadores que entendem que se aquele que possui imóveis não se encontra em estado de necessidade, pois vendendo os imóveis terá meios para sustentar-se. Outros, sustentam que o fato de possuir bens o alimentando, não exclui a necessidade, quando a alienação dos mesmos, bastando para satisfazer apenas temporariamente às suas necessidades, resolve-se em inútil depauperamento de seu patrimônio.

Mas o entendimento de Yussef Said Cahali parece-nos a melhor solução, conforme transcrevemos a seguir:

Não se pode dizer que é necessitado quem possui importantes valores improdutos, cuja alienação lhe pode produzir um capital suficiente para subsistir por largo tempo, consumindo-se regadamente ou com o respectivo rendimento, pois necessitado é somente quem não possui recursos alguns para satisfazer às necessidades ou que só os tem os suficientes para parte delas. (CAHALI, 2002, p. 718)

A impossibilidade de prover, o alimentando, a própria manutenção, pode ter como origem a incapacidade física ou mental para o trabalho; doença, inadaptação ou imaturidade para o exercício de qualquer atividade laborativa;

idade avançada; calamidade pública ou crise econômica de que resulte absoluta falta de trabalho.

Mesmo o exercício de atividade compatível com as condições do alimentando não lhe retira o direito de reclamar complementação do necessário para manter-se. O fato do alimentando exercer uma arte, ofício ou profissão, não extingue o direito de reclamar, se continua sendo necessária, pela estreiteza em que se vê obrigado a viver aquele que recebe os alimentos, quando se tem em vista a privilegiada posição daquele que deve prestá-los, de vez que deve existir proporcionalidade.

A lei não precisa a qual ponto a indigência do alimentado justifica o pedido de alimentos; não há, aqui, senão uma questão de fato, que se remete ao prudente arbítrio do juiz, não se podendo fixar a respeito regras precisas.

Quanto à causa da situação de necessidade a que tenha sido conduzido o alimentando, a doutrina descarta qualquer perquirição a respeito de culpa ou negligência do mesmo como óbice à pretensão alimentícia.

Resumidamente, pouco importa a causa em razão da qual o alimentando tenha sido reduzido à condição de necessitado, não se lhe recusando alimentos ainda que o fosse por culpa sua; impede considerar apenas o momento atual, desde que se apresente sem bens e não tenha possibilidade de prover com o seu trabalho o sustento próprio.

Sob esse aspecto, o Código Civil introduziu importante inovação ao determinar em seu art. 1.694, § 2º, que: “Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”.

Em relação às possibilidades do alimentante, estabelece o art. 1.695 do Código Civil que, para existir a obrigação alimentar é necessário que a pessoa de quem se reclamam os alimentos possa fornecê-los sem privação do necessário ao seu sustento; se o devedor, não dispõe senão do indispensável à própria

manutenção, mostra-se injusto obrigá-lo a privações acrescidas tão-só para socorrer o parente necessitado.

Yussef Said Cahali, tratando do assunto, nos relata a idéia de Washington de Barros Monteiro:

Conforme adverte Washington de Barros Monteiro, “a lei não deseja o perecimento do alimentado, mas também não quer o sacrifício do alimentante; não há direito alimentar contra quem possui o estritamente necessário à própria subsistência. (CAHALI, 2002, p. 723)

Para que o alimentado receba os alimentos a que tem direito, não basta apenas provar a necessidade e os pressupostos da obrigação alimentar, porquanto os alimentos devem ser fixados de acordo com o binômio necessidade/possibilidade, a tornar exeqüível a obrigação pela existência de capacidade econômica do sujeito passivo de poder ele prestar os alimentos sem lhe faltar o mínimo necessário à sua própria sobrevivência.

Buscando socorro, mais uma vez nas palavras de Yussef Said Cahali, transcrevemos:

Na fixação do requisito possibilidade, recomenda Lafayette que se deve ter em vista o rendimento e não o valor dos bens do alimentante, “o qual pode ser grande e pequeno o rendimento”; e acrescenta: “Os alimentos são retirados dos créditos dos bens; assim, o pai não pode ser obrigado a vender a propriedade de seus bens, como terras, apólices, para ocorrer a alimentos”; Pontes de Miranda acolhe entendimento. (CAHALI, 2002, p. 724)

Por outro lado, a capacidade econômica não subsiste senão em relação ao patrimônio líquido do obrigado, quer dizer, o patrimônio depurado dos débitos, pois somente depois de satisfeito estes pode aquele ser compelido a ministrar alimentos. Daí resulta que a insolvência do devedor é fato impeditivo da obrigação alimentar.

Do mesmo modo, aquele que dispõe de rendimentos modestos não pode sofrer a imposição de um encargo que não está em condições de suportar; pois se a justiça obrigasse quem dispõe apenas do indispensável para viver, sem sobras, e mesmo com faltas, a socorrer outro parente que está em miséria, ter-se-ia uma divisão de misérias.

4.3 Proporcionalidade da pensão e seus elementos componentes

Segundo o § 1º do art. 1.694 do Código Civil, os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Tal como os pressupostos da necessidade e da proporcionalidade, a regra da proporção é maleável e circunstancial, esquivando-se o Código, de maneira correta, em estabelecer-lhe os respectivos percentuais, pois ao final se resolve em juízo de fato ou valorativo o julgado que fixa a pensão.

O disposto no § 1º do art. 1.694 do Código Civil não significa que considerando essas duas grandezas (necessidade e possibilidade), se deva inexoravelmente tirar uma resultante aritmética, como, por exemplo, fixando sempre os alimentos em um terço ou em dois quintos dos ganhos do devedor de alimentos. Tais ganhos, como as necessidades do alimentado, são parâmetros onde se inspira o juiz para fixar o valor dos alimentos devidos. A intenção do legislador foi apenas fixar um *standard* jurídico, abrindo ao juiz um extenso campo de ação, capaz de possibilitar-lhe o enquadramento dos mais variados casos individuais. Portanto, a lei deixa a critério do juiz a estimativa para que bem se pesem as necessidades do alimentado e os recursos do alimentante.

Assim, na determinação do *quantum*, há de se ter em conta as condições sociais da pessoa que tem direito aos alimentos, sua idade, saúde e outras circunstâncias particulares de tempo e de lugar, que influem na própria medida. Mas, se a obrigação alimentar não se presta somente aos casos de necessidade,

devendo-se considerar a condição social do alimentado, ter-se-á em conta, porém, que é imprescindível a observância da capacidade financeira do alimentante, para que não haja desfalque do necessário ao seu próprio sustento.

Nesse contexto, a prestação alimentar deve ser fixada em valor que se aproxime da realidade econômica do alimentante.

Somente é admissível a fixação de alimentos em percentagem sobre os vencimentos do alimentando quando estes são determinados em remuneração fixa; logo, se o alimentante for profissional liberal, com rendimentos auferidos de diversas fontes em importâncias variáveis, afigura-se mais razoável, a fim de evitar dificuldades na execução, a fixação de quantia certa, sujeita a reajuste semestrais, do que a adoção de percentual sobre ganhos que teriam de ser apurados e investigados mensalmente.

5 DAS EXECUÇÕES EM GERAL

5.1 Processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar

A atuação do órgão jurisdicional no processo de conhecimento é bem distinta daquela observada no processo de execução e no processo cautelar, razão pela qual existem a regulamentação e a sistemática de cada um deles.

Em relação aos processos de conhecimento e execução, na ordem cronológica, a declaração de certeza há de proceder à realização forçada da prestação a que se refere a mesma relação jurídica tornada litigiosa. É que, enquanto a declaração se posta apenas no plano de idéias e palavras, a execução entra na área da coação, atingindo a parte devedora em sua esfera privada, no que diz respeito a seu patrimônio.

O Estado atua como substituto, provendo uma atividade que competia ao devedor exercer: a satisfação da prestação a que tem direito o credor. Somente quando o obrigado não cumpre voluntariamente a obrigação é que tem lugar a intervenção do órgão judicial executivo. Daí a denominação de “execução forçada”, adotada pelo Código de Processo Civil, no art. 566, à qual se contrapõe a idéia de “execução voluntária” ou “cumprimento” da prestação, que vem a ser o adimplemento.

Enquanto no processo de conhecimento o juiz examina a lide para descobrir e formular a regra jurídica concreta que deva regular o caso, no processo de execução providencia as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade.

A grande diferença entre os dois processos reside no fato de tender o processo de conhecimento à pesquisa do direito dos litigantes, ao passo que o processo de execução parte justamente da certeza do direito do credor, atestada pelo “título executivo” de que é portador.

No processo de execução, não há decisão de mérito, como no processo de cognição, pois na ação de execução, a atividade do juiz é prevalentemente prática e material, visando a produzir na situação de fato as modificações necessárias para pô-la de acordo com a norma jurídica reconhecida e proclamada no título executivo. No processo de conhecimento, o juiz julga (decide); no processo de execução o juiz realiza (executa).

Por outro lado, caso os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transforma-se em provimento inócuo e inútil.

Em razão disso surgiu o processo cautelar como uma nova face da jurisdição e como "*tertium genus*", contendo a um só tempo as funções de processo de conhecimento e de execução, e tendo por elemento específico "a prevenção".

Enquanto o processo principal (de conhecimento ou execução) busca a composição da lide, o processo cautelar contenta-se em outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes.

Ambos os processos giram em torno da "lide", pressuposto indeclinável de toda e qualquer atuação jurisdicional. Mas enquanto a lide e sua composição apresentam-se como o objetivo máximo do processo principal, o mesmo não se dá com o processo cautelar. A este cabe uma função "auxiliar e subsidiária" de servir a tutela do processo principal, onde será protegido o direito e eliminado o litígio.

Na realidade, a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral de jurisdição.

Não dando solução a lide, mas criando condições para que essa solução ocorra no plano de maior justiça dentro do processo principal, o processo cautelar tem por escopo servir o interesse público na defesa do instrumento criado pelo Estado para compor lides, isto é, a defesa do processo.

Em suma, o processo de conhecimento transforma fato em direito, enquanto o processo de execução, criado para promover a satisfação de um direito já reconhecido, transforma direito em fato. Já o processo cautelar, segundo a doutrina tradicional, serve para assegurar o resultado útil de um outro processo (de conhecimento ou de execução).

5.2 Natureza jurídica e finalidade da execução

Antigamente, a execução não era admitida como função jurisdicional. Era função administrativa, pois, partindo de uma análise etimológica (jurisdição = dizer o direito), só haveria jurisdição se houvesse declaração de direito, e na execução, não há declaração de direito.

Atualmente, essa tese não vem sendo mais admitida, pois a doutrina, de forma pacífica, reconhece que a execução é função jurisdicional. A jurisdição é, então, dizer o direito e cumprir o que foi decidido (poder de império).

Através da execução forçada, o Estado intervém no patrimônio do devedor para tornar efetiva a vontade sancionatória, realizando, à custa do devedor, sem ou até contra a vontade dele, o direito do credor.

A idéia de que toda execução tem por finalidade apenas a satisfação do direito do credor, corresponde à limitação que se impõe à atividade jurisdicional executiva, cuja incidência sobre o patrimônio do devedor há de se fazer, em princípio, parcialmente, isto é, não atingindo todos os seus bens, mas apenas a porção indispensável para a realização do direito do credor.

Dispõe, assim, o art. 659 do CPC que serão penhorados “tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios”. Quando a penhora atingir vários bens, “será suspensa a arrematação, logo que o produto da alienação dos bens (alguns deles, naturalmente) bastar para o pagamento do credor” (art. 692, parágrafo único).

Resumidamente, a finalidade do Processo de Execução é promover a satisfação do direito já reconhecido através da modificação da realidade.

5.3 Requisitos da execução

Sendo a execução forçada uma forma de ação, seu manejo sofre subordinação aos pressupostos processuais e às condições da ação, tal como passa com o processo de conhecimento.

A relação processual há de ser validamente estabelecida e validamente conduzida até o provimento executivo final, logo, devem estar presentes todos os requisitos legais, como a capacidade das partes, a regular representação nos autos por advogado, a competência do órgão judicial e o procedimento legal compatível com o tipo de pretensão deduzida em juízo, além de outros requisitos dessa natureza.

A legislação brasileira estabelece, expressamente, como condições da ação, a legitimidade de parte, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido.

Para a execução forçada prevalecem essas mesmas condições genéricas. Mas, a aferição delas se torna mais fácil porque a lei só admite esse tipo de processo quando o devedor possua título executivo e a obrigação nele documentada já seja exigível (arts. 583 e 586 do CPC).

Dessa maneira, pode-se dizer que são condições ou pressupostos específicos da execução forçada:

a) o formal, que se traduz na existência do título executivo, donde se extrai o atestado de certeza e liquidez da dívida;

b) o prático, que é atitude ilícita do devedor, consistente no inadimplemento da obrigação.

A esses dois requisitos refere-se expressamente o Código de Processo Civil nos arts. 580 a 590, ao elencar o título executivo e o inadimplemento sob a denominação de “requisitos necessários para realizar qualquer execução”.

O título executivo, no Brasil, é a representação documental de uma obrigação. O título tem eficácia abstrata, ou seja, é condição necessária e suficiente para levar a execução até o final.

Não podendo haver execução sem título executivo, assume ele, no processo de realização coativa do direito do credor, tríplice função:

1º- o título autoriza a execução (art. 583 do CPC). O título é condição necessária e suficiente para levar uma execução até o final. Essa autorização revela a eficácia abstrata do título, pois, se a pessoa tem o título, não se questiona se ela é credora;

2º- o título define os fins da execução. A finalidade da execução está definida no título, ou seja, ele é que revela qual foi a obrigação contraída pelo devedor e qual a sanção correspondente a seu inadimplemento;

3º- delimita o alcance da execução. Só pode cobrar aquilo que está no título.

Os requisitos do título executivo são:

a-) a certeza: se relaciona a existência da dívida. Dívida certa é dívida que existe, ou seja, a dívida sobre a qual não recai controvérsia sobre a sua existência;

b-) liquidez: o título há que ter valor determinado, “*quantum*”;

c-) exigibilidade: a dívida deve ser exigível; o seu pagamento não pode estar sujeito a termo ou condição, nem às outras limitações.

Quanto à forma, o título executivo pode ser judicial e extrajudicial. O primeiro é aquele formado através da intervenção do Estado, e está previsto no art. 584 do CPC; já o segundo é aquele que não foi produzido perante o Poder Judiciário, mas a lei lhe dá força executiva, está previsto no art. 585 do CPC. Portanto, só é título executivo aquele previsto em lei (princípio da tipicidade). Assim, as partes não podem criar modalidades de títulos executivos.

Em relação ao inadimplemento, este ocorrerá quando a pessoa deixa de promover a satisfação da obrigação (art. 580, parágrafo único do CPC). Portanto, o título só é exigível após o inadimplemento do devedor.

5.4 Elementos subjetivos da execução

No processo de execução, os elementos subjetivos compreendem as partes e o órgão judicial, que se apresentam como os seus elementos principais. Mas há outros sujeitos secundários que atuam como auxiliares no curso da marcha processual, tais como o escrivão, oficiais de justiça, peritos, etc. Sinteticamente, pode-se apontar como elementos subjetivos necessários do processo de execução:

I- Partes:

O Código de Processo Civil cuida da legitimação para propor a execução forçada (legitimação ativa) nos art. 566 e 567. No primeiro dispositivo, tem-se a legitimação originária, ou seja, aquela que decorre do conteúdo do próprio título executivo e compreende:

a-) o credor, como tal indicado no título (art. 566, I, do CPC), legitimidade ativa originária; e

b-) o Ministério Público, nos casos prescritos em lei (art. 566, II, do CPC), legitimidade ativa extraordinária.

No art. 567, acha-se especificada a legitimidade ativa derivada ou superveniente, que é derivada da legitimidade ativa ordinária que por algum motivo é transferida ao espólio, ao herdeiro ou aos sucessores dos credores, bem como ao cessionário e sub-rogado. A legitimidade ativa derivada ou superveniente corresponde às situações formadas posteriores à criação do título e que se verificam nas hipóteses de sucessão tanto *mortis causa* como *inter vivos*.

II- Em relação a legitimidade passiva, o art. 568 do CPC indica quem pode ser sujeito passivo da execução.

Dentro da sistemática do Código, a legitimação passiva pode ser dividida em:

a-) devedores originários, segundo a relação obrigacional de direito substancial: “devedores” definidos no próprio título;

b-) sucessores do devedor originário: espólio, herdeiros ou sucessores, bem como o “novo devedor”;

c-) apenas responsáveis (e não obrigados pela dívida): o “fiador judicial” e o “responsável tributário”.

II- O órgão judicial

As regras do Código sobre competência, em matéria de execução, têm conteúdo diverso, conforme o título seja judicial ou extrajudicial; e, mesmo em se tratando de títulos judiciais, há variações de competência, de acordo com o tipo de sentença a executar.

Em princípio, no entanto, as normas básicas são estas: a competência é *funcional e improrrogável* em se tratando de execução de sentença civil

condenatória, e é *territorial e relativa*, nos demais casos, podendo, pois, sofrer prorrogações ou alterações convencionais, de acordo com as regras gerais do processo de conhecimento.

Determina o art. 575 do CPC que a execução de título judicial será processada perante:

I - os tribunais superiores, nas causas de sua competência originária: neste caso, a ação começa no tribunal e dessa ação surge o título judicial.

II - O juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição: o juiz do processo de conhecimento é o competente para processar o processo de execução. É uma competência funcional.

III - Revogado.

IV - juízo civil competente, quando o título executivo for sentença penal condenatória: a sentença penal condenatória torna certo o dever de reparar, civilmente, o dano provocado pelo delito. Por isso, não há interesse em propor ação civil indenizatória contra o réu condenado na esfera penal.

Em se tratando de execução de título executivo extrajudicial, determina-se a competência segundo as regras comuns do processo de conhecimento.

Prevalece, ordinariamente, o critério do foro do domicílio do devedor. Deve-se observar, contudo, que há regras especiais nos art. 111 e 110, inciso IV, alínea “d”, do CPC, onde se estabelece a prevalência do *foro de eleição e do lugar de pagamento*, sempre que tais previsões constarem do título a executar.

Para determinação da competência, que na espécie é relativa e prorrogável até mesmo tacitamente (arts. 111 e 114 do CPC), há de se observar a seguinte ordem de preferência: 1) foro de eleição; 2) lugar de pagamento; 3) domicílio do devedor.

5.5 Elementos objetivos da execução

Quanto aos elementos objetivos, estes compreendem, ora as provas, ora os bens, que se revelam como os objetos sobre os quais incide a atividade processual. No processo de conhecimento, o manejo das provas é amplo e, salvo os casos expressos de prova legal, ou necessária, todos os meios de convencimento são válidos para fundamentar o pedido e a sentença. No processo de execução, porém, só o título executivo assegura a viabilidade do processo.

Logo, o processo de conhecimento tem, basicamente, como objeto, as provas, e o de execução, os bens. Pode apontar como elementos objetivos necessários do processo de execução:

A - A prova do direito líquido, certo e exigível do credor, representada, obrigatoriamente, pelo título executivo.

Título executivo é o primeiro elemento objetivo da relação executiva e requisito indispensável para qualquer execução, assim como o inadimplemento.

Como já foi mencionado acima, os títulos executivos têm como requisitos a certeza, liquidez e a exigibilidade; e como função, autorizar a execução, fixar os limites da execução e estabelecer a finalidade da execução. Os títulos podem ser judiciais e extrajudiciais.

O título executivo judicial é aquele formado com a intervenção do Poder Judiciário. Já o título executivo extrajudicial é o documento que tem eficácia executiva em função de determinação legal.

Para o Código, são os títulos executivos classificados como judiciais (art. 584 do CPC, de acordo com a Lei nº 10.358, de 27. 12. 2001, com vigência a partir de 28.03.2202):

I - a sentença condenatória proferida no processo civil: diante de tal norma, percebe-se que não é qualquer sentença. É somente sentença condenatória,

excluindo-se a declaratória e a constitutiva, bem como a mandamental e a executiva *“lato sensu”*.

II - a sentença penal condenatória transitada em julgado: somente quando estiver transitado em julgado é que a sentença condenatória se constitui como título executivo judicial. Mesmo assim, há de ser líquida. Na ausência do requisito da liquidez da sentença penal, terá de, primeiramente, ser liquidada por meio de ação de liquidação de sentença processada e julgada no juízo civil.

III - a sentença homologatória de conciliação ou transação: por meio da sentença homologatória o juiz não profere condenação, mas simplesmente homologa transação ou conciliação. Casos estes negócios jurídicos tenham, ainda que parcialmente, conteúdo condenatório, sua homologação caracteriza-se como título executivo. Ainda que a transação verse sobre matéria alheia à ação pendente, se for homologada em juízo, constitui título executivo judicial, ensejando execução perante o mesmo juízo que a homologou.

IV - a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal: tendo conteúdo condenatório, a sentença estrangeira homologada pelo STF é título executivo judicial, sendo competente para a sua execução o juiz federal (art. 109. inciso X, da CF/88).

V - o formal e a certidão de partilha: certidão e formal de partilha, na parte em que haja preceito condenatório, são títulos executivos judiciais, limitada sua eficácia ao inventariante, aos herdeiros e sucessores do autor da herança.

VI - a sentença arbitral: também constitui título executivo judicial. O pronunciamento é do árbitro que passa a ter força de título executivo judicial.

A enumeração do código é taxativa, não permitindo interpretações extensivas e analógicas, pela própria índole da execução.

Todos os títulos arrolados no art. 584 do CPC têm, entre si, um traço comum, que é a autoridade da coisa julgada, que torna seu conteúdo imutável e indiscutível.

I - O art. 585 do CPC traz relação dos títulos executivos extrajudiciais.

B - Os bens do devedor, passíveis de penhora.

A responsabilidade patrimonial está relacionada com os bens do devedor, que ficam sujeitos à execução. O objeto da execução são os bens do devedor, ou seja, o patrimônio do devedor. Em regra, a execução não recai sobre a pessoa do devedor, apenas em seu patrimônio.

O art. 591 do CPC prevê que o devedor responde com seus bens presentes e futuros para com o pagamento da obrigação, salvo restrições previstas em Lei. Ou seja, o devedor responde pelos bens que possui no momento da constituição da dívida e os bens que futuramente adquirir.

O art. 592 do CPC prevê a responsabilidade secundária, ou seja, a possibilidade do patrimônio de um terceiro responder pela obrigação. Citamos como exemplo, a hipótese do sócio responder pelas dívidas da empresa.

Na responsabilidade patrimonial secundária, o objeto da execução serão os bens de um terceiro, que não é parte da execução, pois se ele responde por dívida do devedor, será seu patrimônio que deverá ser executado.

5.6 Execução provisória e definitiva

Admite o Código que a execução possa ser definitiva ou provisória, conforme o art. 587 do CPC.

A execução definitiva é aquela em que o credor tem sua situação reconhecida de modo imutável, decorrente da própria natureza do título em que se funda a execução. Baseia-se ou em título executivo ou em sentença condenatória transitada em julgado. É a regra geral da execução forçada.

Já a execução provisória, segundo Humberto Theodoro Junior, é aquela que:

(...) só pode ocorrer em casos de títulos executivos judiciais e que tem caráter excepcional, é que passa, nas hipóteses previstas em lei, quando a situação do credor passível de modificações ulteriores, pela razão de que a sentença que reconheceu seu crédito ainda não se tornou definitiva, dada a inexistência de *res judicata*. (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 20).

Portanto, a execução provisória é aquela que tem fundamento em título executivo judicial previstos no art. 584 do CPC, como por exemplo a sentença penal condenatória transitada em julgado.

A diferença entre essas duas espécies de execução refere-se apenas aos títulos judiciais, pois com relação aos títulos executivos extrajudiciais a execução forçada é sempre definitiva. Outra diferença entre essas espécies de execuções é que a execução definitiva se dá nos mesmos autos da ação principal. Já a execução provisória, se dá através da carta de sentença (art. 589/590 do CPC), ou seja, são formados novos autos para viabilizar a execução provisória.

5.7 Espécies de execução

5.7.1 Meios executivos

O Estado se serve de duas formas de sanção para manter o império da ordem jurídica: os meios de coação e os meios de sub-rogação.

5.7.1.1 Meios executivos de coerção

Com os meios executórios de coerção, o Judiciário ameaça o devedor para que ele cumpra a obrigação. Nessa espécie de meio executivo, o Judiciário age indiretamente. Logo, quem cumpre é o devedor. A execução realizada através dos meios executivos de coerção é denominada de execução indireta.

Os meios executórios de coerção são:

a) patrimonial: possibilidade de estipulação de multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, conforme disposto no art. 461 do CPC;

b) pessoal: prisão civil. Existem duas obrigações que se forem descumpridas, conduzem o devedor à prisão por dívida, nos termos de notória ressalva constitucional (art. 5º, inciso LIV da CF/88): a obrigação pecuniária alimentar e a obrigação (alternativa) de entregar coisa depositada ou o seu equivalente em dinheiro.

Portanto, temos como meios executivos de coerção a multa e a prisão, que se apresentam como instrumentos intimidativos, de força indireta no esforço de obter o respeito às normas jurídicas. Não são medidas próprias do processo de execução, a não ser em feito acessório ou secundário.

5.7.2 Meios executivos de sub-rogação

Nos meios de sub-rogação, o Estado atua como substituto do devedor inadimplente, procurando, sem sua colaboração e até contra sua vontade, dar satisfação ao credor, proporcionando-lhe o mesmo benefício que para ele representaria o cumprimento da obrigação ou um benefício equivalente.

Os meios executivos de sub-rogação se dividem em:

a) desapossamento: através desse meio executivo, o juiz retira o bem da posse do devedor. Citamos como um exemplo, a penhora de um bem do devedor;

b) transformação: (presente nas obrigações de fazer) o juiz promove a transformação que deveria ser feita pelo devedor. Temos como exemplo a determinação do juiz para fazer um muro que o réu deveria fazer, e todas as despesas serão de responsabilidade do réu;

c) expropriação: é o meio mais comum. Os bens do devedor são expropriados e transformados em dinheiro para pagar o credor. A expropriação pode se dar por: desconto, alienação, adjudicação e usufruto.

5.7.3 Execução para entrega de coisa

A execução para entrega de coisa certa está regulamentada nos artigos 621 a 631 do Código de processo Civil. Tal espécie de execução ocorre quando há descumprimento de uma obrigação de dar, descrita somente em título extrajudicial, pois se tratasse de título judicial haveria possibilidade de tutela específica (art. 461-A do CPC), não havendo necessidade de um processo de execução.

A característica deste artigo é a modificação da realidade na mesma relação processual, sem que seja necessário ingressar com uma ação de execução. Mas quem possuir título executivo extrajudicial para a prestação de obrigação para entrega de coisa certa deve propor ação de execução e requer a aplicação das regras do art. 461 do CPC, para poder chegar à satisfação do direito, ou seja, a modificação da realidade rapidamente.

O objeto da execução para entrega de coisa certa é a coisa certa, isto é, a coisa específica ou individualizada, que pode ser : a) imóvel ou b) móvel.

O procedimento dessa espécie de execução inicia-se sempre por provocação do interessado, mediante petição inicial. A petição inicial deve ser acompanhada do título executivo extrajudicial ou judicial. Deve haver pedido de citação para que o devedor entregue a coisa. Se não entregar, deve ser aplicada penalidade como, por exemplo, busca e apreensão ou imissão na posse. Deve-se pedir também que a execução prossiga em todos os seus termos, até o cumprimento efetivo retratado no título.

Existe também a modalidade de execução denominada de execução para entrega de coisa incerta, prevista no art. 629 do CPC. Esta espécie de execução tem cabimento nos casos de condenação a entrega de coisas determinadas pelo gênero e quantidade, bem como nos casos de títulos extrajudiciais de obrigação de entregar “coisas fungíveis” (art. 585, inciso II do CPC), que também é “obrigação de gênero”. Exclui-se das coisas fungíveis, porém, o dinheiro, porque é objeto de execução própria, a execução de quantia certa.

Nas obrigações de coisa incerta, a escolha segundo o título, pode ser do credor ou do devedor, conforme os critérios estabelecidos no art. 875 do CPC. Se o direito de escolha é do credor, deverá ele individualizar as coisas devidas na petição inicial da execução. Se for do devedor, será este citado para entregá-las, individualizadas, a seu critério (art. 629 do CPC).

Superada a fase de individualização das coisas genéricas, o procedimento da execução é o mesmo observado na execução para entrega de coisa certa (art. 631 do CPC).

5.7.4 Execução das obrigações de fazer e não fazer

A obrigação de fazer é aquela que tem por objeto um ato do devedor. Já a obrigação de não fazer é a que importa no descer de abstenção do obrigado, isto é, em não praticar determinado ato. Uma é positiva, a outra é negativa.

Obrigação de fazer

Na petição inicial deve haver pedido para que o devedor seja citado para cumprir a obrigação no prazo. O prazo para cumprimento da obrigação deve ser estipulado pelas partes; se não o for, deverá o juiz determinar.

A prestação fungível é aquela que pode ser cumprida por pessoa que não seja o devedor, por exemplo: qualquer pessoa pode cumprir a obrigação de construir um muro. Caberá ao credor optar entre pedir a realização da prestação por terceiro, as custas do devedor; ou reclamar perdas e danos, convertendo a prestação de fato em indenização.

Já a prestação infungível é aquela que só pode ser cumprida pelo devedor. Nesse caso, o credor não terá outra alternativa senão a de promover a execução da obrigação subsidiária, ou seja, reclamar perdas e danos, sob o rito de execução por quantia certa. Face a ineficiência desse sistema, criou-se medida coercitiva, na forma de multa.

Obrigação de não fazer

Em relação à obrigação de não fazer, é preciso distinguir obrigação instantânea de obrigação permanente. A obrigação instantânea é aquela que o descumprimento acarreta uma situação irreversível. Já na obrigação permanente, a obrigação continua ao longo do tempo.

Na execução de obrigação de não fazer, o devedor deve ser citado para que não faça algo ou desfaça algo que já realizou (obrigação permanente).

Cumprindo a determinação, o processo será extinto. Caso não cumpra a obrigação:

a) se tratar de obrigação fungível: o credor, ou terceiro, irá desfazer o que o devedor deveria ter desfeito.

b) Sendo a obrigação infungível: o devedor será obrigado a indenizar o credor por perdas e danos.

Assim como ocorre nas obrigações de fazer, nas obrigações de não fazer, o juiz poderá, também, estipular uma multa como coerção.

5.7.5 Execução por quantia certa

O patrimônio do devedor é a garantia genérica de seus credores, conforme dispõe o artigo 591 do CPC. Ao assumir uma obrigação, o devedor contrai para si uma dívida e para seu patrimônio uma responsabilidade.

A dívida é normalmente satisfeita pelo cumprimento voluntário da obrigação pelo credor. A responsabilidade patrimonial atua no caso de inadimplemento, sujeitando os bens do devedor à execução forçada, que se opera através do processo judicial.

Quando a obrigação representada no título executivo refere-se a uma importância em dinheiro, a sua realização coativa dá-se por meio da execução por quantia certa (art. 646 e s.s. do CPC).

A execução por quantia certa pode fundar-se tanto em título judicial (sentença condenatória) como em título extrajudicial (documentos públicos ou particulares com força executiva). Pode, também, decorrer de substituição de obrigação de entrega de coisa e da obrigação de fazer ou não fazer, quando a realização específica dessas prestações mostrar-se impossível ou quando o credor optar por perdas e danos (arts. 627, 633 e 638, parágrafo único, do CPC).

Esta modalidade de execução consiste em expropriar bens do devedor para apurar judicialmente recursos necessários ao pagamento do credor. Seu objetivo é, no texto da Lei, “expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor” (art. 646 do CPC).

A execução por quantia certa tem como atos fundamentais a *penhora*, a *alienação* e o *pagamento*, podendo excepcionalmente redundar na entrega ao credor dos próprios bens apreendidos, em satisfação de seu direito.

5.7.6 Execução por quantia certa contra devedor solvente

O Código de Processo Civil Brasileiro tratou diversamente a execução por quantia certa conforme a situação econômico-financeira do devedor. Fixou um procedimento de índole individualista, realizado no interesse particular do credor, com aquisição de direito de preferência através da penhora, e que se destina à execução do devedor solvente (art. 646 a 735 do CPC). Contudo, há um outro procedimento para o caso do devedor insolvente, de caráter universal e solidarista, cujo objetivo é assegurar a satisfação do direito dos credores daquele que não dispõe de bens suficientes para pagar todas as dívidas (art. 748 a 786 do CPC).

No primeiro caso, o ato expropriatório executivo inicia-se pela penhora e restringe-se aos bens estritamente necessários à solução da dívida ajuizada. No segundo, há, “*ad instar*” da falência do comerciante, uma arrematação geral de todos os bens penhoráveis do devedor para satisfação da universalidade dos credores.

Fases da execução por quantia certa contra devedor solvente

Após a provocação do credor, através da petição inicial, e a convocação do devedor, mediante a citação para pagar ou garantir a execução, os atos que integram o procedimento em causa, consistem especialmente na apreensão dos bens do devedor (penhora), sua transformação em dinheiro mediante desapropriação (arrematação) e entrega do produto ao exeqüente (pagamento).

Essas providências correspondem às fases da proposição (petição inicial e citação), da instrução, que quer dizer preparação para o resultado final (penhora

ou o depósito e arrematação) e da entrega do produto ao credor (pagamento), que poderá ser através de entrega de dinheiro; de entrega do bem penhorado (adjudicação); ou de entrega de empresa ou imóvel para que o débito seja abatido ao longo do tempo por meio de usufruto.

Em suma, a execução por quantia certa contra devedor solvente é dividida em três fases: fase de proposição; fase de instrução; e a fase de satisfação.

A fase de proposição inicia-se com a petição, que além dos requisitos do art. 282 do CPC, deve conter também: título executivo; planilha do débito atualizado; comprovação da condição ou termo. No pedido, deverá conter pedido de citação para que o devedor pague ou nomeie bens à penhora no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de penhorar tantos bens quantos bastem para a satisfação integral do crédito, além da correção monetária. Honorários advocatícios e custas processuais. Deve-se pedir também o prosseguimento da execução em todos os seus termos, para a obtenção da satisfação do direito.

A fase de instrução, que objetiva preparar a tutela executiva, ou seja, a satisfação do credor, se subdivide em duas fases: fase da penhora e fase do depósito. Após, ocorre a avaliação e, por fim, a arrematação do bem.

A penhora é o ato inicial destinado a definir o bem do devedor que irá se submeter à expropriação judicial para realização da sanção. Segundo Humberto Theodoro Junior:

É a penhora, *ad instar* da declaração de utilidade pública, o primeiro ato por meio do qual o Estado põe em prática o processo de expropriação executiva.

Tem ela a função de individualizar o bem, ou os bens, sobre os quais o ofício executivo deverá atuar para dar satisfação ao credor e submetê-lo à transferência coativa, como anota Micheli.

È, em síntese, o primeiro ato executivo do processo de execução por quantia certa. (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 167).

Sendo a penhora o ato inicial da expropriação, a responsabilidade patrimonial, que era genérica, até então, sofre um processo de individualização,

mediante apreensão física, direta ou indireta, de uma parte determinada e específica do patrimônio do devedor.

O objeto da penhora, em regra, são os bens do devedor, e os bens de terceiro, excepcionalmente, conforme o art. 592 do CPC (responsabilidade patrimonial secundária). Mas há algumas restrições à responsabilidade patrimonial do devedor, ou seja, o Código determina que não serão objeto de penhora: os bens que a lei considera impenhoráveis e inalienáveis (art. 648 do CPC). Os artigos 649 e 650 do CPC, estabelecem, respectivamente, a impenhorabilidade absoluta e a impenhorabilidade relativa. A penhora é limitada, ou seja, não pode ser excessiva e nem inútil, conforme os arts. 659 a 685 e 659, § 2º todos do CPC.

A penhora se aperfeiçoa mediante apreensão e depósito de bens do devedor (art. 644 do CPC). Há, com ela, a retirada dos bens da posse direta do devedor, de maneira que o depósito se apresenta como elemento essencial do ato executivo. A penhora sem o depósito não produz eficácia. O depósito é um ato do processo de execução, no qual se o credor concordar, o próprio devedor poderá ficar como depositário do bem. Porém, se o devedor se recusar a ficar com o bem, não há o que fazer, isso porque é difícil encontrar alguém que se sujeite a correr os riscos de ser depositário (o credor pode ser depositário, mas face os riscos, geralmente, não toma essa posição).

A avaliação consiste no ato que prepara a arrematação dos bens penhorados; tem a finalidade de tornar conhecido a todos os interessados o valor aproximado dos bens que irão à praça. A avaliação é realizada após vencido o prazo de embargos, quando este transcorre sem manifestação do executado, ou após a rejeição dos embargos propostos pelo devedor ou terceiro (art. 680 do CPC). Em princípio, a avaliação é pressuposto indispensável da transferência forçada de bens na execução. Não se avaliam, porém, em juízo, os títulos da dívida pública, as ações das sociedades e os títulos de crédito negociáveis em bolsa.

Já a arrematação, trata-se na transferência obrigatória do bem mediante o pagamento de um preço que servirá para a satisfação do direito reconhecido no título. Existem três modalidades de arrematação, são elas: a) praça: sempre tem

por objeto bens imóveis (art. 697 do CPC); b) leilão: tem por objeto bem móvel, com exceção dos títulos alienados em bolsa de valores; c) pregão em bolsa de valores: ocorre quando o bem é negociado em bolsa de valores, esses bens são os títulos emitidos por pessoas jurídicas de direito público interno e aqueles que lhe são equiparados.

A fase de satisfação é caracterizada pelo pagamento em dinheiro, pela adjudicação e pelo usufruto (de empresa ou imóvel), conforme o art. 708 do CPC. Neste sentido, ressalta Humberto Theodoro Junior:

(...) a fase de satisfação resume-se na entrega, ao credor, da importância arrecadada na alienação judicial, até o suficiente para cobrir o principal e seus acessórios, tal como ocorreria no cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor. Com esse pagamento forçado extingue-se a obrigação e, conseqüentemente, a execução (art. 794, nº I). (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 223).

5.7.7 Execução contra a Fazenda Pública

Os bens pertencentes à União, Estados e Municípios, são legalmente impenhoráveis. Daí a impossibilidade de execução contra a Fazenda Pública nos moldes comuns, ou seja, mediante penhora a expropriação.

Prevê o Código de Processo Civil, por isso, um procedimento especial para as execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública, o qual não tem a natureza própria de execução forçada, visto que se faz sem penhora e arrematação, vale dizer, sem expropriação ou transferência de bens, não há modificação da realidade.

Tal execução realiza-se por meio de simples requisição de pagamento, feita entre o Poder Judiciário e Poder Executivo, conforme dispõem os artigos 730 a 731 do Código de Processo Civil. Portanto, é tão somente uma execução imprópria.

5.7.5 Execução da obrigação alimentar

Uma vez fixado o “*quantum*” devido na ação de alimentos, nasce ao credor um novo direito: o de exigir o efetivo cumprimento da obrigação por parte do devedor, frente a sua inadimplência. Tal direito é assegurado ao alimentando pela ação de execução de alimentos, cujo o procedimento vem previsto nos art. 732 a 735 do Código de processo Civil, bem como nos arts. 16 a 20 da Lei n. 5.478/68 (Lei de Alimentos).

Nas palavras de Humberto Theodoro Junior:

A execução da sentença condenatória de prestação alimentícia é uma execução por quantia certa, subordinada, em princípio, ao mesmo procedimento das demais dívidas de dinheiro, conforme dispõe o artigo 732 do CPC. (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 243).

Antes de tratar do procedimento da execução alimentar, importante se faz ressaltar a questão controvertida na doutrina que diz respeito à espécie de título executivo capaz de dar início à execução de alimentos. Indaga-se se essa espécie de execução pode ser fundamentada em um título executivo extrajudicial ou a referida execução somente merece ser levantada adiante caso esteja baseada em um título executivo judicial?

A respeito dessa questão, existem duas correntes que procuram tratar do assunto: a primeira defende, que qualquer título executivo tem capacidade de embasar a execução; a segunda, entende que só o título executivo judicial é documento hábil à propositura da ação.

Para o doutrinador Leonardo Greco, defensor da primeira corrente:

O título executivo pode ser judicial (sentença em ação de alimentos ou em medida cautelar de alimentos provisionais, decisão interlocutória

concessiva de alimentos provisionais, decisão interlocutória concessiva de alimentos provisórios em ação especial de alimentos) ou extrajudicial (confissão de dívida assinada pelo devedor por escritura com duas testemunhas se através de documento particular, acordo referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados das partes). (GRECO, 2001, p. 526)

A maioria da doutrina, por outro lado, parece admitir que somente o título executivo judicial é capaz de autorizar a execução de alimentos. Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos e Araken de Assis se manifestam, respectivamente:

Em razão das peculiaridades do direito a alimentos e da obrigação de presta-lo, a execução de prestação alimentícia conquanto se classifique, também, dentre as execuções por quantia certa contra devedor solvente, apresenta algumas peculiaridades que a distingue do rito comum, que expusemos nos ns. 894 e 897.

A começar pelo título em que se baseia a execução, **que será sempre judicial**. (grifo nosso). (SANTOS, 1999, p. 279).

A leitura prudente dos dispositivos consagrados à ação executiva do crédito alimentar aponta na direção do **título judicial**.

(...)

Nada obstante, a execução de alimentos sempre se apoiará em título judicial. (grifo nosso) (ASSIS, 2002, p. 105/106).

Em razão da relevância do crédito alimentar e das particularidades das prestações a ele relativas, o Código de Processo Civil acrescenta ao procedimento comum algumas medidas tendentes a tornar mais pronta e célebre a execução alimentar, não deixando de atender certos requisitos da obrigação alimentícia.

A primeira delas refere-se à hipótese de recair a penhora em dinheiro, caso em que o oferecimento de embargos não impede que o exeqüente levante mensalmente a importância da prestação (artigo 732, parágrafo único), o que será feito independentemente de caução.

Outras são a possibilidade de prisão civil do alimentante, como meio coercitivo para adimplemento da obrigação, previsto no art. 733 do Código de Processo Civil, e o desconto da pensão diretamente em folha de pagamento do

devedor, o que, evidentemente, importa em certas alterações no procedimento comum da execução por quantia certa, conforme veremos sobejamente a seguir.

6 EXECUÇÃO DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

6.1 Mecanismos de cobrança dos alimentos devidos

Foi pródiga a disciplina legal em relação aos meios executórios da obrigação alimentar. Existem três mecanismos que tutelam a obrigação alimentícia: o desconto em folha de pagamento, regulamentada no art. 734 do CPC, a expropriação, prevista no art. 646 do CPC, e a coerção pessoal, estabelecida no art. 733 do CPC.

Essas formas de execução da prestação alimentícia são regulamentadas nos arts. 732 a 735 do CPC, como também nos arts. 16 a 19 da Lei nº 5.478/68.

Quanto a escolha do meio executório, ensina Araken de Assis:

Avulta logo inquestionável a estipulação de certa gradação entre os meios executórios, presumida, não sem o clássico grão de sal, a presteza do mecanismo preferencial, em nome das urgências e necessidades do alimentante.

(...)

Em outras palavras, a expropriação, situada depois do desconto (art. 17) e antes da coação (art. 18), dependerá da comprovada existência de cômodos de capital e de prédios frutíferos do devedor. Cingida a tais bens, reputados convenientes ao credor, que levantará incontinenti o dinheiro penhorado (art. 732, parágrafo único, do CPC), tal expropriação em nada se distingue, de resto, do meio executório comum e geral das obrigações pecuniárias. (ASSIS, 2001, p.115).

Portanto, sustenta parte da doutrina que a intenção do legislador quando da elaboração dos arts. 16 a 18 da Lei nº 5.478/68, foi a de estabelecer uma ordem na utilização dos meios executórios da prestação alimentícia. Diante do texto da referida lei, foi criada a seguinte gradação entre os meios executórios da obrigação alimentar: primeiro, o desconto em folha de pagamento; em seguida a expropriação (de aluguéis e de outros rendimentos); por último, indiferentemente, a expropriação (de quaisquer bens) e a coerção pessoal.

Conforme as palavras do doutrinador Araken de Assis:

Entre a coação e a genérica expropriação do patrimônio do alimentante não há qualquer ordem prévia: a indicação dos arts. 732, 733 e 735, observou, agudamente, Sérgio Gischkow, denota simples disposição numérica crescente dos artigos no estatuto processual. (ASSIS, 2001. p. 116).

Com efeito, havendo impossibilidade de desconto em folha de pagamento e da expropriação de aluguéis e de rendimentos do alimentante, cabe, exclusivamente, ao credor escolher entre a coerção ou a expropriação.

6.1.1 Desconto em folha de pagamento – art. 734 do CPC

O art. 734 do CPC prevê uma espécie de procedimento especial reservado a execução da prestação alimentícia, qual seja: o desconto da pensão diretamente em folha de pagamento do devedor.

Em se tratando de devedor de alimentos que exerça cargo público, militar ou civil, direção ou gerência de empresa, bem como emprego sujeito à legislação do trabalho, a execução da obrigação alimentar de alimentos será feita mediante ordem judicial de desconto em folha de pagamento (art. 734 do CPC).

Além do disposto no artigo supra mencionado, a Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68), em seu art. 16, faz nova remissão ao aludido dispositivo legal. Destarte, por meio dessa forma de execução, o alimentando tem garantido o cumprimento da obrigação de uma maneira mais célere e eficiente já que:

A execução da obrigação alimentar não encontra dificuldades quando ao alimentante for funcionário público, militar ou assalariado de alguma empresa, pois é suficiente a comunicação judicial para que o desconto

seja efetuado na folha de pagamento como dispõe o art. 734 do Código de Processo Civil. (NOGUEIRA, 1995, p. 51).

Segundo o parágrafo único do art. 734 do CPC : “A comunicação será feita à autoridade, empresa ou empregador por ofício, de que constarão os nomes do credor, do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração”.

Dispõe o art. 17 da Lei de Alimentos que:

Art. 17. Quando não for possível a efetivação executiva da sentença ou do acordo mediante desconto em folha, poderão ser as prestações cobradas de alugueres de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos diretamente pelo alimentando ou por depositário nomeado pelo juiz.

Mas segundo o entendimento de Paulo Lúcio Nogueira:

A disposição do art. 17 só tem aplicação quando o alimentante dispuser de bens ou outros rendimentos que possam ser imediatamente apreendidos. E quando houver essa possibilidade deve o juiz conceder o pedido de incidência sobre quaisquer rendimento do devedor infiel. (NOGUEIRA, 1995, p. 54).

Logo, uma vez averbada a prestação em folha de pagamento, considera-se seguro o juízo, como se penhora existisse, podendo o credor, se for o caso, oferecer embargos à execução.

6.1.2 Expropriação (art. 646 do CPC)

Segundo o art. 646 do CPC, a execução por quantia certa tem a finalidade de expropriar bens do patrimônio do devedor para satisfazer o direito do credor,

ou seja, tal modalidade de execução consiste em retirar bens do devedor para apurar judicialmente recursos necessários ao pagamento do credor.

Nada obstante, na condição de crédito pecuniário, os alimentos comportam execução através da via expropriativa comum (art. 647 do CPC), decorrente do disposto no art. 732 do CPC, relativo a alimentos definitivos, e do art. 735 do CPC, concernente aos provisionais.

Yussef Said Cahali, complementa tal idéia afirmando que:

A execução da sentença condenatória de prestação alimentícia é uma execução por quantia certa, que, em razão da natureza do crédito e das peculiaridades das prestações a ele relativas, tem o seu procedimento comum adicionado de algumas regras tendentes a tornar pronta a execução da obrigação. (CAHALI, 2002, p. 978).

Em relação ao levantamento do dinheiro penhorado, na expropriação comum o dinheiro penhorado (art. 655, inciso I, do CPC) ou depositado pelo devedor para garantia do juízo (art. 737, inciso I, do CPC), e a importância resultante da penhora sobre dívidas de dinheiro a juros, de direito a rendas ou prestações periódicas (art. 675 do CPC), não podem ser percebidas pelo credor na fase propriamente satisfativa (art. 709, *caput*, do CPC).

Já na execução de alimentos, o art. 732, parágrafo único, do CPC, dispõe que, “recaindo a penhora em dinheiro, o oferecimento de embargos não obsta a que o exeqüente levante mensalmente a importância da prestação”.

Tal dispositivo beneficia o alimentário. Assim, seja definitiva ou provisória a execução do título executivo judicial (neste último caso, por força do art. 520, inciso I, do CPC), tenham ou não sido opostos embargos suspensivos pelo executado, ao credor compete o incondicionado direito de levantar, mensalmente, o valor correspondente a cada prestação devida. Em nenhum momento a lei exige a contrapartida caução.

O procedimento executivo obedece o rito comum, iniciando com a petição inicial, que deve conter todos os requisitos do art. 282 do CPC. Há uma particularidade referente a escolha compulsória da expropriação, tal particularidade reside no objeto da penhora, que recairá em crédito do devedor.

Realizada a penhora, o devedor poderá opor embargos à execução, conforme dispõe o art. 736 do CPC. Caso a penhora recaia sobre bem não frutífero e, portanto, inviabilize o recebimento mensal da prestação alimentar, caberá ao exequente aguardar o final do procedimento, através da alienação do bem penhorado. Convertido o objeto da penhora em dinheiro, é lícito ao credor, segundo o art. 709, *caput*, do CPC, levantar a importância correspondente ao crédito e aos seus consectários, tendo a obrigação de restituir a diferença, porventura existente, ao devedor (art. 710 do CPC). Caso a alienação seja frustrada, em razão da falta de interessados em obter o bem, abre-se ao credor a oportunidade de adjudicar o bem (art. 715 do CPC), hipótese profundamente insatisfatória, porque frustra a percepção *in natura* dos alimentos.

6.1.3 Execução por coerção pessoal

O Código de Processo Civil prevê no art. 733 do CPC um meio especial de coerção cabível nas execuções de alimentos, a fim de dar maior efetividade ao instrumento processual posto à disposição daqueles que se vêm lesados por devedores relapsos que se tornam inadimplentes.

Dispõe o art. 733 do CPC:

Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º- Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

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

§ 3º- Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

A redação do dispositivo citado acima, à primeira vista, parece simples, mas, na verdade merece leitura atenciosa, em razão de que é causadora de algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. A primeira delas é que diz respeito ao alcance desse procedimento, ou seja, discute-se se esse procedimento é cabível apenas para alimentos provisionais como está estabelecido no CPC ou pode alcançar os alimentos provisórios e definitivos, através de interpretação extensiva.

Há doutrinadores, como Pontes de Miranda, que defendem que o procedimento previsto no art. 733 do CPC, só é cabível em relação aos alimentos provisionais. Pontes de Miranda afirma que:

Os arts. 732 e 734 são concernentes à prestação alimentícia em geral. Os arts. 733 e 735 são relativos às prestações de alimentos provisionais. Assim, hoje, a prisão somente ocorre se há sentença ou decisão que fixe os alimentos provisionais.

Nas ações de alimentos, se não são provisionais, não há prisão, porque só os alimentos provisionais se referem os textos dos arts. 733 e 735. (MIRANDA, 1976, p. 492).

Mas, a posição correta nos parece ser aquela que admite, através da interpretação extensiva, incluir também as obrigações provisórias e definitivas no procedimento previsto no art. 733 do CPC. Nesse sentido, Humberto Theodoro Junior, fazendo referência à aludida posição de Pontes de Miranda, relata:

Realmente o texto do art. 733 é ambíguo e pode ensejar, numa interpretação puramente literal, a conclusão a que chegou o grande processualista. Mas este não é o melhor critério de hermenêutica. Se se admite a prisão civil de um devedor de alimentos sujeito apenas a uma condenação provisória, como se explicaria, dentro da lógica e do bom

senso, que a mesma medida seria inadmissível perante uma condenação definitiva?

Aliás, existe um dispositivo legal posterior ao Código que, numa interpretação autêntica, declarou justamente o contrário da conclusão de Pontes de Miranda. Com efeito, a lei nº 6.014, de 17.12.73, que fez adaptação da lei de Alimentos ao Código de Processo Civil, ao tratar da sentença definitiva que julga a ação de alimentos (principal), dispôs que, não sendo possível a averbação em folha de pagamento, “poderá o credor requerer a execução da sentença na forma dos arts. 732, 733 e 735 do código de processo Civil. (THEODORO JUNIO, 2002, p. 245).

Nesse mesmo sentido encontramos o posicionamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, que em poucas palavras esclarecem que “a prisão pode ser declarada em qualquer caso de não pagamento de alimentos: provisórios, provisionais e definitivos” (NERY JUNIOR, 2002, p. 1034). Assim também entendem outros renomados doutrinadores, como Yussef Said Cahali e Araken de Assis.

Também gerou discussão o prazo da prisão do devedor de alimentos, haja vista a contradição entre o “*caput*” do art. 19 da Lei nº 5.478/68 e o § 1º do art. 733 do CPC, que prevêm períodos distintos para a coerção. O art. 19 da Lei de Alimentos determina que o alimentante inadimplente só pode sofrer a coerção pelo prazo máximo de sessenta dias (60), e, assim, esgotado esse prazo, ainda que não quitado a dívida, deve o mesmo ser solto. Já o art.733 do CPC, possibilita ao magistrado determinar o prazo máximo de três meses. Diante dessa controvérsia, como aludir tal questão?

Paulo Lúcio Nogueira esclarece a divergência com as seguintes palavras:

Uma corrente é de opinião que em nenhuma hipótese, seja na de alimentos provisórios, seja na de provisionais ou mesmo definitivos, a duração da prisão poderá exceder de sessenta dias, pois a disposição da lei especial prevalece sobre a da lei geral.

(...)

há quem entenda, porém, que o prazo de sessenta dias tem aplicação quando se tratar de alimentos definitivos ou fixados por acordo, e o prazo de noventa quando se tratar de alimentos provisionais. (NOGUEIRA, 1995, p. 60/61).

No nosso entendimento, respeitadas todas as opiniões em contrário, a última corrente deve prevalecer, visto que atende ao princípio da legalidade e da literalidade consagrados em nosso ordenamento jurídico.

Outra observação importante que deve ser ressaltada é a concernente se a medida coercitiva pode ser decretada de ofício ou deve necessitar de requerimento do alimentando.

Segundo o §1º do art. 733, a primeira vista, caberia ao juiz decretar de ofício a prisão civil do devedor de alimentos. Porém, há entendimento de que esse recurso só pode ser levado a efeito caso haja requerimento expresso por parte do alimentando, porque esse estará sempre em melhores condições do que o juiz para avaliar sua eficácia e oportunidade. Yussef Said Cahali, ao tratar da matéria, assim esclarece:

Observa, porém, Amílcar de Castro que, “não obstante a redação imperativa do art. 733, §1º, a prisão civil não pode ser decretada de ofício; depende de requerimento do credor, porque este estará sempre em melhores condições que o juiz para avaliar sua eficácia e oportunidade; deixa-se ao exeqüente a liberdade de pedir, ou não, a aplicação desse meio executivo de coação, quando, no caso concreto, veja que lhe vai ser de utilidade, pois pode muito bem acontecer que o exeqüente, maior interessado na questão, por qualquer motivo, não julgue oportuna a prisão do executado.

(...)

A jurisprudência é firme nesse sentido, embora também reconhecendo que “é desnecessário, em tese, o pedido expresso da parte alimentanda, quando ingressa com o pedido de prestação alimentar, embutindo-se na pretensão, imanentemente, as conseqüências que se extraem daquele dever, desde que descumprido”, em outro termos, o pedido expresso de prisão do devedor representaria uma superfetação, na medida em que o credor tivesse iniciado a execução da sentença de alimentos na modalidade do art. 733 do CPC.

A legitimação para o pedido de prisão do devedor é exclusivamente do alimentário, ou de seu representante legal, se *absolutamente incapaz*: sendo relativamente incapaz, à evidência que não é representado, e sendo somente assistido pelo genitor que o tem sob sua guarda, não se prescinde da manifestação do próprio alimentário, no sentido de ser decretada a prisão do devedor inadimplente. (CAHALI, 2002, p.1008/1009).

O §2º do art. 733 do CPC dispõe que o cumprimento da prisão pelo prazo determinado pelo magistrado não exime o devedor do pagamento das parcelas já vencidas, nem tão pouco a das que vieram a ser vencer no curso do processo de execução, isso porque a prisão do devedor de alimentos não tem o caráter punitivo das prisões penais mas, apenas, funciona como meio e modo de constranger o alimentante infiel ao adimplemento da obrigação reclamada. Tal regra é mais do que clara, pois se assim não fosse seria “fácil” para o alimentante inadimplente “pagar” a sua dívida para com o alimentando com a privação de sua liberdade: cumpriria o prazo estipulado pelo Poder judiciário e estaria em dia com a sua obrigação.

Finalmente, o §3º do já mencionado artigo prevê a suspensão da prisão tão logo tenha o devedor pago suas parcelas alimentícias em atraso.

Passaremos agora a tratar do conceito e da natureza jurídica da prisão civil. Antes de conceituarmos prisão civil, necessário se faz uma breve análise de seus requisitos de admissibilidade.

Em primeiro lugar, imprescindível que haja inadimplemento inescusável e voluntário por parte do devedor de alimentos e, em segundo lugar, que esse inadimplemento seja uma das duas únicas hipóteses autorizadas no direito pátrio de prisão civil, quais sejam: a do devedor de prestações alimentícias ou a do depositário infiel, conforme disposição expressa da constituição federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVII.

Assim, sendo a prisão “o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, isto é, da liberdade de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro ou fechado, de onde não poderá sair” (SILVA, 1999, p. 640), a prisão civil é espécie daquela e decorrente de lei que a autorize, em razão de um inadimplemento voluntário e inescusável por parte do devedor, quer seja de alimentos ou do depositário infiel.

Em relação à natureza jurídica da prisão civil, já sabemos que a mesma não visa punir o devedor em razão de seu inadimplemento, visa tão somente forçá-lo a pagar a sua dívida no caso do alimentante em atraso com o

alimentando; ou a entregar a coisa que esteja sob sua guarda no caso do depositário infiel.

Diante disso, não há dúvida que a natureza jurídica da prisão civil é simplesmente coativa, com finalidade econômico-patrimonial, posto que, uma vez quitado o débito ou entregue a coisa, o devedor deve ser, imediatamente, solto. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira:

No art. 733 e seus parágrafos, contempla o Código não uma particular modalidade de procedimento executório, mas um meio de coerção, tendente a conseguir o adimplemento por parte do próprio devedor: a prisão civil, autorizada a título excepcional pela constituição da república (art. 5º, nº LXVII) e totalmente despojada de caráter punitivo, a despeito do uso impróprio da palavra “pena” do §2º do dispositivo processual. (MOREIRA, 2001, p. 261).

Yussef Said Cahali, por sua vez, contempla tal idéia asseverando ainda:

(...) a execução tem, na quase totalidade dos casos, caráter patrimonial; nem todos os processos civis têm conteúdo exclusivamente econômico, mas a coação possível por parte do Estado visa, quase sempre, direta ou indiretamente, a resultado econômico; assim, a prisão civil é meio executivo de finalidade econômica; prende-se o executado não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas para forçá-lo indiretamente a pagar, supondo que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão, ou readquirir sua liberdade. Embora o art. 733, § 2º, do CPC fale duas vezes em “pena” de prisão, de pena não se trata. Decreta-se a prisão civil não como pena, não com o fim de punir o executado pelo fato de não ter pago a prestação alimentícia, mas sim com o fim, muito diverso, de coagi-lo a pagar. Lembrando Bellot, a prisão civil é meio de experimentar a solvabilidade, ou vencer a má vontade daquele que procura ocultar o que possui.

(...)

E em função de sua excepcionalidade, como meio coercitivo que se dirige contra a liberdade do indivíduo, garantida pelo Estado, não se admite a prisão civil por alimentos senão em virtude de lei expressa. (CAHALI, 2002, p. 1004/1005)

7 DA CISÃO DO RITO NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

Já foram abordadas todas as particularidades que dizem respeito ao processo de execução e que julgamos necessárias para dar início ao presente capítulo, ponto culminante deste trabalho. O assunto que passaremos a analisar a partir de agora está diretamente ligado com a medida coercitiva do §1º do art. 733 do Código de processo Civil.

Como já mencionamos, a medida da prisão civil pode ser aplicada para os alimentos provisórios, provisionais e definitivos.

Ocorre que, precedentes de nossos Tribunais passaram a assentar posicionamento no sentido da impossibilidade de utilização do expediente da coerção pessoal, investido na prisão civil, como forma de coação nas ações de execução de prestação alimentícia, em outras palavras, firmaram o entendimento jurisprudencial no sentido de não admitir a aplicação da medida do §1º do art. 733 às prestações “antigas”, consideradas, para tanto, aquelas que ultrapassam os últimos três meses. Instauro-se, portanto, no direito pátrio, em virtude de decisões pretorianas, a cisão do procedimento da execução das prestações alimentícias.

Desta forma, somente as prestações relativas ao último trimestre anterior ao da execução é que poderiam ser cobradas mediante a constrição pessoal do devedor, devendo o restante seguir o procedimento prescrito no art. 732 do mesmo diploma legal, ou seja, a execução por quantia certa.

A ser dessa forma, deve o credor de alimentos propor duas ações de execução diferentes: uma para as três últimas parcelas e sob “pena” de prisão e outra, sob o rito da execução por quantia certa, para as parcelas restantes.

A primeira vista, parece ser de somenos importância esse posicionamento jurisprudencial. O problema ocorre quando o credor não promove as duas ações e, visando receber todo o crédito de uma só vez, executada o total do débito através da orientação do art. 733, inclusive requerendo o decreto prisional, caso o

alimentante não tome nenhuma das providências que a Lei lhe impôs, quais sejam: pagar, justificar o não pagamento ou comprovar que já o fez.

Neste caso, seguindo as orientações majoritárias dos Tribunais Superiores, os magistrados de primeira instância têm cindido, quase de forma unânime, o rito executório, muitas vezes aplicando como fórmula genérica o que deve ser analisado conforme as peculiaridades de cada caso concreto.

Diante disso, questiona-se: o que teria levado os Tribunais a firmarem precedentes no sentido da admissibilidade da cisão do rito executório nas ações de alimentos? Qual foi o momento em que tal entendimento surgiu e por que a taxação das parcelas como pretéritas limita-se às três últimas e não a quatro, cinco últimas ou até mesmo por que não um ano? Qual a força das decisões jurisprudenciais como fontes criadoras do direito em nosso sistema? Qual o papel dos magistrados frente a essa nova perspectiva que põe em conflito direitos fundamentais do homem: a liberdade e o direito à vida com dignidade da pessoa humana? Quais as vantagens que a cisão do procedimento traz para o processo e para a sociedade?

Para tentarmos responder a tais indagações, realizamos singela pesquisa doutrinária e jurisprudencial, na qual encontramos somente prováveis indícios de respostas, nada de concreto. Mas, mesmo assim, entendemos válido inserirmos o resultado de nossas pesquisas neste trabalho.

7.2 Origem

Verificamos que pelo menos até o final da década de 1970, nada se falava em relação à cisão do rito da execução de alimentos. Questionava-se sim outros pontos da execução alimentícia, discussões aliás que já tratamos anteriormente, como bem coloca Athos Gusmão Carneiro:

Algumas questões apresentam-se, de logo, como polêmicas: a) A prisão civil do devedor de alimentos restringe-se aos casos de não pagamento de alimentos provisionais ou incide também no inadimplemento do alimentos fixados em sentença (ou acordo) no processo de conhecimento? A prisão civil pode ser renovada se, após libertado, o alimentante omite o pagamento de prestações subsequentes? c) Qual o prazo máximo da prisão civil? (CARNEIRO, out. 1978, p.14/19).

Com efeito, seria temerário e irresponsável fixar um termo, marco certo e exato, de quando surgiu o entendimento que hoje se tornou precedente em nossos Tribunais. Porém, notamos que tal orientação foi se formando através de um verdadeiro processo.

Um dos primeiros julgados que encontramos tratando do assunto, é um *habeas corpus* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, datado de 1979, tendo como fonte da obrigação o pátrio poder, atualmente poder familiar, do qual transcrevemos o seguinte trecho:

É de se dar “habeas corpus” a quem tem contra si mandado de prisão civil, acusado de descumprimento de obrigação alimentar, quando se apura que as pensões cobradas referem-se a prestações pretéritas, ao passo que as atuais vêm sendo depositadas em agência bancária, na forma do art. 734 do CPC.²

Diante disso, permanece ainda a indagação com relação a origem de tal posicionamento, pois não há dados exatos acerca do surgimento e evolução desse expediente.

Também é incerto afirmar se a criação do procedimento encontra similar no direito alienígena, ou se é mecanismo genuinamente nacional, criação dos aplicadores do direito pátrio, mormente pelo problema social que assola nosso país.

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processual Penal. *Habeas Corpus*. Prisão Civil. *Habeas Corpus* n.4.320, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Impetrante: Antonio Augusto Dunshee. Relator: Vivalde Brandão Couto. Rio de Janeiro de 1979. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo, v. 538, p. 398/399, ago. 1980.

7.2 Argumentos que são utilizados para defender a prisão

Segundo os simpatizantes da prisão, a coerção pessoal em ação de execução de alimentos só se justifica quando necessária a preservar a subsistência do alimentante, visto que ante o aparente conflito entre dois direitos fundamentais: a vida e a liberdade, deve prevalecer o primeiro. Assim, usando o princípio da proporcionalidade, a prisão civil deve ser decretada quando houver necessidade alimentar que cause risco de vida ao alimentado.

Os contrários à prisão partem do pressuposto de que se o alimentado conseguiu sobreviver sem o recebimento das pensões inadimplidas até aquele momento, estas perderam seu caráter alimentar. Argumentam, ainda, que a prisão do alimentante só agravará a situação, tornando mais distante o cumprimento da obrigação.

Em outras palavras, o que teria motivado os Tribunais a entenderem necessária a prisão do procedimento, tendo de um lado os alimentos atuais e, de outro, os pretéritos, foi a observância da finalidade dos alimentos, que visam promover a subsistência do alimentado e, portanto, devem ter caráter de urgência.

Nesse diapasão, presumiram os Tribunais que se o credor dos alimentos permitiu que a inadimplência do alimentante aumentasse com o passar do tempo e nada fez para tentar receber a pensão no momento que deveria receber, é porque na realidade não necessitava tanto desse montante para sobreviver.

Pois bem. O direito à vida deve prevalecer, em detrimento da liberdade, desde que haja a real urgência e necessidade do pagamento dos alimentos, tendo em vista a manutenção de uma vida, o que não se verifica com a demora do credor em propor a ação de execução competente, justificando perfeitamente a prisão o fato de o direito à liberdade do alimentante prevalecer sobre o direito à vida do alimentado que, por sua inércia, demonstrou não necessitar dos alimentos para sobreviver.

Neste sentido, invocamos as palavras de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato de Almeida e Eduardo Talamini:

A jurisprudência tem se firmado no sentido de não ser possível a utilização desse meio para a cobrança de alimentos pretéritos, por duas ordens de razões: primeiro, porque os alimentos são consumíveis por excelência (se o credor não os recebeu, já não mais apresenta necessidade premente); segundo, porque a inclusão de prestações pretéritas pode tornar o quantum tão elevado que certamente o devedor não poderá prontamente pagá-lo, nem mesmo ante a ameaça de prisão. Daí, tem-se entendido que apenas as três últimas prestações inadimplidas podem ser executadas pelo rito do art. 733. As demais prestações pretéritas devidas devem submeter-se à expropriação forçada. (WAMBIER, 2000, p. 389/390).

Portanto, o que justifica a cisão, para os que a defendem, é o transcurso do tempo capaz de retirar o caráter alimentar das prestações alimentícias pretéritas.

7.2.1 A perda do caráter alimentar pelo transcurso do tempo

Analisados os supostos motivos que levaram os Tribunais a criarem tal entendimento, passamos a fazer algumas considerações pertinentes.

O primeiro fundamento a ser analisado é o de que as prestações superiores às três últimas parcelas perderiam o caráter de verba alimentar, tornando-se apenas verba de indenização.

Porém, podemos demonstrar que tal não ocorre, posto que no nosso entendimento a prestação alimentar advinda do dever de sustento que os pais têm para com os filhos jamais perde seu caráter alimentar; sua finalidade é custear a subsistência do alimentando, então, como admitir que o simples transcurso do tempo retire-lhe a natureza da própria razão de existir que é a manutenção da vida de uma pessoa. Nesse sentido, as palavras de Araken de Assis:

Em primeiro lugar, convém ressaltar que, “tecnicamente, o envelhecimento da dívida” não muda seu caráter alimentício...

Exame prudente do meio executório insculpido no art 733, principalmente dos seus efeitos perante o executado, indica que nenhuma classe de alimentos, em princípio, se exclui de seu âmbito, inclusive os alimentos vencidos há mais de três meses. (ASSIS, 2002, p. 113/114).

E também Yussef Said Cahali:

Em realidade, embora por vezes tenhamos decidido em nossos julgados, atendendo às circunstâncias do caso concreto, que as prestações alimentícias pretéritas (especialmente quando se trata de diferenças posteriormente reclamadas), atingindo montantes expressivos que viabilizaram a execução voluntária, ou recusado o seu parcelamento (também criação pretoriana), somente poderiam ser reclamadas por via do processo executivo do art. 732 do CPC, sempre consideramos, em tese, e na linha do antigo entendimento do STF, que “os débitos atrasados, valor de pensões alimentícias, que não perderem, por força do inadimplemento de obrigação de prestar alimentos, o caráter da causa de que provieram. Os efeitos quaisquer que sejam, têm o mesmo caráter ou natureza da causa. A dívida continua sendo de alimentos; não de outro caráter ou natureza”; deduzindo-se daí que, tendo tais débitos pretéritos, sempre, caráter alimentar, “nenhuma ilegalidade há no decreto de prisão do alimentante, que é a medida constritiva, legalmente prevista, para que este cumpra sua obrigação alimentar”. (CAHALI, 2002, p.1024).

Aldo Medeiros Lima Filha, mediante citações de algumas decisões de Tribunais, corrobora o entendimento de que o transcurso do tempo não tem o condão de retirar o caráter alimentar das prestações alimentícias, senão vejamos:

PRISÃO CIVIL- PRESTAÇÕES PRETÉRITAS- DILIGÊNCIAS DA REQUERENTE- DEMORA NE EXECUÇÃO- PERDA DO CARÁTER ALIMENTAR- NÃO-OCORRÊNCIA

Não há que se falar em prestações pretéritas, tampouco em perda do caráter alimentar da obrigação, uma vez que a diligência da requerente e a demora em se decretar a prisão civil, em virtude de lento desenrolar do processo executivo, são circunstâncias que não favorecem o paciente. (TJMG- HC 182.597/00- 1º C.Crim. – Rel. Des. Zulman Galdino- J. 25.04.2000). (grifo nosso).

“PROCESSUAL CIVIL- EXECUÇÃO- PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA- PRISÃO CIVIL- CPC, ART. 733, §1º- EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA- PRISÃO

1 Se o devedor não paga, nem se escusa, é caso de prisão (Código de Processo Civil, art. 733, §1º).

2 Se o reclamante foi diligente, iniciando a cobrança logo após o trânsito em julgado da sentença, e se a pessoa obrigada se tornou recalcitrante, ao caso não se aplica a orientação segundo a qual a exigência do pagamento sob pena de prisão diz respeito às três últimas prestações.

3 *Hábeas Corpus* denegado.” (HC 10.326/0, SP, Relator Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, Unânime). (LIMA FILHO, jan/fev/mar 2001, p. 80/89).

Nem mesmo a demora para cobrar o débito alimentar justifica o acolhimento da cisão, pois na maioria das vezes a demora não é causada pelo credor ou se é, este não tem qualquer indício de culpa. Culpa essa que não precisa ser discutida, pois presumidamente o credor alimentante é a parte hipossuficiente da relação processual, condição que demonstra a real necessidade do auxílio econômico que deveria ser prestado pelo alimentante.

Verificamos que o motivo do acúmulo das prestações atrasadas, na maioria das vezes, são as manobras protelatórias operadas pelo devedor a fim de retardar o início do processo de execução de alimentos não pagos, como salienta Aldo Medeiros Lima Filho:

Os que militam nas varas de família verificam a cada dia a elevação dos casos em que o devedor apresenta pretextos dos mais variados para atrasar as prestações alimentícias, sempre sobre promessa da iminência de uma situação sanadora do débito, obtendo, com facilidade, a concordância da parte, que sobrevive às expensas de familiares sem obrigação de suprir sua manutenção, mas envolvidos com o drama familiar. (LIMA FILHO, jan/fev/mar 2001, p. 80/89).

Assim, as prestações vão se acumulando por inércia do credor, porém, não é este o causador da dívida. Necessário dizer ainda que a simples demora do alimentando em cobrar os alimentos em atraso não pode ser fato caracterizador ou não da urgência da prestação, pois, como bem relatado pelo ilustre doutrinador, enquanto não recebe o auxílio, pode estar vivendo sob as custas de algum outro parente que não tem o dever de sustento para com o mesmo.

Embora uma análise mais profunda do assunto leve ao entendimento acima, os Tribunais parecem preferir exatamente o contrário, ou seja, em última análise, privilegiar aos maus pagadores, que têm à sua disposição uma série de instrumentos que cada vez mais levam o sistema da execução de alimentos, em especial no que tange a prisão civil, à total ineficácia.

Com isso, o mais prejudicado será sempre o credor dos alimentos, compulsoriamente remetido às vias da expropriação de bens do devedor.

Caso o devedor tenha bens a serem penhorados não há problema algum. Mas, suponhamos que o devedor não possua bens em seu nome, o que quase sempre ocorre, qual será a eficácia da decisão que cindiu o rito executório?

A experiência tem nos mostrado que a ameaça de prisão, na maioria dos casos, é suficiente para que o pagamento seja efetuado ou, ao menos, possibilita a solução do litígio mediante acordo para o adimplemento do valor devido em breves parcelas. A prisão serve como meio de coagir o devedor a pagar a dívida. Nesse sentido afirmou Francisco de Assis Figueiredo, no II Congresso Brasileiro de Direito de família que:

Se o alimentante ficava inadimplente por um bom tempo, não pagando a pensão, e a mulher (ou o alimentado) entrava com pedido de prisão, o alimentante era preso e, fato interessante, em um, dois dias (às vezes só pelo medo da expedição do mandado de prisão) já acertava 'alguma coisa'. Neste acerto de 'alguma coisa', ficava suprida a necessidade mais urgente da mulher ou do alimentado.

E, na verdade, em dezenas e dezenas de prisões efetuadas, poderá até ter acontecido que hajam sido determinados não mais que 30 dias de prisão. Mas este pagamento era efetuado, no máximo, em três dias. A família toda corria, pagava e pronto. Ou, então, recebia dos advogados propostas explicitadas, solicitando que a prisão fosse relaxada, pois o alimentante acertaria 'tanto', e aquele "tanto", às vezes, era um valor superior a um mês. Num atraso de um, dois, três meses, ou mais, 50% já amenizavam a situação da família. Via de regra, a solução era encontrada porque, pertinazmente, era buscada por todos, vez que o réu encontrava-se preso.

(...) ação de alimentos, por mais simples que seja o processo, é uma ação socialmente delicada e importante, porque é um prenúncio de desamor!

(...) podemos concluir que a inadimplência da obrigação de prestar alimentos é muito grave, e, como tal, o legislador criou o antídoto

correspondente a prisão se tal impontualidade não for devidamente justificada a tempo e modo próprios. (FIGUEIREDO, 2000, p. 572/573).

O Código de Processo Civil, por seu turno, confere exclusivamente ao credor a escolha pela forma da qual se dará a execução quando houver mais de um modo executivo (art. 615, I, do CPC). Nesse sentido, é a palavra de Yussef Said Cahali:

A lei 5.478/68, adaptada ao vigente CPC pela Lei 6.014/73, permite que o credor de alimentos execute a sentença ou o acordo de várias maneiras, entre as quais as formas previstas nos arts. 732, 733 e 735 do Código (art. 18 da Lei 5.478/68); assim, se o executado não cumpre a obrigação, o credor de alimentos tem a alternativa: ou satisfazer-se com a penhora, ou requerer a citação do devedor com cláusula de prisão, alegando e provando ter havido inadimplemento; do §2º do art. 733 do CPC infere-se que a exigência da pensão sob pena de prisão pode ser feita antes da tentativa da penhora, mesmo que o devedor possua bens suficientes, pois, de outro modo, estar-se-ia tornando a execução morosa, procrastinando ou desvirtuando o caráter de urgência, próprio da prestação alimentícia; cabendo ao credor a opção entre requerer a citação com a cominação de prisão (art. 733), ou apenas penhora (arts. 732 e 735); (CAHALI, 2002, p.1016).

Logo, uma vez cindindo o rito escolhido pelo credor, a determinação legal estará sendo desrespeitada. No nosso entender, o procedimento do art. 733 do CPC não traz ao devedor mal injusto algum, posto que lhe é garantido três alternativas: pagar, comprovar que já pagou ou justificar a impossibilidade de pagar. A prisão só será decretada caso o devedor não tome nenhuma das alternativas conferidas, conforme prescreve o §1º do art. 733 do CPC. Sendo assim, nem o art. 620 do CPC, que determina que o juiz escolherá o procedimento menos gravoso para o devedor, será ofendido, pois ao mesmo, são oferecidas três alternativas.

Com efeito, mais injusta ainda é a prisão determinada unilateralmente, de ofício, pelo juiz, sem que o devedor tenha sequer protestado por tal possibilidade.

Temos assistido a algumas decisões, felizmente reformadas pelos tribunais, onde o juiz, afobadamente, cinde o rito escolhido pelo credor, antes mesmo da citação do devedor, o que não pode ser admitido.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXVII, determina como exceção à regra da inadmissibilidade de prisão civil no ordenamento jurídico pátrio, a coerção pessoal oriunda da inadimplência quanto ao pagamento de prestações alimentícias, desde que seja evitável e voluntária.

No tocante a liberdade individual e prisão civil, o pacto de “São José da Costa Rica”, em seu art. 7º, item 7, consolidou posicionamento no sentido da impossibilidade da coerção pessoal, ressaltando os casos de débito alimentar:

Artigo 7º. (7) Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita aos mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.³

Como vemos, a Constituição e o “Pacto de São José da Costa Rica”, permitem a prisão civil em razão do inadimplemento da obrigação alimentar. Logo, não há de se admitir que um posicionamento jurisprudencial prevaleça sobre a Carta Maior. Tal orientação estaria dessa forma violando a própria Constituição Federal e um tratado internacional, recepcionado pelo direito brasileiro.

A corrente que sustenta a prisão do procedimento, como já dito, não encontra respaldo em nenhuma norma substantiva, ou seja, não tem fundamento legal. Segundo o entendimento de Francisco de Assis Figueiredo, Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

³ O Brasil, através do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1.992, aderiu ao texto do “Pacto de São José da Costa Rica”, e após a aprovação pelo Congresso Nacional, depositou a Carta de Retificação junto à organização dos Estados Americanos no dia 25 de setembro de 1992, entrando em vigor no país dia 6 de novembro de 1.992, após a publicação do Decreto Presidencial nº 678 no Diário Oficial de 09 de novembro de 1.992.

(...) Considere-se ainda que este entendimento jurisprudencial, que também é fonte indireta do Direito, não foi ressalvado na legislação substantiva: Lei 5.478, nos Códigos Civis substantivos e adjetivo e nem na Constituição.

Ora, se a Lei 5.478, que quase tem trinta anos, e Código de Processo, às vésperas de ser comemorado em sua 'bodas de prata', nada dispuseram a respeito, ousamos não comungar deste entendimento jurisprudencial, em que pese a grande respeitabilidade de seus defensores. (FIGUEIREDO, 20002, p. 570).

No mesmo sentido, as palavras de Aldo Medeiros Lima Filho:

Embora minoritária, a corrente que reconhece a aplicabilidade da prisão civil como forma de melhor tornar efetiva a obrigação alimentar vem produzindo bons e fundamentados julgados, como a seguir selecionado:

16051410 JCPC.733- *HABEAS CORPUS*- PRISÃO CIVIL- DEVEDOR DE ALIMENTOS- EXECUÇÃO FUNDADA NO ART. 733 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL- Permanecendo a inadimplência do executado no curso da execução fundada no art. 733 do CPC, legítimo se afigura o aprisionamento em virtude de não-pagamento das prestações anteriores à execução e que foram seu específico objeto, não obstante o pagamento das três últimas vencidas antes do depósito. A natureza do débito não se altera em virtude do inadimplemento do devedor. A dívida de alimentos continua sendo de alimentos. O decurso do tempo não retira o caráter alimentar da prestação que, não satisfeita oportunamente, repercute no padrão de subsistência do alimentado. A jurisprudência que, vincula às peculiaridades dos casos concretos, restringe a prisão ao pagamento das três últimas prestações, não constitui regra absoluta, comportando temperamento após a análise das circunstâncias de cada hipótese. Ordem denegada. (STJ- HC 11.163- (199901009596)- MG-4º T.- Rel. Min. César Asfor Rocha- DJU 12.062000- p. 00112) (*in Juris síntese Millennium 26*- Editora Síntese- Porto Alegre). (LIMA FILHO, jan/fev/mar 2001, p. 80/89)

Diante de todo o exposto, conclui-se que o entendimento jurisprudencial em análise não satisfaz os anseios daqueles que buscam pela eficácia da obrigação alimentar, sob todos os seus aspectos de fundamentação.

7.2.2 O critério dos três meses

Como já dissemos, os Tribunais pátrios, quase que por unanimidade, firmaram entendimento no sentido de não admitir o instituto da prisão civil às prestações “antigas”, consideradas para tanto, aquelas que ultrapassem os últimos três meses.

Sendo assim, somente as três últimas prestações anteriores à execução poderiam ser cobradas mediante a coerção pessoal do devedor de alimentos; as demais, apenas poderiam ser alcançadas pelo rito da execução por quantia certa, previsto no art. 732 do CPC.

Em nossas pesquisas, não encontramos nenhum dado que esclareça o motivo pelo qual a jurisprudência considera como atuais apenas as três últimas parcelas anteriores à ação de execução. Neste sentido, sábias são as palavras de Aldo Medeiros Lima Filho:

Não se sabe com que fundamento antropológico ou biológico, as construções jurisprudenciais fixaram um critério temporal para que a parte prejudicada pela sonegação de alimentos que lhe são devidos recorra as vias judiciais, sob pena de não mais poder usar o remédio excepcional apontado pelo constituinte de 1988, de supressão da liberdade do devedor.

Nesse sentido, adota-se amplamente o critério de que aquele que sobreviver três meses sem receber alimentos somente pode promover execução se for adotada a via de dívida patrimonial, o que exclui a possibilidade de prisão civil. Entendem que após o prazo trimestral há presunção de perda da urgência caracterizadora da verba alimentar. (LIMA FILHO, jan/fev/mar 2001, p. 80/89)

Alguns doutrinadores sustentam que esse prazo decorreu de uma interpretação analógica ao prazo máximo da prisão civil previsto no §1º do art. 733 do CPC. Tal justificativa, todavia, não merece nenhuma relevância jurídica, pois segundo Maria Helena Diniz, a analogia “consiste em aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma

prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caos concreto". (DINIZ, 1998, p. 446).

Destarte, seria necessária uma norma prevista para um caso diverso do que tratamos aqui, mas de maneira geral que se assemelhasse a ele.

O desembargador Francisco de Assis Figueiredo, em palestra proferida no II Congresso Brasileiro de Direito de Família, fez severas críticas ao prazo estipulado por esse novo posicionamento jurisprudencial, senão vejamos:

O prazo de três meses deve vigor a partir de que? Individualizado em que? A partir da citação ou dos três meses antes da citação? E os subsequentes? Por que, exatamente três meses o prazo escolhido? Quer-nos parecer que estão confundindo com o prazo da pena do art. 733 do Código de Processo Civil, que não considera a extensão da inadimplência, como se, por analogia, fosse um prazo para dividir que seria oriundo de execução ou de cobrança. Data vênua, esta posição, salvo melhor juízo, está quebrando uma harmonia jurisprudencial que nunca gerou um problema sequer na sua aplicação. E nunca gerou porque sempre se obedeceu o critério único da jurisprudência até então, de que cada caso é um caso a ser observado pelo Juiz, com a ajuda preciosa e impostergável Órgão do Ministerial. E, na prática, o que pode ocorrer é que ou o devedor-alimentante ficaria amenizado pela inadimplência, fugindo-se assim do espírito da lei, ou o alimentado, para que isso não ocorresse, sempre que pudesse e para não perder a oportunidade, entraria com outro pedido, formado por outro processo, a engrossar a sanfona dos apensos, tornando mais difícil, senão impossível ou interminável, a prestação jurisdicional.

Quero saber a razão (e que me convença) por que isso está sendo feito. Tal prazo baseia-se em que? A título de quê? A situação do alimentante, mormente a da maioria pobre, melhorou ou piorou? (FIGUEIREDO, 2000, p. 570/570).

Nos parece, portanto, que o prazo de três meses é um tanto arbitrário e fortuito, já que não demonstra de nenhuma forma a sua legalidade, posto que não há nenhuma previsão a respeito deste limite temporal.

7.2.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente e a cisão

Merece especial atenção em nosso trabalho a obrigação alimentícia decorrente do poder familiar, visto que tem como sujeito passivo pessoas ainda em desenvolvimento, que não têm capacidade jurídica e pessoal de lutar por seus direitos, dependendo sempre de outras pessoas que o façam em seu lugar. A atenção especial se deve pela “fragilidade” do alimentando, que não pode, por si só, buscar o Judiciário para exigir que o alimentante cumpra com a sua obrigação.

A Constituição Federal, com o objetivo de assegurar uma especial proteção dos direitos da criança e do adolescente, em seu art. 227, instituiu a doutrina da proteção integral, considerando as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos e não mais como objetos. Tal idéia também foi acatada na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Visando essa especial proteção dos direitos da criança e do adolescente, a CF, além dos direitos e garantias fundamentais exaustivamente, porém, não taxativamente elencadas no art. 5º, vem através do art. 227 consagrar a proteção integral da criança e do adolescente, que tem a seguinte redação:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Diante disso, podemos verificar que o legislador constitucional quis, expressamente, determinar um diferencial à família, à sociedade e ao Estado, quando diz que devem assegurar à criança e ao adolescente “**com absoluta prioridade**” os direitos elencados. Isso quer dizer ao mesmo tempo que se trata de uma proteção especial e absolutamente garantida, devendo ser observada com rigorosa atenção. Nas palavras de Tânia da Silva Pereira:

recomenda-se que a infância deverá ser considerada prioridade imediata e absoluta, necessitando de consideração, devendo sua proteção sobrepor-se às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os seus direitos fundamentais. (PEREIRA, 1996, p. 26).

Os menores, portanto, merecem proteção integral e especial devido à fragilidade de seu desenvolvimento físico e mental. Não possuindo as mesmas condições de pessoas adultas que já dispõem de tal informação, não seria justo coloca-los no mesmo patamar e dar-lhes apenas os direitos genericamente garantidos à pessoa como sujeito de direito. Nestes termos, o art. 3º do ECA visa assegurar justamente essa amplitude de direitos.

Destarte, a norma mencionada conduz o intérprete à vinculação a certos princípios, que são três: a) a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais assegurados a todas as pessoas; b) têm direito, além disso, à proteção integral que é a eles atribuído por este Estatuto; c) a eles são garantidos também todos os instrumentos necessários para assegurar de seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade.

O art. 4º do ECA praticamente reproduz o “*caput*” do art. 227 da CF, trazendo algo novo em seu parágrafo único, que compreende a garantia de prioridade, esclarecendo que não se trata de um rol exaustivo e sim exemplificativo.

Já o art. 5º do aludido Estatuto reforça mais uma vez o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, repetindo a parte final do art. 227 da CF/88. Ocorrendo qualquer violação a esses direitos fundamentais, o agressor será punido na forma da lei.

Frente ao exposto, inaceitável se demonstra para nós que o interesse alimentar desses menores seja deixado de lado pelos órgãos julgadores do país no momento de se decretar a prisão civil do devedor de alimentos, sendo a obrigação ensejadora da coerção decorrente do poder familiar, pela alegação pura e simples de que se trata de alimentos pretéritos que teriam perdido seu caráter alimentar.

Não se pode admitir que crianças e adolescentes indefesos e frágeis, que têm garantido por vias legais o direito à integral proteção, sofram os prejuízos pela aplicação indiscriminada da cisão, nem mesmo quando houver irresponsabilidade de sua representante, que demora para propor a ação de execução de alimentos, permitindo que se acumulem diversas prestações atrasadas.

Dessa forma, não conseguimos enxergar a proteção integral da criança e do adolescente, quer seja por parte da família e, muito menos, por parte do Estado, como determina a Constituição Federal e o ECA, caso seja admitido tal expediente.

7.2.4 A posição do Ministério Público frente a cisão

Dispõe o art. 127 da Constituição Federal que:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Tudo isto está a significar que o Ministério Público assume a defesa de interesses públicos e privados, é guardião da Constituição Federal e atua como *custu legis*, ou seja, fiscal da lei. Logo, ao MP cabe a defesa da parte mais fraca na relação processual ou a parte mais fraca no seio da sociedade. Todas as vezes que preceitos constitucionais forem violados, o MP deve intervir de modo a extinguir o dispositivo que violou a CF, sendo função do MP verificar se a Lei está sendo cumprida corretamente.

O Ministério Público, diante de todos os argumentos já alinhavados, não pode concordar com aplicação indiscriminada da cisão do procedimento na

execução de alimentos. Já vimos que essa nova orientação jurisprudencial viola o preceito constitucional da proteção integral da criança e ao adolescente.

Segundo o ECA, em todos os procedimentos da competência da Justiça da Infância e Juventude deverá intervir.

Diante disso, a posição do Ministério Público frente a cisão deve ser de total cautela, cuidando para que a aplicação como fórmula genérica da cisão, ao invés da análise pormenorizada de cada caso concreto, não prejudique os interesses dos menores.

7.3 A finalidade da cisão

A principal finalidade desse precedente é evitar a prisão civil do alimentante, pois segundo seus adeptos, a decretação da prisão causaria constrangimento ilegal ao devedor de alimentos, agravando ainda mais a situação já delicada.

É certo que a prisão civil só deverá ser decretada após esgotadas todas as formas de cobrança do crédito alimentar. Neste sentido, são as palavras de Yussef Said Cahali:

(...) a prisão civil só será decretada se não houver possibilidade de desconto em folha de vencimento, ou de arresto de bens ou rendimentos do devedor; trata-se de um remédio heróico, só aplicável em casos extremos, por violento e vexatório. (CAHALI, 2002, p. 1017) .

E também Rolf Madaleno:

Basta passar os olhos pelas principais decisões jurisprudenciais proferidas pelos tribunais pátrios, para constatar a reiterada repetição de julgados inibindo a prisão civil, por vezes, porque existem outros meios coercitivos para a cobrança de prestações alimentícias em atraso, só podendo ser franqueada a coerção física depois de esgotados todos os outros meios legais disponíveis. (MADALENO, 1999, p. 37).

O que não se pode admitir é a tentativa descabida de se tratar igualmente, como fórmula matemática, exata, situações desiguais. Em determinados casos o devedor só paga o débito, todo ou em parte, após a decretação de sua prisão civil.

Como já dissemos, em menos de 10% das ordens de prisão provenientes de alimentos inadimplidos, o devedor cumpre integralmente todo o prazo de prisão estipulado.

Quase sempre, alguém da família ou o próprio devedor, consegue certa quantia ao menos para firmar novo acordo de parcelamento de débito.

Com efeito, quando isso ocorre, inegavelmente, a coerção alcançou sua finalidade, qual seja: prestar alguma quantia, em dinheiro, ao alimentado.

Por outro lado, pergunta-se: quando é cindido o rito, remetendo o credor para a via da expropriação de bens (art. 732, do CPC), e este não os possui, como quase sempre ocorre, a execução estará alcançando eficácia? O alimentando receberá algo? Nos parece que não, motivo pelo qual não pode ser admitida esta orientação.

7.3.1 A jurisprudência como fonte criadora do direito

A jurisprudência surgiu na Antiga Roma com aplicação pouco diferente da que tem hoje, pois naquela época os magistrados, investidos em seus cargos, tinham a atribuição de editar regras, denominadas éditos, que deveriam ser observadas na administração do ano seguinte, com o objetivo de completar e

corrigir o direito vigente. Assim, os juízes, além de criar um precedente jurisprudencial, também eram legitimados para aplicá-lo.

Marcou o auge da jurisprudência, pois teve larga atuação, sem qualquer limitação. Posteriormente, sofreu uma leve restrição, no sentido de que ficou ordenado aos próprios magistrados que nos casos duvidosos se guiassem pelas opiniões dos juristas.

Por volta do século XVII, deu-se a jurisprudência o sentido que ela tem até hoje, ou pelo menos deveria ter, de caráter supletivo, onde o juiz deveria, diretamente, interpretar textos de leis codificadas, podendo valer-se da jurisprudência somente para dirimir alguma dúvida eventualmente surgida por ocasião dessa interpretação.

Após esse breve relato histórico, passemos então ao conceito de jurisprudência. Para Maria Helena Diniz, jurisprudência é:

O conjunto de decisões uniformes e constantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional. (DINIZ, 1998, p. 290).

Desta forma, o que nos interessa por ora é saber se a jurisprudência é realmente fonte criadora de direito; e se for, quais as reais contribuições que ela traz para o mundo jurídico; se é o magistrado legitimado para 'criar' leis, ou apenas deve exercer suas atividades de interpretação; se não é necessário sofrer alguma limitação na sua utilização, e o impacto da não observância da correta aplicação dos entendimentos jurisprudenciais nos casos concretos, como ocorre na execução de alimentos.

Quanto saber se a jurisprudência é ou não uma fonte do direito, há controvérsias na doutrina. Vicente Ráo entende que a jurisprudência não é fonte do direito, ao admitir que:

(...) a lei surge como fonte direta e imediata direito, seguindo-se-lhe, tão somente, com caráter mediato e direto, o costume, embora certas legislações também admitam como fontes os princípios gerais de direito. Além dessas, nenhuma outra fonte pode admitir, nem mesmo com caráter supletivo. A equidade se exclui, porque não é um direito, e, sim, um atributo do direito. E também se exclui a jurisprudência, isto é, a *autoctotias rerum similiter judicatarum*, porque, por mais que seja a influência dos precedentes judiciais, jamais lhes adquirem o valor de uma norma obrigatória e universal, podendo, quando muito, propiciar reformas ou inovações legislativas, como também pode fazer a ciência jurídica. (RÁO, 1999, p. 270)

Outra parte da doutrina entende que a jurisprudência é fonte do direito consuetudinário, como Maria Helena Diniz quando relata:

Consideramos a atividade jurisprudencial como uma fonte do direito consuetudinário, pois a uniformização dá azo à positivação do costume judiciário. A jurisprudência constitui um costume judiciário que se forma pela prática dos tribunais. (DINIZ, 1998, p. 291)

Ora, olhando sobre este prisma, a posição de Maria Helena Diniz parece que está mais de acordo com o que ocorre nos tribunais atualmente, mas nem por isso deve ser considerada a mais correta. Todos temos conhecimento de que é costume dos tribunais formarem entendimentos, mas, na nossa visão, tais julgados são muitas vezes criados de forma desorganizada e desenfreada, sem qualquer análise das conseqüências que poderão trazer futuramente.

Diante disso, entendemos ser a jurisprudência uma fonte do direito, muito embora deva ser considerada um tipo de fonte subsidiária, pois só seria cabível em situações excepcionais em que a lei, incompleta, a torne extremamente necessária, eis que a jurisprudência não passa por um rigoroso processo legislativo de elaboração, como passam as leis.

Podemos dizer que a jurisprudência é um importante instrumento de complementação para a legislação nacional, que por vezes, é falha, contribuindo, de certa forma, até mesmo para a produção do direito normativo, bem como para as regras de hermenêutica. Neste sentido sabiamente relata Carlos Maximiliano:

os julgados constituem bons auxiliares de exegese, quando manuseados criteriosamente, criticados, comparados, examinados á luz dos princípios, com os livros de doutrina, com as exposições sistemática do direito em punho. (MAXIMILIANO, 1997, p. 181)

Desta forma, a jurisprudência pode ser considerada um instrumento de julgamento inseguro, que trazida para tentar preencher uma lacuna da lei pode dar perfeita solução ao litígio, como também ser causa de novas controvérsias jurídicas, podendo levar o Judiciário à total descrença, como ocorre com a execução de alimentos, onde o devedor sabe que nada de tão grave lhe acontecerá em razão de um entendimento jurisprudencial que vem predominando dentre os operadores do direito.

7.3.2 O papel da jurisprudência nos sistemas da common law e da civil law

Há dois sistemas jurídicos importantes no mundo: o *common law* e o *civil law*. Pelo primeiro entende-se como o sistema adotado por países que baseiam-se nos costumes para fazer julgamentos. Desta forma, a lei é uma fonte extremamente excepcional do direito, pois ainda que haja lacunas, estas podem ser sanadas pelo próprio direito desenvolvido pelos juízes. O segundo é o sistema adotado por países que lançam mão principalmente de leis para fazerem seus julgamentos, o que implica em dizer que o juiz é mero aplicador da norma jurídica, valendo-se da analogia e dos princípios extraídos da própria lei, como é o caso do Brasil.

Além dessa principal diferença, o jurista Mauro Cappelletti ainda seleciona outras que são pertinentes ao presente estudo dos dois sistemas, às quais passaremos a analisar:

a) “Do ponto de vista de sua estrutura e organização, as cortes superiores tradicionais dos países de ‘Civil Law’ são profundamente diversas dos tribunais superiores dos países da ‘Common Law’”. (CAPPELLETTI, 1993, p. 116/128).

Esta diferença se traduz no fato de que os tribunais superiores dos países que seguem o sistema da “Common Law” são unitários e compostos por um número reduzido de magistrados, conforme o autor cita por exemplo, em número de nove juízes as Cortes supremas dos Estados Unidos e do Canadá. Por outro lado, nos países signatários do sistema da “Civil Law”, nas palavras do doutrinador italiano:

encontramos, usualmente, uma dicotomia de cortes supremas, mutuamente autônomas: uma para as matérias civis e penais (como a nossa Corte de Cassação) e outra para as matérias administrativas (são típicos o nosso conselho de Estado). (CAPPELLETTI, 1993, p. 116/128).

Além disso, esses tribunais são compostos por um grande número de juízes e, conseqüentemente, subdividem-se em várias seções, cada uma julgando independentemente das demais.

b) O doutrinador fez menção a uma outra diferença, afirmando que nos países adeptos do sistema “Civil Law” existe um princípio que obriga os tribunais a julgar todos os recursos regularmente levados a julgamento, princípio este que concluímos ser o duplo grau de jurisdição. Tal situação não se verifica no sistema da “Common Law”, que concede aos tribunais a discricionariedade de “escolherem” julgar somente causas de maior relevância e gravidade.

c) Uma terceira diferença, e essa de grande interesse para nós, diz respeito direto com o tema em questão, que é justamente o papel da jurisprudência dentro desses sistemas jurídicos.

A jurisprudência tem relevância máxima dentro do sistema da “Common Law”, devendo os julgamentos, dessa maneira, serem vinculados a tais precedentes judiciais. Diferentemente, é notada pelo autor uma falta de vinculação a esses precedentes dentro dos países da “Civil Law”, colocando causas principais a estrutura mais diluída dos tribunais, o grande número de decisões irrelevantes que, no plano de tendência geral, fazem cair no

esquecimento as pouco relevantes, o tipo de magistrados mais anônimos e dirigidos para a rotina.

Destarte, verificando todos esses pontos, verifica-se que os dois sistemas têm grandes diferenças quanto à estrutura e organização, embora possamos verificar que quanto à jurisprudência a diferença diz mais respeito à importância dada ao instituto do que ao uso ou não do mesmo, já que tanto no “*Common Law*” como na “*Civil Law*” são utilizados, porém, no primeiro, com maior intensidade do que no segundo.

7.3.3 Direito brasileiro

O Brasil é signatário do sistema da “*Civil Law*”, porém, não deixa de utilizar-se de outras técnicas judiciárias, como principalmente a jurisprudência a fim de fazer seus julgamentos. Ora, é claro, que sendo um país de “*Civil Law*”, deve principalmente obedecer às leis videntes que seguiram todas as fases de um rigoroso processo legislativo.

Sabemos que por mais completa que sejam as normas, nunca abordam de forma absoluta e satisfatória o assunto; sempre haverá alguma lacuna, que é motivo de sérias discussões ente os juristas.

É importante reconhecer o papel que a jurisprudência exerce no direito brasileiro, auxiliando o Poder Judiciário a solucionar questões controvertidas, ou pelo menos não tratadas de maneira clara e precisa pela legislação em vigor. Contudo, deve ser aplicada com certa cautela. Não se pode fazer dos entendimentos jurisprudenciais um resultado automático para os litígios, como se verifica com o tema do presente trabalho.

Na execução de alimentos, os juízes de primeiro grau parecem não se importarem com as regras de hermenêutica, pois aplicam de maneira descontrolada e desmedida o entendimento jurisprudencial que fixa

arbitrariamente o prazo de três meses como requisito de admissibilidade da prisão civil, quando, na verdade, não há lei alguma, quer seja infraconstitucional ou não, que faça qualquer referência ao aludido prazo.

Com efeito, entendemos que os magistrados não podem através da jurisprudência “criar” leis, pois isso é função do Poder Legislativo. Devem apenas limitar-se a interpretá-las. A jurisprudência, no nosso entendimento, deve apenas ser usada subsidiariamente pelos juízes, para esclarecer dúvidas de leis já existentes que criem discussões na doutrina e na jurisprudência, com a finalidade de dar a essa lei ambígua ou incompleta a melhor interpretação.

Sendo assim, os entendimentos pretorianos cumpririam seu verdadeiro papel que nada mais é do que funcionar como instrumento de interpretação dos magistrados de primeiro grau e não como “orientação” a ser seguida, já que é atribuição dos magistrados julgar segundo a melhor solução para a lide através de seu livre convencimento justificado. Para corroborar com tal idéia invocamos mais uma vez as palavras de Mauro Cappelletti:

Tais questões e incertezas devem ser resolvidas pelo intérprete. Deve ele preencher as lacunas, precisar as nuances, esclarecer as ambigüidades. Para fazer isso, deve fazer escolhas, pois, ainda nas palavras do pai do realismo jurídico americano, onde existe dúvida, não é suficiente instrumento da lógica, e os juízes mesmo de maneira inata e oculta, são chamados a exercer a soberana prerrogativa da escolha. (CAPPELLETTI, 1993, p. 22).

Desta forma, entendemos que se não for essa a função da jurisprudência estar-se-ia ferindo o princípio constitucional dos três poderes, pois o Poder Judiciário teria a permissão de criar leis, competência exclusiva do Poder legislativo.

Concluimos, assim, que a aplicação desmedida e descontrolada da jurisprudência como forma de solucionar os litígios, pode causar equívocos nos julgamentos, como nos esclarece Carlos Maximiliano:

Versa o arresto sobre fatos, e entre estes é quase impossível que se nos deparem dois absolutamente idênticos, ou, ao menos, semelhante sob todos os aspectos: ora qualquer diferença entre espécies em apreço obriga a mudar também o modo de decidir. 'Pequena diferença de fato induz diversidade de direito', Logo a citação mecânica de acórdãos não pode deixar de conduzir erros graves.(MAXIMILIANO, 1997, p. 182)

8 CONCLUSÕES

O presente trabalho abordou, dentro das limitações possíveis, a questão da admissibilidade, ou não, da remessa do credor de alimentos, que erigiu como meio executório a coerção pessoal (art. 733, do CPC), para a expropriação comum (art. 732 do CPC), segundo os precedentes dos nossos Tribunais (STF e STJ), concluindo, sinteticamente, o seguinte.

Os adeptos da cisão partem do pressuposto de que se o credor dos alimentos permitiu que a inadimplência do alimentante aumentasse com o passar do tempo e nada fez para tentar receber a pensão no momento oportuno, é porque na verdade não necessitava tanto desse montante para sobreviver. Entendem que o transcurso do tempo é capaz de retirar o caráter alimentar das prestações alimentares, taxando-as como pretéritas.

Todavia, conforme demonstrado no texto do presente trabalho, não corroboramos desse entendimento. Constatamos que, jamais pode-se admitir que o transcurso do tempo retire o caráter alimentar das prestações alimentícias advindas do dever de sustento que os pais têm para com os filhos, posto que elas tem como finalidade custear a subsistência do alimentado.

O entendimento jurisprudencial já defendido por alguns autores leva à total descrença o processo de execução alimentícia, privilegiando o devedor que, nada possuindo em seu nome, se esquivará do dever de sustentar o filho.

Desacreditado também ficará o credor dos alimentos, que para receber o que de direito será remetido ao procedimento da execução por quantia certa, que na maioria das vezes é caminho mais árduo, infrutífero, e demorado, o que não se amolda ao instituto dos alimentos.

Entendemos que, diante a um conflito entre dois direitos fundamentais: a vida com dignidade e a liberdade, deve prevalecer o primeiro.

Constamos que de forma alguma a prisão civil constitui constrangimento ilegal para o alimentante, pois só será decretada em último caso, quando o devedor não tomar nenhuma das atitudes previstas no art. 733 do CPC.

Demonstramos que, na quase totalidade dos casos, a simples ameaça da prisão já é o suficiente para que o pagamento das pensões seja realizado. O devedor, em poucos dias, ou até mesmo em horas, consegue levantar a quantia devida ou pelo menos parte da mesma. Desta forma, a coerção alcança sua finalidade, qual seja: o pagamento, total ou parcial, das prestações alimentícias, suprimindo as necessidades básicas do alimentando.

Criticamos os critérios utilizados pelos Tribunais pátrios para fixar o prazo de três meses como marco para a preteridade do débito. Verificamos que não pode ser analogia ao prazo máximo da prisão civil, previsto no art. 733, §1º. O que sabemos é que não há nenhuma previsão legal referente a esse prazo, logo, foi fixado de pelos Tribunais de forma arbitrária e fortuita.

Consideramos, ainda, que não só o prazo de três meses, mas toda essa orientação jurisprudencial não encontra respaldo algum em norma jurídica. Assim, deduzimos que falta, também, previsibilidade objetiva a tal instituto.

Ao pesquisarmos da cisão descobrimos que é incerta, muito embora os primeiros julgados neste sentido surgiram no final da década de 70 e início da de 80.

Aduzimos, por outro lado, que a jurisprudência não é fonte criadora do direito; que a única fonte direta e imediata do direito é a lei. A jurisprudência, como vimos, não tem o valor de uma norma obrigatória e universal, pois os julgadores não estão obrigados a acolhe-la em suas decisões. No Brasil, a jurisprudência é considerada fonte subsidiária do direito, posto que só aplicada quando não houver previsão legal para um determinado caso concreto.

Com efeito, a jurisprudência constitui importante instrumento de complementação da legislação, razão pela qual deve ser utilizada de forma cautelosa e limitada.

Criticamos, ainda, a aplicação da prisão como fórmula genérica, em desprezo ao caso concreto, muitas vezes antes mesmo da citação do executado, já no recebimento inicial da exordial.

No que tange às obrigações alimentícias relativas ao poder familiar, lembramos que a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, prevista na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser observada com o máximo rigor, não podendo ser relegada a segundo plano quando da comparação com a prisão do procedimento.

Como mencionamos, as crianças e os adolescentes são pessoas em desenvolvimento e dependentes de seus representantes legais. Logo, não podem ser prejudicados mesmo que haja suposto descaso dos representantes.

Portanto, mister se faz fazer uma nova análise acerca dessa orientação, observando-se se realmente é o entendimento mais correto e justo, senão para todos, pelo menos para as obrigações oriundas do poder familiar.

Além disso, a Constituição Federal, art. 5º, inciso LXVII, e o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 7º, recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio, permitem, como exceção à regra de inadmissibilidade de prisão civil, a coerção pessoal em razão do inadimplemento da obrigação alimentar. Diante disso, a prisão do procedimento da execução das prestações alimentícias estaria violando a própria Carta Maior, o que não se pode admitir.

O Código de Processo Civil, por sua vez, no art. 615, inciso I, possibilita ao credor de alimentos escolher a espécie de execução que lhe aprouver, quando houver mais de um meio executivo. Dessa forma, ao cindir o rito escolhido pelo credor, mais uma vez estaria desrespeitando preceito legal.

Por fim, concluímos o presente trabalho salientando que as orientações jurisprudenciais são perfeitamente válidas e até mesmo necessárias para o sistema judiciário brasileiro. Não obstante, deveriam merecer aplicação menos inescrupulosa e mais criteriosa, analisando cada caso em suas peculiaridades,

visando proporcionar o mais alto grau de justiça ao invés de ser possíveis causas de grandes injustiças, levando o Poder Judiciário a total descrença.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de Assis. **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. 5.ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 21 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2 ed. rio de janeiro: Forense, 1993.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Sérgio Antonio Fabris editor: Porto Alegre, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Ação de alimentos e prisão civil**. Revistas dos Trbunais, São Paulo: v. 516, p. 14/19, out. 1978.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 10. ed. atua. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEREDO, Francisco de Assis. **Execução indireta e a posição jurisprudencial sobre o decreto prisional**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM: OAB- MG, Del Rey, 2000, p. 569/578.

GOMES, ORLANDO. **Direito de Família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. vol. II.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA FILHO. Aldo Medeiros. **Prisão Civil por débito alimentar: a caminho da inaplicabilidade**. Revista Brasileira de Direito de Família, Belo Horizonte, MG, ano III, n. 8, p. 80/89, jan/fev/mar 2001.

MADALENO, Rolf. **O calvário da execução de alimentos.** Revista Brasileira de Direito de Família, n.1, p. 33/43, abril/maio/junho. 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MIRANDA, Francisco C. Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo x- arts. 612-735.** Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** 34 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JR, Nelson e Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Lei de alimentos comentada: doutrina e jurisprudência.** 5 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 5. ed. anotada. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, parte geral.** Vol. 1. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** Vol. 3. 18 ed. ver. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil, processo de execução e processo cautelar.** 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** São Paulo: Atlas, 2001.

VIANA, Marco Aurélio S. **Ação de alimentos.** São Paulo: Saraiva, 1986.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil.** Vol. 2. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.