

Repercussões negativas da súmula nº 309 do STJ e do §7º, art. 528 do CPC nas ações de execução de alimentos em favor de crianças e adolescentes

*Rebeca Vieira Cerqueira¹
Marta Cristina Nunes Almeida²*

Resumo: O direito alimentar de crianças e adolescentes sofre mitigação em razão da súmula nº 309 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de dispositivo do Código de Processo Civil (CPC). A fim de elencar as repercussões negativas nas ações de execução de alimentos, o presente artigo aprofunda o estudo acerca dessa súmula que limitou a prisão civil do devedor alimentar ao pagamento das últimas três parcelas vencidas quando do ajuizamento da ação e as que se vencerem ao longo do processo, bem como a sua ratificação pelo CPC atual. Para tanto, vale-se de uma abordagem dedutiva do tema com a utilização do recurso metodológico denominado de revisão bibliográfica. O desenvolvimento da proposta se dá então a partir de um breve histórico acerca do surgimento e consolidação dos alimentos no ordenamento jurídico brasileiro, destacando sua conceituação e principiologia, além das características e classificação. Em seguida, aborda-se a execução alimentar a partir de seus pressupostos e os meios coercitivos de assegurar o pagamento desta obrigação em favor de criança e adolescente. Por fim, realiza-se a análise da noção de acesso à justiça, da prisão civil e do panorama atual no que se refere ao tema em comento, a fim de se observar quais são as consequências desses novos dispositivos na execução de alimentos, devidos à criança e ao adolescente, e na busca pela efetivação do acesso à justiça.

Palavras-chave: Súmula 309 STJ. Criança e adolescente. Novo Código de Processo Civil. Obrigação alimentar. Execução. Acesso à justiça.

Abstract: This paper aims to debate about the precedent n. 309 of STJ which established as a limit for the execution of alimony under penalty of imprisonment, the debt of the three last instalments by the time of the filing of a lawsuit and the coming due along the process, and which was ratified this year by the new Civil Procedure Code. For this purpose, through a deductive approach (using a methodological review) there will be presented a brief history of the emergence and consolidation of the alimony in the Brazilian legal system, emphasizing its features and underlying principle, as well as the doctrinaire classification. Soon afterwards there will be discussed about the assumptions of execution of alimony installments and the enforcement means to assure the payment of this obligation in favor of children and teenagers. Finally, this paper will analyze the notion of the access to justice, the civil imprisonment and the present panorama concerned the debated theme, in order to observe the consequences of this new legal device in the execution of alimony and the search for an effective access to justice.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Cursa Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ). Advogada, inscrita na OAB/BA nº 49.082. E-mail: beca.cerqueira@hotmail.com.

² Graduada em Direito pela Universidade Católica de Salvador (UCSal). Especialista em Novos Direitos e Direitos Emergentes pela UESB. Professora Auxiliar do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas (DCSA/UESB). Defensora Pública do Estado da Bahia, com atuação na 2ª Defensoria Pública Regional de Vitória da Conquista. E-mail: marta.almeida@defensoria.ba.gov.br.

Keywords: Precedent 309 STJ. Children and adolescents. New Civil Procedure Code. Alimony. Execution. Access to justice.

Nota Introdutória: As consequências da súmula nº 309 do STJ e do Código de Processo Civil nas execuções de alimentos

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a “Constituição Cidadã”, proporcionou a expansão e a positivação dos direitos individuais e coletivos e assegurou diversas garantias fundamentais. Com o objetivo de dar maior efetividade a estes direitos, a Carta Magna assegurou a participação do Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a tais direitos.

Aliado a esse processo de redemocratização, o cidadão em busca da efetivação dos direitos conquistados, passou a evoluir em seus conceitos a partir da base da sociedade: a família. O conceito de família começou então a se transformar na medida em que passou a ser entendido sob a ótica dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Com uma nova concepção sobre a família, surge também um novo conceito para os alimentos, que partindo do pressuposto constitucional, mais precisamente do art. 227, passou a ser entendido como uma obrigação que abrange não só aquilo que se destina à manutenção física da vida humana, mas tudo o que se entende ser essencial para um desenvolvimento sadio e minimamente digno, como educação, lazer, cultura, assistência médica, vestuário etc.

A partir daí, diversas legislações passaram a tutelar esse direito de maneira mais específica e mesmo legislações anteriores à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), a exemplo da Lei de Alimentos, passaram a ter um olhar especial do julgador. Nesse contexto, destacam-se diversas leis que tratam da proteção do direito do alimentando enquanto parte hipossuficiente na relação jurídica, que busca o cumprimento da obrigação.

A criança e o adolescente, em razão da sua condição peculiar de ser em desenvolvimento, necessitam de maior atenção no que tange à obrigação alimentar, pois gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, sendo a estes indivíduos asseguradas todas as oportunidades e facilidades que possam lhes conferir o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Sob essa perspectiva, tendo em vista que o não pagamento da obrigação alimentar expõe a dignidade da criança e do adolescente, o legislador prevê meios coercitivos dispostos no CPC e na Lei de Alimentos para a busca da satisfação de tal obrigação.

Ocorre que o inadimplemento da obrigação alimentar é comportamento rotineiro e reiterado no cenário brasileiro. Diante da natureza e do regramento especial dos alimentos, a CRFB prevê a possibilidade da prisão civil do devedor de alimentos como exceção ao Pacto San Jose da Costa Rica, a fim de pressionar o pagamento da obrigação cujo valor se destina à subsistência de uma vida humana. Para a decretação da prisão civil, contudo, há que se observar todos os requisitos elencados pelas legislações infraconstitucionais, de modo que se garanta ao devedor a possibilidade de defesa de seu direito, também constitucional, à liberdade.

Em 2006 o STJ publicou a Súmula nº 309 que passou a limitar a prisão civil do alimentante às últimas três parcelas vencidas antes do ajuizamento da ação de execução da obrigação alimentar. A partir de então, independentemente do número de parcelas em aberto e do seu valor, só se admite a execução sob pena de prisão civil, rito do art. 528, §7º do CPC, das últimas três parcelas vencidas

antes do ajuizamento da ação e das que vencerem no curso do processo, sendo que todas as demais deverão ser objeto de uma execução sob pena de penhora, rito do art. 523, § 3º do CPC.

Não obstante a supramencionada súmula figure como uma verdadeira afronta ao ordenamento jurídico pátrio e aos princípios que o norteia, esta deu ensejo ao art. 528, § 7º, do CPC, publicado em 16.03.2015. Com a ratificação da súmula pelo CPC diversas críticas se intensificam na medida em que buscam demonstrar de que maneira essa limitação imposta onera e desrespeita o direito do credor de alimentos.

Pela relevância do tema, que transformará profundamente a visão e o entendimento acerca das reais consequências da limitação imposta na vida do credor e na segurança jurídica do ordenamento jurídico pátrio, o presente artigo tem como objetivo responder ao seguinte quesito: de que forma a Súmula nº 309 do Superior STJ e o art. 528, § 7º, do CPC, atuam nas execuções de alimentos em favor de criança e de adolescente e qual sua a consequência na efetivação do direito constitucional de acesso à justiça?

Breve histórico e considerações acerca da obrigação alimentar

Ao longo da evolução do homem e da sociedade, a família foi deixando aos poucos o seu caráter institucionalista e matrimonializado de núcleo econômico e reprodutivo para adotar uma compreensão socioafetiva. O conceito de família passou a abranger os mais variados arranjos uma vez que a tutela primordial deixou de ser a transmissão do patrimônio e passou a ser a solidariedade social. A família pós-moderna busca outros valores para fundar-se como o afeto, a ética, a solidariedade recíproca entre os seus membros e a preservação da dignidade deles.

A partir de então, com essa nova visão sobre a família brasileira, o entendimento acerca dos alimentos também mudou. Em um agrupamento ligado pela compreensão socioafetiva o que se entendia por obrigação alimentar deixou de ser apenas, como afirma Pontes de Miranda (1983, p. 207), “o que serve à subsistência animal”.

A noção de alimentos surgiu primordialmente no direito brasileiro pré-codificado na época das Ordenações Filipinas. Nesse contexto, o livro 1, título LXXXVII, 15 ao dispor sobre a proteção orfanológica, indicava o que comporia tal obrigação, e o livro 1, título LXXXVIII, 11, liv 4, tit. XCIX, 1º, cuidava da assistência devida aos filhos ilegítimos.

Mais tarde, em 1916, o Código Civil Brasileiro ao tratar do efeito jurídico do casamento inseriu como “dever dos cônjuges” a obrigação alimentar familiar.

A partir daí surgiram diversas leis extravagantes visando introduzir alterações e melhoramentos na legislação vigente. Em 1941 (Decreto Lei 3.200, de 19.04.1941) adveio a Lei de Proteção à Família com o desconto em folha da pensão alimentícia; em 1949 a Lei 968 instituindo a tentativa de acordo nas causas de alimentos; ainda no mesmo ano a Lei 883, cuidando de alimentos provisionais em favor do filho ilegítimo; e só em 1968 a Lei 5.478 que veio disciplinar a ação de alimentos.

Nessa linha histórica evolutiva há que se mencionar ainda o CPC de 1973 que dispõe sobre a execução de alimentos; a Lei do Divórcio que veio alterar dispositivos da Lei 883/49; em 1992, a Lei 8.560/92 regulando a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento; o Código Civil de 2002, e, por fim, o CPC atual que passou a vigorar em março de 2016.

Importante salientar que dentre todas as classificações e características acerca do instituto do direito alimentar, de uma maneira sintética e pedagógica, é possível afirmar que no presente trabalho

o objeto de estudo são os alimentos prestados em favor de descendentes incapazes, ou seja, crianças e adolescentes, sendo tais alimentos, portanto, legítimos, definitivos, civis e pretéritos. Assim, para o enfrentamento desse foco temático se faz necessário delinear os instrumentos legislativos que tratam da questão.

Os pressupostos legais e meios coercitivos para assegurar o direito alimentar de crianças e adolescentes

O Código Civil, em seu artigo 1.695, elenca os pressupostos essenciais do direito alimentar: necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante.

Em primeiro lugar, salienta-se que a necessidade do alimentando depara-se na sua impossibilidade para prover a sua própria manutenção, advinda não só da sua incapacidade física e mental para o trabalho, mas da inadaptação ou imaturidade para o exercício de qualquer atividade laborativa.

Ora, a vedação ao trabalho infantil é justificada pela condição especial de pessoa em desenvolvimento que a criança e o adolescente gozam. A infância e a adolescência são momentos de formação física e psicológica destes sujeitos de direitos, que precisam de alimentação adequada, escola, assistência médica e lazer, não tendo, dessa maneira, como assumirem a sua própria subsistência.

Às crianças e aos adolescentes, portanto, o dever de sustento recai sobre os pais por meio do poder familiar, como bem assevera o art. 1.566 do Código Civil, não se estendendo aos outros ascendentes. Para tanto, aliada à necessidade do alimentante deve estar o objetivo da obrigação alimentar que é, antes de qualquer coisa, a garantia da vida e do bem-estar da criança e do adolescente, ressaltando que “alimentos” abrange tudo o que lhe for necessário para um desenvolvimento digno e saudável.

Em segundo lugar há que se falar da possibilidade do alimentante. Este para figurar como devedor de alimentos deve ter condição de fornecê-los sem privação do necessário ao seu sustento, a fim de que não enfrente penúrias para socorrer o necessitado.

Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro leciona, *in verbis*:

Se o alimentante possui tão somente o indispensável à própria manutenção, não é justo que lhe seja compelido a desviar parte de sua renda, a fim de socorrer o parente necessitado. “A lei não quer o perecimento do alimentando, mas também não deseja o sacrifício do alimentante; não há direito alimentar contra quem possui o estritamente necessário à própria subsistência” (MONTEIRO, 2004, p. 368).

Logo, é de salutar importância que o julgador leve em consideração as condições econômicas do alimentante, sem olvidar, contudo, que a necessidade do alimentando ampara-se nos preceitos constitucionais de proteção da vida, dignidade da pessoa humana, bem como na proteção da criança e do adolescente como sujeitos em situação especial de desenvolvimento.

Por fim, há ainda que se falar da proporcionalidade. Não basta que sejam observadas a necessidade do alimentando e as condições do alimentante, é preciso que haja uma proporcionalidade entre essas duas condições. Essa proporcionalidade, porém, não se configura em uma média aritmética e exata, serve apenas para nortear o julgador quando da fixação do *quantum* que levará em conta o fato concreto e as peculiaridades de cada caso.

Logo, não importa somente a necessidade do credor ou a capacidade econômica do devedor, mas a conjunção dessas medidas de maneira adequada e de acordo com o apurado no caso concreto.

No tocante aos meios de assegurar o pagamento da obrigação alimentar em favor de criança e adolescente é importante observar que a constituição da obrigação alimentar pode se dar judicialmente, por decisão interlocutória ou sentença, ou extrajudicialmente, por escritura pública, por outro documento público assinado pelo devedor, por documento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas ou por transação referendada pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores (CPC 585, II).

Os diplomas legais que preveem a execução da obrigação alimentar são: a Lei de Alimentos (Lei 5.478/68), que disciplina a execução da sentença ou do acordo nas ações de alimentos (arte. 16 a 19) e o CPC. Em que pesem as diferenças terminológicas, é pacífico o entendimento de que a cobrança de dívida alimentar pode ser buscada por todas as modalidades previstas em ambos os diplomas.

Diante do não cumprimento da obrigação que consta no título executivo, a regra geral é que para o título judicial é cabível o cumprimento de sentença e para o título extrajudicial, o processo de execução. Ocorre que a obrigação alimentar, em razão da sua natureza jurídica, dispõe de regramento especial e pode se valer do meio mais célere para a sua satisfação, e, neste caso, a execução de alimentos dispõe de meios coercitivos que tornam mais ágil o adimplemento pelo devedor.

A execução da prestação alimentar é modalidade de execução por quantia certa contra devedor solvente e recebe do CPC tratamento especial em virtude da natureza e da relevância da prestação a ser efetivada. Diante do inadimplemento voluntário da obrigação alimentar, o credor precisa se valer de medidas judiciais e, para isso, o CPC prevê três diferentes meios de execução: o desconto em folha, a expropriação e a coerção indireta, com o uso da prisão civil.

Importante salientar que há uma gradação de prioridade no uso desses meios executivos, de modo que se não for possível o uso do desconto em folha e da expropriação de aluguéis e rendimentos, caberá ao credor escolher entre a expropriação de outros bens e a coerção indireta. A escolha do meio executivo, contudo, deve obedecer a dois requisitos essenciais, quais sejam, a sua aptidão para conferir uma tutela efetiva ao credor e menor onerosidade ao devedor. É esse o posicionamento do CPC: “Art. 805. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

Frise-se, porém, que é do alimentando a escolha pelo meio executivo que lhe garantir maior eficácia e mais rápida satisfação do seu crédito, e isso porque o art. 797 do CPC anuncia que a execução se move tendo em vista o interesse do credor.

Dentre os meios coercitivos elencadas no CPC, o qual dispõe sobre a exigibilidade da obrigação alimentar, dá-se especial relevância à coação pessoal. A coação pessoal nada mais é do que constranger o devedor de alimentos a adimplir a sua obrigação por meio da prisão civil. Essa polêmica modalidade executória está disposta no art. 528, § 3º do CPC e neste rito o devedor é intimado para, no prazo de três dias, pagar, provar que pagou ou justificar a impossibilidade do inadimplemento.

A prisão civil do devedor como meio coercitivo mais eficaz para o adimplemento da obrigação alimentar e consagração do direito fundamental de acesso à justiça

Com a efetivação do acesso à justiça, elencado na Constituição de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXV, como direito fundamental, busca-se o julgamento de ações que atendam efetivamente à

necessidade das partes e entregue a estes uma decisão que realmente encerre a lide em consonância tanto com a legislação vigente quanto com as expectativas dos litigantes em relação aos direitos por eles pleiteados. Desse modo, o exercício do acesso à justiça permitirá não apenas o fim do litígio perante o Poder Judiciário, mas também evitará os sentimentos de intranquilidade e frustração com o conseqüente retorno da mesma demanda para nova apreciação pelo Estado.

Seguindo essa linha de pensamento, Mauro Cappelletti e Bryant Garth escreveram a obra *Acesso à Justiça*, publicada no Brasil em 1988, que trata dos três enfoques de acesso à justiça, nomeados de “ondas”. Interessa-nos a abordagem sobre a terceira onda de acesso à justiça que busca a representação em juízo pautada na preocupação com o “aprimoramento das instituições e dos mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 68). Essa nova concepção não visualiza apenas a edição de leis que abarquem direitos individuais e sociais, mas também a forma de tutela desses direitos que se dá, precipuamente, por meio do exercício da jurisdição.

Os autores relacionaram a concretização dos direitos individuais e sociais à adequação das normas processuais aos conflitos submetidos à apreciação do Estado, ou seja, a adaptação do processo civil ao tipo de litígio apresentado. Dessa forma, as diversas barreiras ao acesso à justiça, presentes nos casos concretos, seriam solucionadas de maneira mais eficiente, e a prestação jurisdicional, por conseqüência, entregaria às partes litigantes decisões mais democráticas e condizentes com suas realidades sociais, políticas, econômicas e culturais.

Para se alcançar a tão almejada efetividade no que tange ao acesso à justiça é importante superar alguns entraves ou óbices que se encontram na sociedade. O primeiro e mais forte deles é a desinformação, pois, grande parcela da população, em decorrência da sua condição social, econômica e política, não detém o mínimo conhecimento de possibilidade de acesso à justiça. Outro entrave de acesso à justiça é a violência social, uma vez que o conflito que precisa ser submetido ao poder judiciário envolve partes litigantes com realidades de vida totalmente diferentes.

É nesse contexto que se quer abordar o direito alimentar. Apesar do esforço de conscientizar e educar a sociedade para a importância da prestação da obrigação alimentar, do enfoque constitucional da dignidade humana, da solidariedade social e, por fim, do direito personalíssimo que o alimentando faz jus, há ainda muitas outras amarras sociais a serem superadas. Assim, quando o credor de alimentos deixa acumular o crédito vencido este faz não por desnecessidade, mas por desinformação ou temor de represálias do devedor.

Em especial no âmbito das relações familiares, a grande maioria da população sofre os reflexos da desinformação e da violência social. Foi em observância a essa realidade que o legislador, quando da elaboração da Lei de Alimentos e do CPC, não impôs ao credor qualquer limitação quanto à adoção de um ou outro rito executivo. O que se buscava era garantir a efetividade do processo de execução e solução do conflito entre devedor e credor de alimentos da maneira mais célere e eficaz, uma vez que a natureza da obrigação em comento não permite maiores delongas, razão pela qual a própria Carta Maior admitiu meio coercitivo mais invasivo: a prisão civil.

No ordenamento jurídico brasileiro a única prisão civil constitucionalmente admitida é a prisão de devedor de alimentos, tida como uma exceção ao Pacto San José da Costa Rica. Ao bem da verdade, tal exceção se viabilizou em virtude da natureza da obrigação que possibilita a prisão civil: alimentar uma pessoa humana. Para tanto, é interessante fazer algumas ressalvas.

Em primeiro lugar, é importante salientar que a prisão civil do devedor de alimentos não é sanção e sim meio executivo de finalidade econômica, ou seja, justifica-se com o propósito de

assegurar a própria dignidade e integridade do alimentando. Desse modo, a prisão civil não é pena, mas uma pressão psicológica sobre o ânimo do devedor. O que se visa é força-lo ao adimplemento, uma vez que a prisão civil em si não garante a satisfação do crédito.

Em segundo lugar, embora o credor opte pelo rito da prisão civil, esta só poderá ser decretada se passados os três dias e o devedor de alimentos não se valer de nenhuma das alternativas previstas no §1º, art. 528, CPC. O devedor, portanto, é citado para no prazo de três dias: pagar, provar que já o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

Após a exposição das possíveis respostas do executado resta evidenciado o diálogo entre o CPC e a Carta Magna que elenca como pressupostos para a viabilidade da prisão do devedor de alimentos o inadimplemento voluntário e inescusável. Ora, se diante das três possibilidades que tem de pagar, provar que o fez ou justificar a impossibilidade absoluta, o devedor permanecer inadimplente, imperioso se faz a decretação da sua prisão.

Em terceiro lugar, relevante destacar as condições dessa prisão que por se tratar de uma prisão civil goza de algumas peculiaridades. Inicialmente, na decisão que decreta a prisão do devedor o juiz deve fundamentar e verificar os pressupostos como a regularidade na tramitação do processo executório, existência de pedido de prisão e legitimidade daquele que o formula, voluntariedade e inescusabilidade do pagamento, planilha de cálculo, intimação do devedor, além de toda matéria que se permite que seja deduzida pelo executado.

Decretada a prisão, serão fixados prazo e regime de cumprimento próprios. Embora houvesse divergência entre a Lei de Alimentos e o CPC/1973 no que tange ao prazo, com o advento do CPC atual pacificou-se o entendimento de que este passa a ser de 1 (um) a 3 (três) meses por ser a legislação mais recente sobre o tema. Divergências à parte, o que importa destacar é que a prisão do devedor de alimentos não pode exceder o prazo máximo de 3 (três) meses, sob pena de se caracterizar ilegalidade passível de impetração de remédio constitucional.

Em quarto lugar, da decisão que decreta a prisão do devedor de alimentos cabe o recurso de agravo de instrumento interposto diretamente no Tribunal no prazo de 15 (quinze) dias, por se tratar de decisão interlocutória que resolve questão incidente, conforme dispõe as modificações introduzidas pelo CPC. Na prática forense mais comum, o uso do *habeas corpus* que em face do seu caráter de remédio constitucional, não pode ter a sua impetração obstada, o qual, contudo, só será deferido se demonstrada documentalmente a ilegalidade do decreto prisional.

Em quinto lugar, ressalta-se que a imposição de prisão ao devedor de obrigação alimentar não é pena, é meio coercitivo. Dessa maneira, decorrido o prazo fixado para cumprimento da prisão sem que se tenha adimplido as parcelas vencidas e vincendas, estas não deixarão de existir, é dizer, o cumprimento da prisão não exime o devedor da obrigação alimentar em atraso. Essas parcelas, porém, não mais poderão ser cobrados sob o rito do art. 528, §3º do CPC, pois se entende que já foi imposto ao devedor o meio coercitivo mais gravoso, restando ao credor somente a via de penhora.

Embora seja dada uma série de condições para o adimplemento da obrigação alimentar, o que se vê no cenário atual é o uso reiterado da prisão civil do devedor como o meio coercitivo mais eficaz para que se garanta à criança e ao adolescente, como a todo credor alimentar de um modo geral, o pagamento do valor necessário para a sua manutenção e desenvolvimento digno.

Em sentido oposto ao que a *práxis* tem demonstrado, em 2006 o STJ publicou a súmula nº 309 com o seguinte enunciado: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é

o que compreende as três últimas prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo”. Embora a súmula não tenha obedecido a seu objetivo primeiro de esclarecer contradições ou lacunas na lei, esta, a despeito da inobservância aos preceitos legais e frontalmente colidentes com o interesse social, deu ensejo ao artigo 528, § 7º, da Lei 13.105 de 2015, o CPC atual.

Em um primeiro momento é difícil conceber que uma súmula tão criticada e rebatida pelos doutrinadores e atuantes na área do Direito de Família evoluiu a ponto de se transformar, *ipsis litteris*, em um dispositivo de lei federal. Como o legislador não estabeleceu ordem de preferência entre a expropriação de bens e a coação pessoal do devedor, cabendo ao credor a escolha do rito que lhe aprouver podendo, inclusive, ser até o mais oneroso ao devedor diante da natureza da obrigação alimentar, a jurisprudência buscou limitar ao máximo esta modalidade de cobrança, que na prática sempre se revelou como a de maior eficiência e efetividade imediata.

Logo quando da sua publicação, surgiu uma grande discussão no que diz respeito à supramencionada súmula, pois, segundo os estudiosos, havia mácula que necessitava de imediata retificação. A súmula de forma equivocada estabelecia que o período de abrangência da execução correspondia somente às prestações vencidas antes da citação do devedor e não às impagas antes da propositura da ação, o que acabava por incentivar o devedor a se esquivar da citação, a fim de buscar retardar o início da execução.

Assim, não citado o devedor não poderia ser preso e quanto mais conseguisse evitar a citação, mais parcelas seriam relegadas à modalidade executória, cuja efetividade é ineficaz em se tratando de obrigação alimentar: a expropriação de bens sob o rito de penhora. Então, visando corrigir tal irregularidade, o STJ, por intermédio de proposta da Ministra Nancy Andrighi, alterou a famigerada súmula 309 em 24.04.2006, que passa a ter a seguinte redação: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

Diante dos fundamentos insubsistentes, diga-se de passagem, usados para justificar a referida súmula, faz-se interessante apontar algumas consequências desta na realidade fática do credor de alimentos.

a) descon sideração da natureza da obrigação e seus requisitos

Partindo-se do pressuposto de que o espírito das legislações que versam sobre alimentos é proteger o alimentando e diante de todas as peculiaridades inerentes à obrigação alimentar, o legislador não impôs ao credor qualquer limitação quanto à adoção do rito executivo de expropriação ou prisão. O que buscava, ao bem da verdade, era o acesso ao meio de execução mais rápido e eficaz para a garantia da subsistência do alimentando, em sua grande maioria criança e adolescente, que privado dos pagamentos mensais, via comprometido não só o seu desenvolvimento físico, como também a dignidade que lhe foi conferida pela Carta Maior.

O caráter personalíssimo e urgente do direito alimentar é de tamanha importância que afastou o rigor do princípio da menor onerosidade, disposto no artigo 805 do CPC, que prevê que “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. Assim, em se tratando de obrigação alimentar cabe ao credor escolher o rito de execução, ainda que seja mais oneroso ao devedor, pois a finalidade da escolha é garantir o adimplemento do débito alimentar e minimizar os efeitos da inércia daquele. E mais: como reforço dogmático do Princípio do melhor interesse do exequente (art. 797, CPC) encontra-se no parágrafo

único do art. 805, CPC, a regra de que ao executado cumprir, se alegar que o meio executivo escolhido pelo exequente é por demais gravoso, indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manter-se os atos executivos já determinados.

b) defesa do devedor: inversão da ordem do direito

A limitação da execução de alimentos sob o rito de prisão às últimas três parcelas vencidas é uma verdadeira afronta ao ordenamento jurídico pátrio, pois, ao restringir a utilização da forma coercitiva de execução sob o rito de prisão, inverte-se a ordem de direito, premiando o devedor renitente e contumaz. Ao dispor que o credor somente poderá se valer deste rito mais eficaz para as últimas três parcelas vencidas anteriores ao ajuizamento da ação, o legislador acaba por exercer a defesa do devedor, uma vez que entra no mérito de questões que deveriam ser suscitadas por este.

Ora, se o devedor não concorda com o valor da prestação alimentar mensal fixada ou com a destinação dos recursos conferidos ao alimentando pelo seu representante legal, deve valer-se de instrumentos específicos para a revisão da obrigação ou fiscalização da conduta daquele. A discussão acerca do valor e da mudança das condições econômicas do devedor deve ser feita em sede de ação revisional ou exoneratória de obrigação alimentar, dispostas nos artigos 1.699 do Código Civil Brasileiro. Já a fiscalização da conduta do representante legal responsável pela criança ou adolescente diante da suspeita de desvio da finalidade dos alimentos pagos é garantida pelo poder familiar inerente à paternidade/maternidade conforme prevê o art. 1.630 do *Codex*.

O que não se admite é que o devedor, *sponte própria*, altere a forma de pagamento ou suspenda-o, colocando em risco a subsistência do alimentando.

Além do mais, cumpre salientar que com a edição da súmula 309 do STJ e do posterior art. 528 do CPC, fecharam-se os olhos para a realidade social na medida em que além de todos os prejuízos impostos ao hipossuficiente, evidenciou-se o desestímulo ao pagamento das prestações vencidas, amenizando o efeito coercitivo da norma. O devedor contumaz e renitente que ao ser surpreendido com um decreto de prisão, na maioria das vezes, reunia recursos para saldar o débito e evitar o cárcere, atualmente só é preciso se preocupar com o eventual pagamento de três parcelas vencidas.

c) inadequação da atualidade do débito

Ao tratar da total falta de critério utilizada para a limitação imposta pela súmula e pelo CPC atual há ainda que se falar no prazo fixado como restrição executiva: por que só os últimos três meses anteriores ao ajuizamento da ação são passíveis de execução pelo rito de prisão?

Um dos argumentos utilizados para a edição da súmula 309 pelo STJ é a atualidade do débito alimentar. Convencionou-se a limitar em três meses porque, segundo entendimento jurisprudencial, o débito alimentar deve ser atual e uma vez passado esse período, se o alimentando proveu a sua subsistência de alguma maneira não há que se falar em atualidade, pois este não necessita mais das prestações pretéritas para sobreviver. Não seria, portanto, razoável permitir a utilização da coerção pessoal para as parcelas vencidas há mais de três meses, apeladas de prestações pretéritas.

A partir daí, desenvolveu-se o entendimento de que se o credor deixou que o débito se acumulasse por tempo prolongado, a dívida perde o caráter alimentar e passa a ser para simples ressarcimento de despesas feitas anteriormente, o que inviabilizaria a decretação da prisão civil, pois estaria ausente a necessidade de socorro urgente e de subsistência imediata do alimentando.

Vê-se que o legislador penaliza, mais uma vez, o credor hipossuficiente, que onerado pelas despesas adquiridas durante o atraso do devedor não pode se valer do rito mais eficaz para ver adimplida a sua obrigação. Vale ressaltar que as despesas adquiridas pela alimentando durante o período que se vê imotivadamente privado do pagamento da obrigação alimentar, são despesas para a satisfação de suas necessidades básicas, é dizer, o próprio alimento em seu sentido amplo.

A alegação de que o devedor não pode ser prejudicado pela demora do credor é igualmente insubsistente, uma vez que a práxis demonstra que na maioria das vezes é o devedor que, de má-fé, desaparece e deixa de cumprir com sua obrigação sem qualquer justificativa prévia plausível. Nesse caso, mais justo admitir a prisão do devedor de alimentos, ainda que inúmeras sejam as prestações em atraso, quando fica provado que o credor diligenciou o recebimento desde o início do feito ou quando a cobrança das prestações pretéritas havia se inviabilizado em razão de dificuldades imputáveis ao devedor, como aquelas decorrentes de seu desaparecimento.

Acerca da prisão civil e da limitação imposta pelo art. 528, § 7º, CPC e súmula 309, STJ, Luiz Guilherme Marinoni revela inconformismo com tal opção legislativa, aduzindo que:

Porém, a demora no ajuizamento da ação não se deve, na grande maioria das vezes, ao desinteresse do credor ou à falta de necessidade da verba alimentar, podendo estar relacionada a outros fatores, como o temor em demandar perante o Poder Judiciário e a dificuldade em contratar advogado. Aliás, a demora, neste caso, obviamente não pode fazer gerar a presunção (absoluta) de desinteresse em obter os alimentos. Na verdade, diante da natureza da verba em questão, a presunção deve ser de que, não obstante a demora, o alimentante deseja receber, o quanto antes, a verba que lhe foi prometida para a sua manutenção (MARINONI, 2015, p. 1019).

Frente a tantos questionamentos, o Tribunal de Justiça da Bahia com o objetivo maior de instalar um diálogo entre os atores do processo judicial, com vistas a um alinhamento de entendimentos, na I Jornada de Direito de Família promovida pela Corregedoria-Geral da Justiça em 2011, com o apoio da Escola de Magistrados da Bahia, aprovou o seguinte enunciado:

Enunciado n° 10 - O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo, sem embargo de o juiz, em situações excepcionais e justificadas, determinar a medida prisional por débito compreensivo de três ou mais prestações anteriores ao ajuizamento da demanda, quando inequívoco o abuso de direito por parte do devedor.

Percebe-se que, diferentemente do Tribunal Superior, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia atentou-se para o fato de que existe abuso de direito por parte do devedor e que esta conduta não pode implicar em ônus ao credor alimentar.

Ora, se o prazo fixado para determinar a atualidade da obrigação de alimentos é de três meses para que possa ser executado sob o rito de prisão, então por que são cobradas as parcelas vencidas no decorrer do processo de execução, ainda que ultrapasse esse lapso temporal? Qual o critério adotado para impedir a prisão civil pelo inadimplemento das parcelas vencidas há mais de três meses? A resposta a esses questionamentos deveria nascer de outro questionamento: qual bem jurídico deve prevalecer em se tratando da prisão civil do devedor de alimentos: a liberdade do devedor contumaz ou a vida do alimentando, que em sua grande maioria são crianças e adolescentes que

têm direito à percepção de alimentos, como expressão constitucional da própria dignidade humana e solidariedade social?

d) “perdão” tácito da dívida alimentar

Diante das restrições impostas pela súmula 309, ao credor não resta alternativa a não ser a execução por expropriação, valendo-se do rito da penhora. Ocorre que, além de retirar do credor a garantia de recebimento urgente do total do valor devido, o legislador ainda acaba por estimular o ajuizamento de várias execuções sob o rito de prisão, o que implica em postergação da solução do conflito e acréscimo de gastos desnecessários e sobrecarga da máquina judicial.

Ajuizada execução das últimas três parcelas vencidas sob o rito de prisão, o credor para buscar o adimplemento das parcelas pretéritas deve se valer do rito disposto no art. 523 do CPC.

A expropriação de bens do devedor, contudo, pode não garantir o pagamento da dívida alimentar, pois, mesmo após um processo longo e exaustivo, o credor pode se deparar com a insolvabilidade de um devedor que ou não tem bens a penhorar ou de manifesta má-fé se desfez destes. Por fim, o credor é penalizado não somente por ter que satisfazer-se com o pagamento de parcela da dívida alimentar acumulado por inércia do devedor, como também por ser impelido a percorrer a execução por quantia certa (expropriação de bens) para recebimento do restante, podendo, ainda, deparar-se com a inexistência de patrimônio passível de constrição judicial.

O devedor, portanto, é premiado com a suspensão da execução do débito pretérito decorrente da inércia, da má-fé e do abandono material imposto ao alimentando. Depreende-se que há um verdadeiro “perdão” tácito do legislador para com o devedor.

Além de todas as irregularidades acima apontadas, a súmula 309 do STJ ainda afronta princípios fundamentais como a celeridade e a economia processual. Com a limitação trazida para a execução sob o rito de prisão, o devedor é impelido a realizar duas execuções para a busca do adimplemento de sua dívida: uma dos últimos três meses valendo-se do art. 528 do CPC e outra do restante da dívida, as chamadas prestações pretéritas, valendo-se do rito do art. 523 do CPC. Diante do reiterado comportamento de não pagar parcelas futuras, o credor reiniciará o ciclo de ajuizar duas execuções o que desvirtua totalmente os princípios norteadores do CPC que visa a solucionar conflitos, evitar lides e prezar pela rapidez na efetivação das demandas, a fim de que não seja preciso mover novamente a máquina judiciária.

No intuito de adequar o então Código de Processo Civil à nova ordem constitucional, estimulando o desenvolvimento dos princípios da cooperação, da participação, da eficiência, da economia processual, da instrumentalidade e da duração razoável do processo, surge o CPC de 2015, afinado com os preceitos constitucionais, mais próximo da realidade de seus usuários e despido de formalismos. O CPC busca conservar e aprimorar as garantias processuais alcançadas com o CPC de 1973 e suas reformas pontuais e inserir no ordenamento jurídico pátrio institutos facilitadores de acesso à justiça, compreendido em sua terceira concepção, a fim de que o *iter* procedimental se torne mais democrático e mais próximo dos jurisdicionados.

O espírito do CPC, contudo, não foi respeitado no art. 585, §7º que reproduz em sua literalidade a súmula 309 do STJ. O que se observa é que, mais uma vez, a teoria de uma legislação vai caminhar longe da realidade da prática e da realidade social.

Considerações finais: a súmula nº 309 do STJ e o art. 528 do CPC são verdadeiros óbices de acesso à justiça na medida em que inviabilizam a efetividade do processo de execução e o adimplemento das prestações pretéritas de ordem alimentar

Ao tratar de acesso à justiça, enquanto direito fundamental amparado pela Constituição de 1988, este artigo concentrou atenção especial ao terceiro enfoque de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que busca o aprimoramento da prestação jurisdicional estatal, adequando o processo judicial às expectativas das partes e às peculiaridades do direito material discutido. Isto porque é necessário se compreender que há fatores sociais e externos que, por si só, impedem que o jurisdicionado desfrute de seu direito constitucional de acesso à justiça de maneira efetiva.

Ciente dessa realidade, o legislador brasileiro ao tratar dos meios coercitivos para a satisfação da obrigação alimentar não impôs ao credor qualquer limitação quanto à adoção do rito executivo, buscando garantir maior efetividade e solução para o litígio alimentar. O legislador constitucional foi mais além ao permitir a prisão civil do devedor de alimentos, por entender ser coerente com a natureza da obrigação alimentar.

Para tanto, foi enfocada a prisão civil como meio coercitivo mais eficaz para a busca do inadimplemento da obrigação alimentar, destacando-se, assim, o amparo constitucional destinado a esta, os requisitos para que se chegue à decretação e, de maneira breve, uma amostra da realidade atual. Frente às mazelas do sistema prisional brasileiro, foram abordados, ainda, os sistemas alternativos de administração de conflitos, a exemplo da justiça restaurativa.

Verificou-se, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça, sem atentar-se para a realidade social, editou a súmula nº 309 limitando a prisão civil do devedor de alimentos às últimas três parcelas vencidas antes do ajuizamento da ação e às que vencerem ao longo do processo. Tal entendimento desencadeou muitos questionamentos entre os estudiosos e atuantes do direito alimentar, pois a súmula em comento acabou por onerar demasiadamente o alimentando.

Apesar do cenário fático, o CPC reproduziu a súmula nº 309 do STJ em seu art. 528, § 7º, ratificando o entendimento do Tribunal Superior e dando força de lei federal a um entendimento sumular já tão criticado. O interesse do legislador brasileiro não foi tutelar o alimentando hipossuficiente, mas criar um falso equilíbrio entre o direito deste ao alimento e o direito do devedor à liberdade.

Neste estudo, constatou-se que a limitação adotada refletirá nas execuções de alimentos que buscam prestações pretéritas, na medida em que se desconsidera totalmente a natureza da obrigação alimentar e os seus requisitos, bem como o título judicial preexistente. Em síntese, mitigou-se a força do meio coercitivo da prisão civil, o que acende insegurança jurídica na sociedade.

Verificou-se que a supramencionada súmula inverte a ordem do direito, premiando o devedor renitente e contumaz ao adentrar no mérito de questões que deveriam ser suscitadas por este, a exemplo da condição econômica e do valor da prestação estabelecida. Evidenciou-se também o desestímulo ao adimplemento de parcelas que não mais podem ser executadas por meio do rito comprovadamente mais eficaz, qual seja a prisão civil do devedor.

Comentou-se acerca do prazo fixado pela súmula 309 do STJ e qual o critério adotado para definir que a atualidade do débito estaria vinculada aos três meses, observando-se que na grande maioria dos casos, é o devedor inadimplente que inviabiliza a cobrança das prestações pretéritas.

Averiguou-se, por fim, que após todos os obstáculos impostos e ao fim de um longo processo executivo, o credor pode deparar-se com a inexistência de patrimônio do devedor para ser penhorado.

Assim, vedado o rito da prisão civil, o direito à vida do credor é desconsiderado, enquanto ao devedor é assegurado o direito à liberdade e um perdão tácito da dívida alimentar.

Portanto, observou-se que o CPC já nasce em contradição ao reafirmar a súmula 309 do STJ, em seu art. 528, § 7º, pois impor tal limitação ao devedor de alimentos, é ferir a cooperação entre as partes, a duração razoável do processo, a economia processual e a incessante busca pela efetividade da justiça, uma vez que o credor de alimentos, além de não ver a lide solucionada, não tem a satisfação da sua pretensão.

Conclui-se, desse modo, que a súmula nº 309 do STJ e o art. 528, § 7º, do CPC são verdadeiros óbices ao acesso à justiça, na medida em que inviabilizam a efetividade do processo de execução e ao adimplemento das prestações pretéritas de ordem alimentar.

Referências

ASSIS, Akaken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. *Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 28 fev. 2014.

_____. *Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 31 maio 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 maio 2015.

_____. *Lei de Alimentos, de 25 de julho de 1968*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm>. Acesso em: 05 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 30 maio 2015.

CAHALI, Yusef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil – volume I*. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão: Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2013. v. 6: Famílias.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Edição original: 1966.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

*Recebido em maio de 2016.
Aprovado em agosto de 2016.*