

PRISÃO DO FALIDO: CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 35 DO DECRETO-LEI Nº 7.661, DE 21.06.1945

RAQUEL RIBEIRO

Coordenadora da Promotoria de Justiça de Falências e Concordatas da
Comarca de Belo Horizonte – MG

O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva.
Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito,
e na outra a espada, de que se serve para o defender.
A espada sem a balança é a força brutal;
a balança sem a espada é a impotência do direito.
(Rudolf Von Ihering)

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Particularidades do processo de falência – 3 A prisão do falido prevista no artigo 35 da Lei de Falências – 4 A característica administrativa da prisão do falido preconizada no artigo 35 da Lei de Falências – 5 A característica civil da prisão do falido preconizada no artigo 35 da Lei de Falências – 6 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

O moderno mundo negocial, emoldurado pela sociedade capitalista, exige que o processo econômico de circulação de riquezas desenvolva-se sob uma segura e eficiente estrutura de preservação do crédito público. É o crédito sadio, nascido de uma relação de confiança entabulada entre credor e devedor, que sustenta a atividade mercantil e garante o giro dos negócios.

O comerciante combatido, que não salda seus débitos no prazo assinado, contribui para o abalo do crédito, gerando uma onda de desconfiança que, se espalhada pela comunidade mercantil, pode causar prejuízos incalculáveis na ordem socioeconômica. Nesse contexto, visando salvaguardar a saúde do sistema econômico, surge o instituto da falência como meio hábil a coibir o mau uso do crédito, cuidando de alijar do mercado aquele que não tem condições de participar do universo dos negócios.

Poder-se-ia dizer, assim, ser a falência um instrumento de proteção da ordem econômica, brandido pela mão do Estado e vivificado pela sentença de quebra, objetivando, no plano mediato, assegurar a tranquilidade das relações negociais fundadas na utilização do crédito e contribuir para a higidez do sistema mercantil.

Por outro lado, no plano imediato, não menos expressivos são os interesses tutelados pelo instituto da falência. Uma vez decretada a quebra, o processo de execução coletiva busca partilhar o patrimônio do falido entre os componentes da massa de credores, obedecida a ordem preferencial dos créditos.

Sob qualquer ângulo que se queira analisar, não há como dissociar a falência de questões intimamente ligadas ao interesse coletivo, como, por exemplo, emprego, arrecadação fiscal, fortalecimento do crédito, equilíbrio do mercado, preservação das empresas sadias etc.

A falência é, pois, um fenômeno de cunho social.

2 PARTICULARIDADES DO PROCESSO DE FALÊNCIA

Os relevantes interesses sociais protegidos pelo instituto da falência exigiram certas particularidades de suas normas reguladoras, forjadas de modo compatível com o caráter público de que se revestem. Assim é que a publicidade da sentença de falência, até pelo seu efeito *erga omnes*, faz-se de forma diversa das demais sentenças cíveis, dela decorrendo efeitos imediatos como a pronta perda do direito do devedor de administrar seus bens e deles dispor (art. 40 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21.06.1945).

Outro efeito importante da declaração da quebra é que a mera abertura da falência gera para o falido uma série de deveres, entre eles o de comparecer perante o Juízo da falência para informar os motivos da bancarrota, o nome do contador responsável pela escrituração da empresa, os eventuais mandatos outorgados, a existência de possíveis bens não encontrados no estabelecimento etc. Tem ainda o falido, entre outras obrigações capituladas no art. 34 do Decreto-Lei nº 7.661/45, a de não se ausentar do lugar da falência sem autorização judicial, comparecer a todos os atos do processo, entregar todos os livros, papéis, bens e documentos atinentes à falida.

Tais deveres derivam da imprescindível presença do falido nos autos falimentares, como forma de assegurar a efetividade do processo. Essa imposição legal é *sui generis*, pois, no dizer de Candian,¹ o falido é “sujeito passivo da execução coletiva” e a lei processual, via de regra, não obriga o sujeito passivo a intervir nas fases do processo.

Contudo, tratando-se de falência, tal intervenção não apenas é obrigatória como dela depende o atingimento dos objetivos buscados por meio da execução concursal. Afinal, o processo de falência visa equacionar, da maneira mais abreviada possível, o estado mórbido criado pela utilização anormal do crédito, e o alcance de tal desiderato exige a cooperação diligente do falido,

¹ CANDIAN, Aurélio (apud Requião, 1998, p. 169).

pessoa que melhor conhece as circunstâncias deflagradoras da quebra. Por mais denodado que seja o administrador da massa, há informações que não estarão ao seu dispor, caso o falido não o ajude. Por isso deve o falido “auxiliar o síndico com zelo e lealdade” (art. 34, VII, do Decreto-Lei nº 7.661/45).

Na fase cognitiva do processo falimentar — que visa delimitar os valores do ativo e do passivo, bem como apurar as responsabilidades criminais eventualmente existentes — a colaboração do falido assume ainda maior relevância do que na fase da liquidação. Com efeito, o que o síndico conhece sobre a falida é o que está nos autos e na escrituração da empresa e, mesmo assim, supondo-se que os livros mercantis obrigatórios tenham sido devidamente apresentados pelo falido ao administrador da massa. Concernentemente aos deveres do falido, o abalizado Valverde (1999, v. 1, p. 256) preleciona:

[...] Os deveres, que a lei lhe impõe, visam, principalmente, a facilitar o trabalho de organização do processo falimentar. Não interessam, quanto aos seus resultados, somente ao falido. São informações e esclarecimentos, julgados pela lei indispensáveis à boa marcha da falência, os quais unicamente o falido está em condições de prestar, com segurança e rapidez.[...]

A participação do falido é de crucial importância na fase informativa da falência, sendo ponto alto do processo o momento de suas declarações, verdadeira força motriz da execução concursal. Se o comerciante efetivamente tiver interesse em preservar seu bom nome profissional e em demonstrar ter sido a falência uma fatalidade, certamente contribuirá para os trabalhos do síndico, cuidando de apresentar para arrecadação a integralidade de seus bens e fornecendo todas as informações de valor para o regular processamento da quebra. Ademais, somente um motivo escuso poderia justificar a intenção do falido de não prestar assistência ao síndico, deixando de cooperar para o bom andamento do processo falimentar.

Ocorre que, lastimavelmente, é comum os falidos desaparecerem, como se o sumiço fosse mais um dos efeitos imediatos da decretação da quebra. Desaparecem, sem prestar qualquer esclarecimento, levando com eles os livros contábeis da empresa e impedindo assim que o síndico apure as causas da bancarrota. Vê-se o síndico, então, diante de um imóvel fechado — quase sempre locado e em débito com os alugueres —, desguarnecido de qualquer bem arrecadável e sem acesso aos registros contábeis da empresa, fatos que conduzem o feito para os inevitáveis caminhos da falência frustrada. Deixam dívidas e nada mais.

Para esses falidos a lei reserva o meio construtivo da prisão, no escopo de compeli-los ao cumprimento de suas obrigações (art. 35 do Decreto-Lei nº 7.661/45) e contribuir, conseqüentemente, para o sucesso do processo falimentar.

3 A PRISÃO DO FALIDO PREVISTA NO ARTIGO 35 DA LEI DE FALÊNCIAS

A prisão prevista no art. 35 da Lei de Quebras é medida aplicável especificamente ao falido recalcitrante, porquanto a mera condição de falido não enseja, por si só, qualquer sanção. E os falidos que sonegam informações ao síndico e não cooperam para o êxito do processo merecem mesmo ser alvo de medida compulsória desse jaez. É que eles devem responder pela nova situação jurídica criada com a falência, sujeitando-se às limitações que dela surgem. São responsáveis por mencionada situação, direta ou indiretamente, e não podem, simplesmente, após deixar o barco à deriva, abandoná-lo como se nada do que ocorresse ali fosse de seu interesse.

Na prática, a prisão tem se mostrado meio eficiente de coação dos falidos para cumprimento de suas obrigações legais, verdadeiro trunfo nas mãos do julgador, consubstanciando-se no único meio realmente eficaz previsto na lei para assegurar o bom andamento do processo de falência.

Todavia, em que pese a relevância assumida pela norma do art. 35 do Decreto-Lei nº 7.661/45 para o desfecho da falência, sua constitucionalidade vem sendo questionada após o advento da Carta Magna de 1988. Tal entendimento, capitaneado pelo Ministro Moreira Alves, ancora-se na pretensa incompatibilidade do artigo citado com as disposições insertas no art. 5º, LXI e LXVII, da CF/88, que não admitiriam essa modalidade de prisão.

Mas essa tese da não recepção do art. 35 do Decreto-Lei nº 7.661/45 é, *data venia*, equivocada.

As normas constitucionais apontadas como revogadoras do art. 35 da Lei de Falências apenas aboliram do nosso ordenamento legal a prisão decretada por autoridade administrativa, reafirmando, outrossim, a proibição da prisão por dívida. Entretanto, a prisão prevista no já aludido art. 35 não é prisão por dívida nem jamais fora decretada por autoridade administrativa. Em verdade, a Constituição vigente, ao trazer as alterações domiciliadas nos incisos LXI e LXVII do art. 5º da CF/88, em nada inovou a aplicação da Lei Falimentar.

4 A CARACTERÍSTICA ADMINISTRATIVA DA PRISÃO DO FALIDO PRECONIZADA NO ARTIGO 35 DA LEI DE FALÊNCIAS

O Código de Processo Penal – CPP conceitua a prisão administrativa *stricto sensu* em seu art. 319, fazendo-o no mesmo capítulo em que trata da prisão civil, englobadas ambas na rubrica *Da prisão Administrativa*. Vê-se, da análise desses artigos, que as medidas constritivas ali previstas possuem caráter

coativo, ou seja, visam restringir a liberdade como meio de coagir alguém à prática de algum ato. Assim, por não possuírem caráter penal ou processual penal, tem a doutrina ressaltado unanimemente a inadequação tópica de aludidas normas (NUCCI, 2002; MIRABETE, 1997; NORONHA, 1987).

A definição de prisão administrativa suscitou fervorosas discussões na doutrina. Para Lima (1980, p. 21) consiste em:

[...] medida civil de caráter coercitivo, criada por norma jurídica geral, impessoal e permanente, imposta a quem, agente da Administração ou não, infringe certo dever jurídico. A ela se submetem os omissos e remissos em entrar para os cofres públicos com dinheiro sob sua guarda, ou soneguem, ou extraviem bens e valores da Fazenda Pública; o estrangeiro que deserta de navio mercante ou de guerra surto em porto nacional; depositário infiel; falido que não cumpre com os deveres que a lei lhe impõe; testemunha faltosa; pessoa que resiste à diligência para cumprimento da prestação de alimentos, e em virtude de enriquecimento ilícito.

A evolução histórica do instituto demonstra ter referida prisão surgido como forma de resguardar o interesse fazendário, *i.e.*, o patrimônio público.² Ante seu caráter eminentemente civil, há uma tendência em denominar-se de administrativa toda prisão extrapenal, o que, aliás, foi adotado por nosso Código de Processo Penal.

Para o processualista Mirabete (1997, p. 425), “[...] em sentido estrito, prisão administrativa é aquela decretada por autoridade administrativa,³ por motivos de ordem administrativa e com finalidade administrativa”. Já a prisão administrativa em sentido amplo encamparia as chamadas prisões extrapenais. Na esteira desses conceitos, durante a vigência da atual Lei de Falências, consolidaram doutrina e jurisprudência o entendimento de que a prisão prevista no art. 35 seria espécie de prisão administrativa, respaldada pela regra do art. 319, III, do CPP, embora não emanasse de autoridade administrativa. Reza o artigo em comento:

² Na legislação brasileira surge o instituto com a previsão inserta no Alvará de 28.06.1808, mantida pelo Decreto nº 657, de 05.12.1849, que assim dispunha, em seu art. 2º: “[...] o ministro e secretário de estado dos negócios da fazenda e presidente do tribunal do tesouro nacional na corte, e os inspetores das tesourarias nas províncias podem e devem ordenar a prisão dos tesoureiros, recebedores, coletores, almoxarifes, contratadores e rendeiros, quando forem remissos ou omissos em fazer as entradas dos dinheiros a seu cargo nos prazos que pelas leis e regulamentos lhes estiverem marcados.”

³ Desde o advento da Constituição Federal de 1988, qualquer tipo de prisão somente pode ser decretada por autoridade judiciária, excetuadas raras hipóteses.

Art. 35. Faltando ao cumprimento de qualquer dos deveres que a presente lei lhe impõe, poderá o falido ser preso por *ordem do juiz*, de ofício ou a requerimento do representante do Ministério Público, do síndico ou de qualquer credor (grifo nosso).

A norma em foco não traz em si as características de uma genuína e própria prisão administrativa, já que a autoridade competente para decretá-la é o juiz da falência e não o síndico que administra a massa. Apesar desta particularidade, pelas características coincidentes entre a prisão administrativa e aquela prevista no art. 35 do Decreto-Lei nº 7.661/45 (ambas visam ao cumprimento de uma obrigação por meio de uma medida coercitiva de caráter não penal), a doutrina solidificou o entendimento de que se trata de prisão administrativa de natureza coercitiva, e não punitiva, objetivando coagir o falido a praticar certos atos considerados obrigatórios pela lei específica.⁴

Com acerto a doutrina. Diz-se administrativa a prisão em questão não porque é decretada por autoridade administrativa propriamente dita, mas sim e tão-somente porque é ordenada pelo juiz da falência no exercício da atividade administrativa de condutor do processo. Sobre o tema, Lima (1980, p. 87) teve a oportunidade de asseverar: “É uma prisão civil, em que o caráter administrativo está ligado apenas à faculdade que tem o juiz, dentro de sua jurisdição, de administrar o processo, do qual é Diretor.”

Embora conceituada como prisão administrativa, repita-se, a prisão do falido sempre fora decretada pelo juiz da falência, consoante se deflui do texto normativo acima transcrito. Entretanto, até a Constituição de 1988, a prisão administrativa podia ser decretada por autoridades administrativas em alguns casos, mas nunca nos relativos à falência. Assim, referentemente às prisões administrativas, o que mudou com o advento da Constituição vigente foi que passou a ser proscrita a decretação de qualquer prisão por autoridade que não a judiciária,⁵ salvo nos casos de transgressão militar ou de prática de crimes propriamente militares, quando é determinada pelo comandante militar.

Pretendeu o legislador constitucional, com essa alteração, coibir abusos que vinham recorrentemente acontecendo principalmente nos meios policiais, em que não se poupavam as chamadas *prisões para averiguações*. Foi a

⁴ Esse o entendimento dos exponenciais doutrinadores Requião (1998), Batalha (1996), Valverde (1999), Almeida (1997) e Pacheco (2000). Tourinho Filho (1987, p. 340) alude ao fato de que há aqueles juristas que preferem denominar a prisão prevista no art. 35 da Lei de Falências como *prisão compulsiva*.

⁵ Para Nucci (2002) e Mirabete (1997), após a Constituição Federal de 1988 estariam mantidas todas as prisões dispostas no art. 319 do CPP e outras prisões administrativas previstas em leis esparsas, desde que decretadas por juiz.

primeira vez na história constitucional pátria que se restringiu apenas ao juiz o poder de decretar a prisão.⁶ Essa posição, de arrostar o arbítrio contra as ilegalidades da prisão, coaduna-se com os princípios mais basilares de respeito aos direitos e garantias fundamentais do homem. Por isso cuidou o constituinte de reservar para a autoridade judiciária, e somente para ela, o poder de decretação da prisão, como instrumento de salvaguarda do *jus libertatis*.

Reafirma-se, pois, a necessidade de ressaltar que a inovação trazida pelo art. 5º, LXI, da CF/88, não teve o condão de alterar a norma reguladora da prisão do falido, visto que sempre fora tal constrição decretada por ordem da *autoridade judiciária competente*.

5 A CARACTERÍSTICA CIVIL DA PRISÃO DO FALIDO PRECONIZADA NO ARTIGO 35 DA LEI DE FALÊNCIAS

O Direito Penal evoluiu no sentido de privilegiar a política criminal de restrição da pena privativa de liberdade aos casos de imperiosa necessidade. A prisão seria uma medida extrema manejada pelo Estado na consecução do bem comum. Significaria o sacrifício de um bem individual em prol do interesse coletivo. Evidentemente, por tratar-se do direito fundamental à liberdade, cuidou o constituinte de delimitar a ação do poder público quanto às decretações das prisões.

Se as prisões *ad poenam*, resultantes de sentença penal condenatória, são efetivadas apenas em casos de necessidade, em relação às prisões sem pena não seria diferente. As normas constitucionais vieram apenas corroborar uma linha de pensamento antes já deflagrada pela legislação infraconstitucional. Indubitavelmente a prisão é medida de exceção, mas é legal e necessária aos fins colimados pelo Estado. Ante determinadas circunstâncias e dentro dos devidos limites, a privação da liberdade, a par de legal, assume o caráter de imprescindível, tanto que consagrada em todas as Constituições do país.

Para Mirabete (1997, p. 359) a prisão civil é espécie de prisão sem pena, ao lado de outras três, quais sejam a prisão disciplinar, a prisão administrativa e a prisão processual penal ou provisória.

Mas a despeito das similitudes alhures ressaltadas, prisão civil e prisão administrativa não se confundem. Bulos (2002, p. 270-271) esclarece que ambas se distinguem “[...] porque a prisão administrativa objetiva salvaguardar os dinheiros públicos, enquanto a prisão civil visa resguardar um interesse particular, como no caso do descumprimento de obrigação alimentícia.”

⁶ A Constituição Imperial de 1824 referia-se a *autoridade legítima*, ao passo que as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, faziam alusão à *autoridade competente*. Hoje a Constituição é clara ao dispor que somente a *autoridade judiciária competente* poderá ordenar a prisão do cidadão.

Os interesses particulares que gravitam em torno da prisão civil *stricto sensu* estão aliados a uma finalidade econômica, já que as hipóteses constitucionalmente previstas resumem-se naquelas de dívidas por inadimplemento de obrigação alimentícia e infidelidade depositária.

Não se reveste de caráter retributivo, mas coativo, utilizado como instrumento de coerção para a prática de uma obrigação alimentícia ou depositária descumprida. Embora não tenha a prisão do falido conotação econômica, nem tampouco venha revestida de qualquer interesse particular, entre ela e a prisão civil há semelhanças que levam alguns doutrinadores a identificá-las.⁷ Com efeito, pode-se considerar civil em sentido lato a prisão do falido, por cuidar-se de prisão não penal, oriunda de lei civil e praticada no âmbito da jurisdição civil.

O chamado *arresto personale per debiti* encontra registros históricos que remontam ao Código de Hamurabi. No Brasil restou consagrado nas Cartas de 1934, 1946, 1967 e 1969. Alvo das mais severas críticas por transformar o patrimônio em bem de maior valor do que a própria dignidade do homem, o instituto da prisão por dívida veio sendo mitigado, culminando atualmente em nosso ordenamento jurídico por abarcar apenas as hipóteses de inadimplemento de obrigação alimentícia e de infidelidade depositária.⁸

Evidentemente que tal previsão legal não retrata o primitivismo contado pela comédia shakespeariana encarnada pelo maligno Shylock, mas sim externa a necessidade de oferecer-se ao Judiciário instrumentos hábeis para o efetivo exercício do poder de coerção, elemento da jurisdição. Segundo Marmitt (1989, p. 15), ao magistrado “[...] devem ser abertas todas as portas para o exercício pleno da jurisdição, em benefício dos jurisdicionados, inclusive com a colocação a seu dispor de medidas cautelares e coercitivas, aptas a assegurar a integral aplicação da lei e a feitura da justiça.”

A questão evidente é que há previsão constitucional para o aprisionamento do devedor de alimentos que voluntária e inescusavelmente descumpre a obrigação alimentar, bem como para o depositário infiel (art. 5º, LXVII, da CF/88), casos excepcionais de prisão por dívida.

⁷ Nesse sentido, Noronha (1987) e Marmitt (1989).

⁸ Quanto à prisão do devedor fiduciante doutrina e jurisprudência digladiam-se acerca de sua constitucionalidade. Há os que sustentam que a aplicação do Pacto de San José da Costa Rica teria revogado a norma constitucional autorizadora da prisão do depositário infiel e, conseqüentemente, do devedor fiduciante. O Pretório já assentou entendimento de que o dito tratado internacional não é hábil a gerar esse efeito, já que merece ser interpretado nos lindes das normas constitucionais editadas como expressão da soberania do Estado (HC nº 72.131-RJ; HC nº 73.469-3; HC nº 75.362-1; HC nº 73.044-2-SP; HC nº 72.183-4-SP). O STJ, por outro lado, uniformizou jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel em alienação fiduciária. (RHC nº 8462-SP; RHC nº 8439-MG).

Surpreendentemente, após o advento da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal – STF passou a sustentar o entendimento de que a norma do art. 35 da Lei de Falências teria sido revogada pelo art. 5º, LXI e LXVII, da Lei Maior. Ocorre que, como já dito antes, a prisão estatuída naquele dispositivo legal jamais fora decretada por autoridade administrativa, nem tampouco categorizou-se como prisão por dívida. Destarte, os comandos constitucionais tidos como incompatíveis com o art. 35 da Lei de Falências com ele não guardam a relação que equivocadamente tem sido considerada pelo Pretório.

Diz-se que a prisão do depositário infiel e do devedor de alimentos é prisão por dívida porque em ambos os casos o inadimplemento legitima o viés executório. Assim, a medida constritiva da prisão visa resguardar direito privado de ordem econômica. A prisão do falido, ao contrário, reveste-se dos interesses coletivos próprios do processo de falência, como já ressaltado. Bezerra Filho (2003, p. 195-196) assevera:

Parece recomendável manter-se efetiva a possibilidade de decreto de prisão, a ser decretada com extrema cautela por parte do juiz; afastando-se a possibilidade de prisão, pode inviabilizar o andamento da falência, por resistência do falido, que passa a negar sua colaboração e pode travar o andamento do feito, em prejuízo de todos os seus credores. Enfim, ante o amplo espectro de prejuízo que pode advir da falência, ante o descrédito no qual o instituto da falência pode cair por sua inoperância, parece recomendável manter-se a possibilidade do decreto de prisão, sempre observada extrema cautela e parcimônia por parte do juiz em sua aplicação.

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem defendido entendimento diverso daquele esposado pelo STF. No acórdão prolatado no Habeas Corpus nº 151367-0, sob a relatoria do Desembargador Gudestau Biber, restou assentado que a prisão do falido se coaduna com o princípio constitucional da vedação da prisão por dívida desde que “[...] fundamentada e proferida por autoridade judiciária”, até porque “não se trata de dívida, mas de cumprimento de obrigação que a lei impõe”. Ressalta o aresto, ademais, que a supressão desse instrumento coercitivo decerto importaria em desmoralização do instituto da falência, vez que, consoante ensina o brocardo latino, *jurisdictio sine coercitio nulla est*.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ vinha admitindo reiteradamente

a constitucionalidade da prisão do falido prevista no art. 35 da Lei de Falências, considerando que a Constituição atual não teria inovado substancialmente em relação às anteriores. Assim, desde que estivesse a decisão devidamente fundamentada e tivesse sido prolatada por autoridade judiciária, admitia aquela corte a ampla aplicação do citado dispositivo (RHC 3040/MG; HC 5774/DF; HC 7602/MG; RHC 9116/SP; HC 13679). Todavia, desde o ano de 2002, o egrégio Tribunal houve por bem guinar suas decisões para o rumo da não-recepção do art. 35 do Decreto-Lei nº 7.661/45, ao argumento de que a Constituição teria restringido a “prisão civil às exclusivas hipóteses de depositário infiel e do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.” (HC nº 13548/SP).

Nesse ponto merece realce a impropriedade de se conferir tratamento igual a situações desiguais. Afinal, o que proscreve a Lei Maior é a prisão por dívida e não a prisão civil. Prisão civil é aquela originada da jurisdição civil; é a prisão não penal. Prisão civil é gênero, enquanto prisão por dívida é espécie e vincula-se intimamente ao descumprimento de uma obrigação de direito privado, enquanto a prisão do falido reveste-se do caráter publicístico, próprio das questões que envolvem o instituto da falência.

O que veda a *Lex Legum*, no intuito de proteger a dignidade da pessoa humana, é o pagamento de dívida com a execução da pessoa do obrigado e não com a execução do seu patrimônio. Urge, entretanto, destacar que a prisão do falido que descumpre seus deveres e atravanca o andamento do processo falimentar, causando prejuízo aos credores e à sociedade, não pode ser equiparada à prisão por dívida. Não se cogita aqui da incidência de qualquer resquício daquela odiosa e anacrônica forma de segregação por descumprimento de obrigação pecuniária.

Se o direito evoluiu para abolir tais práticas, por outro lado caminhou no sentido de conferir cada vez mais poderes ao juiz na condução do processo como forma de garantir efetivamente seus resultados. Afinal, “[...] o processo civil contemporâneo tem compromisso com a sociedade e com a realização, além do escopo jurídico, dos escopos sociais e políticos da jurisdição.” (VINCENZI, 2003, p. 78). O processo civil moderno reclama uma atuação ativa do juiz na busca da realização do direito material. Para Bedaque (2001, p. 13-14), “[...] se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-la, pois somente se tal ocorrer a jurisdição terá cumprido sua função social.”

A prisão do falido traduz-se justamente em um dos instrumentos de ação postos pela lei à disposição do julgador, que, usando-o com parcimônia, terá melhores condições de assegurar a efetividade do processo falitário. É espécie de meio coercitivo, semelhante às *astreintes* do direito francês, visando ao cumprimento de um dever, assim como também o é, por exemplo, a prisão do sacado que retém título a ele entregue para pagamento ou aceite (art.

885 do Código de Processo Civil – CPC).⁹

Apesar da medida prevista no art. 35 da Lei de Falências jamais poder ser confundida com prisão por dívida, dito dispositivo legal, após o advento da Constituição vigente, passou a ser inquinado de inconstitucional. Ocorre que a Constituição anterior já mencionava a possibilidade da prisão por dívida, através de norma de eficácia contida, nos seguintes termos:

Art. 153.

§ 17 Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, *na forma da lei* (grifo nosso).

Os defensores da tese da inconstitucionalidade da prisão do falido argumentam, enfim, que a Constituição atual, suprimindo do inciso LXVII do art. 5º a expressão *na forma da lei*, procurou cassar o poder antes franqueado ao legislador ordinário de instituir outras hipóteses de prisão civil, fora daquelas consignadas por expresse no texto constitucional. Mas essa inteligência da norma sob análise discrepa dos mais comezinhos princípios de hermenêutica constitucional.

A citada expressão, ora suprimida, nunca possuiu a *ratio* de facultar a ampliação do âmbito de aplicação da prisão civil. Aliás, na qualidade de norma restritiva de direitos (MAZZUOLI, 2002, p. 25), o dispositivo só admitia interpretação restritiva, de modo que a expressão *na forma da lei* só poderia querer exprimir um único sentido: o de cometer ao legislador ordinário o mister de regulamentar a matéria. Ora, como ao tempo da promulgação da Constituição de 1988 aquela regulamentação infraconstitucional já estava suprida, perdeu sentido a manutenção da ressalva *na forma da lei*, cuja elisão, via de consequência, em nada influiu nas quadras da legislação falimentar.

A prisão do falido, preconizada no art. 35 da Lei de Falências, continua sendo, como sempre foi, espécie de prisão extrapenal, e como tal não vedada pela atual ou anterior Constituição Federal, observados os condicionamentos próprios.

⁹ Os doutrinadores têm discutido a constitucionalidade desta norma que equipararia o sacado/devedor a um depositário, dilargando inadmissivelmente o caso excepcionado pelo art. 5º, LXVII, da CF/88. Para Pontes de Miranda (apud OLIVEIRA; GALENO, 1988, v. 8, t. 2, p. 623) o caso não é de prisão por dívida, mas apenas meio construtivo para impedir a retenção ilegal do título. Câmara (2001) e Nery Júnior (2001) também colocam-se pela legitimidade do ato segregatório ora referido.

6 CONCLUSÃO

O instituto da prisão do falido recalcitrante vinha sendo francamente aplicado desde a edição da Lei, em 1945, sem qualquer intercorrência. Durante a vigência da Constituição anterior não se questionou a constitucionalidade da norma inserta no art. 35 da Lei de Falências. E não há razão para fazê-lo agora, pois as alterações havidas no art. 5º, LXI e LXVII, da CF/88, não repercutiram no espaço normativo da Lei de Falências, quer porque a prisão do falido não se cuida de prisão decretada por autoridade administrativa, quer porque não se qualifica como prisão por dívida.

Trata-se, em verdade, de instrumento civil, coercivo e acautelatório do processo falimentar, imbuído, portanto, de caráter público.

E a coerção, é cediço, é mero consectário da norma, que não dispensa a imperatividade como elemento essencial seu. Violada a regra, há de haver uma sanção para o violador da norma. No caso do falido descumpridor de seus deveres, o meio mais eficiente para trazê-lo à presença do juiz da falência e obrigá-lo a fazer aquilo que não fez espontaneamente é a decretação de sua prisão. Nunca os falidos chegam a ficar segregados pelos sessenta dias autorizados pela lei, porquanto assim que cumprida a ordem de prisão, cuidam de prestar com rapidez todas as informações até então deliberadamente sonegadas e, assim, não subsistem os motivos da prisão, cujo decreto é então imediatamente revogado.

O juiz da falência, impossibilitado de utilizar-se do meio coercitivo da prisão do falido, certamente teria embaraços para bem conduzir o processo de falência, que culminaria por ser transformado em mera compilação de documentos, sem qualquer realização de ordem material que pudesse sequer acenar para o alcance de seus objetivos. Tal medida significaria um embaraço à atividade do *ius dicere*, na contramão da tendência processual moderna que postula uma participação mais ativa e eficiente do juiz no exercício da jurisdição.

Seria processo sem efetividade, direito sem realização, justiça sem utilidade.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. 15. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; BATALHA, Silvia Marina Labate. *Falências e concordatas*: comentários à Lei de Falências: doutrina, legislação e

jurisprudência. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Falências comentada*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. v. 3.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Medidas coercitivas para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer no direito pátrio e comparado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 363, p. 345-352, set./out., 2002.

GUIMARÃES, Rovane Tavares. *A prisão no Direito brasileiro: comentários, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LIMA, Rubem de Oliveira. *Prisão administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MARMITT, Arnaldo. *Prisão civil por alimentos e depositário infiel*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

MARQUES JUNIOR, Mario Moraes. A recepção do art. 35 da Lei Falimentar pela Constituição de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 96, n. 352, p. 555-560, out./dez., 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRABETE, Júlio Frabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 5. ed.

atual. São Paulo: Atlas, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 813 a 889*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 8, t. 2.

PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. Comentários à Lei de Falências: doutrina, prática e jurisprudência. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil: processo cautelar: tutela de urgência*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 3.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências: Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 1º a 61*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.