

Andréa Casali

A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA

Os limites e a restrição do inciso LXVII do art. 5º da
Constituição da República Federativa do Brasil de 1988



“A verdadeira Constituição é a moral verdadeira. E o direito constitucional positivo que se opõe à moral verdadeira não é Constituição nem sequer é Direito”.

Juan Garcia Amado

“O extenso catálogo de direitos e garantias individuais do seu art. 5º é fisiologicamente, um adversário do sistema de ponderação”

Jose de Melo Alexandrino

“A Constituição não pode ser definida, política e juridicamente, como uma carta de valores, como sustentam certos autores suprapositivistas mas antes, como um conjunto de normas jurídicas, cujos bens e interesses que tutelam pode, ou não, representar valores”

Carlos Blanco de Moraes

“Em nosso Estado de Direito, a prisão é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos”.

Gilmar Mendes

“Até posso entender, diante da Constituição, a previsão da admissibilidade da prisão civil para devedores inadimplentes de obrigação alimentar, porque se cuida de caso especialíssimo em que tal descumprimento de obrigação patrimonial envolve grave risco à sobrevivência biológica- se não ainda biológica -, dos credores. Devo dizer que apenas me conformo [...] insisto, é violência ao corpo humano, contra pessoa, contra sua liberdade física -, e que ainda subsiste em relação ao credor de obrigação alimentícia”.

Cezar Peluso

“A prisão civil por dívida, nesse caso, está afeta, sempre ao interesse privado, ainda que na esfera do direito alimentar, no âmbito do relacionamento familiar, embora possa o Estado preocupar-se com a vida alheia e com a família, sua base de sustentação. Mas, quando o Estado assim se preocupa, deve ele cuidar dos cidadãos da sociedade, pelo Direito Público, criando, mesmo, penas severas, nos crimes contra a família, aliás que já existem, bem-talhadas, no Direito Penal brasileiro, nunca no Direito Privado, em quebra da liberdade do ser humano.”

Álvaro Villaça de Azevedo



editora *fi*.org



PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA

PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA

OS LIMITES E A RESTRIÇÃO DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Andréa Casali



Diagramação: Marcelo Alves

Capa: Gabrielle do Carmo



A Editora Fi segue orientação da política de distribuição e compartilhamento da Creative Commons Atribuição-Compartilhual 4.0 Internacional https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C335p Casali, Andréa Rodrigues Rodrigues

Prisão civil por dívida: os limites e restrições do inciso LXVII do Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [recurso eletrônico] / Andréa Rodrigues Rodrigues Casali. – Cachoeirinha : Fi, 2023.

234p.

ISBN 978-65-85725-10-1

DOI 10.22350/9786585725101

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito – Prisão – Dívida – Brasil. I. Título.

CDU 347.6(81)

LISTA DE SIGLAS

AI	Agravo de Instrumento
AM	Estado brasileiro do Amazonas
AREsp	Agravo de Recurso Especial
art.	artigo
CC	Código Civil
CE	Estado brasileiro do Ceará
CPB	Código Penal brasileiro
CPC	Código de Processo Civil
CPC/1973	Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11/01/1973)
CPC/2015	Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16/03/2015)
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil/1988
DF	Distrito Federal
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça (eletrônico)
DL	Decreto-Lei
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ES	Estado brasileiro do Espírito Santo

HC	Habeas Corpus
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
MG	Estado brasileiro de Minas Gerais
MS	Estado brasileiro do Mato Grosso do Sul
MT	Estado brasileiro do Mato Grosso
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PA	Estado brasileiro do Pará
PE	Estado brasileiro do Pernambuco
PEC	Projeto de Emenda Constitucional
PR	Estado brasileiro do Paraná
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RJ	Estado brasileiro do Rio de Janeiro
RS	Estado brasileiro do Rio Grande do Sul
SC	Estado brasileiro de Santa Catarina
SP	Estado brasileiro de São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TACr/SP	Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
TJ	Tribunal de Justiça
TO	Estado brasileiro do Tocantins

SUMÁRIO

1	13
INTRODUÇÃO	
2	24
OBRIGAÇÃO ALIMENTAR	
2.1. ALIMENTAÇÃO	24
2.1.1. A ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	26
2.1.2. ALIMENTAÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL	27
2.2. ALIMENTOS	29
2.2.1. ALIMENTOS COMO DEVER NATURAL	33
2.2.2. O PERCURSO DO DIREITO ALIMENTAR NO BRASIL	34
2.2.3. O DEVER DE ASSISTÊNCIA E A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR NA CRFB/88	37
2.2.4. A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR SOLIDÁRIA ENTRE PARENTES E O DEVER DE SUSTENTO, NO CC/2002	40
2.2.4.1. A VERBA ALIMENTAR PRESUMIDA E SEU CÁLCULO DISCRICIONÁRIO	43
2.2.4.2. O STATUS SOCIAL COMO NECESSIDADE ALIMENTAR	51
3	55
A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDAS	
3.1. BREVE HISTÓRICO	56
3.2. ORIGENS DA PRISÃO CIVIL NO BRASIL	60
3.3. A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	63
3.4. A ELABORAÇÃO DO INCISO LXVII DO ART. 5º, DURANTE A ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1987	67
3.5. A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDAS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	71
3.6. AS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE A NATUREZA DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDAS (ABOLICIONISTAS <i>VERSUS</i> DEFENSORES)	77
3.7. A REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DA PRISÃO CIVIL E SUA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL	84
3.9. O STJ E SUA SÚMULA N. 309 — CRIATIVIDADE E ATIVISMO	88

4

96

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

4.1. FUNDAMENTALIDADE.....	97
4.2. VINCULAÇÃO	100
4.3. CONCRETIZAÇÃO, CONFORMAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO.....	103
4.4. DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA.....	105
4.5. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE	106
4.6. LIMITES E RESTRIÇÕES	108

5

114

OS PRINCÍPIOS COMO NORMA DE DECISÃO

5.1. OS PRINCÍPIOS DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY	115
5.2. A IMPORTAÇÃO BRASILEIRA DE DWORKIN E ALEXY	117

6

119

A CONSTITUIÇÃO É LEI!

6.1. CONCEÇÃO JURÍDICO-POSITIVA ADOTADA.....	121
6.1.1. A NORMA DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CRFB/88 E O PODER CONSTITUINTE	124
6.1.2. A IDEIA DE “VALORES PONDERÁVEIS” EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE DO ESTADO SOCIAL BRASILEIRO	128
6.1.3. A CONSTITUIÇÃO VIVENTE NÃO SE PRESTA PARA SUBVERTER A NORMA CONSTITUCIONAL.....	132

7

135

O ARTIGO 5º, INCISO LXVII, DA CRFB/88 E A PRISÃO CIVIL

7.1. AS LIBERDADES E AS GARANTIAS RELACIONADAS COM O INCISO LXVII.....	135
7.1.1. A NORMA-GARANTIA DO ART. 227 DA CRFB/88	138
7.1.2. AS DIMENSÕES EM QUESTÃO	141
7.2. A NATUREZA DA NORMA EM ESTUDO.....	144
7.3. A PONDERAÇÃO À BRASILEIRA	149
7.3.1. A PRISÃO CIVIL E O MODELO DE HÉRCULES.....	151
7.3.2. O INCISO LXVII E A PONDERAÇÃO DEFEITUOSA DE ALEXY	154
7.3.3. A DERROTABILIDADE DA NORMA DO INCISO LXVII E OS PRINCÍPIOS COMO RAZÕES DE DECIDIR.....	160
7.4. A DIGNIDADE HUMANA NÃO É MEDIDA DE PESO!.....	164
7.4.1. EM BUSCA DA DOGMÁTICA RESPONSÁVEL	169
7.4.2. A PRISÃO CIVIL CONFORME A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS	172
7.5. A REGRA DO INCISO LXVII E A SUA APLICAÇÃO IMEDIATA.....	177

OS LIMITES E A RESTRIÇÃO DO INCISO LXVII

8.1. OS LIMITES DA NORMA EM ESTUDO	182
8.1.1. A VOLUNTARIEDADE E A JUSTA ESCUSA DO INADIMPLEMENTO.....	183
8.1.2. O INADIMPLEMENTO DA "OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA" E A PESSOA DO DEVEDOR	187
8.2. A PRISÃO CIVIL COMO RESTRIÇÃO EXPRESSA.....	198
8.3. A INTERPRETAÇÃO DA RESTRIÇÃO AUTORIZADA NO INCISO LXVII.....	201
8.4. A INEXISTÊNCIA DA RESERVA DE LEI RESTRITIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	206
8.5. A CULTURA DA PRISÃO FOMENTADA PELO PODER JUDICIÁRIO.....	214

CONCLUSÃO**217****REFERÊNCIAS****224**

1

INTRODUÇÃO

A prisão civil por dívidas remonta ao século XVIII a.C. Naquela época o Código de Hamurabi, da Babilônia, já previa o aprisionamento do devedor e de sua família pelo não pagamento de dívidas decorrentes de relações creditícias. Tal medida violenta foi adotada posteriormente por outros ordenamentos, a exemplo do hindu, do egípcio e do romanístico. Essa restrição à liberdade da pessoa viveu ao longo da história das civilizações, atravessou vários séculos e ainda subsiste^{1 2 3 4}

¹ Com o objetivo de desencorajar o descumprimento da obrigação alimentar que cabe aos filhos menores, foi criado no âmbito da Cidade Autônoma de Buenos Aires, pela Lei n. 13.074, regulamentada pelo Decreto n. 340, de 8 de março de 2004, o *Registro de Devedores Alimentários Morosos*, que tem como função essencial organizar uma lista na qual figurem todos os que devem, total ou parcialmente, três cotas alimentárias seguidas ou cinco alternadas, determinadas ou homologadas por sentença. Trata-se de sancionar a conduta morosa por meio de diversas restrições, que condicionam as atividades pessoais, comerciais e bancárias dos devedores recalcitrantes. A lei espanhola n. 15/2005, de 8 de julho de 2005, dispõe que *“El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos”*. Na Espanha, existe um fundo de garantia para *“a cobertura de pensões devidas a filhos e filhas menores de idade, estabelecidas por acordo homologado ou decisão judicial inadimplidos”* (GRISARD FILHO, 2005, p. 8).

² No direito italiano não há pena de prisão, mas o descumprimento da obrigação alimentar pode levar à perda do pátrio poder; no direito francês, o inadimplemento do dever alimentar é crime de abandono familiar (GRISARD FILHO, 2005, p. 10).

³ No direito uruguaio, o juiz pode nomear um interventor com o especial objetivo de tornar possível a cobrança da pensão. Conforme dispõe o Código de Menores uruguaio, *“uma vez iniciada a ação de alimentos, o demandado não poderá ausentar-se do país sem deixar garantia suficiente sempre que assim solicite o autor*. Havendo urgência, o juiz pode ordenar o *cierre de fronteras*, em defesa dos filhos menores a serem alimentados” (GRISARD FILHO, 2005, p. 11, *grifos do original*).

⁴ Em Portugal existe o Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores, previsto na Lei n. 75, de 19 de novembro de 1998. Nesse, quando *“a pessoa judicialmente obrigada a prestar alimentos a menores não estiver em condições de satisfazê-los”*, consoante os termos da Organização Tutelar do Menor, o *“Estado substitui-se ao devedor a fim de garantir ao menor as condições de subsistência mínimas para o seu desenvolvimento e para uma vida digna*. No entanto, o Estado não se substitui completamente ao devedor, o qual continua obrigado perante o Estado no montante por esse pago ao alimentando ou à pessoa a cuja guarda se encontre (art. 5º e seguintes do DL n. 164/99) e perante o alimentando, no

nas Constituições de alguns países do continente americano⁵. Entretanto, ao passo que o mundo se humaniza, essa modalidade prisional vem sendo substituída pela execução patrimonial do devedor ou por outras medidas coercitivas diversas da execução corporal deste, nomeadamente em se tratando de dívidas contraídas no âmbito familiar, diante do descumprimento da responsabilidade alimentar parental.⁶

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 não penalizava a pessoa em face de débitos alimentares contraídos, pois àquela altura Portugal já havia rompido com essa modalidade executiva prevista nas Ordenações do Reino. Com a Independência, o país adotou essas ordenações e, desse modo, a prisão civil por dívidas passou a integrar o ordenamento constitucional brasileiro como técnica executiva.⁷ Essa prisão incorporou-se à cultura jurídica do país⁸ e, nos dias de hoje, está

caso de a prestação social não ser suficiente para satisfazer as necessidades deste, mantendo-se, assim, a responsabilidade familiar do devedor" (*GRISARD FILHO, 2005, p. 9*).

⁵ Além de prevista na Constituição do Brasil (art. 5º inciso XLVII), a prisão civil por dívidas ainda subsiste em Constituições de países do continente americano, a exemplo da Constituição Mexicana (art.17), da Constituição da Colômbia (art. 28), da Constituição do Paraguai (art. 13), da Constituição do Peru (art. 2º, 24, c) e da Constituição do Uruguai (art. 52). Diferentemente da Constituição brasileira, nas demais Constituições latino-americanas, tais como a da Argentina (art. 19), do Chile (art. 19, 7º, b) e da Venezuela (art. 60, 2), a prisão como "privação da liberdade está mais estreitamente vinculada ao Princípio da legalidade" (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 462).

⁶ A expressão "responsabilidade parental" do direito português equivale ao "poder familiar" do direito brasileiro. As duas expressões referem-se aos deveres dos pais em relação aos filhos menores de idade. Esse dever abrange, dentre outros, o de fornecer alimentação.

⁷ Apesar de as Constituições brasileiras de 1824, 1891 e 1937 não terem tratado da prisão civil por dívidas "a legislação vigente à época assegurava a possibilidade de prisão, acrescida, posteriormente, da prisão por dívida de natureza alimentar". Era o caso "do antigo Código Comercial de 1850 (art. 20: prisão do comerciante para apresentação de livros em juízo; art. 90: prisão de trapicheiros e administradores de armazéns de depósito; art. 284: prisão do depositário intimado que não entrega a coisa depositada), bem como o Código Civil de 1916 (art. 1.287: prisão civil do depositário infiel)" (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 462).

⁸ "A despeito de ser em geral proibida, a possibilidade de alguns casos, de prisão civil, corresponde, de certo modo, a uma tradição no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro [...]", comenta Ingo W. Sarlet (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 462). Nesse ponto, vale acrescentar que a cultura

restrita ao direito alimentar familiar, segundo a interpretação da Corte Constitucional do Brasil.⁹

É vedada, em território brasileiro, a execução da pessoa do devedor e de sua família em razão de dívidas de qualquer natureza. Isso é o que determina a garantia fundamental insculpida no inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88. Nesse dispositivo, a proibição de prisão civil, como técnica de executar dívidas, abrange todas as modalidades de débito, inclusive o alimentar, não excluído pelos limites “diretos” emanados da letra do texto constitucional. A ação punitiva estatal, por meio de excepcional prisão, é uma restrição “expressa” que afeta a tutela de liberdade física do devedor de alimentos.

De forma diversa da posição defendida no presente estudo, a prisão civil excepcional é referenciada pelos tribunais brasileiros como o resultado de uma colisão dos direitos fundamentais à vida e à liberdade, identificados como princípios ou valores¹⁰ os quais devem ser ponderados pelo julgador à luz do caso concreto.¹¹ A norma do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 seria o resultado de tal colisão, em que a

a que se refere Sarlet é concebida neste estudo como a cultura da violência, fomentada pela interpretação judicial extensiva de uma regra constitucional restritiva.

⁹ Conforme decisão em HC 92.566/SP, proferida pelo plenário do STF, p. 03/12/2008.

¹⁰ “A tensão que se estabelece entre a tutela do credor alimentar versus o direito de liberdade do devedor dos alimentos resolve-se, em um juízo de ponderação de valores, em favor do suprimento de alimentos a quem deles necessita”. (Recurso Especial (REsp) 1.117.639/MG, Rel. ministro Massami Uyeda, 3ª Turma do STJ, j. 20/5/2010, p. 21/2/2011).

¹¹ Tal possibilidade somente seria possível diante do caso concreto. Nesse sentido, Daniel Sarmento (2002, p. 103-104) esclarece que, no conflito entre princípios constitucionais, deve-se identificar o peso genérico de cada princípio, assim como seus efeitos e consequências no caso concreto. A partir de então, parte-se para buscar o peso específico dos mesmos princípios em análise, situação essa que é casuística, ou seja, é variável conforme o caso em questão.

vida, no sentido de subsistência alimentar vital, ora prepondera sobre o direito de liberdade, ora não.

A prisão civil por débito alimentar é tratada pela jurisprudência brasileira a partir de argumentos de princípios e têm como paradigma uma concepção suprapositiva da Constituição, com repercussões na seara interpretativa das tutelas de direitos fundamentais, da estruturação de regras e dos princípios constitucionais, assim como dos limites jurídicos inerentes ao poder constituinte originário.

O manejo abusivo de princípios no Brasil reivindica legitimar-se como condicionador e limitador do poder constituinte originário. Com ele, mostra-se patente o diário desafio à estrutura normativa da Constituição. Nesse cenário, os juristas brasileiros não mais identificam no texto da CRFB/88, os dispositivos que enunciam princípios ou regras. É nesse esquadro que a execução corporal da pessoa do devedor de alimentos não é vista como uma restrição excepcional à garantia fundamental de liberdade, prevista em expressa regra constitucional, mas como uma fonte de princípios que salvaguardam a “dignidade” da pessoa, ora do credor e ora do devedor.

A atividade interpretativa das normas constitucionais no Brasil, desprovida de parâmetros objetivos, chega ao ponto de desafiar a moldura reitora do Estado, o que não é possível, sob pena de conduzir a sociedade ao colapso. A moldura reitora do Estado é resultado de processo democrático consensualizado e está consagrada na Constituição do país. Nesse ponto, o estudo observa que o âmbito normativo da vedação da prisão civil está sujeito a limites bem definidos

no texto da Constituição. Eles excluem a dívida alimentar objeto da restrição expressa.

Assim, a dimensão subjetiva da garantia fundamental da norma em estudo revela o dever de abstenção do Estado em restringir as liberdades de devedores.¹² Em sua dimensão objetiva, a ação estatal está autorizada a intervir no domínio da liberdade do devedor alimentante, em prol da subsistência alimentar vital de crianças e adolescentes, sob a responsabilidade parental.

A identificação da prisão civil por dívida é resultante dos limites contidos na garantia do inciso LXVII e da operação delimitadora do seu conteúdo normativo afetado. Com essa compreensão, o estudo invoca os enunciados contidos no Título VII Capítulo VII¹³ da Constituição de 1988, em que constam os art. 227¹⁴ e 229,¹⁵ que tratam da obrigação alimentar entre familiares e do dever alimentar decorrente da responsabilidade parental.

A atividade interpretativa da excepcional prisão deve submeter-se a vetores normativos contidos nas próprias normas constitucionais, mas isso não ocorre no Brasil. A unidade sistemática do texto da Carta

¹² Em face do descumprimento involuntário e inescusável de obrigações alimentares parentais.

¹³ O Título VIII versa sobre a ordem social, e seu Capítulo VII, trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. O capítulo possui cinco artigos, que vão do art. 226 ao 230. Este último trata do idoso. O art. 226, dispõe que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º — Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º — O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

¹⁴ Neste artigo, a doutrina civil brasileira identifica a obrigação alimentar solidária entre familiares, que se diferencia do dever de assistência ou sustento dos pais aos filhos menores, prevista no art. 229, da CRFB/88.

¹⁵ "Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

não é observada pelos tribunais brasileiros. Estes construíram uma jurisprudência que não segue a diretriz constitucional sobre o caráter alimentar da restrição do inciso LXVII.¹⁶

A vedação da prisão em estudo encerra o seguinte teor: “não haverá prisão por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia”. Não obstante a clareza do texto da lei fundamental, por meio de políticas legislativas e judiciárias, tem-se alterado os limites subjetivos e objetivos da prisão civil. Nesse ponto, o estudo identifica a ocorrência de interpretações pseudocriativas e de ativismos judiciais. Estes serviram de inspiração ao legislador do Código Processual Civil de 2015 (CPC/2015), que, ao positivar regras, não atentou ao caráter vital alimentar, justificador da excepcional aplicação da prisão do inciso LXVII.¹⁷ Hoje, sete anos após o advento desse código, a jurisprudência admite que essas regras sejam afastadas por critérios casuísticos.

Em repúdio ao império dos fatos sobre a norma positiva e com fulcro no primado do legislador constituinte, o estudo alerta sobre a historicidade da prisão civil nas Constituições brasileiras. É nesse ponto que os limites da tutela vedatória¹⁸ merece relevo. A Constituição de

¹⁶ Os limites da restrição emanados da Constituição de 1988 são inobservados, pois a pessoa do devedor ou de sua família são utilizados como meio de satisfação de débitos despídos de caráter alimentário, a exemplo das quantias relativas a despesas com a manutenção de padrão de vida ou *status* social do credor, que são contabilizadas no *quantum* da obrigação alimentícia.

¹⁷ Nela se observa um maior rigor no tratamento da matéria, em vista das disposições legais até então vigentes. Convém anotar que o legislador ordinário, antes de 1988, possuía autorização expressa a impor restrições aos limites dessa prisão, todavia essa situação não foi reproduzida pela ordem constitucional vigente. A despeito disso, a legislação infraconstitucional anterior foi tida como integralmente recepcionada, sendo aplicada ao longo de décadas, arrimada na dignidade da pessoa humana, expressão esta que também designa a ideia de vida digna.

¹⁸ A expressão “tutela vedatória” designa a norma do inciso 64 do art. 5º da CRPF em estudo.

1988 suprimiu em matéria de prisão civil a reserva de lei contida nas constituições anteriores, retirando, portanto, o poder do Estado-legislador em estabelecer limites além dos já previstos na garantia fundamental do inciso LXVII. Assim, a vedação da prisão civil do devedor de alimentos, prevista nas Constituições brasileiras anteriores, ao ser reproduzida pela Constituição de 1988, sofreu pontual ampliação do seu âmbito de proteção. Em consequência disso, a restrição autorizada expressamente pela Constituição vigente deveria possuir hoje um alcance menor.

Em face disso, indaga-se se o sentido e a extensão da garantia fundamental da autorização da prisão civil por dívidas, ao alçar o mundo dos fatos, corresponde ao texto e à estrutura da norma constitucional em exame. O estudo objetiva desconstruir a ideia da tese da colisão de princípios adotada no Brasil, para justificar a restrição excepcional da norma do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88. Em seguida, busca-se identificar os limites dessa norma e o conteúdo da restrição nela prevista, sendo esse o objeto deste estudo.¹⁹ A delimitação do objeto do estudo está circunscrita ao âmbito das responsabilidades alimentares parentais no direito familiar brasileiro.

A estratégia adotada para identificar o objeto do estudo se pauta nas seguintes premissas: 1) na concepção da norma do inciso LXVII, o legislador constituinte originário autorizou de modo excepcional a restrição da garantia fundamental de vedação da prisão por dívida, por meio da prisão civil do devedor de alimentos; 2) a restrição é

¹⁹ Nesse ponto, deve-se anotar que o estudo não adentra nas divergências teóricas ou confusões terminológicas que envolvem o regime dos limites e restrições aos direitos e garantias fundamentais.

compreendida com uma intervenção estatal autojustificada, por meio dos limites que lhes são precedentes; 3) os limites diretos da norma constitucional excluem a dívida alimentar do âmbito protetivo da tutela vedatória da prisão civil e integram a operação de identificação do conteúdo normativo afetado pela restrição da liberdade física da pessoa do devedor alimentante.

O estudo está estruturado em duas partes, quais sejam: a contextual e a argumentação jurídica.

A contextualização inicia-se com a compreensão da expressão “obrigação alimentar”, por ser esta estreitamente conexa a outros termos, tais como alimentação e alimentos. Se fará uma breve introdução sobre questões afetas a fundamentalidade da alimentação de crianças e adolescentes. Em seguida, se fará uma relação da obrigação alimentar com o dever natural. Ademais disso, serão demonstradas as diferenças do dever de assistência e da obrigação alimentar na CRFB/88, assim como da obrigação alimentar solidária e do dever de sustento na legislação infraconstitucional. Ainda nessa fase, se fará um breve histórico da prisão civil por dívidas,²⁰ em que se abordará as origens portuguesas dessa prisão civil no Brasil e sua positivação nas Constituições brasileiras.²¹

²⁰ O percurso do panorama histórico das origens da prisão por dívidas no direito comparado, inicia-se no período compreendido entre 1728 a.C., com a adoção dessa execução pessoal no Código de Hamurabi (Babilônia), passa pelo seu ingresso no país à época do Brasil colônia e chega até os dias atuais.

²¹ Serão apresentadas as origens lusitanas da prisão civil por dívida alimentar, a evolução desta até o advento da CRFB/88, quando essa Constituição positivou a corresponsabilidade estatal e familiar em matéria de alimentação de crianças e jovens.

A elaboração do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88, durante a Assembleia Constituinte de 1987, será contextualizado para ser objeto de análise na argumentação jurídica. Com o mesmo objetivo, se discorrerá sobre a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e o controle de convencionalidade, criado pelo Tribunal Constitucional brasileiro ao interpretar a norma do inciso LXVII do art. 5º. As divergências doutrinárias sobre a natureza da prisão civil por dívidas²² têm igual desiderato.

A contextualização adentrará na seara da criatividade e do ativismo judicial, questões que ajudarão a compreender a inconsistência da tese da colisão, objetivo do trabalho. Esse tópico também ajudará a perceber, na fase argumentativa, como as decisões emanadas dos tribunais sobre prisão civil foram “decalçadas” nas regras do Código de Processo Civil de 2015, hoje afastadas por argumentos de princípios, em decisões emanadas pelos mesmos tribunais.

O final da parte contextual tratará das noções sobre direitos e garantias fundamentais. Dentre elas, estão os conceitos de limites e de restrição que serão utilizados na análise do objeto do estudo.

A segunda parte do estudo começa no item 5 e será dedicada à argumentação jurídica. Nesta se retratará a relação do Poder Judiciário brasileiro com a ideia de justiça por princípios. A partir da compreensão

²² Os defensores argumentam que a natureza da prisão não se afigura como pena, mas tão-somente como meio de coerção ao cumprimento da obrigação alimentar. Por outro lado, os abolicionistas alegam que a prisão civil prevista na segunda parte do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 tem natureza de pena e, por conseguinte, não poderia subsistir no ordenamento brasileiro que já tipifica a mesma conduta como crime no art. 244 do Código Penal, vigente no país. Abolicionistas e defensores da prisão civil respaldam suas teses em princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana e da “proporcionalidade”.

de que a Constituição de 1988 não foi concebida como uma ordem de valores e com esteio na concepção jurídico-positiva, a estruturação das normas constitucionais brasileira será analisada nos tópicos que abordam o Poder Constituinte, Constituição Dirigente e Vivente. Os itens seguintes serão dedicados aos temas relativos à tutela de liberdades e às garantias fundamentais relacionadas ao inciso LXVII, sua dupla dimensão e a tutela do art. 227 da CRFB/88. Ao final, se discutirá a natureza da norma em estudo.

Ainda no intuito de lograr o objetivo do estudo, na sua segunda parte, será demonstrada a fragilidade da “ponderação à brasileira” e da ideia da “dignidade da pessoa humana” como medida de peso. Busca-se, para tanto, um uma dogmática responsável, comprometida com a descrição da norma do inciso LXVII tal “como ela é” e não “como deveria ser”. Com isso se apresentará a inconsistência da tese abolicionista da prisão do devedor de alimentos defendida no Brasil.

A norma em estudo, categorizada como “preceptiva” e “exequível por si mesma”, contém diretos limites e expressa restrição. Assim, não poderá ser interpretada restritivamente pelo Judiciário e conformada pelo legislador ordinário, a exemplo do CPC/2015, para além dos limites nela contidos. Nesse aspecto, se mostrará que a novel codificação processual, sem autorização constitucional de reserva de lei restritiva, encampou a jurisprudência brasileira e fomentou a cultura da prisão por dívidas no âmbito das famílias.

A abordagem jurídica contextual da prisão civil é multidisciplinar. Inicialmente recorre-se ao direito comparado para traçar o panorama histórico da prisão civil e conhecer a origem e a evolução da obrigação

alimentar no Brasil. Com esteio na doutrina portuguesa, serão apresentadas as noções sobre direitos fundamentais. As ciências políticas e sociais serão convocadas para analisar a construção do inciso LXVII do art. 5º pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Já a segunda parte do estudo é dedicada à argumentação jurídica.

A metodologia empregada no estudo possui dimensão descritiva e crítica. A dimensão descritiva na fase contextual consiste na exposição dos dados históricos, como também nas transcrições de leis e súmulas. As duas dimensões estão presentes na abordagem doutrinária e jurisprudencial da obrigação alimentar, da prisão civil e das demais questões tratadas na parte argumentativa.

2

OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A expressão “obrigação alimentar” abarca os conceitos de alimentação e de alimentos. Obrigação alimentar, alimentação e alimentos formam um “triângulo conceitual”,¹ que exige compreensão. Nesse item, se identificará as diferenças desses termos, assim como a relação da obrigação alimentar com o direito natural. Se fará um percurso sobre as origens romanas da obrigação alimentar até sua positivação na Constituição brasileira vigente. Na Constituição de 1988, ganharão destaque as normas dos art. 229 e 227. A do 229, que distinguiu o dever de sustento, por ela designado como dever de assistência mútua entre pais e filhos; e a do 227, que cuida da obrigação alimentar solidária imposta à família, ao Estado e à sociedade. Por fim, se examinará a distinção da obrigação alimentar e do dever alimentar de sustento no âmbito do Código Civil de 2002 (CC/2002).

2.1. ALIMENTAÇÃO

Alimentação é o termo designativo do ato de ingestão de nutrientes pelo ser humano, de modo que este possa suprir suas necessidades biológicas de sobrevivência. “Sem comer, o ser humano morre;

¹ Expressão utilizada por Alexandrino (2011, p. 117).

extinguem-se espécies”.² Comer é, portanto, “ato vital; em nome da sobrevivência, alimentos são ingeridos de modo a vencer a fome e garantir a vida biológica”.³ Nesse sentido, a alimentação é o ato de comer, é a comida, é o alimento que sublima a fome e mantém a vida humana.

Alimentação “é um ato voluntário e consciente. Ela depende totalmente da vontade do indivíduo. É, portanto, o homem quem escolhe o alimento para o seu consumo”.⁴ A alimentação envolve a nutrição, que é um ato involuntário. A nutrição é uma etapa do processo alimentar, sobre a qual o indivíduo não tem controle. Isso porque após ingerir o alimento, ou seja, a comida, o “sistema digestório entra em ação, ou seja, a boca, o estômago, o intestino e outros órgãos desse sistema começam a trabalhar”.^{5 6}

Com a ingestão da comida ou do alimento, o ser humano nutre o seu corpo. Isso porque o alimento fornece as “estruturas químicas com funções de fornecimento de energia, estruturação e manutenção do corpo humano”.⁷ Salinas⁸, no livro *Alimentos e Nutrição*, diz que:

Alimento é toda substância que se ingere em estado natural, semi-industrializada ou industrializada, e se destina ao consumo humano, incluídas as bebidas e qualquer outra substância que se utilize em sua

² Prado (2011, p. 929).

³ *Ibidem*.

⁴ Rodrigues (*apud* BRASIL, 2007, p. 15).

⁵ Rodrigues (*apud* BRASIL, 2007, p. 16).

⁶ Brasil (2007, p. 20) Além dos nutrientes, a alimentação abrange outros fatores relacionados com os valores culturais, sociais, afetivos e sensoriais. As pessoas, diferentemente dos animais, ao se alimentarem, não buscam exclusivamente preencher suas necessidades de energia e nutrientes, mas querem alimentos com cheiro, sabor, cor e textura. Além disso, o conhecimento científico, as religiões e a condição econômica do indivíduo também influenciam nos hábitos alimentares.

⁷ *Ibidem*, p. 20.

⁸ Prado (2011, p. 929).

elaboração, preparação ou tratamento, mas não inclui os cosméticos, o tabaco, nem as substâncias que se utilizam unicamente como medicamento.

Conclui-se, pois, que a alimentação consiste no ato voluntário de ingerir alimento, ou comida, sendo esse termo compreendido como o nutriente vital que sublima a fome e mantém a subsistência biológica do ser humano.⁹

2.1.1. A ALIMENTAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Na infância, a alimentação é fundamental para garantir o crescimento e o desenvolvimento normal da criança, mantendo, assim, a sua saúde. No período pré-escolar, as crianças constituem o grupo da população brasileira que mais necessita de alimentação. Isso porque elas estão em processo intenso de crescimento e mais vulneráveis as doenças.^{10 11} Próximo à adolescência, a criança pode começar a ganhar mais peso devido a um período de repleção energética. Este ocorre quando o corpo começa a poupar energia na forma de gordura, para

⁹ Além do aspeto biológico, a alimentação abrange aspetos socioculturais. Estes foram exaustivamente estudados nas aulas de Direito à Alimentação, disciplina obrigatória do mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade de Lisboa, sob a regência da professora doutora Maria João Estorninho, no período letivo de 2014/2015.

¹⁰ No Brasil, há o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), que atende às necessidades nutricionais dos alunos durante o horário em que se encontram em sala de aula. Essa medida contribui para o crescimento, o desenvolvimento, a aprendizagem e o rendimento escolar dos estudantes. Segundo esse programa, deve-se dar atenção ao primeiro ano de vida, visto que nesse período a alimentação é fundamental para a criança. Nos primeiros seis meses de vida, sugere o PNAE que a criança receba exclusivamente o leite materno ou retarde o máximo possível o consumo de novos alimentos. A partir dos seis meses de vida, outros alimentos devem ser acrescentados paulatinamente na alimentação da criança, pois somente o leite materno não satisfaz mais as necessidades de nutrientes da criança (BRASIL, 2007, p. 24).

¹¹ Essa fase, que compreende as idades de 1 a 6 anos, caracteriza-se pela redução na velocidade de ganho de peso e altura, o que leva a uma redução do apetite. Isso significa dizer que a criança continuará a crescer, mas com uma menor velocidade, quando comparado ao primeiro ano de vida (RODRIGUES *apud* BRASIL, 2007, p. 28/30).

depois gastar com o crescimento que se dará dos 12 aos 20 anos de idade, período este designado de adolescência.¹² Dessa forma, o ganho de peso na infância refletirá no crescimento, na formação física e na saúde do adolescente.

A alimentação, portanto, é importante em todas as etapas da vida de crianças e de adolescentes, nomeadamente na fase pré-escolar, tendo reflexos na formação do corpo humano, sendo ainda necessária como medida de prevenir doenças.

2.1.2. ALIMENTAÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Em face da vital importância da alimentação na vida humana, em 2003, no Brasil, deu-se início ao processo legislativo da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) visando incluir a alimentação como direito fundamental no elenco dos direitos sociais enumerados no art. 6º da CRFB/88.

Importante ressaltar, neste tópico, que o direito humano à alimentação adequada e saudável consta de diversos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil. Dentre os quais estão: a Declaração Universal de Direitos humanos, de 1948;¹³ o Pacto

¹² Segundo o art. 2º da **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe** sobre o Estatuto da Criança e Adolescente em território brasileiro, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e o adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. O parágrafo único deste artigo esclarece, todavia, que em casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente o estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

¹³ A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, diz em seu art. 25 o seguinte: "Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade".

Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966;¹⁴ e a Cúpula Mundial de Alimentação, de 1996.¹⁵

A PEC mencionada¹⁶ visou a inclusão expressa da alimentação como direito fundamental na CRFB/88, de modo a assegurar a implementação de “políticas públicas de caráter permanente aos programas relacionados à nutrição humana e combate à fome, evitando a descontinuidade administrativa”,¹⁷ além de tornar efetiva a política internacional adotada pelo governo por meio dos diplomas internacionais, em que o Brasil figura como signatário.

A PEC deu ensejo à Emenda Constitucional 2010, que alterou a redação do art. 6º, da Constituição de 1988, incluindo, portanto, a alimentação dentre os direitos sociais fundamentais do povo brasileiro. Sobre essa emenda, Maria João Estorninho¹⁸ anota que:

No Brasil, em resultado da Emenda Constitucional 2010, a Constituição vem também a reconhecer, no art. 6º que: são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a

¹⁴ O art. 11, do pacto diz que: “1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. 2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome [...]”.

¹⁵ No objetivo 7.5 da cúpula, está firmado o compromisso do Estados em “Compartilhar as responsabilidades, para se alcançar a segurança alimentar para todos, de maneira que a aplicação do Plano de ação da Cúpula Mundial da Alimentação tenha lugar ao nível mais baixo possível, a fim melhor alcançar o seu objetivo”.

¹⁶ Trata-se da PEC 47, de 2003, que estava apensada à PEC 64, de 2007, com o mesmo teor. Esta foi transformada na Emenda Constitucional (EC) 64/2010, que restou aprovada pelo Congresso Nacional.

¹⁷ Opinou o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea), órgão de caráter consultivo e de assessoramento da Presidência da República na formulação de políticas e na definição de orientações para que o país garanta o direito humano à alimentação adequada e saudável (BRASIL, 2010).

¹⁸ Estorninho (2013a, p. 51).

previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.¹⁹

Ao analisar a Constituição brasileira de 1988, Estorninho²⁰ identifica dois outros dispositivos que tratam do direito à alimentação, senão vejamos:

Também no art. 208 a mesma Constituição brasileira consagra que o dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia, entre outras, de: *atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde* [...] ainda, no quadro da Constituição brasileira, o Art. 227, nos termos do qual: *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem [...] o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer [...]*.

Isso posto, a alimentação, segundo a Constituição brasileira, é direito fundamental da pessoa e dever do Estado, configurando, portanto, uma situação jurídica²¹ decorrente do texto da lei fundamental de 1988.

2.2. ALIMENTOS

O termo “alimento” descende do latim *alimentum* que significa sustento, manutenção e subsistência. Provém do verbo *alo, is ui, itum*,

¹⁹ A transcrição do dispositivo pela professora versa sobre a inclusão da alimentação no art. 6º, com a redação dada pela EC 64, de 2010. Esse mesmo dispositivo possui hoje redação diversa, visto que o transporte público foi incluído no elenco da sua norma, com a redação dada pela EC 90, de 2015.

²⁰ Estorninho (2013a, p. 51/52).

²¹ A expressão “situação jurídica” corresponde à posição que o indivíduo ocupa numa relação jurídica com o Estado.

ere (alimentar, nutrir, desenvolver, aumentar, animar, fomentar, manter, sustentar, favorecer, tratar bem).²²

Para Ulpiano,²³ a palavra alimentos abrange “o comer, o beber, a manutenção do corpo e tudo que seria necessário para a vida do homem”. Labeão²⁴ dizia que as vestes faziam “às vezes de alimentos”. Lavesco²⁵ fez um estudo na ótica da manutenção do corpo e foi mais abrangente que Labeão, pois, além das vestes, incluiu “sustento, [...] e a habitação”, mas excluiu a educação.²⁶

Clóvis Beviláqua e Pontes de Miranda²⁷ esclarecem que a expressão alimentos na terminologia jurídica, diferentemente da linguagem comum, compreende tudo que for necessário ou imprescindível à vida. Para esses autores, os alimentos abrangem: o sustento, a habitação, o vestuário, o tratamento de enfermidades e as despesas de criação e educação.

Álvaro Villaça Azevedo^{28 29} leciona que “os romanos [...] conheciam os alimentos pela expressão *officium pietatis* (dever de piedade, de caridade), mero dever moral, que depois desenvolveu-se com fundamento nos laços de parentesco, transformando-se em dever

²² Azevedo (2012, p. 111).

²³ Azevedo (2012, p. 111).

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Nos termos dos § 1º e 2º, do art. 208, da CRFB/88: “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” e o “não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”.

²⁷ Maia (2013, p. 61).

²⁸ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP, 1972). Livre-Docente em Direito Civil (USP, 1976). Professor desde 1980. Professor titular desde 1993. Diretor da Faculdade de Direito de 1994 a 1998. Aposentado desde 2007.

²⁹ Azevedo (2012, p. 112).

jurídico regulamentado em lei”. Ademais, acrescenta, que o dever de solidariedade, ou seja, o dever recíproco aos alimentos entre familiares, evoluiu a partir do século II d.C. até assumir, no sistema *justinianeu*,^{30 31} características bem similares ao da legislação contemporânea.

No dever de solidariedade familiar situava-se o pátrio poder ou *pater familias*³² do direito romano. Dentre os deveres do *pater familias* para com os filhos³³ destacava-se: os de educar espiritualmente, moralmente e civilmente, fazendo-lhes aprender as letras (pelo menos os estudos menores), ensinar-lhe um ofício e, caso nisso concorressem as qualidades da família e as aptidões do filho, custear-lhes os estudos maiores. Ademais,³⁴ ao *pater familias* competia prestar-lhes alimento, ou seja, a bebida, a comida, a habitação e tudo mais que pertence ao sustento, como vestir, calçar, medicamentos, assim como dotá-los de matrimônios carnavais ou religiosos.

Por outro lado,³⁵ os filhos deviam aos pais gratidão, obediência e obséquios. O dever de gratidão obrigava os filhos, ainda que naturais ou espúrios, a ajudar os pais necessitados, quer em vida, ministrando-lhes

³⁰ Cahali (*apud* AZEVEDO, 2012, p. 114) conclui que “a disciplina justinianeia da obrigação alimentar representa o ponto de partida da sucessiva e ampla reelaboração do instituto compilada pelos glosadores, pós-glosadores e comentadores, de que resulta claramente a determinação do círculo de obrigação no âmbito familiar, compreendendo os cônjuges, ascendentes e descendentes, irmãos e irmãs”.

³¹ Azevedo (2012, p. 113).

³² “O *pater familias* era o mais elevado estatuto familiar (*status familiae*) na Roma antiga, sempre uma posição masculina. O termo latino significa, literalmente, “pai da família”. O termo *pater* se refere a um território ou jurisdição governado por um patriarca. O uso do termo no sentido de orientação masculina da organização social aparece pela primeira vez entre os hebreus no século IV para qualificar o líder de uma sociedade judaica; o termo seria originário do grego helenístico para denominar um líder de comunidade” (DILL, 2015, s. p.).

³³ Hespanha (1993, p. 958-959).

³⁴ Hespanha (1993, p. 958-959).

³⁵ *Ibidem*.

as exéquias e dando-lhes a sepultura, de acordo com sua qualidade, e assegurando missa por suas almas.

A prestação de alimentos entre familiares, em suas origens romanas, relacionava-se com o Direito Natural. Nesse período, não havia a intervenção estatal, pelo que a obrigação era tida com um dever natural. Hoje, o dever de prestar “alimentos” integra uma relação jurídica,³⁶ em que estão vinculados credor e o devedor. Trata-se de obrigação alimentar em sentido amplo, como esclarece Azevedo.³⁷

Entendo que a palavra obrigação se apresenta com um sentido amplo e com um restrito, sendo que, naquele a obrigação equivale a qualquer espécie de dever, seja moral, social, religioso, entre outros, incluindo o dever jurídico, na área do Direito de Família; já, neste, em sentido estrito, o significado da palavra obrigação cinge ao âmbito, especificamente, de Direito Obrigacional, com aspecto econômico que lhe é inerente.

A obrigação alimentar ou obrigação alimentícia, designada juridicamente de “alimentos”, compreende o fornecimento de alimentação, recurso este indispensável à sobrevivência, além de outras prestações materiais e imateriais necessárias à existência de uma vida digna.³⁸

³⁶ Para existir relação jurídica é preciso a presença de dois requisitos. “Em primeiro lugar uma relação intersubjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas. Em segundo lugar, que esse vínculo corresponda a uma hipótese normativa, de tal maneira que derivem consequências obrigatórias no plano da experiência” (REALE, 2002, p. 216).

³⁷ Azevedo (2012, p. 115).

³⁸ “Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada” (GOMES, 1999, p. 427).

2.2.1. ALIMENTOS COMO DEVER NATURAL

Azevedo³⁹ leciona sobre a prevalência do direito natural em matéria de alimentos no âmbito familiar. Para ele, os alimentos corresponderiam a um “dever natural”. Vejamos:

A natureza prende-se a um tronco ancestral de família, nascendo entre membros desta, não só um relacionamento *ex iure sanguinis*, mas também um dever natural de sua própria preservação. Crescei e multiplicai-vos, é o preceito bíblico, em que a família encontra fundamento da sua existência e da sua preservação. Nenhum texto jurídico necessita reconhecer essa verdade, de que um parente tem um compromisso de auxílio ao outro, porque isso existe, pelo próprio vínculo da consanguinidade.

Nessa esteira, os alimentos encontram fundamento primeiro no Direito Natural. Segundo Vicente Ráo,⁴⁰ os alimentos teriam o condão de:

[...] aproximar o direito próprio, positivo, de casa povo, em torno dos postulados básicos, intransponíveis, do respeito aos direitos fundamentais do homem, àqueles direitos, isto é, cujo desconhecimento afetaria a própria natureza humana, e procura, ademais, inspirar e conduzir todos os sistemas positivos de direito em direção a um ideal supremo de justiça. [...] o respeito à situação natural da paternidade, da maternidade e da filiação é inerente ao Direito Natural, devendo preservar-se, como a própria natureza, prevalecendo sobre situações artificiais, *humani iuris*.

É desse modo que o dever alimentar dos pais em relação aos seus filhos menores tem correspondência com os direitos humanos fundamentais. Não ocorrerá tal correspondência quando esse dever, nos

³⁹ Azevedo (2012, p. 175-176).

⁴⁰ *Ibidem*.

termos da legislação civil brasileira, for concebido como um meio de manutenção do *status social*, como será visto no subitem 2.2.4.2. deste estudo.

Assim, conclui-se que o dever alimentar somente deve ser compreendido como “natural” quando estiver relacionado ao provimento *in natura* das necessidades vitais, como é o caso da alimentação. Nessa hipótese, entende o estudo que seria dispensável uma lei impondo que os pais provejam comida aos seus filhos.⁴¹

2.2.2. O PERCURSO DO DIREITO ALIMENTAR NO BRASIL

As Ordenações Filipinas⁴² vigoraram no Brasil ao tempo em que este era território ultramarino de Portugal e, mesmo após a independência, foram parcialmente mantidas até o advento do Código Civil de 1916 (CC/16).⁴³ 44 Nas ordenações, “o filho natural, mesmo o espúrio, era criado de leite pela mãe até os três anos, tendo as demais despesas custeadas pelo pai. Após três anos, ao pai competia criá-lo e mantê-lo, salvo se o filho tivesse bens”.⁴⁵

⁴¹ Azevedo (2012, p. 175-176) leciona que o regramento contido nos art. 1.696 e 1.967 do CC/2002, que versam sobre a “a ajuda mútua dos consanguíneos”, sobre sua indispensabilidade “à sua segurança existencial e à perpetuação de sua espécie”, sequer deveria ter sido escrita. Isso porque a solidariedade alimentar entre familiares “se impõe *ex iure divino*”. Ademais, acrescenta, que a despeito da “regra humana” mister se faz “respeitar os direitos da personalidade, sem utilização de violência à pessoa do devedor”. Por fim, arremata que a solução para a satisfação do dever alimentar “impõe-se *ex natura*”.

⁴² Siqueira (2010, p. 5).

⁴³ Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 (BRASIL, 1916).

⁴⁴ As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil por quatrocentos anos.

⁴⁵ Hespanha (1993, p. 959).

Nessa quadra histórica, segundo Rebelo,⁴⁶ também sob a vigência das ordenações, em Portugal, era “costume dever o pai custear os estudos universitários do filho, mesmo se não concordasse com eles. Tudo isso limitado, naturalmente, pela condição familiar e pelas posses do pai”. Sobre o tema, conta Lobão⁴⁷ que aos nobres a obrigação paterna poderia se estender até a conclusão do grau de bacharel ou de doutor.

Com o CC/1916, a matéria alimentar ganhou amplitude. Variados artigos⁴⁸ trataram do dever de sustento dos filhos, assim como do dever recíproco entre pais, filhos e parentes. Apesar disso, esse código não previu o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, impossibilitando a esses pleitearem alimentos ao genitor. Sobre essa questão, esclarece Maria Berenice Dias:⁴⁹

Com o nítido intuito de proteger a família, o Código Civil de 1916, quando da sua edição, perpetrava uma das maiores atrocidades contra crianças e adolescentes ao não permitir o reconhecimento dos filhos ilegítimos, ou seja, os filhos havidos fora do casamento. Com isso eles não podiam buscar o reconhecimento da própria identidade e, de consequência, não podiam pleitear alimentos. Somente 30 anos após do advento desse Código, foi permitido o filho de homem casado promover, em segredo de justiça, ação de investigação de paternidade, apenas para buscar alimentos.

Percebe-se que o CC/1916, aplicado no Brasil por quase noventa anos, não conseguiu acompanhar a evolução da sociedade e somente a

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ O CC/16 (BRASIL, 1916) previa, em seus art. 166 e 167, que na constância do matrimônio a criação e a alimentação dos filhos incumbia a ambos os cônjuges e em caso de separação, por qualquer motivo, o pai estava obrigado a concorrer com todas as despesas necessárias para a criação destes, exceto se fosse pobre e não pudesse provê-los.

⁴⁹ Dias (2013, p. 528-529).

partir da edição da Lei 883, de 21 de outubro de 1949, foi permitido ao filho ilegítimo acionar o pai no Poder Judiciário para postular alimentos para si.⁵⁰

Ao final do século XX, o CC/16 revelou-se insuficiente para tutelar o direito alimentar no âmbito familiar, pelo que houve uma fragmentação da legislação.⁵¹ Vários diplomas passaram a complementar a matéria, a exemplo da Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968,⁵² que dispõe sobre a fixação do *quantum* da “obrigação alimentar”, de forma célere, mediante prova pré-constituída do encargo legal.⁵³

⁵⁰ Com o advento da Lei 883, de 21 de outubro de 1949. Essa lei dispunha sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, nos seguintes termos: “Art. 1º dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação. § 1º — ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável. § 2º — mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos. § 2º — mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos. Art. 2º o filho reconhecido na forma desta lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado. Art. 4º para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderá acionar o pai em segredo, de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo. Parágrafo único — dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação. Art. 5º na hipótese de ação investigatória da paternidade terá direito o autor a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja, desta interposto recurso [...] Art. 7º no registro civil, proibida qualquer referência a filiação ilegítima de pessoa a quem interessa, far-se-á remissão a esta lei [...] Art. 9º o filho havido fora do matrimônio e reconhecido pode ser privado do amparo social, assegurado por esta lei nos mesmos casos em que o herdeiro excluído da sucessão, ou pode ser deserdado (arts. 1.595 e 1.744 do CC). Rio de Janeiro, 21/10/1949”. (BRASIL, 1949, grifos meus).

⁵¹ “No período de vigência do Código de 1916, as origens diversas do dever alimentar eram regradas em distintos diplomas legais e de modo diferenciado” (DIAS, 2013, p. 530).

⁵² Lei Especial de Alimentos, que vige até hoje e é muito aplicada no dia a dia nos tribunais de família brasileiros, conhecidos como Varas de Família.

⁵³ Ou seja, mediante a comprovação da filiação ou do parentesco na postulação dos alimentos em juízo (BRASIL, 1968).

O dever de sustento, também designado de dever alimentar,⁵⁴ integra o dever de assistência dos pais em relação aos filhos, nos moldes da primeira parte do art. 229 da CRFB/88.

2.2.3. O DEVER DE ASSISTÊNCIA E A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR NA CRFB/88

Segundo Madaleno,⁵⁵ o dever alimentar se vincula ao poder familiar, ao parentesco das pessoas menores e incapazes. Há “distinção entre obrigação e dever alimentar. É preciso ter presente a noção de família nuclear formada pelo par andrógino e seus filhos, quando existente, e a este núcleo familiar toca um dever de alimentos escorado no vínculo de solidariedade que se mostra muito mais intenso e significativo”. Continua Rolf Madaleno:⁵⁶

[...] entre pais e filhos menores de dezoito anos e, portanto, ainda sob o poder familiar, vige um dever alimentar ilimitado, que vai ao extremo até de exigir a venda de bens pessoais dos pais para assegurar por todas as formas o constitucional direito à vida, onde todos os esforços devem ser envidados pelos genitores para atender toda a sorte de necessidades dos filhos ainda menores e incapazes.

Denise Damo Comel⁵⁷ é enfática ao afirmar que “o dever dos pais é prestar os alimentos *in natura*, quer dizer, é prover em espécie os

⁵⁴ A doutrina ora usa a expressão obrigação para designar os alimentos devidos aos filhos menores; ora utiliza o termo dever. Entendi neste texto, de seguir a orientação preconizada entre outros, também por Yussef Said Cahali, designado a obrigação alimentar como limitada, e o dever alimentar destinado aos filhos ainda sob o poder familiar (MADALENO, 2003).

⁵⁵ Madaleno (2003, s. p.).

⁵⁶ Madaleno (2003, s. p.).

⁵⁷ *Ibidem*.

alimentos ao filho, ao passo que a obrigação alimentar se cumpre, de regra, mediante prestações periódicas geralmente em dinheiro”.⁵⁸

O art. 229 da CRFB/88 dispõe sobre o dever de assistência mútua entre pais e filhos. O dever de sustento, ou dever alimentar, consiste em parcela da assistência referenciada no art. 227. Esse artigo diz que: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Assim, na primeira parte do art. 229 se identifica o dever de os pais proverem seus filhos menores com alimentação *in natura*, por ser inerente ao sustento desses infantes.

Já a obrigação alimentícia solidária entre familiares está prevista no *caput* do art. 227 da CRFB/88. Nesse dispositivo constitucional consta que a alimentação de crianças e adolescentes compete ao Estado, ao lado da família e da sociedade. Sobre esse dispositivo, leciona Dias⁵⁹ que “o Estado não tem condições de socorrer a todos, por isso transforma a solidariedade⁶⁰ familiar em obrigação alimentar. Este é um dos principais efeitos que decorrem hoje da relação de parentesco”.⁶¹

Assim, a expressão “obrigação alimentícia” em sentido jurídico pode decorrer da solidariedade social e familiar, prevista no art. 227, da CRFB/88, e do dever alimentar ínsito ao dever de assistência dos pais

⁵⁸ Esclarece Madaleno (2003, s. p.), fundador do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que “à obrigação pensional têm-se em mente os parentes de graus mais distantes, como são os avós e irmãos, aqui também enquadrados os filhos que não mais estão sob o abrigo do poder familiar, porque maiores e capazes”.

⁵⁹ Dias (2013, p.531).

⁶⁰ A obrigação alimentar entre familiares encontra fundamento no princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, inciso I, da CRFB/88.

⁶¹ Assim, a obrigação alimentícia solidária, nos termos do art. 227, se dá no âmbito social e familiar.

em relação aos filhos menores do art. 229, da CRFB/88. A obrigação solidária familiar envolve a prestação de alimentos dos pais aos filhos maiores e estes em relação aos pais idosos, doentes e sem recursos financeiros.⁶² O dever de assistência referido na primeira parte do art. 229, como mencionado, compreende o dever de sustento inerente ao poder familiar.⁶³

A obrigação alimentar solidária tão-somente entre os membros de uma mesma família está prevista nos art. 1.696⁶⁴ e 1.697, do CC/2002. Vejamos (grifos meus):

Art. 1.696 — 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. [...]

Art. 1.697 — Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando este, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

O sustento⁶⁵ inserido no dever de assistência previsto na primeira parte do art. 229 da CRFB/88 está regulamentado no inciso IV do art. 1.566, do Código Civil de 2002 (CC/2002). Neste, dentre os deveres dos cônjuges estão o “sustento, guarda e educação dos filhos”. O art. 1.920

⁶² Como se verá mais à frente, na transcrição dos art. 1.696 e 1.697 do CC/2002.

⁶³ A expressão “pátrio poder” foi substituída, a partir do contido no art. 226 § 5º da CRFB/88, pela expressão “poder familiar”. Isso porque esse dispositivo constitucional impôs igualdade substancial entre os pais no tocante à responsabilidade dos filhos comuns.

⁶⁴ O art. 1.696 do CC/2002 guarda correspondência com o art. 397 no CC/1916, que admitia a cobrança de alimentos entre parentes. Cita Azevedo (2012, p. 177-178) que, sob a vigência da legislação de 1916, um julgado da 5ª Câmara do TJ/SP, em 22/10/1987, entendeu “nada impede a propositura de nova ação alimentícia contra os avós, ainda que já ajuizada a demanda contra o pai. A exclusão dos ascendentes mais remotos da relação jurídica alimentar somente ocorre quando o mais próximo tem condições, sozinho, de prover o sustento do descendente”.

⁶⁵ O poder familiar está previsto no CC/2002 no art. 1.634, que diz: “Compete aos pais, quanto a pessoa dos filhos menores: I) dirigir-lhes a criação e educação; e II) tê-los em sua companhia e guarda”.

do CC/2002, é complementar ao dispor que o legado de alimentos “abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”.

Além dos artigos mencionados, o dever de sustento e a obrigação alimentar solidária estão previstos em outras regras do CC/2002,⁶⁶ como será visto a seguir.

2.2.4. A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR SOLIDÁRIA ENTRE PARENTES E O DEVER DE SUSTENTO, NO CC/2002

“A fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem uma família”, leciona Maria Berenice Dias.⁶⁷ Desse modo, os parentes mais próximos devem socorrer os familiares que estejam necessitados.

A obrigação alimentar solidária entre familiares da linha reta, como visto no art. 1.697 do CC/2002, se estende infinitamente e, na linha colateral, alcança até o quarto grau parental, para guardar simetria com o direito sucessório.^{68 69}

A primeira parte do art. 229 da CRFB/88 trata do dever de sustento, que, como visto, veicula o dever de alimentar dos pais em relação aos filhos menores de idade em virtude do poder familiar.⁷⁰ Esse dever cuida-se de encargo que envolve o provimento de recursos

⁶⁶ O projeto original do CC/2002 é do ano de 1975.

⁶⁷ Dias (2013, p. 532).

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ A linha sucessória colateral no direito brasileiro está prevista no CC/2002 e se estende até o 4º grau, a teor do disposto nos art. 1.592 e 1.829 (IV).

⁷⁰ Art. 1.566 (III) e 1.568, do CC/2002.

indispensáveis e necessários à subsistência, à formação educacional, moral e espiritual dos filhos. Este não se estende aos familiares e nem é recíproco. Nisso difere da obrigação alimentícia fundamentada na solidariedade familiar da lei civil, assim como da obrigação solidária de alimentar crianças e adolescentes do art. 227 da CRFB/88.

Antes da vigência do CC/2002, os alimentos decorrentes do poder familiar somente eram devidos até a data em que o filho atingisse a maioridade.⁷¹ Nessa época, era comum que o filho maior de idade estivesse exercendo atividade laborativa após a conclusão do liceu. No final do século XX, a conclusão do liceu escolar já não mais garantia um bom emprego. O mercado de trabalho passou a exigir mais instrução e preparo, razão pela qual os pais precisaram investir mais recursos financeiros na formação dos seus filhos.

Nesse novo panorama da sociedade, estabeleceu o STJ que, em se tratando de filho maior, a pensão alimentícia é devida pelo seu genitor em caso de comprovada necessidade ou quando houver frequência em curso universitário ou técnico, ao entendimento de que a obrigação parental de cuidar dos filhos inclui a outorga de adequada formação profissional. Nesse caso, cabe ao filho a comprovação de que permanece necessitando dos alimentos.⁷²

Não obstante dispõe o inciso III do art. 1.635 do CC/2002, que o poder familiar se extingue pela maioridade civil, alcançada aos 18 anos

⁷¹ 21 anos de idade, segundo o CC/16.

⁷² Assim, incabível a adoção do rito sumário da lei 5478/68, que determina a fixação de pensão alimentícia provisória, sem a oitiva da parte contrária. Não havendo necessidade alimentar presumida de filho maior, a demanda deve seguir o rito comum, com cognição exauriente, após o contraditório e ampla defesa.

de idade, importando a cessação do dever alimentar dos pais, o STJ, por meio de sua jurisprudência, passou a entender que os alimentos devem ser estendidos até os 24 anos⁷³ de idade, na hipótese de o filho estar cursando ensino superior ou técnico e não possuir renda própria.⁷⁴

A extinção do dever de sustento em razão da maioridade do filho⁷⁵ ⁷⁶ não ocorre automaticamente, pois depende de desconstituição judicial. Tal entendimento está enunciado na Súmula do STJ, n. 358, de 13/8/2008, *in verbis*:

Súmula 358: o cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.

Com a maioridade civil do alimentando, milita contra si a presunção de desnecessidade de alimentos. Assim, a postulação judicial de alimentos passará a ser analisada sob o ângulo da obrigação alimentar em decorrência do parentesco. Somente em caso

⁷³ A idade de 24 anos se justifica em razão do disposto no Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3.000, de 23 de março de 1999), que, em seu art. 77 § 2º, classifica como dependentes dos pais os filhos que estejam cursando ensino superior.

⁷⁴ Entende-se, porém, que a obrigação alimentar poderá perdurar por mais algum tempo, até que o filho complete os estudos superiores (não incluindo pós-graduação) ou profissionalizantes, com idade e duração razoável, quando estará apto a ingressar no mercado de trabalho e prover a própria subsistência. Nesse sentido: **“Os pais não têm obrigação de fornecer alimentos à filha maior de 25 anos e com curso superior completo, se inexistirem elementos que indiquem quaisquer problemas quanto à sua saúde física ou mental.”** (STJ — Informativo de Jurisprudência n. 0518, de 15.5.2013). Precedente: STJ, REsp 1.312.706-AL, relator ministro Luis Felipe Salomão, j. 21/2/2013.

⁷⁵ Art. 1.635 do CC/2002: “Extingue-se o poder familiar: III — pela maioridade [...]”.

⁷⁶ “No entanto, a maioridade civil não obsta que os filhos prossigam como credores de alimentos, agora não mais por vínculo do poder familiar, e da presunção absoluta de necessidade, mas gerando doravante, uma obrigação condicional de alimentos decorrente da relação de parentesco, e da permanência de sua necessidade alimentar, provavelmente, porque prosseguem seus estudos para o seu completo preparo profissional” (MADALENO, 2003, s.p.).

excepcionais, como estudos e doenças, essa obrigação irá perdurar para além da maioridade civil, porém com essa novel natureza.

Sobre o tema, já pacificou o STJ: "É devido alimentos ao filho maior quando comprovada a frequência em curso universitário ou técnico, *por força da obrigação parental* de promover adequada formação profissional."⁷⁷

2.2.4.1. A VERBA ALIMENTAR PRESUMIDA E SEU CÁLCULO DISCRICIONÁRIO

A obrigação alimentícia solidária familiar está regulamentada pelos art. 1.696 e 1.697 do CC/2002. Para ser invocada, demanda a comprovação da necessidade do familiar que postula alimentos. Contudo, como a jurisprudência brasileira diferencia obrigação alimentar do dever de sustento aos filhos menores ou incapazes, pacificou-se o entendimento de que estes últimos prescindem da demonstração de necessidade dada a sua presunção.⁷⁸

Com exceção da necessidade alimentar presumida, os “alimentos” destinados aos filhos menores e aos familiares consanguíneos possuem

⁷⁷ STJ — Jurisprudência em Teses — Edição N. 65, de 06/09/2016: Precedentes: AgRg nos EDcl no AREsp 791322/SP, Rel. ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 19/05/2016, p. 01/06/2016; REsp 1587280/RS, Rel. ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 05/05/2016, p. 13/05/2016; REsp 1292537/MG, Rel. ministro João Otávio de Noronha, 3ª Turma, j. 03/03/2016, p. 10/03/2016; REsp 1312706/AL, Rel. ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 21/02/2013, p. 12/04/2013; AgRg no AREsp 13460/RJ, Rel. ministro Raul Araújo, 4ª Turma, j. 19/02/2013, p. 14/03/2013; REsp 1218510/SP, Rel. ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 27/09/2011, p. 03/10/2011.

⁷⁸ “É presumida a necessidade de percepção de alimentos do portador de doença mental incapacitante, devendo ser suprida nos mesmos moldes dos alimentos prestados em razão do Poder Familiar, independentemente da maioridade civil do alimentado” (STJ — Informativo de Jurisprudência n. 0601, de 10.5.2017). Precedente: STJ REsp 1.642.323-MG, relatora ministra Nancy Andrighi, por unanimidade, j. 28/3/2017, p. 30/3/2017.

tratamento sistemático idêntico,⁷⁹ senão vejamos as regras do parágrafo único do art. 1.694 e do 1695, do CC/2002, *in verbis*:

Art. 1.694. [...] § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Art. 1.695. São devidos alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

A lei civil no tocante à fixação da verba alimentar, seja no caso de dever ou de obrigação alimentar, impõe ao julgador a observância da regra do § 1º do art. 1.694 do CC/2002, anteriormente transcrita. Assim, é mister que seja demonstrada a necessidade de quem pleiteia alimentos e a possibilidade daquele que irá provê-los.

A necessidade alimentar de filhos menores, consoante o § 1º do art. 1.694 da lei civil, é presumida, mas não o é o *quantum* pleiteado. A fixação de alimentos, arrimada em presunção de necessidade, segue o rito sumário da Lei 5478/68, que autoriza o juiz a fixar provisoriamente o *quantum* alimentar apenas com base nas informações prestadas pelo autor da ação. Nesse ponto, entende o STJ que o pedido formulado na petição inicial tem natureza meramente estimativo,⁸⁰ o que permite ao

⁷⁹ Agora, modificam-se os rumos para aproximar, quanto a características e efeitos, qualquer espécie de alimentos decorrentes do Direito de Família (CAHALI, 2003, p. 226).

⁸⁰ “Consoante precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, nas demandas de caráter alimentar, as regras pertinentes ao julgamento ultra petita merecem exegese menos rigorosa, constituindo o pedido inicial mera estimativa”. (REsp 182.681/TO- 3ª T. — relator ministro Castro Filho, j. 21/11/2002, p. 19/12/2002).

jugador decidir com discricionariedade.⁸¹ Não há no Brasil uma tabela para a fixação de pensão alimentícia como existe em outros países.⁸²

O § 1º do mencionado artigo exige a análise do binômio necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante, o que na prática dos tribunais equivale a juízos de equidade, visto que os valores oscilam consoante o arbítrio de cada julgador. Tanto é que a jurisprudência do STJ permite que o juiz fixe valor ou forma de pagamento diversa do pedido do autor da ação alimentar, se entender que, no caso concreto, o alimentante possui capacidade de arcar com pensão em quantia superior a postulada.⁸³

⁸¹ “Sendo assim, razoável também concluir que, no caso de ação de alimentos, perante a Lei n. 5.478, de 1968, a condenação do réu ao pagamento de plano de saúde ao requerente não é “ultra petita”, em momento nenhum ofende os preceitos inscritos nos arts. 128 e 460, do CPC [...] E, mais: em regra, os alimentos são prestados por uma soma em dinheiro, ou seja, os alimentos são em espécie. Porém, excepcionalmente, podem ser prestados “in natura”, isto é, com o fornecimento dos gêneros alimentícios e de outras utilidades indispensáveis ao alimentado, como medicamentos. O pedido de valor não obsta a concessão de alimentos in natura. Do mesmo jeito, não pode obstar que o Juiz decida, como decidiu, por impor a obrigação de fazer — pagamento de plano de saúde, em vez de entrega do valor correspondente.” (TJ-MG — AC: 10024082381617001 Belo Horizonte, Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j.03/05/2011).

⁸² “O sistema de tabelas subsiste nos USA, no Canadá, na Noruega e na Alemanha, entre outros países. [...] nos Tribunais de Família de Washington DC os juizes têm um programa informático que, em função dos rendimentos declarados dos progenitores e outras variáveis do grupo familiar, oferece ao juiz um triple resultado (pensão alta, média ou baixa) que o juiz concretiza em função das circunstâncias de cada caso. Na Alemanha as denominadas Tabelas de *Dusserldorf* vêm sendo utilizadas desde 1961 e, embora careçam de valor normativo, são pautas [...] com a finalidade de incrementar a segurança jurídica e favorecer a igualdade na aplicação da lei” (PINTO, 2009, s. p.).

⁸³ “FIXAÇÃO DE ALIMENTOS. PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO. NÃO APLICAÇÃO. DEVER DOS PAIS. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. QUANTUM. 50% SOBRE O SALÁRIO-MÍNIMO. ADEQUAÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO. 1. No arbitramento do valor de alimentos, o quantum fixado submete-se ao critério da necessidade do alimentado e da possibilidade do alimentante conforme o convencimento do magistrado, não se subordinando às regras estabelecidas à observância estrita do pedido, inexistindo qualquer irregularidade o proferimento de sentença concedendo além do que foi pedido na inicial. 1.1 Assim, o valor deve ser aquele que se harmoniza com o resultado da instrução probatória ao revelar a efetiva capacidade contributiva do alimentante, ao se mostrar superior àquela que informou os fundamentos de fato consignados com a causa de pedir. Demais disso, o interesse jurídico do alimentando é de natureza indisponível e corresponde à medida das suas necessidades, compatibilizadas com as possibilidades do alimentante, tratando-se pois de premissa implícita à própria postulação inicial”. (TJ-DF 0753399-53.2018.8.07.0016, relator: Carlos Rodrigues, j. 15/07/2020, 1ª Turma Cível, p. 24/07/2020).

Os valores dos alimentos provisórios, pelo rito da lei 5.478 /68, são fixados em decisão lastreada em cognição superficial, ou seja, sem o contraditório.⁸⁴ Em consequência disso, os alimentantes buscam a revisão desses valores diretamente à instância superior, antes mesmo de responderem à ação alimentar. O art. 13 § 1º da lei, diz que o *quantum* deve ser revisto pelo juiz que o fixou, mas essa regra não é observada. Em consequência, esses valores são revistos em segundo grau de jurisdição, com igual cognição rarefeita, sem que isso importe em supressão da instância, consoante o entendimento majoritário da jurisprudência.⁸⁵

A discricionariedade judicial, na fixação ou na revisão da verba alimentar, é matéria incontroversa na jurisprudência. Nesse aspecto, há consenso no âmbito do STJ, inclusive, sobre a possibilidade de o julgador

⁸⁴ "I. Os alimentos provisórios são definidos à luz de um cenário probatório incompleto e no contexto de uma cognição superficial. II. Justamente porque calcados em uma situação de incerteza quanto à efetiva capacidade financeira do alimentante, os alimentos provisórios são caracterizados pela temporariedade e destinam-se a suprir uma situação emergencial. III. Deve ser reformada a decisão que fixa alimentos provisórios em desacordo com a capacidade contributiva do alimentante demonstrada nos autos. IV. Recurso conhecido e provido." (TJ-DF — AGI: 20140020288677 DF 0029411-34.2014.8.07.0000, relator: James Eduardo Oliveira, j. 11/02/2015, 4ª Turma Cível, p. 02/03/2015).

⁸⁵ "AI. OFERTA DE ALIMENTOS. PRELIMINAR DE INADMISSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA NÃO CONFIGURADA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. NECESSIDADE DO ALIMENTANDO. POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE. 1. Inexiste supressão de instância pelo fato de os agravantes, após serem citados, apresentarem suas razões recursais perante o Segundo Grau, a fim de modificar a decisão que fixou alimentos provisórios. Reputar supressão de instância na espécie em exame, em que o objeto do agravo se ateu ao limite da questão jurídica decidida, importaria em inadmitir todo e qualquer o recurso interposto de decisões concessivas de tutela de urgência initio litis. 2. A concessão de alimentos provisórios regula-se pela necessidade do alimentando e pela possibilidade do alimentante, objetivando conferir condições imediatas à subsistência daquele. 3. Havendo indícios de que há maior possibilidade do alimentante do que o alegado, devem ser majorados os alimentos provisórios, ofertados em quantia ínfima, considerando que antes da propositura da demanda, o genitor contribuía extrajudicialmente com o dobro do valor. 4. Se, após dilação probatória, ficar evidenciado o excesso ou a insuficiência do arbitramento, tal poderá ser posteriormente recalibrado na ocasião da sentença, quando então haverá elementos para subsidiar a decisão definitiva. 5. AI conhecido e provido." (TJ-DF 0707484-92.2019.8.07.0000, relator: Carlos Rodrigues, j. 28/08/2019, 6ª Turma Cível, p. 20/09/2019).

afastar o princípio da adstrição previsto no art. 141 e no art. 492, ambos do CPC/2015.

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

A lei veda a conduta do magistrado que decide além, aquém ou fora do pedido. No entanto, o STJ tem entendimento pacificado de que a decisão sobre verba alimentar não se subordina ao princípio da adstrição, de modo que o julgador está autorizado a fixá-los no *quantum* que entender justo, à luz do caso concreto, sem que incorra em ilegalidade.⁸⁶

Esse é o caso da *justiça* da inclusão ou não de verba de participação nos lucros ou resultados (PLR) na base de cálculo da pensão alimentícia, fixada em percentual sobre a remuneração do alimentante trabalhador. O STJ oscilou por longo tempo sobre o tema. A Terceira Turma da Corte, entendia que a participação nos lucros ou resultados da empresa, dada a sua natureza indenizatória e eventual, não incidia no cálculo da verba alimentar. Já a Quarta Turma entendia que a verba possuía caráter

⁸⁶ Considerando a moldura fática delineada nos autos, verifica-se que o entendimento da Corte local está em conformidade com a jurisprudência do STJ no sentido de que “não configura julgamento ultra ou extra petita, com violação ao princípio da congruência ou da adstrição, o provimento jurisdicional exarado nos limites do pedido, o qual deve ser interpretado lógica e sistematicamente a partir de toda a petição inicial” (STJ, AgInt no REsp 1.829.793/SE, Rel. ministro Marco Buzzi, 4ª turma, p. 23/10/2019). Também nesse sentido é o AREsp: 1955911 MT 2021/0269172-4, Rel. ministro Marco Aurélio Bellizze, p. 02/02/2022).

remuneratório e, diante da possibilidade do alimentante, os valores auferidos a título de PLR deviam integrar a base de cálculo da pensão.

No julgamento do REsp 1.872.706/DF, em dezembro de 2020, a 2ª Seção, composta por integrantes da Terceira e Quarta Turmas, decidiu que a PLR não deve ser incluída no cálculo da pensão.⁸⁷ Nesse julgamento, a Corte definiu que o julgador deve observar duas etapas para fixar o *quantum* alimentar. Na primeira, somente as necessidades vitais do alimentando devem ser computadas (educação, saúde, alimentação, vestuário e sobrevivência digna) para aferição do valor ideal. Já na segunda etapa, o julgador irá dizer se esse valor ideal se enquadra nas reais condições econômicas do alimentante.

Disse ainda o STJ, que o juiz não deve se preocupar com a capacidade econômico-financeira do alimentante, mas com as necessidades essenciais do alimentando. Se a necessidade for satisfeita pelo valor ideal será desnecessária a aferição das possibilidades de fixação de valor ou percentual maior. Assim, concluiu a Corte que a PLR não integra, automaticamente, a base de cálculo da pensão, mas apenas casuisticamente. Serão as circunstâncias específicas ou excepcionais do caso concreto que irão autorizar a sua incidência.

O arbitramento do *quantum* alimentar persegue o ideário de justiça por princípios, justificador de qualquer decisão, e por isso não é

⁸⁷ "INCLUSÃO DOS VALORES PERCEBIDOS PELO DEVEDOR A TÍTULO DE PARTICIPAÇÃO EM LUCROS E RESULTADOS — PLR [...] CORRELAÇÃO EXATA ENTRE NECESSIDADE E POSSIBILIDADE QUE TORNA DESNECESSÁRIA A INCLUSÃO DA PLR NA BASE DE CÁLCULO DOS ALIMENTOS. INEXISTÊNCIA DE CORRELAÇÃO EXATA ENTRE NECESSIDADE E POSSIBILIDADE QUE, TODAVIA, AUTORIZA A INCLUSÃO DA PLR NA BASE DE CÁLCULO DOS ALIMENTOS, A FIM DE QUE EFETIVAMENTE SE OBTENHA O VALOR IDEAL INICIALMENTE VERIFICADO. PEDIDO DE ALIMENTOS. ACOLHIMENTO EM VALOR. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INEXISTÊNCIA. SUCUMBÊNCIA INTEGRAL DO DEVEDOR. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. EXAME PREJUDICADO." (RESP 1872706/DF, relatora ministra Nancy Andri ghi, 2ª seção, j. 9/12/20 20, p. 2/3/2021).

compreendido pela sociedade. A partir da invocação da técnica da proporcionalidade, também designada no país como *razoabilidade*, a verba alimentar é fixada em decisões desprovidas de parâmetros objetivos, previamente reconhecidos pela sociedade,⁸⁸ dando azo a constantes recursos, a fim de majorá-la ou reduzi-la, o que é compreensível, já que novéis critérios de justiça podem surgir a cada instância do poder judiciário.

É essa realidade que repercutirá na prisão civil. O *valor justo* fixado pelo julgador, se inadimplido, por não refletir as reais possibilidades do alimentante, o levará ao cárcere em processo de execução, situação em que lhe será vedado rediscutir o binômio necessidade *versus* possibilidade. Tal situação afeta, de forma recorrente, o jurisdicionado pobre ou desempregado. Sua incapacidade em prover o pagamento da pensão alimentícia, o transformará no maior alvo da prisão civil no país.

Dispõe o art. 1.699 do CC/2002⁸⁹ que “se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”.⁹⁰ Nesse

⁸⁸ “Ora, doutor, o valor não é 30%?” [...] desconheço a origem desse mito sobre a fixação dos alimentos, que faz com que as pessoas acreditem numa regra preestabelecida [...] empreendi algumas pesquisas na internet, mas não encontrei a origem dessa crendice popular [...]. O certo é que não há uma regra fixa e objetiva para o arbitramento dos alimentos. [...] O que de fato deve ser levado em conta para estimar o valor dos alimentos são as necessidades do alimentando com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer etc. e as possibilidades da pessoa obrigada ao pagamento. Assim, *deverá haver equidade na fixação dos alimentos* de forma que o valor das necessidades do alimentando esteja equalizado com as possibilidades financeiras do alimentante. Podem ocorrer casos em que o valor necessário à manutenção dos filhos corresponda apenas a 5% ou 10% dos rendimentos do genitor obrigado ao pagamento, ou, ainda, que a necessidade seja superior a 50%” (COUTINHO, 2011, s. p.).

⁸⁹ BRASIL (2002).

⁹⁰ As decisões que fixam alimentos trazem implícitas a cláusula *rebus sic stantibus*, o que equivale dizer que são modificáveis diante da alteração da situação financeira de quem os supriu e de quem as recebe.

caso, altera-se a situação fática das partes em relação à época em que os valores dos alimentos foram fixados, pelo que podem ser modificados ou até extintos.⁹¹ Tal alteração, como dito antes, não pode ser discutida em execuções.

O disposto no art. 1.699 diz respeito à revalorização da pensão alimentícia em novas ações, que visam a exoneração, redução ou majoração do quantum alimentar. A subsistência do pacto obrigacional, segundo o direito positivo, pressupõe, implicitamente, que a situação fático-jurídica da época da fixação dos alimentos permaneça inalterada. A sua alteração, para mais ou para menos, exige, justamente, a mudança nos recursos financeiros do alimentante, ou nas necessidades do alimentando.

Na prática dos tribunais brasileiros, as mencionadas ações nem sempre se submetem a essa *clausula rebus sic stantibus*, como exige o art. 1.699. Em muitos casos, a maioridade do filho, o desemprego do alimentante⁹² e a constituição de nova família não possuem o condão de revalorizar a pensão, casos em que os critérios casuísticos de justiça⁹³

Para tanto, impõe-se o manejo de novas demandas judiciais conforme as circunstâncias, com o fim de exonerar, reduzir ou majorar o encargo alimentar.

⁹¹ Cahali (2003, p. 227).

⁹² “[...] é firme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a ocorrência de desemprego do alimentante é insuficiente, por si só, para justificar o inadimplemento da obrigação alimentar, devendo essa questão ser examinada na ação revisional de alimentos justamente em virtude das restrições cognitivas existentes no habeas corpus. Nesse sentido: RHC 31.302/RJ, 4ª Turma, p. 25/09/2012 e RHC 29.777/MG, 3ª Turma, p. 11/05/2011. [...] De outro lado, sublinhe-se que a jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que o pagamento apenas parcial das parcelas vencidas no curso da execução é insuficiente para impedir a prisão civil do alimentante. [...] Finalmente, embora o paciente alegue possuir epilepsia, fato é que essa circunstância apenas é relevante “para verificar se o estabelecimento prisional onde cumprirá a pena tem condições de fornecer a devida assistência médica para o tratamento do executado” (STJ — HC: 776606, Relator: Nancy Andrighi, p. 11/10/2022).

⁹³ Mesmo nos casos de exoneração da pensão alimentícia, por entendimento jurisprudencial pacificado pelo STJ, que deveria se dar com o advento da maioridade, aos 24 anos de idade ou com a colação em

favorecem a necessidade do alimentando em detrimento da real capacidade do alimentante, que por essa razão poderá não ter condições de pagar a pensão e assim será preso.⁹⁴

Como será visto a seguir, no cômputo do *quantum* da necessidade alimentar está a posição social do alimentante.

2.2.4.2. O STATUS SOCIAL COMO NECESSIDADE ALIMENTAR

Apesar da distinção entre obrigação solidária entre familiares e do dever alimentar dos pais em relação aos filhos menores, a essas duas modalidades aplicam-se indistintamente a regra do *caput* do art. 1.694 do CC/2002, que diz o seguinte (grifos meus):

Art. 1.694 “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.⁹⁵

ensino superior, os juízes utilizam de critérios subjetivos, a exemplo do caso apreciado pelo TJ/RS, publicado em 4 de outubro de 2011. Neste foi julgado improcedente a exoneração dos alimentos pagos pelo pai à sua filha maior, ao argumento de que a “maioridade, por si só, não serve como justificativa para cessar o pensionamento. Caso em que a dificuldade no cumprimento de acordo alimentício não enseja motivo para exoneração”. O apelo foi provido para o fim de manutenção da pensão, a fim de que a alimentada conclua curso de mestrado.

⁹⁴ “REVISIONAL DE ALIMENTOS — CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência — Correto o julgamento antecipado do pedido — Provas produzidas na instrução processual suficientes para formação da convicção judicial e deslinde da controvérsia — Preliminar afastada. REVISIONAL DE ALIMENTOS. Alimentos redimensionados para 25% dos rendimentos líquidos do genitor, ou, no caso de desemprego, para 50% do salário mínimo — Recurso apontando a necessidade de maior redução em relação à situação de desemprego — Descabimento — A ausência de defesa não importa em procedência do pedido — Nova família — Circunstância que, por si só, não implica na redução da pensão no percentual requerido — Verba alimentar estabelecida em consonância ao trinômio necessidade, possibilidade, razoabilidade — Sentença mantida — Recurso desprovido.” (TJ-SP — 1018915-07.2019.8.26.0005, relator Fernando Marcondes, j. 27/04/2022, 2ª Câmara de Direito Privado, p. 27/04/2022).

⁹⁵ Em seu parágrafo segundo, esse dispositivo prevê a possibilidade de redução dos alimentos decorrentes de parentesco, mas ao patamar indispensável à subsistência do credor, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. Segundo Cahali (2003, p. 229-230), esse é o caso do parente, maior e capaz, que dá causa a necessidade alimentar em razão de prodigalidade ou de dificuldade na inclusão no mercado de trabalho por temperamento irascível. Sobre esse dispositivo, o

Independente de se tratar de obrigação ou de dever alimentar, a fixação dos “alimentos” deve levar em conta a “necessidade” da manutenção de padrão socioeconômico, ou seja, do *status* social do credor alimentário. Nos termos o art. 1.694, essa necessidade permite que ele desfrute de uma “vida digna”, compatível com sua condição social. É desse modo que o *status* ingressa no cômputo da fixação da verba alimentar.

A aferição da condição social do alimentante, por parte dos juízes brasileiros ocorre de modo variado. É comum juízes avaliarem o *quantum* alimentar com base em sinais exteriores de riqueza, a partir de postagens do alimentante em redes sociais.⁹⁶ ⁹⁷ O estilo de vida apresentado nas redes sociais tem servido de fundamento para fixação do quantum da pensão alimentícia, à luz dos demais elementos de prova.

Assim, a subsistência do alimentando deve dar-se consoante o padrão social do alimentante, pois

[...] no direito pátrio, os alimentos destinam-se não somente ao necessário para sobrevivência, mas também a todas as despesas que concorrem para a formação digna do descendente; portanto, abrangem itens de lazer,

mesmo autor menciona o caso do filho que, por extrema desídia, é reiteradamente reprovado no ensino médio ou superior, com intenção de prolongar o pagamento dos alimentos (que incluem valores referentes aos estudos). Nesse caso os alimentos serão igualmente reduzidos ao indispensável à subsistência do credor.

⁹⁶ “Alimentos Provisórios. Fixação. Sinais exteriores de riqueza. Presunção de capacidade financeira do devedor. Máxima de experiência. Arbitramento baseado em induções a partir de fatos provados. Admissibilidade. Provimento parcial ao agravo para elevar a verba. Aplicação do art. 335 do CPC. Os alimentos, sobretudo os provisórios, podem ser fixados com base em sinais exteriores de riqueza, por presunção induzida da experiência, segundo o que ordinariamente acontece”. (AI n.º 132.457-4-Barueri, 2ª Câmara de Direito Privado, relator Cezar Peluso, j. 18/04/2000).

⁹⁷ *Ibidem*.

instrução, assistência médica, enfim, tudo o que puder agregar a sua formação cultural e moral.⁹⁸

A despeito do valor ideal da verba alimentar, os juízes devem obrigatoriamente observar o disposto no art. 1.694 do CC/2002, no tocante à fixação da verba alimentar em valor compatível com a condição social desfrutada pelo familiar provedor. Nesse ponto, a jurisprudência é majoritária.

Vale destacar que a doutrina brasileira distingue os alimentos necessários (ou naturais), do art. 1.701, e os alimentos civis (ou cômmodos), do *caput* do art. 1.694. É neste último que se contabiliza nas despesas do credor o *status* social. Essa distinção não é observada na prática dos tribunais brasileiros. As duas espécies não têm correspondência legal com o fundamento do encargo alimentar, ou seja, não diz a lei se eles decorrem de obrigação alimentar solidária entre parentes ou do dever alimentar dos pais. Ambas contabilizam como “alimentos” a alimentação, a vestimenta, a saúde, a educação, a moradia, o transporte, o lazer, empregada doméstica, motorista, dentre outras necessidades declinada pelo credor, consoante seu *status* social. Isso pode incluir até mesmo despesas com a manutenção de helicóptero, por exemplo.⁹⁹

⁹⁸ TJ-SP — AC: 1034519-09.2017.8.26.0577, relator: Edson Luiz de Queiróz, j. 25/02/2021, 9ª Câmara de Direito Privado, p. 5/02/2021.

⁹⁹ Os alimentos têm sentido mais amplo que alimentação. Alimentos abrangem as necessidades gerais de sustento do dependente financeiro, de acordo com o padrão de vida da família. “Quando a pensão é para o filho, os alimentos devem abranger a educação (mensalidade escolar, matrícula, uniforme, material, transporte), saúde (plano de saúde, despesas não cobertas pelo plano, dentista, tratamentos específicos, farmácia), lazer, esporte, alimentação (supermercado, açougue, hortifrutigranjeiro, restaurante), moradia (aluguel, condomínio, luz, gás, telefone, internet, limpeza, manutenção, taxas extras de condomínio), empregada (doméstica, babá, faxineira, motorista), transporte (manutenção do carro, gasolina, bilhetes de transportes, táxi), festa de aniversário, presente de amigos, telefone celular,

As despesas diversas de recursos indispensáveis à subsistência vital do credor de alimentos, tais como as já citadas, são contabilizados na fixação do *quantum* da obrigação alimentícia devidas por familiares ou do dever de sustento dos pais. Elas são indistintamente objeto de cobranças sob a ameaça da prisão civil por dívidas, com fundamento no inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88. Nesse caso, todas as parcelas que integram o *quantum* fixado, seja à título de obrigação ou de dever alimentar, terão o caráter de subsistência vital.

viagens e etc. *A lista é infinita dependendo do nível social de cada família, podendo incluir até manutenção do helicóptero e seguranças.* Se reparar bem, você encontrará gastos que ocorrem anualmente e outros mensalmente. Tudo isso deve ficar bem especificado num acordo ou num litígio judicial para que não seja interpretado como má-fé. Por exemplo, festa de aniversário somente ocorre uma vez por ano, e por isso você não deve calcular juntamente com os valores mensais, pois vai parecer que você está mentindo ou querendo se beneficiar de uma mentira, o que pode atrapalhar qualquer acordo, ou então o Juiz pode achar que nada é verdade. Melhor ser honesta e pedir o que realmente precisa! No caso de existir mais de um filho, deve haver uma tabela para cada. No entanto, existem as despesas comuns que não variam pela quantidade de filhos, como por exemplo, os gastos com moradia. Também indico separar tudo, mostrando a sua boa-fé, sem parecer que você está calculando o mesmo custo duas vezes. Assim, quando houver mais de um filho, indico fazer uma tabela com gastos comuns mensais, gastos comuns anuais, gastos individuais mensais e gastos individuais anuais [...]''. (ACONTECE NAS MELHORES FAMÍLIAS, [201-], s. p.).

3

A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDAS

A CRFB/88 veda a prisão civil por dívida, mas a admite como exceção no âmbito do direito de família, para compelir o pagamento de dívida decorrente de “obrigação alimentícia”. Trata-se, pois, de medida violenta adotada pelo ordenamento brasileiro, que, segundo João Claudino de Oliveira Cruz,¹ encontra respaldo “nas graves consequências da negativa do pagamento de alimentos a quem necessita, máxime para sobreviver”.² Assim, a subsistência vital do credor alimentário é tida pela jurisprudência brasileira como a *ratio* da prisão do devedor alimentando.^{3 4}

É recorrente no meio jurídico brasileiro que a prisão por dívidas alimentares é um instrumento coercitivo para compelir o

¹ Azevedo (2012, p. 167).

² A prisão por negativa de pagamento dos alimentos, além de regulada pelo direito civil e pelo direito processual civil, também é tipificada como crime de abandono material, previsto no art. 244 do Código Penal brasileiro.

³ TJ/SP. AI 22137599120158260000, p. 04/11/2015. **Ementa:** EXECUÇÃO DE ALIMENTOS — Decisão que rejeitou a justificativa do executado e decretou a prisão — Inconformismo — Desacolhimento — Ausência de justificativa convincente para o descumprimento da obrigação — Necessidade de garantir a subsistência do alimentando — Prisão civil que já é especial e não comporta a aplicação do art. 7º inciso V, do Estatuto da Advocacia e da OAB — Agravante que não é idoso nem apresenta moléstia grave que justifique o cumprimento da medida em prisão domiciliar — Decisão mantida — Recurso desprovido.

⁴ STJ — HC 11163, MG 1999/0100959-6, p. 12/06/2000. **Ementa:** HC. DEVEDOR DE ALIMENTOS. EXECUÇÃO FUNDADA NO ARTIGO 733 DO CPC. Permanecendo a inadimplência do executado no curso da execução fundada no art. 733 do CPC, legítimo se afigura o aprisionamento em virtude do 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 alimentando [...] Ordem denegada.

provimento de recursos indispensáveis a manutenção da integridade física do credor alimentário, contudo admite a jurisprudência brasileira que essa excepcional prisão deva ser aplicada em razão de dívidas que computem despesas diversas, como visto no item anterior. Essas dívidas integram a “obrigação alimentícia”, também designada de “alimentos” e são concebidas como direito fundamental e personalíssimo do credor.

Como se verá a seguir, essa modalidade prisional remonta ao ano de 1728 a.C., ocasião em que se admitia a execução da pessoa e de sua família em razão de dívidas. A prisão civil do devedor ingressou no país à época do Brasil colônia, por meio das Ordenações Portuguesas e hoje possui assento constitucional.

3.1. BREVE HISTÓRICO

Entre os anos de 1728 a.C. e 1686 a.C., o Rei Hamurabi, da Babilônia, elaborou o Código de Hamurabi, que previa em seus parágrafos 115, 116e 117a prisão civil por dívidas.⁵ Esses dispositivos previam que o devedor e sua família podiam ser aprisionados,

⁵ “§ 115 [...] se uma pessoa tinha contra outra um crédito de trigo ou de prata e se o credor tomasse, em garantia esse crédito, uma pessoa, e se esta pessoa executada morresse, de morte natural, na casa do mesmo credor, essa não motivava qualquer reclamação. Todavia se o aludido executado morresse na casa do credor, espancado ou maltratado por este, o proprietário desse executado obtinha a condenação do credor; e, se o executado fosse filho de um homem livre, deveria ser morto o filho do credor; e se fosse escravo de homem livre, deveria o credor pagar um terço de mina de prata; e, fosse qual fosse o crédito, perdê-lo-ia integralmente”; § 116 [...] tratava do homem livre ou escravo como bem tomado em garantia; § 117 dispunha que, se uma pessoa tornou-se dependente de outra, em razão de uma dívida, e se esse devedor de dinheiro vendeu sua esposa, seu filho ou sua filha ou deu os seus serviços, estes trabalharão durante três anos na casa do comprador ou do credor, devendo ser libertados no quarto ano” (AZEVEDO, 2012, p. 3-4).

escravizados e submetidos a trabalhos forçados até o efetivo pagamento do débito contraído com seu credor.

No direito egípcio, admitia-se a escravização por dívida, cabendo ao rei sua eventual supressão (1570-1090 a.C.). No Egito, “escravização por dívida” perdurava “até que integralmente quitada a sua obrigação”.⁶ Na Índia, o Código de Manu (Manava Dharma Sastra), que vigorou no século XIII a.C., também previa em seu texto a prisão e o uso da violência em razão de dívidas. Sobre essa legislação, leciona Azevedo⁷ (grifos meus) o seguinte:

O inadimplemento obrigacional culposo, a falta de pagamento do débito, era equiparado ao furto, ficando o credor investido de meios mais ou menos violentos contra o devedor, conforme a condição deste. Se de casta inferior, podia ser sequestrado e acorrentado, bem como sua mulher, filhos e animais, para que trabalhassem até o completo pagamento da dívida.

Na Bíblia há registros da prisão civil por dívida nas parábolas contadas por Jesus:⁸

²³Por isso, o Reino dos céus pode comparar-se a um certo rei que quis fazer contas com os seus servos: empregados. ²⁴E, começando a fazer contas, foi-lhe apresentado um que lhe devia dez mil talentos. ²⁵ Não tendo ele com que pagar o seu senhor mandou que ele, e sua mulher, e seus filhos fossem vendidos, com tudo quanto tinha, para que a dívida se lhe pagasse. ²⁶ Então, aquele servo, prostrando-se o reverenciava dizendo: Senhor, sê generoso para comigo e tudo te pagarei. ²⁷ Então: o senhor daquele servo, movido de íntima compaixão, soltou-o e perdoou-lhe a dívida. ²⁸ Saindo, porém, aquele

⁶ Garcia *et al.* (2001).

⁷ Azevedo (2012, p. 5)

⁸ Mateus, capítulo 18, versículos 23 a 35. Disponível em: <http://www.salmos.reflexoes.nom.br/parabola-do-credor-incomparsivo.htm>. Acesso em: 18 out. 2015.

servo, encontrou um dos seus conservos que lhe devia cem dinheiros e, lançando mão dele, sufocava-o, dizendo: Paga-me o que me deves.²⁹Então, o seu companheiro, prostrando-se a seus pés, rogava-lhe dizendo: Sê generoso para comigo e tudo te pagarei.³⁰Ele, porém, não quis: antes, foi encerrá-lo na prisão, até que pagasse a dívida.³¹Vendo, pois, os seus conservos o que acontecia, contristaram-se muito e foram declarar ao seu senhor tudo o que se passara.³²Então, o seu senhor, chamando-o à sua presença disse-lhe: servo malvado, perdoei-te toda aquela dívida, porque me suplicaste.³³Não devias tu, igualmente, ter compaixão do teu companheiro, como eu também tive misericórdia de ti?³⁴E, indignado, o seu senhor o entregou aos atormentadores, até que pagasse tudo o que devia.

O Direito Romano admitiu a responsabilidade corporal em razão de dívida. A prisão civil, nesse caso, tinha como objeto compelir o devedor a cumprir sua obrigação. Esse processo executivo, em 326 a.C., em Roma, ensejou um levante popular que exigiu o fim da responsabilidade corporal do devedor. Tal movimento deu origem à *Lex Poetelia Papira*, que restringia a execução ao patrimônio do devedor. Quando fosse impossível a persecução patrimonial, o devedor deveria trabalhar para satisfazer a obrigação, sem perder a liberdade.

Sobre o fim da coerção corporal, Tito Lívio⁹ defendeu a *pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse*, ou seja, diante de créditos pecuniários, deviam ser executados os bens do devedor e não seu corpo. Apesar de os meios executivos terem logrado gradativamente humanização no Direito Romano, quando Constantinopla¹⁰ foi invadida pelos povos bárbaros, por volta do ano 204 d.C., os avanços conquistados

⁹ Azevedo (2012, p. 13).

¹⁰ Que era a capital do Império Romano no Oriente.

com a *Lex Poetelia Papira* desapareceram, sendo restabelecida a execução da pessoa em razão de dívidas.

A execução pessoal era comum na época medieval. A servidão humana entre os povos bárbaros podia ocorrer em razão de um contrato especial do devedor responder com seu corpo caso se tornasse inadimplente.¹¹ Nesse período, destaca-se a Lei Sálica,¹² que admitia a disposição do próprio corpo ou até mesmo da vida do devedor, caso ninguém pagasse a dívida ao credor.¹³ Cezar Roberto Bitencourt¹⁴ leciona que a Grécia também conheceu a prisão como meio de reter os devedores até que pagassem suas dívidas.

Segundo Azevedo,¹⁵ ao final do ano 1200, surgiu na França o *contraente par corps*. Tal figura jurídica equivale à prisão civil por dívidas existente hoje no Brasil. Leciona o professor paulista que, em 1303, embora fosse admitido que os bens do devedor deveriam garantir o cumprimento das obrigações, era permitido, “em caso de inadimplemento obrigacional”, que fosse o devedor preso até o pagamento de suas dívidas. Em 1867, Napoleão II, por meio da Lei n. 1.871, aboliu completamente a prisão civil por dívida de qualquer natureza.

¹¹ Azevedo (2012, p. 20).

¹² “A lei sálica, que em latim designava-se *Lex Salica*, era o código legal do reinado de Clóvis I no século V utilizado nas reformas legais introduzidas por Carlos Magno. O sentido da expressão “lei sálica”, porém, modificou-se a partir de sua criação. Na Alta Idade Média, refere-se ao código elaborado entre o início do século IV e o século V para os francos sálhos — que constituíam uma das duas confederações francas e que habitavam as margens do rio Issel, originalmente chamado Isala — dos quais Clóvis foi o primeiro rei. Esse código, redigido em latim, utilizou de regras oriundas do direito romano.” Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Lei_s%C3%A1lica&oldid=64332290. Acesso em: 8 nov. 2015.

¹³ Azevedo (2012, p. 20).

¹⁴ Maia (2013, p. 50).

¹⁵ Azevedo (2012, p. 27).

Na Itália, a prisão civil em razão do descumprimento de obrigações civis ou comerciais assumidas era conhecida como “arresto *personale per debiti*” e foi definitivamente abolida com o advento do Código Civil Italiano de 1942.¹⁶

Na Inglaterra de 1838 não mais era possível o aprisionamento por dívida, antes de proferida sentença condenatória. Notícia Azevedo¹⁷ que um forte movimento social para abolir a prisão civil por dívida levou a Rainha Vitória, em 9 de agosto de 1869, a editar uma medida por meio do *Debtor’s Act*, em que apenas permitia a execução pessoal em casos de insolvência fraudulenta por 50 libras, sendo o tempo de prisão fixado em seis semanas.

Além dos países mencionados, outros aboliram a prisão civil por dívida, a exemplo da Alemanha e a Áustria em 1868, Bélgica em 1871 e a Argentina em 1862.¹⁸

3.2. ORIGENS DA PRISÃO CIVIL NO BRASIL

Asdrúbal Franco Nascimbeni¹⁹ assinala que:

Desde os tempos remotos do direito romano e, depois, passado pelo direito da Idade Média, com destaque à época da formação e, posteriormente, da consolidação do reino português, sempre houve a previsão — ainda que com algumas atenuações ao longo do período — da responsabilidade corporal (considerando-se aí, mais especificamente, a pena de prisão) do devedor que

¹⁶ No âmbito do direito civil italiano, não existe essa espécie de prisão, embora a conduta reiterada do descumprimento do dever alimentar possa acarretar a perda do poder familiar, como leciona Azevedo (2012, p. 33).

¹⁷ Azevedo (2012, p. 34).

¹⁸ Linard e Alcantara (2010, p. 13).

¹⁹ Nascimbeni (*apud* MAIA, 2013, p. 50).

não pudesse cumprir com suas obrigações, notadamente de natureza pecuniária.

Assim, a prisão civil no primitivo Direito português deu-se por influência do Direito romano.²⁰ Até o início do século XV, existia no Direito português a prisão civil por dívidas, mas com peculiaridades tal qual a de não poder ser decretada sem que antes os bens do devedor fossem executados.²¹

Nas Ordenações Afonsinas, de 1446 e 1447, segundo Azevedo,²² o devedor somente era preso quando condenado definitivamente. Diante dessa condenação, “o juiz determinava a execução dos bens do devedor”, que ficava “retido como preso, na audiência, até que pagasse o débito”.²³ O Alvará de 11 de janeiro de 1517 proibiu, de modo geral, que fosse decretada a prisão por pequenas dívidas, relativas a alimentos, quando os alimentantes não tivessem em condições de realizar o pagamento. Por meio do Aviso de 21 de fevereiro de 1758, Portugal aboliu a prisão por dívidas contraídas por pessoas carenciada de recursos financeiros.

Em 1581, Portugal passou ao domínio da Espanha²⁴ e, em 1603, foram editadas as Ordenações Filipinas, que passaram a vigor no Brasil por meio da Lei Imperial de 20 de outubro de 1823. Nestas, também se exigia a condenação definitiva do devedor que dispunha de recursos, desde que não possuísse bens a serem expropriados para satisfação de

²⁰ Azevedo (2012, p. 42).

²¹ *Ibidem*.

²² Azevedo (2012, p. 42).

²³ Tal como ocorre na prática dos tribunais brasileiros, nos dias de hoje.

²⁴ Com a aclamação do Rei Felipe II.

suas dívidas. Assim, esse devedor era detido na cadeia até o efetivo pagamento do débito.

Veja-se que ao tempo da Independência do Brasil restaram mantidas as Ordenações Filipinas,²⁵ por força da referida Lei Imperial de 1823. A Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império determinou que tais ordenações²⁶ vigorassem no país. Enquanto isso, Portugal estava em processo de rompimento com esses sistemas antigos,²⁷ dentre os quais figurava a prisão civil por dívidas.

Sobre o fim da legislação luso-brasileira, esclarece Azevedo:²⁸

[...] o período luso-brasileiro, sob estudo, encerrou-se com a edição do Código Civil português, em 1867, pois até a essa promulgação, interessavam, a Portugal e ao Brasil, a lei, a doutrina e a jurisprudência que lhes eram comuns. Portugal desapegou-se das velhas Ordenações Filipinas e seguiu com seu novo Código, inspirado no modelo francês; e o Brasil continuou com as mesmas ordenações, criando um direito nacional, com seus novos códigos e legislação extravagante, que se seguiram.

²⁵ As Ordenações Filipinas vigentes desde a época do Brasil colônia foram mantidas até 1916. Todavia, outras legislações, tais como o Regulamento 737 de 1850 e o CPC 1939, previam a prisão civil. Com o tempo, essas legislações passaram a restringir a prisão civil aos casos de dívidas de alimentos e aos do depositário infiel, tal como previsto no Código Processual Civil de 1973, que vigorou no país até o meado de março de 2016.

²⁶ Azevedo (2012, p. 45).

²⁷ Sobre o tema, Mário Júlio de Almeida Costa (*apud* AZEVEDO, 2012, p. 46) afirma que “no direito moderno, ao contrário dos sistemas antigos, o inadimplemento apenas confere ao credor a possibilidade de agir contra o patrimônio do devedor e não contra a pessoa dele. Só com este último alcance, portanto, a característica da patrimonialidade da obrigação revela hoje em dia pertinente”.

²⁸ Azevedo (2012, p. 45-46).

3.3. A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Ao tempo da Independência, por meio do Decreto de 20 de outubro de 1823, o Brasil adotou as Ordenações Filipinas como legislação pátria e nelas estava a previsão da prisão civil por dívidas.²⁹

A Constituição política do Império brasileiro, de 1824, e a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, silenciaram quanto a possibilidade da prisão civil por dívida.

Em 1934, a Constituição brasileira trouxe, de forma explícita, a vedação à prisão civil por dívidas, em seu art. 113, n. 30,³⁰ *in verbis*: “Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”.

Já em 1937, a Constituição brasileira foi omissa quanto ao assunto, sendo a prisão civil por dívidas objeto de regulamentação específica pelo legislador ordinário.

Com o advento da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, a vedação da prisão civil por dívidas, multas ou custas judiciais voltou a ter estatura constitucional. A regra proibitiva estava prevista no § 32, do seu art. 141, assim como as suas duas exceções a essa regra, quais sejam: a prisão do depositário infiel e a do devedor de alimentos.

Art 141 — A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

²⁹ Desde então, o direito brasileiro adota essa técnica executiva.

³⁰ Brasil (1934).

§ 32 — Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, *na forma da lei* (grifo meu).

A prisão civil com suas duas exceções ganhou novos contornos na Constituição de 1967, nomeadamente a partir do advento da Emenda Constitucional de 1969 (EC 69). Sobre o tema, leciona Azevedo:³¹

Nas Constituições do Império, de 1824, e da República, de 1891, mesmo com as emendas de 1926, foram omissos os seus textos, quanto à prisão civil por dívida, sendo de destacar-se, entretanto, que nosso Código Civil, de 1916, admitia a prisão de depositário infiel. A Constituição de 1934 proibiu, expressamente, qualquer prisão civil por dívida, tendo sido omissa a Constituição de 1937. Como resta evidente, em nosso Direito, sempre, até essa época, cogitou-se, para efeito de aprisionamento, do depositário infiel, sem que até então existisse motivo lógico e plausível para essa violência, nesse contrato de depósito, tão-somente. Isso causa perplexidade, pois os clamores atuais, no sentido da existência da prisão civil por dívida, recaem sobre argumentos de defesa à vida do alimentando, que estaria em risco, ante o não cumprimento do dever alimentar. Inopinadamente, as Constituições de 1946, de 1967 e a Emenda I, de 1969, declararam a possibilidade do decreto de prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos, admitindo essas duas exceções que comprometem, pelo texto maior, a liberdade no âmbito do Direito Privado.

A Constituição de 1967 manteve em seu texto a regra da vedação da prisão civil por dívidas, tal como na Constituição de 1946, autorizando, em sua parte final, a excepcionalidade da prisão do depositário infiel e do devedor de alimentos.³² Vejamos:

³¹ Azevedo (2012, p. 172-173).

³² A Constituição previu limites excludentes da proibição da prisão civil, a saber: dívida, multa ou custas, no caso de não pagamento, voluntário e inescusável, por parte do responsável por obrigação alimentícia e do depositário infiel.

[...] não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, *na forma da lei* (grifo meu).

As Cartas de 1946 e de 1967 (com o advento da EC 69), ao preverem a prisão excepcional em seus textos, fizeram constar a expressão “nos termos da lei”. Essa expressão, inserida na parte final dos dispositivos autorizadores da prisão por dívidas, concedeu ao legislador ordinário poderes legiferantes de impor limites, além dos estabelecidos nas próprias Cartas. Em outros termos: elas autorizaram expressamente o legislador infraconstitucional a regulamentar³³ a prisão civil por dívidas.³⁴

Com o advento da CRFB/88, o legislador constituinte no inciso LXVIII do art. 5º, manteve a proibição à prisão civil por dívidas, excetuando os casos de dívidas decorrentes de obrigação alimentícia e de contratos de depósito. Contudo, na segunda parte do referido dispositivo, o constituinte ampliou o âmbito de proteção da norma, uma vez que excluiu os limites diretos contidos nas expressões: “multa ou custas” e “nos termos da lei”. São esses que excluem a dívida alimentar do âmbito protetivo da tutela vedatória da prisão civil e integram a operação de identificação do conteúdo normativo afetado pela restrição da liberdade física da pessoa do devedor alimentante.

O art. 5º da Constituição de 1988, em seu *caput*, assegura a todos o direito à vida e à liberdade, e em seu inciso LXVII veda a prisão civil por

³³ Ver o subitem 4.3 do estudo, que esclarece a distinção entre os termos conformação, concretização e regulamentação.

³⁴ Com isso, a prisão civil do devedor de alimentos foi prevista na Lei n. 5.478, de 28/07/1968 (Lei especial de alimentos de 1968) e na Lei n. 5.869, de 11/01/1973 (CPC/1973).

dívida em território nacional. Tal vedação é identificada por meio de limites diretos relacionados a situação da inadimplência de obrigações de caráter alimentício, voluntárias e sem justa escusa. Vejamos o texto da constituição brasileira (grifos meus):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*, nos termos seguintes: [...]

LXVII — não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Em sessão plenária do dia 16 de dezembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal aprovou a proposta de Súmula Vinculante 31,³⁵ convertida em janeiro de 2010 na Súmula Vinculante 25,³⁶ que retirou do ordenamento brasileiro a legislação regedora da prisão civil do depositário infiel.³⁷ Assim, nos dias de hoje, o STF somente se admite a prisão civil nos casos de dívidas alimentares.

³⁵ Súmula aprovada em 3 de dezembro de 2008, após o julgamento do RE 466343/SP, de relatoria do ministro Cesar Peluso. Nesse RE, o plenário do STF consignou em acórdão o seguinte: “Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e § 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

³⁶ Súmula Vinculante 25 — É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

³⁷ A Súmula utilizou como referências a CRFB/88 (art. 5º § 2º), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. Esse assunto será objeto de estudo no subitem 3.5.

3.4. A ELABORAÇÃO DO INCISO LXVII DO ART. 5º, DURANTE A ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1987

A construção do art. 5º da Constituição de 1988³⁸ foi motivo amplo debate na Assembleia Nacional Constituinte. Somente o inciso LXVII, que ao fim e ao cabo teve a redação “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;” foi objeto de sugestões constante em 94 emendas³⁹ parlamentares.

As discussões iniciais propuseram o texto original da seguinte forma: “não haverá prisão civil por dívida, salvo nos casos de obrigação alimentar e de depositário infiel, inclusive de tributos recolhidos ou descontados de terceiro”.

Das 94 propostas de emenda, 52 delas apresentaram justificativas de retificação ou ratificação do texto original com base na tradição e na continuidade, uma vez que a Constituição de 1946 já previa, no § 17 do art. 153, a prisão civil “em caso de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Em outra comissão constituinte, a dos direitos e liberdades individuais, em uma tentativa de texto com a supressão da prisão civil,

³⁸ BRASIL (2013) — A construção do art. 5º da Constituição de 1988 (e-book).

³⁹ BRASIL (2013) — Emendas 101, 140, 196, 228, 252, 393, 412, 512, 600, 1.242, 1.337, 1.449, 1.523, 1.552, 2.038, 2.437, 2.580, 2.592, 2.694, 2.741, 2.846, 2.910, 3.073, 3.099, 3.262, 3.279, 3.392, 3.459, 3.469, 3.526, 3.539, 3.607, 3.617, 3.692, 3.743, 3.750, 3.844, 4.083, 4.246, 4.268, 4.517, 4.581, 4.610, 4.867, 5.119, 5.157, 5.212, 5.427, 5.602, 5.665, 6.405, 7.083, 7.123, 7.176, 7.233, 7.382, 7.548, 7.706, 8.071, 8.671, 9.614, 9.777, 11.497, 12.637, 13.350, 13.657, 14.193, 14.335, 15.052, 15.897, 17.624, 17.916, 17.946, 18.125, 18.179, 18.861, 19.665, 21.282, 21.513, 22.388, 22.999, 23.192, 23.481, 23.988, 24.921, 25.072, 26.410, 26.677, 26.730, 29.764, 26.988, 29.838, 31.704 e 33.104.

surgiram imediatamente 48 emendas⁴⁰ em repúdio ao ato, com requerimento para inclusão da exceção da obrigação alimentar.

A prisão civil foi regulada como um “mecanismo de induzimento ao cumprimento específico da obrigação”,⁴¹ ou seja, um mecanismo dissuasório, pois constituía “o objetivo real a alcançar, tanto assim que o devedor ilide a sanção apenas satisfazendo a obrigação”.⁴²

A prisão civil por dívida é medida extrema, a que o “organismo judicial só deve recorrer no caso de necessidade de proteção à família. O inadimplemento de pensão alimentícia é justamente a lesão de um direito maior que justifica a ressalva à adoção de tão insólita medida”,⁴³ pois a falta do recurso pode afetar na formação moral e psicológica dos integrantes da família causando “traumas insólúveis”.⁴⁴

A constituinte Lúcia Vânia, ao apresentar a emenda n. 7.706, assim justificou sua posição da manutenção do texto constitucional com a prisão por obrigação alimentar:

O que o legislador quis proteger com os alimentos foi um bem maior, que é a vida. Se a nova Constituição não consagrar norma imperativa, severa, de restrição de liberdade do devedor, já que a execução da dívida prevista também na lei não possui força bastante para compelir o obrigado ao pagamento da obrigação, ninguém irá pagar a prestação de alimentos. A prática tem demonstrado que, se não houvesse norma constitucional, no

⁴⁰ BRASIL (2013) — Emendas aprovadas: 1.337, 1.552, 2.580, 2.741, 2.846, 3.073, 3.279, 3.459, 3.607, 3.692, 3.743, 3.750, 4.083, 4.581, 4.610, 4.867, 5.157, 5.602, 2.694, 3.099, 3.262, 3.392, 3.469, 3.526, 3.539, 3.844, 5.427, 8.671, 9.614, 9.777, 14.193, 18.861 e 19.665.

⁴¹ BRASIL (2013) — Emendas 11.497, 14.335, 17.946, 18.125, 18.179, 21.513, 29.838 e 31.704.

⁴² BRASIL (2013) — Emendas 4.246 e 4.581.

⁴³ BRASIL (2013) — Emenda 5.427.

⁴⁴ BRASIL (2013) — Emendas 3.844, 8.071, 9.777 e 23.481.

tocante a esta hipótese, haveria sonegações e formas outras de se evitar o pagamento da obrigação.

O texto proposto no inciso LXVII foi tido, também, como um instrumento na contribuição para o cumprimento das regras sociais e morais, pois servia “para o aprofundamento de uma paternidade responsável”,⁴⁵ a “única medida realmente eficaz para assegurar a sobrevivência da família”,⁴⁶ “que são abandonadas pelo desfazimento do lar”.⁴⁷

Nenhuma das propostas foi capaz de descrever o conceito de obrigação alimentícia ou aprofundar no que justificaram como “sobrevivência da família”. Houve a preocupação financeira para o encarregado da guarda, descrevendo-se como “nada mais grave [...] do que faltar [...], inesperadamente, os recursos necessários”,⁴⁸ mas sem declinar quais seriam estes.

Diversos constituintes limitaram-se a relacionar a obrigação alimentícia com “a assistência e educação dos filhos”.⁴⁹ Um parlamentar divagou para “a manutenção da pessoa, dando-lhe condições mínimas de subsistência”.⁵⁰ Teve quem argumentasse para com “a preservação do direito dos filhos menores”⁵¹ e de “fazer sobreviver a sua prole e o outro cônjuge”.⁵²

⁴⁵ BRASIL (2013) — Emenda 18.861.

⁴⁶ BRASIL (2013) — Emendas 3.539, 3.743, 9.614 e 12.637.

⁴⁷ BRASIL (2013) — Emenda 17.916.

⁴⁸ BRASIL (2013) — Emendas 3.844, 8.071, 9.777 e 23.481.

⁴⁹ BRASIL (2013) — Emendas 3.844, 4.083, 8.071, 9.777 e 23.881.

⁵⁰ BRASIL (2013) — Emenda 7.706.

⁵¹ BRASIL (2013) — Emendas 3.469 e 3.692.

⁵² BRASIL (2013) — Emenda 512.

O constituinte Francisco Rollemberg apresentou a Emenda 512, na qual foi mais abrangente nas suas justificativas da obrigação:

[...] à alimentação como fazendo parte do mínimo necessário ao pleno exercício do direito à existência digna, que é dever do Estado garantir. Os alimentos são elementos necessários à sobrevivência e que os deve a parentes próximos, consanguíneos ou afins, deve ser compelido a pagá-los. Se foi condenado judicialmente a prestá-los é porque tem possibilidade de fazê-lo. [...] A cobrança de alimentos faz exceção a todas as regras processuais e diante do conflito entre preservar a liberdade individual ou garantir o direito à sobrevivência, optamos por este último.

Diante do processo de elaboração do inciso LXVII do art. 5º, dessume-se que a prisão civil por dívidas alimentares foi eleita consensualmente pela via democrática. Sua supressão foi maioritariamente rejeitada, pelo que essa medida extrema consiste numa decisão do povo brasileiro.

O debate não deixou dúvida de que a “tradição” da prisão civil é uma técnica persuasiva do devedor alimentário e de que seus limites se relacionam com a proteção da família, ou melhor, com a sobrevivência dos seus membros. Nesse ponto, destacou-se, com mais ênfase, que a medida objetivava a sobrevivência dos filhos e que a expressão família utilizada pelos constituintes se refere aos filhos.

3.5. A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDAS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O texto do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 cuida de duas espécies de prisão civil por dívidas, a saber: do depositário infiel⁵³ e a do devedor de alimentos.

Antes do advento da Constituição de 1988, o Tribunal Constitucional brasileiro já havia editado uma orientação sobre o inciso LXVII, por meio Enunciado Sumular 619, de 17 de outubro de 1984, que dizia: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito”.

Essa súmula foi amplamente utilizada até o julgamento do Habeas Corpus 92.566, no RE 466.343, pelo plenário da Corte em 3 de dezembro de 2008.^{54 55 56} Neste, o STF julgou que a prisão civil por dívidas decorrentes de contratos de depósito era medida ilegal, por afrontar a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992.⁵⁷

⁵³ “Art. 5º CRFB/88 inciso LXVII: Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do *depositário infiel*” (grifos meus).

⁵⁴ No julgamento o STF entendeu pela derrogação das normas estritamente legais disciplinadoras da prisão do depositário infiel, a partir de 6/11/1992. Nessa data, ou seja, após cerca de vinte e dois anos da formalização a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, houve a adesão do Brasil, por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

⁵⁵ Segundo o ministro Celso de Mello, havia ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel. Em seu voto, fez constar que “Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independente da modalidade de depósito”.

⁵⁶ Em seguida, o STF editou a Súmula Vinculante 25, que dispôs o seguinte: “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Essa Súmula foi j. 12/2009 e p. 02/2010.

⁵⁷ O pacto entrou em vigor no Brasil, por força do Decreto n. 678, de 6/11/1992.

A única possibilidade de prisão por dívida, segundo o art. 7º do pacto, é a decorrente do descumprimento de dívidas alimentares.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentárijos.

Por versar sobre direitos humanos, discutiu-se, inicialmente, se o referido pacto poderia ser admitido como Emenda Constitucional (EC). Isso porque, em tal hipótese ele estaria sujeito limitações materiais previstas no inciso IV do § 4º do art. 60 da CRFB/88, *in verbis* (grifos meus):

Subseção II

Da Emenda à Constituição

Art. 60. *A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:*

§ 4º *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

I — a forma federativa de Estado;

II — o voto direto, secreto, universal e periódico;

III — a separação dos Poderes;

IV — *os direitos e garantias individuais.*

Os limites materiais do § 4º, do art. 60 compõem o núcleo duro da Constituição brasileira.⁵⁸ *In casu* não poderia haver proposta de EC que viesse abolir direitos e garantias individuais. Com o *status* de EC, o pacto não aboliria a garantia de vedação de prisão civil por dívidas, mas a amplia. A dívida do depositário seria incluída no âmbito protetivo da

⁵⁸ Os limites materiais previstos no art. 60 § 4º da CRFB/88 são denominadas de cláusulas pétreas.

tutela do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88, ou seja, a vedação de prisão civil abrangeria a dívida decorrente de contrato de depósito.

Não obstante a compatibilidade com os limites materiais do § 4º do art. 60, verificou-se que o pacto não atendia às limitações formais do § 3º do seu art. 5º, introduzido na CRFB/88, pela EC 45/2004, *in verbis*:

Art. 5º CRFB/88.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O Pacto de São José da Costa Rica versa sobre direitos humanos e foi introduzido na legislação interna como lei ordinária. Antes do advento da EC 45/2004, prevalecia o entendimento do STF de que tratados internacionais possuíam posição subalterna a CRFB/88. Assim, a prisão do depositário infiel mesmo afrontosa aos tratados sobre direitos humanos firmados pelo país era tida como constitucional pela Corte Suprema.⁵⁹

Com a introdução do § 3º ao art. 5º, muito discutiu-se sobre o *status* constitucional dos tratados anteriores a EC 45. Nesse ponto, o STF reconheceu que os tratados em que o Brasil figura como signatário somente poderiam invalidar norma constitucional contrária aos direitos humanos, quando introduzidos no ordenamento brasileiro em fase posterior a EC 45. Além de versar sobre direitos humanos, os tratados deveriam, portanto, ser objeto de aprovação pelo Congresso

⁵⁹ Nesse sentido, o STF julgou o HC 72.131 e o RE 206.482.

Nacional, em dois turnos, pelo *quorum* de três quintos dos votos dos respectivos membros.⁶⁰

Assim sendo, o Pacto de São José da Costa Rica não poderia ser equiparado a uma Emenda Constitucional, já que foi introduzido no ordenamento brasileiro antes do advento da EC 45 e, portanto, não submetido ao processo legislativo do § 3º ao art. 5º da CRFB/88. Mesmo assim, persistiram no âmbito do STF divergências acerca da hierarquia normativa do pacto. Para o ministro Gilmar Mendes, os tratados internacionais anteriores a EC 45 estariam abaixo da Constituição, mas acima da lei, ou seja, teriam uma posição supralegal. Contra a tese da supralegalidade, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau^{61 62} sustentaram a natureza de lei ordinária dos tratados internacionais anteriores a EC 45.

⁶⁰ “A problemática desta questão inicia-se pelo fato de este pacto internacional versar sobre direitos humanos, possuindo uma importância superior aos demais pactos internacionais diversos, importância esta conferida pela própria Constituição Federal em seu art. 5º § 3º. Entretanto, houve uma omissão legislativa, e o dito pacto não foi sabatinado pelo Congresso, como determina este mesmo texto constitucional. Diante desta omissão, iniciou-se uma série de entraves judiciais, interpellando-se pela aplicação do pacto no ordenamento jurídico brasileiro, para impossibilitar a prisão de depositários infieis. Houve uma tentativa infrutífera de solução desse problema jurídico com a ratificação do Congresso sem qualquer ressalva deste tratado através do Decreto-legislativo n.º 27 em 1992, com a aceitação expressa do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, através do Decreto 678/92. Todas essas tentativas foram ineficazes, uma vez que a Constituição determina que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Por isso não era possível aplicar os ditames deste tratado internacional no Brasil e diante do grande número de HC e outros processos em relação a este assunto, os tribunais de forma inconsistente começaram a criar interpretações, até que o STF assumiu a responsabilidade de resolver a aplicação deste instituto internacional [...] o STF atribuiu a esse tratado o status de supralegalidade, significando dizer que, nesse sentido, fica sem aplicação legal a prisão do depositário infiel no Brasil. Importante frisar que não houve a revogação desse instituto, pois os termos internacionais não revogam a legislação nacional, apenas, nessa situação, houve a impossibilidade de sua aplicação”. (MOREIRA; GICO, 2009, p. 197, grifos meus).

⁶¹ HC 87.585/TO.

⁶² O ministro Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento.

No julgamento do HC 92.566/SP, ocorrido em 2008, o plenário do STF, em votação apertada de cinco a quatro votos,⁶³ adotou a tese da supralegalidade defendida pelo ministro Gilmar. A partir desse julgado, o Brasil passou a conviver com três níveis hierárquicos de leis. No ápice da hierarquia, estão a Constituição Federal e os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e submetidos ao procedimento do art. 5º § 3º.⁶⁴ Abaixo destes, estão os tratados internacionais sobre direitos humanos não submetidos ao procedimento do art. 5º § 3º. Na base, estão tratados internacionais, que não versam sobre direitos humanos, assim como as leis ordinárias, leis complementares e demais atos normativos.

Com a tese da supralegalidade, inaugurou-se um novo parâmetro de controle de leis no país denominado de controle de convencionalidade.⁶⁵ Assim, uma vez submetida a tal controle, a

⁶³ No julgamento do HC 92.566/SP, entendeu o STF, por maioria, que no ordenamento pátrio subsiste apenas a prisão civil por dívidas do devedor de alimentos, pelo que tornou sem efeito a legislação ordinária que tratava da prisão civil do depositário infiel: PRISÃO CIVIL — PENHOR RURAL — CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA — BENS — GARANTIA — IMPROPRIEDADE. Ante o ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia. Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor [...], concedeu a ordem de HC, nos termos do voto do Relator, revogada a Súmula 619. [...], j. 03/12/2008.

⁶⁴ As normas constitucionais e os tratados internacionais sobre direitos humanos, submetidos ao procedimento do art. 5º § 3º da CRFB/88, compõe o bloco de constitucionalidade.

⁶⁵ “Deixando de lado qualquer forma de interpretação tradicional, tais como a gramatical, sistemática, histórica, teleológica, ou mesmo o método clássico como, por exemplo, o da subsunção, mas talvez uma nova forma denominada de interpretação pós-positivista, defendida por Luiz Roberto Barroso (AQUINO, 2009, p. 308) que pauta-se não mais em questões técnicas, mas para a própria dimensão existencial da concretização da justiça, esta seria a única forma de justificar a elaboração desta nova teoria, pois não existe nenhum precedente legal. O grande problema vivenciado é a insegurança jurídica causada pela criação da teoria da *supralegalidade* a partir de uma regra hermenêutica jurídica não convincente, que demonstra mais uma vez que é necessária uma padronização interpretativa para que se possa alcançar uma garantia mínima legislativa e a paz social. Este pensamento é sustentado por STRECK (2007, p. 110): [...] A existência de diversos cânones de interpretações — que é agravada pela inexistência de regras que ordenam, hierarquicamente, o seu uso (Alexy) faz com que *esse uso resulte arbitrário*. Esses métodos, diz Grau, funcionam como justificativa para legitimar resultados que o

legislação que regulamentava a prisão do depositário infiel⁶⁶ foi tida como incompatível com o Pacto de San José da Costa Rica e com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.⁶⁷ Este último diploma, diz no seu art. 11 que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”. O Decreto-Lei n. 911/69, que previa a prisão civil por dívidas decorrentes de contratos de depósitos, se afigurava incompatível com a vedação do art. 11.

O caráter supralegal dos referidos pactos fulminou de “ilegalidade” a previsão normativa de prisão do depositário, por dívida contraída em contrato depósito, contida no referido decreto-lei. É mister ressaltar que, com a adoção da tese da supralegalidade por parte do STF, tornou-se inaplicável qualquer legislação infraconstitucional “anterior ou posterior ao ato de adesão”⁶⁸ de diploma internacional sobre direitos humanos que com estes conflituem.

Outrossim, merece nota a questão suscitada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 349703/RS⁶⁹ sobre a violação do princípio da proporcionalidade por parte do Decreto-Lei n. 911/69. Nele, disse o STF que o Decreto se afigurava como desproporcional, uma vez que havia no

intérprete se propõe a alcançar. Os métodos funcionam, assim, como reserva de recursos de argumentação [...]” (MOREIRA; GICO, 2009, p. 195).

⁶⁶ Leciona Villaça (AZEVEDO, 2012, p. 167) que “em relação ao depositário infiel, então a defesa do violento instituto da prisão civil por dívida torna-se insustentável”. Com a adesão do “Pacto de San José da Costa Rica, pelo Brasil, tornou-se proibida a prisão de quem não puder cumprir obrigação contratual (art. 11). Veio, então, a lume, a Súmula Vinculante 25 do STF que declarou ilícita a prisão civil do depositário, ela que foi editada 16/12/2009, confirmada depois da Súmula 419 do STJ, de março de 2010, que também proíbe tal decreto de prisão. Restou, então, a prisão civil do devedor de alimentos, não cogitada pelo deferido Pacto de San José”.

⁶⁷ O julgado utilizou como referências a CRFB/88 (art. 5º § 2º), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

⁶⁸ RE n. 349703/RS, STF, Pleno, relator ministro Carlos Brito, p. 05/06/2009.

⁶⁹ RE n. 349703/RS, STF, Pleno, relator ministro Carlos Brito, p. 05/06/2009.

ordenamento jurídico brasileiro “outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor fiduciário para a garantia do crédito”. Esses outros instrumentos legais, segundo a Corte Constitucional brasileira, teriam o condão de afastar a prisão civil, por ser esta uma medida extrema de coerção do devedor inadimplente.^{70 71}

Dessume-se que a teoria da supralegalidade é aplicável à legislação infraconstitucional sobre prisão civil do devedor de alimentos, devendo sua interpretação seguir, no que couber, os mesmos parâmetros estabelecidos pelo plenário do STF no julgamento do Habeas Corpus n. 92.566, no RE n. 466.343, ocorrido em 3 de dezembro de 2008, já que nessa oportunidade a Corte debruçou-se sobre a análise do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88. Nessa linha de entendimento, a prisão civil do devedor de alimentos deve ser tida como desproporcional, quando existirem outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor alimentário para a garantia do seu crédito.

3.6. AS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS SOBRE A NATUREZA DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDAS (ABOLICIONISTAS *VERSUS* DEFENSORES)

Álvaro Villaça de Azevedo,⁷² em sua clássica obra *Prisão Civil por dívidas*, defende que a prisão por débito alimentar tem natureza de pena

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Ademais disso, restou acrescentado no RE n. 349703/RS que o Decreto-Lei n. 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparou o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º inciso LXVII da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional.

⁷² Doutor em Direito, professor titular aposentado de Direito Civil, regente da pós-graduação e ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

e não meio de coerção para compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação alimentícia. Para ele, essa prisão civil não encontra assento no direito privado, visto que o Estado somente tem o “direito” de prender alguém em relacionamento de direito público. Nessa linha, caberia somente ao direito penal tratar das matérias relacionadas aos crimes praticados contra a família e seus membros.

Troplong⁷³ igualmente afirma que a prisão civil por dívida é medida extrema no âmbito do direito privado e tal como a pena de morte se afigura o “último degrau da severidade penal”.⁷⁴ Ele reflete: “E, como se tem duvidado da legitimidade da pena de morte, imposta em nome da sociedade, é de colocar-se, por semelhança, em questão, a legitimidade da prisão civil a serviço do Direito Público”.

Azevedo⁷⁵ invoca as palavras do citado doutrinador francês para dizer que: “As leis, que são a última razão da justiça, provocam, sempre, contradições sobre o limite exato de seu poder”. Montesquieu, na lição do professor paulista, também prestou sua contribuição sobre o tema ao argumentar que: “a lei não deve permitir a prisão civil, porque ela compromete mais a liberdade de um cidadão do que oferece vantagem a outro”. Outrossim, o professor⁷⁶ cita o civilista italiano Giovanni Brunetti, que também comunga do entendimento “de que o arresto pessoal autorizado por interesse pecuniário afasta o seu caráter de interesse público”.

⁷³ TROPOLONG, *Le droit civil explique — de la contrainte par corps, en matière civile e de commerce*. Paris: Charles Hingray, 1847. T. XVIII (apud AZEVEDO, 2012, p. 165).

⁷⁴ Azevedo (2012, p. 165).

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

Nas relações creditícias, “quer se trate de Direito Civil ou de Comercial, cuida-se, sempre, de interesse privado”, segundo Azevedo.⁷⁷ Ressalta-se, nesse sentido, que tais relações por versarem sobre interesses privados não servem de fundamento aos interesses públicos. Para esse professor, o “que pode surgir, às vezes, nesse campo, são normas de ordem pública que o Estado edita no campo do Direito Privado, para controlar os interesses privados”, de modo que não ultrapassem “seus limites de atuação” e, conseqüentemente, não lesione de morte o interesse de outrem.

Azevedo⁷⁸ argumenta que a prisão civil não se revela “como um meio civilizado e humano da justiça do cumprimento obrigacional, na área do Direito Privado”. Vejamos o que diz o professor, *in verbis*:

A prisão civil por dívida, nesse caso, está afeta, sempre ao interesse privado, ainda que na esfera do direito a alimentos, no âmbito do relacionamento familiar, embora possa o Estado preocupar-se com a vida alheia e com a família, sua base de sustentação. Mas, quando o Estado assim se preocupa, deve ele cuidar dos cidadãos da sociedade, pelo Direito Público, criando, mesmo, penas severas, nos crimes contra a família, aliás que já existem, bem-talhadas, no Direito Penal brasileiro, nunca no Direito Privado, em quebra da liberdade do ser humano.

Roberto Maia⁷⁹ defende a abolição da prisão civil do devedor de alimentos, escorado em argumentos de princípios, tais como: o da

⁷⁷ Azevedo (2012, p. 166).

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Roberto Maia é mestre pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás e advogado criminalista.

dignidade da pessoa humana e o da proporcionalidade. Vejamos o que diz esse autor:⁸⁰

Em face do postulado dignidade da pessoa humana, se o instituto da prisão, reconhecida como última *ratio*, é instrumento gravíssimo e tolhedor de direito fundamental de (liberdade), que se encontra vinculado e voltado ao sistema penal, e, ainda, em crise, sendo a tendência mundial a sua substituição por restrição de direitos, reservando-as por conseguinte, para os casos gravíssimos, não se pode concebê-la, fora do contexto penal, como meio de coação para recebimento de dívida, seja ela qual for [...] Além disso, a prisão civil viola o princípio da proporcionalidade, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito [...] Mesmo diante das exceções de coerção processual previstas no Pacto de San Jose da Costa Rica (art.7º, item 7) e na Constituição Federal (art. 5º, LXVII), a prisão do devedor de alimentos deverá ser relegada ao Código Penal como norma infraconsitucional que torna possível a pena, sendo juridicamente viável a suplementação da prisão civil por outros mecanismos sancionadores da conduta inadimplente, haja vista que os referidos diplomas juridicos não vinculam o legislador à utilização da prisão”.

Na esteira abolicionista da prisão civil, defende Maia⁸¹ que a CRFB/88 tutelou a família em seu art. 226, impondo ao Estado o dever de coibir a violência no âmbito das suas relações. Ele também defende a abolição da prisão, diante da previsão do Código Penal brasileiro, que tipificou o crime de abandono material no seu art. 244, *in verbis*:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os

⁸⁰ Maia (2013, p. 110-112).

⁸¹ *Ibidem*.

recursos necessários ou faltando o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:⁸²

Pena — detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no país.

§ único. Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide,⁸³ de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.⁸⁴

Na linha doutrinária de Maia, o crime de abandono material já pune o alimentante que, dolosamente, ou seja, com a vontade livre e consciente, deixar de prover a subsistência de familiar,⁸⁵ não efetuando o pagamento de pensão alimentícia. Ressalta-se, nesse ponto, que a pensão alimentícia prevista no tipo penal pode estar relacionada tanto com a obrigação alimentar, decorrente da solidariedade familiar, como

⁸² O *caput* teve sua redação determinada pela Lei 10.741/2003 (DOU 03/10/2003), que passou a vigorar decorridos 90 dias após sua publicação.

⁸³ Conforme texto original. O correto seria o termo “elide”.

⁸⁴ Assim, da análise do tipo penal, depreende-se a conduta típica comporta a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). Seu objeto jurídico é a proteção da família. Os sujeitos ativos são somente os cônjuges, pais, ascendentes ou descendentes, e estes também figuram como sujeitos passíveis do ilícito. O tipo objetivo trata de três figuras típicas em que a falta de justa causa é elemento normativo, quais sejam: 1) deixar, injustificadamente, de prover, ou seja, atender à subsistência: a) do cônjuge; b) de filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho c) de ascendente inválido ou maior de 60 anos. 2) faltar (sem justa causa) ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. 3) deixar de socorrer, sem justa causa, descendente ou ascendente, gravemente enfermo. Por outro lado, o tipo subjetivo do crime consiste no dolo expresso pela vontade livre e consciente de deixar de prover à subsistência, faltar ao pagamento da pensão ou deixar de socorrer. Note-se que não há forma culposa na prática desse crime. Isso porque ele se consuma com a prática as condutas incriminadas, respeitados os prazos processuais civis eventualmente cabíveis. Trata-se, pois, de crime de ação penal pública incondicionada. A disposição inclusa no parágrafo único pune, com as mesmas penas do *caput*, quem, sendo solvente, frustra (engana, burla) ou elide (suprime, elimina), de qualquer modo, inclusive por abandono de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia a que é obrigado judicialmente.

⁸⁵ TACrSP, *Julgados 77/356, 95/78*.

com o dever de sustento, decorrente do poder familiar.⁸⁶ Desse modo, conclui Maia⁸⁷ que haveria uma dupla punição por parte do ordenamento brasileiro ao devedor de alimentos.

Contra a tese abolicionista, os defensores da prisão civil do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 sustentam que essa modalidade prisional não é pena, mas um meio de coerção. Assim, subsistiriam no sistema brasileiro duas consequências para a conduta do inadimplemento voluntário de obrigação alimentar, a saber: a coerção da prisão civil do inciso XVIII do art. 5º e a pena do crime de abandono material, previsto no art. 244 do Código Penal.

Os defensores da prisão civil como medida coercitiva sustentam que esta não guarda relação com a sanção criminal, prevista no art. 244 do Código Penal. Isso porque a natureza da prisão civil da CRFB/88 tem como objeto forçar o devedor a cumprir a obrigação de modo imediato sendo revogada, de igual modo, quando o débito for pago. Assim, uma vez satisfeito o débito alimentar a ordem de prisão civil é revogada, persistindo, contudo, o crime previsto no art. 244, já consumado pelo não pagamento da pensão alimentícia.

Arnaldo Marmitt⁸⁸ sustenta que “por melhores e mais jurídicos argumentos que se apresentem em tal sentido, a verdade é que a prisão por vezes se impõe, por um dever de consciência e de justiça”.

⁸⁶ Não há o crime quando o agente que obrigado por decisão judicial a prestar alimentos, não o faz por absoluta hipossuficiência econômico ou financeira. A condenação de acusado de poucos recursos milita contra o desiderato do legislador penal, pois é notório que o cidadão com antecedentes criminais tem grande dificuldade de encontrar ocupação lícita, tornando impossível, na prática, prover a subsistência dos dependentes.

⁸⁷ Maia (2013, p. 111).

⁸⁸ Azevedo (2012, p. 168).

Exemplifica Marmitt: “a situação do pai que abandona seus filhos menores, deixando-os na miséria, com enfermidades e fome, que quase os levam à morte”. Nessa esteira, João Claudino de Oliveira e Cruz⁸⁹ arremata que “pior do que prisão do devedor é a necessidade ou a fome do alimentando”.

João Claudino de Oliveira e Cruz ⁹⁰ diz ainda que “violência da medida encontra respaldo nas graves consequências da negativa do pagamento de alimentos a quem os necessita, máxime para sobreviver”, divergindo, pois, da natureza do crime de abandono material. Segundo esse autor,

[...] o abandono material é crime que se configura quando alguém deixa de prover sustento necessário do cônjuge e dos filhos menores ou incapacitados para o trabalho. O delito é previsto no art. 244 do CP, e apenas não se tipifica ante a justa causa. A obrigação alimentar não interessa unicamente à família, mas também à sociedade e ao próprio Estado. A tutela condiz com a natureza jurídica da prestação, que busca não só manter a integridade física do alimentando, mas também garantir um direito personalíssimo, o direito à própria vida.

O STJ entende que a prisão civil e a prisão criminal possuem naturezas e fundamentos jurídicos distintos. Por não possuir índole punitiva ou retributiva, a prisão civil é categorizada como uma medida coercitiva, que objetiva a compelir o devedor recalcitrante a cumprir a obrigação de manter o sustento dos alimentandos. Por isso, a ela são

⁸⁹ Azevedo (2012, p. 167).

⁹⁰ *Ibidem*.

inaplicáveis as normas que regulam o Direito Penal e a Execução Criminal.⁹¹

Posto isso, dessume-se que os abolicionistas sustentam ser a prisão civil do inciso XLVII do art. 5º da CRFB/88 uma sanção criminal, ao contrário dos defensores que a concebem como medida de “coerção”, com o fim de compelir o devedor sublimar a fome do credor, termos em que tal medida visa salvaguardar sua integridade física.

3.7. A REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DA PRISÃO CIVIL E SUA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

Além da sua previsão constitucional, a prisão civil por dívidas está prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida no Brasil como Pacto de São José da Costa Rica.⁹² Ao tratar do direito de liberdade, o pacto, tal como dispôs o inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88, vedou a prisão por dívidas admitindo-a excepcionalmente quando ela decorrer de ordem judicial em face de descumprimento do dever alimentar.⁹³

Como visto,⁹⁴ a Constituição brasileira de 1967, com a redação dada pela EC 69, autorizou legislador ordinário a regulamentar a modalidade prisional em estudo. Isso porque a EC 69⁹⁵ acrescentou no seu texto a expressão “na forma da lei”.

⁹¹ STJ — HC 752778 SP 2022/0199540-8, relator ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, p. 21/09/2022.

⁹² O Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992.

⁹³ Ver subitem 3.5.

⁹⁴ Ver subitem 3.3.

⁹⁵ Nos mesmos moldes da Constituição brasileira de 1946.

Assim, o legislador do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), em seu art. 733, tratou da matéria nos seguintes termos (grifo meu):

Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os 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”.

Antes do CPC/73, a prisão civil por dívida alimentar era tratada na Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968 (Lei Especial de Alimentos). Nela o legislador ordinário fixou o prazo máximo de sessenta dias para a prisão do devedor inadimplente.

Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive com a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias (grifo meu).

Assim, subsistiram no Brasil desde 1973, dois prazos máximos de prisão civil por dívida alimentar, quais sejam: o de três meses, previsto no § 1º do art. 733 do CPC/73, e o de 60 dias, disposto no art. 19 da Lei Especial de Alimentos.

Sobre o assunto, a doutrina sempre divergiu. Para uns, como a Lei n. 5.478/68 era especial deveria ser aplicada em detrimento do CPC/73, que era lei geral. Nessa esteira, a prisão não poderia exceder ao prazo de sessenta dias. Em sentido contrário, sustentou-se que a lei processual de 1973 teria derogado o prazo do art. 19 da Lei Especial, já que esta era

de 1968. Por fim, a matéria foi dirimida pela Quarta Turma do STJ, no HC 2010/0006493-5, de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão. Nesse julgado, entendeu o STJ pela aplicação da norma mais gravosa, a saber a regra do art. 733 § 1º do CPC/73.

Em 27 de abril de 2005, o STJ, por sua 2ª Seção, editou o Enunciado Sumular n. 309, uniformizando o entendimento acerca do número de parcelas alimentares que poderiam ser exigidas na execução de alimentos pela modalidade coercitiva do art. 733 do CPC. Em outros termos, disse o STJ qual seria a dívida correspondente ao termo “inadimplemento” contido no inciso LXVII do art. 5 da CRFB/88.

O texto original da Súmula n. 309 dizia que: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo”.

Esse texto foi objeto de críticas, pois sua redação divergia da jurisprudência majoritária da Corte, que entendia ser o inadimplemento da obrigação alimentícia equivalente as três últimas parcelas anteriores ao ajuizamento da ação⁹⁶ — e não da citação.⁹⁷

Os operadores do direito familiar brasileiro criticaram o texto original da Súmula 309 ao argumento de que se fosse considerada “somente” as três parcelas anteriores a citação haveria “grave a lesão ao direito do credor alimentário”. Isso porque seria vedado a este invocar

⁹⁶ Diga-se, por sinal, que esse mesmo parâmetro (três parcelas vencidas anteriormente ao ajuizamento) consta em sete dos dez precedentes indicados pelo STJ como fonte da Súmula 309, a saber: REsp 57.579-SP [...], REsp 278.734-RJ [...], RHC 13.505-SP [...], RHC 9.784-SP [...], RHC 10.788-SP [...], HC 16.073-SP [...] e RHC 14.451-RS [...].

⁹⁷ A data da citação, ou do respetivo mandado, consta apenas nos demais três precedentes invocados, a saber: RHC 13.443-SP [...], HC 24.282-RS [...] e HC 23.168-SP [...].

a aplicação da medida extrema e “nenhuma responsabilidade” poderia ser imputada ao devedor, nomeadamente, porque a prisão civil é a “forma eficaz” de cobrar “um expressivo número de parcelas alimentares” em atraso.

Decorrido um ano da edição da Súmula n. 309, a Segunda Seção do STJ, no julgamento do HC n. 53.068, de relatoria da ministra Fátima Nancy Andri ghi, reviu tal orientação sumular. Nesse julgado, o tribunal adotou a posição jurisprudencial majoritária. Estes incluíam no cálculo da “inadimplência” as três parcelas do débito, que fossem anteriores a propositura da ação executiva. Vejamos a decisão do STJ:

Por oportuno, com fundamento no art. 125 § 2º, do RISTJ, e atenta ao Ofício n. S-170/2006 formulado pela Associação dos Advogados de São Paulo — AASP, que solicitou providências no sentido de sanar possível equívoco na redação do Enunciado 309 da Súmula do STJ, proponho a sua revisão. A análise dos precedentes citados como embaixadores do Enunciado 309 da Súmula do STJ, apontam para o descompasso destes com o texto do Enunciado. Sete, dos dez precedentes citados, anotam direta, ou indiretamente, que são passíveis de cobrança pelo rito disposto no art. 733 do CPC, as três parcelas anteriores a data do ajuizamento da ação, além daquelas que vencerem no curso da execução. São eles:

1. RESP 57.579/SP, Rel. Min. NILSON NAVES, DJ 18/9/1995
2. RESP 278.734/RJ, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ 27/11/2000
3. RHC 9.784/SP Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ 14/8/2000
4. RHC 10.788/SP Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 2/4/2001
5. HC 16.073/SP, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ 7/5/2001
6. RHC 13.505/SP, de minha relatoria, DJ 31/3/2003
7. RHC 14.451/RS, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 5/4/2004

Em contraponto, apenas 3 precedentes indicam a data da citação como marco para a contagem das três parcelas anteriores que estarão sujeitas a execução com base no art. 733 do CPC, a saber:

1. RHC 13.443/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 10/3/2003

2. HC 24.282/RS, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, DJ 10/3/2003

3. HC 23.168/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 7/4/2003

Quero crer, que se laborou em equívoco quando da redação do referido Enunciado, mesmo porque, admitir-se que o devedor possa afastar o decreto prisional, na ação de execução de alimentos, com o pagamento das três últimas parcelas anteriores a sua citação, é premiar e incentivar a má-fé daquele que se esquivava de cumprir a obrigação de prestar alimentos. Assim, submeto a proposta de revisão do Enunciado a esta Segunda Seção, que passará 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 vencerem no curso do processo.

O verbete sumular n. 309 do STJ, em sua reedição, adotou 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 (grifo meu).

Depois de um longo período de discussão, em 2015 foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado o novo Código de Processo Civil, em substituição àquele que vigorava desde 1973. Esse novel diploma ao “regulamentar” a prisão civil, incorporou integralmente a orientação da segunda edição da Súmula 309 do STJ.

3.9. O STJ E SUA SÚMULA N. 309 — CRIATIVIDADE E ATIVISMO

A prisão civil por débito alimentar tem sido objeto de decisões normativas dos tribunais, que ora excluem e ora ampliam as liberdades as pessoas que contraíram dívidas. Não se percebe que tal restrição é

excepcional e afeta o âmbito de norma garantidora de direito fundamental.

A compreensão de que a prisão civil é o resultado de uma casuística ponderação de princípios e não uma restrição constitucional expressa acarretou ao longo da última década a redução do âmbito protetivo da garantia do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88, ampliando, por consequência, os seus limites.⁹⁸ Os pressupostos objetivos da prisão civil alteram-se, dia a dia, por obra da jurisprudência brasileira, protagonizada pelo STJ.⁹⁹

A competência do STJ, prevista no inciso III do art. 105 da CRFB/88, é zelar pela uniformidade de interpretações da legislação federal brasileira, não tratadas pela Constituição Federal. Isso porque o guardião da Constituição é o Supremo Tribunal Federal (STF). Apesar das regras de competência previstas na CRFB/88, a invasão do STJ em matérias constitucionais é recorrente. Daí o protagonismo, como já afirmado.

O transbordo da competência constitucional por parte do STJ envolve-se com a ideia de criatividade e com a prática de ativismo judicial. A Corte, a pretexto de uniformizar a jurisprudência em matérias infraconstitucionais, tem adentrado em questões

⁹⁸ Os limites e as restrições aos direitos e as garantias constitucionais serão estudados no subitem 4.6.

⁹⁹ O STJ é um dos órgãos máximos do Poder Judiciário do Brasil. Sua missão constitucional é zelar pela uniformidade de interpretações da legislação federal brasileira. É conhecido como "Tribunal da Cidadania", porque foi criado pela CRFB/88, denominada de "Constituição Cidadã". A uniformidade da interpretação que lhe foi conferida pela Constituição de 1988 está adstrita a matérias infraconstitucionais e não tratadas na Constituição Federal. Isso é o que dispõem as letras "a" e "c" do inciso III, do art. 105 da Constituição Brasileira. O inciso III diz que compete ao STJ: "III — Julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência" e "c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal".

constitucionais de competência do STF. A edição e a posterior reedição da Súmula n. 309, é um exemplo disso.

A 2ª Seção do STJ, no julgamento do Habeas Corpus n. 53.068, valeu-se de decisões emanados por órgãos singulares e colegiados do seu corpo de magistrados, para estabelecer o *quantum* do débito alimentar ensejador da prisão civil. Em sua primeira edição, o débito alimentar era computado da citação do devedor, mas com a reedição do enunciado, o marco temporal passou a ser o da data da distribuição da demanda executiva, ou seja, para fins de prisão civil a inadimplência seria o atraso ou o não pagamento de quantia equivalente as três prestações vencidas anteriores a distribuição da ação de execução pessoal. Nenhuma decisão justificou o porquê desse critério.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Nesse sentido, concluiu *Fernando Henrique Pinto*, Juiz Titular da 1ª Vara da Comarca de São Sebastião de São Paulo, após empreender pesquisa no endereço de tal Corte na Internet. Nesta não constou o inteiro teor das deliberações que levaram à edição da súmula 309, e não consta, como referência legislativa, os citados artigos do Código Civil, atual e antigo. Constam apenas os seguintes 10 precedentes: 1) RESP 57579/SP, 2) RESP 278734/RJ, 3) RHC 13443/SP, 4) HC 24282/RS, 5) RHC 13505/SP, 6) RHC 9784/SP, 7) RHC 10788/SP, 8) HC 16073/SP, 9) HC 23168/SP e 10) RHC 14451/RS. Contudo analisando-se tais precedentes, um a um, as dúvidas aumentam, porque: 1) Consta da ementa do RESP 57579/SP: “alimentos vencidos desde seis meses antes da *propositura da execução*”. No voto não há tal menção explícita, mas no relatório pode-se constatar que a decisão do juiz de direito de primeira instância, *mantida*, considerou como marco a “*propositura da execução*”. 2) O RESP 278734/RJ e o RHC 13505/SP apenas trataram das prestações vincendas no curso da execução, sem especificar a partir de quando. 3) Na ementa e voto condutor do RHC 13443/SP consta que: “a jurisprudência da 2ª Seção é no sentido de que o devedor de alimentos, para se livrar da prisão civil, deve pagar as três últimas prestações vencidas à data do *mandado de citação* e as vincendas durante o processo”. 4) No HC 24282/RS constou na ementa e no v. acórdão que “é entendimento tranquilo desta Corte ser cabível a prisão civil de devedor de pensão alimentícia quando a cobrança se refere às três últimas parcelas em atraso, *anteriores à citação* e as que lhe são subsequentes”. 5) O RHC 9784/SP não faz menção explícita ao termo da contagem dos três meses de alimentos vencidos, mas entevê que seria o *próprio v. acórdão*, pois determina que a partir do mesmo correrão as prestações vincendas. 6) Na ementa do RHC 10788/SP, decidido pela Quarta Turma por unanimidade, em 06/03/2001, consta que: “o processo de execução de prestação alimentar sob pena de prisão do devedor (art. 733 do CPC) deve compreender apenas as vencidas nos três meses anteriores ao *ajuizamento do pedido*, e as que se vencerem depois”. No mesmo sentido o conteúdo do voto condutor proferido, acrescentando ainda que este seria o “entendimento pacificado nas duas turmas de direito privado”. 7) Na ementa do HC 16073/SP, decidido pela Quarta Turma em 13/03/2001, por unanimidade, consta que “na execução de alimentos, prevista pelo art. 733 do CPC, ilegítima se afigura a prisão civil do devedor fundada no inadimplemento de prestações pretéritas, assim consideradas as anteriores às três últimas prestações vencidas *antes do ajuizamento da*

A Súmula n. 309 do STJ passou a reger a matéria por mais de dez anos até ser incorporada pelo CPC/2015. O verbete foi aplicado no país, sem qualquer reflexão sobre o caráter alimentar vital dessas parcelas. Na prática, essa súmula criou limites, além dos estabelecidos no inciso

execução". No mesmo sentido é o voto condutor, relatando que tal entendimento seria "assente nesta Corte" (STJ). 8) Quanto ao HC 23168/SP, em sua *ementa* consta que "a jurisprudência deste Tribunal se firmou no sentido de que o devedor de alimentos, para livrar-se da prisão civil, deve pagar as três últimas prestações vencidas à data do mandado de citação e as vincendas durante o processo". Contudo, o conteúdo do voto, além de conter contradições sobre a matéria ora em análise, não reflete o que consta da *ementa*, como segue: "[...] A propósito, é de registrar-se que se entende por prestações pretéritas as anteriores às três últimas prestações vencidas ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. Nesse sentido, entre muitos outros, o RHC n. 11.717-SP (DJ 19/11/2001), assim ementado, no que interessa: "Na execução de alimentos, prevista pelo art. 733 do CPC, ilegítima se afigura a prisão civil do devedor fundada no inadimplemento de prestações pretéritas, assim consideradas as anteriores às três últimas prestações vencidas antes do ajuizamento da execução". Outra, aliás, NÃO é a posição da Terceira Turma, como se vê do RHC n. 11.556-MG (DJ 17/9/2001), relator o ministro Menezes Direito, com esta *ementa*, no particular: "A jurisprudência da 3ª Turma firmou-se no sentido de que o devedor de alimentos, para livrar-se da prisão civil, deve pagar as três últimas prestações vencidas À DATA DO MANDADO DE CITAÇÃO e as vincendas durante o processo". Acrescente-se que, além da necessidade do pagamento das três últimas prestações em atraso quando do ajuizamento da execução, indispensável que o alimentante se mantivesse em dia com sua obrigação; caso contrário, a prisão será de rigor. A respeito, a dispensar maiores acréscimos, confira-se o seguinte julgado, entre muitos outros: "HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. ALIMENTOS. Se o credor por alimentos tarda em executá-los, a prisão civil só pode ser decretada se as prestações dos últimos três meses deixarem de ser pagas. Situação diferente, no entanto, é a das prestações que vencem APÓS O INÍCIO DA EXECUÇÃO. Nesse caso, o pagamento das três últimas prestações não livra o devedor da prisão civil. A não ser assim, a duração do processo faria por beneficiá-lo, que seria maior ou menor, conforme os obstáculos e incidentes por ele criados. Habeas Corpus deferido, em parte" (RHC n. 12.959-SP, DJ 4/12/2000, relator o ministro Ari Pargendler). 3. Na espécie, da análise das cópias apresentadas, vê-se que a execução foi AJUIZADA em abril/2001, objetivando a cobrança das parcelas em atraso referentes aos meses de julho/1999 até abril/2001. Nesse caso, o decreto prisional deve estar condicionado ao pagamento dos meses de fevereiro, março e abril de 2001, e todas as parcelas subsequentes, na linha dos precedentes acima mencionados. Além disso, no cálculo do quantum devido, deve ser considerado eventual valor descontado em folha de pagamento do paciente (fl. 40). 4. À vista do exposto, concedo parcialmente a ordem, para condicionar a suspensão da prisão à comprovação do pagamento das parcelas devidas nos meses de fevereiro a abril/2001 e todas as prestações subsequentes, devendo ser considerado na fixação do quantum eventual valor descontado em folha de pagamento do paciente. Nestes termos, fica cassada a liminar anteriormente concedida" (grifei). Vê-se, portanto, que a *ementa* não reflete o comando do v. acórdão, que considerou devidas, sob pena de prisão, as três últimas parcelas anteriores à data em que "a execução foi ajuizada" ("abril/2001"). 9) Por fim, no precedente *mais recente* citado (RHC 14451/RS), decidido por unanimidade em 16/12/2003, pela Quarta Turma, consta que: "tratando-se de dívida atual, correspondente às três últimas prestações anteriores ao AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO, acrescidas das vincendas, admissível é a prisão civil do devedor (art. 733 do CPC)". No mesmo sentido é o voto condutor do v. acórdão. Em síntese, vê-se que, dos dez acórdãos citados pelo próprio STJ, como paradigmas para a elaboração da Súmula 309, dois não trataram do assunto ora em análise, um colocou como marco o próprio v. acórdão, apenas 02 (dois) referiram-se à citação, e 05 (cinco) aludiram ao ajuizamento da execução — lembrando-se que houve erro na elaboração da *ementa* do v. acórdão relativo ao HC 23168/SP.

LXVII do art. 5º da CRFB/88, pois presumiu que o caráter alimentar está nas três últimas parcelas anteriores a distribuição da execução.

A redução do âmbito de proteção da garantia constitucional de liberdade da norma em estudo é fruto de “interpretações sentimentais”, arrimadas na compreensão de que a prisão civil é “um mal necessário” a resguardar a subsistência vital do credor.

Como dito, é desconhecido o fundamento da fixação desse período de 3 (três) meses, mas se a justificativa da prisão civil é salvaguardar a sobrevivência vital do credor, a Súmula n. 309 não se afigura como coerente, já que “os médicos acreditam que um ser humano com boa saúde possa sobreviver sem comer nada por até oito semanas, desde que tenha água suficiente”.^{101 102 103} Disso deduz-se que o critério dos três meses é incompreensível, pois sem alimentação, nesse interregno, o ser humano morreria. Isso é assim ou a prisão civil não é verdadeira medida de salvaguarda da subsistência vital da pessoa do credor alimentando.

¹⁰¹ Disponível em: <https://diariodebiologia.com/2011/07/quanto-tempo-podemos-viver-sem-comida/>. Acesso em: 5 dez. 2015.

¹⁰² “Quando não alimentamos, o carboidrato é a primeira coisa que o corpo utiliza para se manter alimentado. Depois, o corpo começa a consumir a gordura, assim aquelas pessoas cujo corpo possui gordura extra, os gordinhos, certamente sobreviveriam mais tempo. Por último o corpo utiliza as proteínas, se o jejum se estender por muitos dias a ponto de o organismo precisar utilizar as proteínas acumuladas, tenha certeza de que nessa fase a pessoa está extremamente debilitada. O que contribui para determinar quanto tempo uma pessoa pode ficar sem comida, é o seu metabolismo, que é a transformação da comida ingerida em energia. Assim, quem possui o metabolismo lento, acaba utilizando a energia armazenada mais devagar e, com isso, pode permanecer mais tempo sem precisar recarregar as energias, ou seja, comer! Uma coisa podemos ter certeza: nosso organismo é extremamente inteligente, e se ficarmos por muito tempo sem comida (mesmo sendo dias), o metabolismo buscará a melhor maneira de garantir nossa sobrevivência. Quando é preciso viver sem comida, um ambiente de alta temperatura significa desidratação mais rápida e se o ambiente é muito frio, o corpo usa a energia acumulada para manter a temperatura corporal. Sem comida, podemos sobreviver por mais tempo se estiver em um ambiente com temperaturas amenas”. Disponível em: diariodebiologia.com. Acesso em: 5 dez. 2015.

¹⁰³ “Já sem água, o limite do corpo humano é, em média, de 20 a 30 dias sem comer”. Disponível em: diariodebiologia.com. Acesso em: 5 dez. 2015.

Ademais disso, em sua reedição em 2010, o verbete sumular n. 309, do STJ, estabeleceu que o débito alimentar, que põe em risco a subsistência da pessoa humana, abrangendo, além das três últimas parcelas anteriores a propositura da cobrança, àquelas parcelas que se vencerem ao longo do processo. Logo, concluiu-se que no Brasil o credor consegue manter-se vivo sem “alimentos”^{104 105} até que o devedor efetue o pagamento. Isso pode levar dias, meses ou anos. Nesse lapso temporal, equivalente ao tramitar da demanda executiva, as parcelas alimentares não pagas vão vencendo e ensejam a prisão civil de até 90 dias.

O *quantum* estipulado pelo STJ para a caracterização da “inadimplência” referida no inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 decorre de equivocada ideia sobre criatividade judicial. Nesse aspecto, convém observar que somente é possível o emprego da interpretação judicial criativa, criadora de normas de decisão, diante de casos excepcionais.

Segundo Herbert L. A. Hart, o poder discricionário consiste na possibilidade de o juiz criar regras para aplicá-la na resolução dos casos

¹⁰⁴ Leia-se alimentação (comida e água).

¹⁰⁵ “A reação do corpo a sede tem o limite de quatro dias sem água. O recorde deu-se em 1905, com o mexicano Pablo Valencia ficou sete dias sem beber nada no deserto do Arizona, nos Estados Unidos. O corpo humano tem cerca de 40 litros de água. Se perder entre 15% e 25% disso, as células murcham e o sangue fica viscoso, dificultando o trabalho do coração. Resultado: tonteados, fadiga, inconsciência e, no fim, morte. Já o limite do corpo em relação ao frio, com roupas leves, até -5°C. Isso porque o corpo consome mais energia para evitar que a temperatura interna fique muito baixa (o normal é 36, 5°C). Quando ela chega a 32°C, os vasos sanguíneos se fecham para perder menos calor para o ambiente, o sangue fica mais denso e o coração bate mais devagar, prejudicando a circulação. Com o corpo a 20°C, o coração para de bater. Em relação a fome, o limite do corpo humano é em média de 20 a 30 dias sem comer. Neste caso, em dezembro de 2004, o carioca Erikson Leif bateu um recorde de ficar 51 dias, 22 horas e 30 minutos sem comer. Ele começou o jejum com 103 kg e terminou com 78, 5 kg. Sem comida, cai a taxa de glicose no sangue. Sem combustível, o corpo consome as gorduras. Depois, avança sobre as proteínas. A inanição altera a pressão arterial, detona órgãos internos e causa desmaios. Fonte: Consultoria: Fadlo Fraige Filho, professor da Faculdade de Medicina do ABC; Ruy Ribeiro de Campos Jr., professor de Fisiologia Cardiovascular da Unifesp; Dalva Poyares e Luciano Ribeiro Jr., neurologistas do Instituto do Sono da Unifesp; Ricardo Vivacqua, especializado em medicina hiperbárica” (GRECCO, 2011, s. p.).

difíceis¹⁰⁶ ¹⁰⁷ em que o direito se apresenta como fenômeno social indeterminado ou incompleto. Tal situação não guarda relação com a regra do inciso LXVII do art. 5º da CFRB/88, que expressamente autoriza a restrição da liberdade do devedor de alimentos por meio da prisão civil, como medida última do ordenamento brasileiro que visa resguardar a subsistência vital do alimentando.

Os poderes criativos do julgador para dirimir caso não regulados pelo direito são restritos porque “ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos”¹⁰⁸, como fizeram os juízes do STJ ao editarem, por duas vezes, o verbete sumular n. 309.

Veja-se que apenas diante de situações fáticas ainda não reguladas por lei é que surge espaço para a “criação de direito”, pois o julgador não pode deixar de prestar a jurisdição ou decliná-la a outro poder do Estado¹⁰⁹. Esse é o diminuto terreno da interpretação jurisdicional discricionária, onde julgador vai construir a norma jurídica para diante do caso concreto resolvê-lo.¹¹⁰

In casu, o STJ não usou da criatividade judicial, no âmbito de sua discricionariedade, mas editou norma de decisão, de caráter abstrato, reduzindo a tutela protetiva de liberdade contida no inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88. A interpretação criativa relaciona-se intimamente com

¹⁰⁶ Casos difíceis para Hart são os que não estão regulados pelo direito, ou seja, são demandas que tratam de situações não previstas na legislação.

¹⁰⁷ Em termos hartianos, diante um caso difícil deve o juiz pautar-se dentro dos limites do próprio direito.

¹⁰⁸ Hart (1994, p. 338-339).

¹⁰⁹ Isso porque a CRFB/88, no art. 5º, XXXV diz que: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹¹⁰ Hart (1994, p. 338-339) adverte que “na criação do direito, por meio de decisões que transponham a normatização preexistente, não pode o julgador agir de forma arbitrária. Assim, é imperativo que motive sua decisão, tal como um legislador o faria”.

o ativismo judicial. O ativismo judicial é o fenômeno sentido quando a interpretação criativa ganha feição de movimento judicial.

Nesse sentido, esclarece Habacuque Wellington Sodré:

A discricionariedade tem relação direta com o ativismo judicial, quando maximizada pelos juízes nos processos decisórios, não se resumindo a algumas decisões esparsas. Logo, não há que se falar em ativismo judicial apenas a partir de uma decisão, mas em conjunto de decisões dos órgãos judiciários que acabam por atuar em contraposição ao estabelecido nas normas constitucionais, nas normas legais e nos precedentes da jurisprudência para criarem novas regras renunciando à aplicação daquelas já existentes no sistema jurídico (SODRÉ, 2012, p. 166).

Assim, identifica-se o ativismo judicial a partir de um conjunto de decisões emanadas por juízos monocráticos ou colegiados, que “inventam leis” deixando de interpretar e aplicar as normas existentes no ordenamento jurídico. No ativismo, os “casos difíceis” são utilizados como justificativa para os julgadores afastarem-se da lei, criando direitos¹¹¹ e inovando a ordem jurídica.

O ativismo pode representar uma ameaça à democracia quando possui um caráter político. Nesses casos, juízes passam a “legislar” afrontando os limites da atividade jurisdicional definida na Constituição. Esse é o caso do STJ. Ao editar e reeditar a Súmula n. 309, essa Corte inovou em matéria constitucional ao reduzir o âmbito normativo de garantia constitucional que tutela liberdades.

¹¹¹ Sodré (2012, p. 166) leciona que a discricionariedade judicial para Hart consiste no poder criativo do juiz quando há necessidade de resolver um “caso difícil”. Já o ativismo se mostra numa espécie de movimento dos juízes, que passam a decidir sempre de forma discricionária como se todo e qualquer caso fosse um “caso difícil”.

4

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Canotilho,¹ em palestra proferida a defensores públicos do estado do Rio de Janeiro, foi enfático ao dizer que sem o domínio dos fundamentos básicos sobre direitos e garantias fundamentais o jurista não poderá compreender os demais ramos do direito.

A observação do Professor de Coimbra é pertinente no caso em estudo. Isso porque, a prisão civil do devedor de alimentos vem sendo interpretada por juristas brasileiros a partir das normas do direito civil e processual, o que é inadmissível. As normas infraconstitucionais devem ser interpretadas conforme a Constituição e não o contrário.

O estudo objetiva demonstrar a inconsistência da tese da colisão de princípios, invocada pela jurisprudência e pela doutrina brasileira para justificar a existência da prisão do devedor de alimentos, em afronta a função de garantia dos direitos fundamentais² e da própria moldura reitora do Estado, consagrada na Constituição brasileira de 1988.

¹ Reflexão de José Gomes Canotilho, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, acerca das "Garantias e Direitos Individuais", em palestra realizada no Auditório da DPRJ, em 14 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=h7pU8k0t1nU>. Acesso em: 10 fev. 2016.

² Sobre a função de garantia do sistema de direitos fundamentais, argumenta Blanco de Moraes que: "Desde as suas primícias, a Constituição desempenha uma importante função de garantia dos direitos fundamentais das pessoas, operando como limite ao poder político. A sua catalogação constitucional constituiu uma conquista do movimento constitucionalista, no sentido de impor ao poder monárquico o respeito por um conjunto qualificado de direitos civis e políticos indispensáveis para o desenvolvimento de uma sociedade livre que refletia, então os valores da burguesia liberal ascendente. No universo do suprapositivismo existe uma tendência para circunscrever o Estado de direito a um "Estado de direitos fundamentais" e a Constituição de uma "Carta de direitos fundamentais" no quadro de uma teoria discursiva da Justiça. Trata-se de um reducionismo, dado que a Constituição foi e é muito mais do que um repositório de direitos. Para que se possa falar em direitos

Assim, se passará a discorrer sobre os conceitos básicos que envolvem os direitos e garantias fundamentais, no intuito de demonstrar, na parte argumentativa,³ que a interpretação da regra do inciso LXVII, segundo a tese da colisão é um equívoco. Com essas noções mínimas será possível adentrar na identificação dos limites e do conteúdo afetado pela restrição dessa norma, os quais constituem o objeto do presente estudo.

4.1. FUNDAMENTALIDADE

Segundo o Blanco de Moraes,⁴ “os direitos fundamentais definem-se como posições jurídicas ativas reconhecidas constitucionalmente às pessoas individuais e às pessoas coletivas privadas”. Para este professor,⁵ “a titularidade dos direitos consiste na atribuição a uma pessoa de uma faculdade jurídica que a mesma pode exercer, imediata ou mediata que pode valer no plano jurídico, frente aos poderes públicos e frente a terceiros”.

fundamentais necessário se torna que sejam reconhecidos pela Constituição, que exista um Estado constitucionalmente organizado e que existam cidadãos investidos na titularidade desses direitos. Não existem substancialmente direitos fundamentais sem uma sociedade minimamente livre: e esta não pode por seu lado existir sem um sistema de autoridades fundado na vontade popular, submetido ao direito e estribado no princípio da separação com interdependência de poderes. De pouca valia terão os direitos se o Estado não lograr integrar as suas diversidades, regular conflitos futuros e criar mecanismos que assegurem a unidade nacional e territorial, a segurança interna e a defesa contra os seus inimigos. Finalmente, pouco solidária e coesiva seria uma sociedade onde pontifique uma visão individualista dos direitos, onde os cidadãos se eximam do cumprimento de deveres e onde as pessoas não se predisponham, em certos momentos, a sacrificar as suas posições ativas em favor de desígnios maiores ancorados na defesa ou projeção do todo coletivo e do bem comum” (MORAIS, 2014, p. 429-430).

³ Que se inicia no item 5.

⁴ Moraes (2014, p. 549).

⁵ *Ibidem*.

Para Jorge Miranda,⁶ os direitos fundamentais encerram “os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”.

Leciona José Melo Alexandrino⁷ que são “diversas as consequências imediatamente derivadas do fato de os direitos fundamentais serem situações jurídicas positivadas na Constituição”. O professor Alexandrino⁸ as compreende da seguinte forma:

1) em primeiro lugar, os direitos deixam de ser meras proclamações morais ou políticas, para se converterem em realidades jurídicas operativas; 2) em segundo lugar, colocados no patamar da ordem jurídica (a Constituição formal), os direitos fundamentais agora apresentam-se agora como garantias jurídicas contra o legislador (são trunfos contra ele), proibido de afectar inconstitucionalmente o seu conteúdo; 3) os direitos fundamentais (em cujo âmbito se deve incluir toda uma série complexa de proibições e de obrigações de intervenção) vinculam directamente todos os poderes públicos (incluindo o poder de revisão constitucional, além disso, parâmetro material das decisões dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais; por tudo isso, os direitos fundamentais passam automaticamente, a dispor de um conjunto de instrumentos sancionatórios, que podem ir desde os mecanismos de fiscalização de constitucionalidade (em especial pelos tribunais constitucionais) até a presença de meios específicos de tutela [...].

Nessa ordem de ideias, um direito fundamental deve ser compreendido como uma situação jurídica das pessoas perante os

⁶ Miranda (2014, p. 9).

⁷ Alexandrino (2011, p. 23, rodapé 37).

⁸ *Ibidem*.

poderes públicos, ou seja, corresponde a posição que os indivíduos ocupam na relação jurídica com o Estado. Na medida em que titularizam tal situação, os indivíduos passam a ser detentores de direitos subjetivos. Nessa relação, os poderes públicos estão vinculados a deveres jurídicos ^{9 10} estabelecidos na Constituição.

Ainda que não assentados formalmente na Constituição, os direitos e garantias fundamentais são materialmente reconhecidos. Isso porque sua fundamentalidade vai além do sentido de Constituição formal. A CRFB/88 no § 2º do art. 5º adota tal opção, *in verbis*:

Art. 5º.

§ 2º — Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Outrossim, percebe-se que CRFB/88 não distinguiu direitos e garantias fundamentais. Aliás, o § 2º refere-se ao extenso elenco de direitos e garantias do art. 5º inserido no Capítulo I do Título II da Constituição. Esse título está assinalado sob a epígrafe “Direitos e Garantias Fundamentais”.

⁹ Segundo Alexandrino (2011, p. 39-40) “os deveres fundamentais são situações jurídicas passivas consagradas na constituição”. Ao contrário dos direitos fundamentais, as “posições dos deveres fundamentais” não são objeto “de vantagens, mas sim de adstrição: em virtude de uma norma constitucional impositiva ou de proibição”. Assim, o obrigado a um “dever fundamental encontra-se normalmente numa necessidade de praticar ou de não praticar certo facto”.

¹⁰ Nessa esteira, à vida e à liberdade são direitos universais de todos os seres humanos, sendo, pois, sua fundamentalidade decorrente da permanente necessidade de proteção por parte do Estado. A essencialidade desses direitos à pessoa humana correspondente a ideia de Constituição em sentido material. Por outro lado, os direitos fundamentais a vida e a liberdade estão previstos na Constituição brasileira em seu sentido formal, contudo, por serem indisponíveis por parte dos Poderes Constituídos, logram uma fundamentalidade que vai além desse sentido. Tratam, portanto, de posições fundamentais das pessoas em sua relação com o Estado. Como estão positivas na CRFB/88 franqueiam aos seus titulares situações jurídicas.

Disso deduz-se que a Constituição brasileira trata no mesmo plano direitos e garantias das pessoas, sendo certo que o legislador constituinte elegeu o mesmo regime jurídico às duas categorias de normas, de modo a serem igualmente preservadas.

Sobre esse tema, esclarece Jorge Miranda:¹¹

[...] se a Constituição não distingue expressamente e se trata no mesmo plano direitos fundamentais e garantias, o regime jurídico não pode ser, à partida, diverso, mormente quanto à preservação do conteúdo essencial perante o legislador originário, quanto aos destinatários das normas e quanto aos órgãos competentes para sua regulamentação legislativa.

O regime jurídico comum conferido aos direitos e garantias pela CRFB/88 vincula o poder estatal que, conseqüentemente, não pode, no exercício de suas atividades, restringir o âmbito de normas que veiculem tanto os direitos, como as garantias fundamentais.

Nos moldes do § 1º do art. 5º da CRFB/88, o constituinte reconheceu a existência de outros direitos e garantias como situações jurídicas dotadas de fundamentabilidade material, estando, portanto, o Estado igualmente vinculado a eles.¹²

4.2. VINCULAÇÃO

José Melo Alexandrino^{13 14} leciona que os requisitos básicos de direitos, liberdades e garantias são:

¹¹ Miranda (2014, p. 91).

¹² Nesse ponto, ensina Blanco de Morais (2014, p. 551) que a "natureza fundamental dos direitos decorre do seu reconhecimento constitucional".

¹³ Alexandrino (2006b, p. 48-50).

¹⁴ Em análise da estrutura da Constituição de portuguesa.

[...] uma espécie de direitos fundamentais (tanto em sentido formal, como material) de distinta estrutura e consistência jurídica, positivados em normas de direitos fundamentais vinculativas [...] que asseguram e garantem intencionalmente na esfera jurídica um conteúdo efectivo (constituído por um feixe de poderes, faculdades ou outro tipo de protecção, mas também por vinculações) juridicamente determinável (que, sem prejuízo dos custos envolvidos na respectiva protecção, se entremostra como material e financeiramente incondicionado) de um bem jusfundamental, tendo como destinatário principal os poderes públicos, representando deste modo as posições jurídicas activas asseguradas por normas de direito fundamental vinculativas onde é mais forte a protecção jurídica de bens e interesses predominantemente individuais. A sua nota distintiva de síntese é, assim, a respectiva efectividade jurídico-normativa, que se exprime de modo particular na possibilidade de um juiz poder apreciar e controlar, em toda a extensão, a observância dos deveres impostos pela norma.

O estatuto da pessoa previsto no art. 5º da CRFB/88, que dispõe sobre direitos de liberdade e suas garantias fundamentais, vincula os poderes do Estado e toda a sociedade. A vinculação do Estado-legislador nessa seara não comporta exceções.¹⁵ Assim, a conformação, a concretização e a regulação das categorias normativas, deve se dar “conforme a Constituição”.¹⁶ Nesse caso, entende-se que somente o legislador constituinte possui o poder discricionário de dar o conteúdo aos direitos e garantias fundamentais, seja de forma direta ou não.¹⁷

Ao contrário do constituinte originário, o legislador ordinário e os agentes públicos dos demais poderes estão vinculados negativamente às

¹⁵ Nesse sentido leciona Miranda (2014, p. 326).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Veja-se que uma das consequências da fundamentalidade é vedar ao legislador ordinário afetar o conteúdo dos direitos e garantias das pessoas, nomeadamente quando estes estão contidos na Constituição formal.

normas dotadas de fundamentalidade, uma vez que lhes são vedadas a produção de leis ou atos afrontosos às diretrizes da Constituição. Ademais, também lhes são imputados deveres de regulamentação dos direitos e garantias fundamentais, quando estes não possuírem aplicação imediata. Nesse caso, trata-se do dever fundamental do Estado em produzir leis que os tornem aplicáveis e exequíveis.^{18 19 20}

Já o Estado-Juiz, segundo a CRFB/88, possui a tarefa de resguardar direitos e garantias individuais dotados de fundamentalidade e assegurá-los de modo que sejam aplicados efetivamente nos ambientes onde relacionam-se o poder público com particulares e naqueles onde os particulares se relacionem entre si.

Assim, percebe-se que há vinculação positiva no exercício das atividades jurisdicionais de interpretação e aplicação da lei. Juízes e tribunais estão adstritos a normas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais. De outra feita, eles estão vinculados negativamente quando leis e demais atos emanados dos poderes públicos afrontem tais normas. Neste último caso, dispõe a justiça constitucional de recursos e técnicas de decisão previstas no ordenamento jurídico pátrio, para

¹⁸ O Poder Executivo e todos os órgãos da administração direta e indireta no exercício de suas atividades estão sujeitos às mesmas vertentes da vinculação negativa e positiva dos direitos e garantias fundamentais.

¹⁹ Os deveres fundamentais, contudo, possuem um sentido objetivo, como ensina Jorge Miranda (2014, p. 326). Eles devem ser compreendidos consoante o sentido objetivo do direito ou da garantia fundamental. As vinculações dos órgãos legislativos aos mesmos não expressam apenas a vedações, ou seja, vinculações negativas, mas também vinculações positivas, porque abarcam “o dever de emitir normas ou outras providências de proteção de deveres fundamentais” que resguardem os direitos, liberdades e garantias.

²⁰ Nesse caso, as fórmulas como “nos termos da lei” ou equivalentes apenas podem indiciar que tratam de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas.

afastar vícios de inconstitucionalidade que maculem direitos e garantias dotadas de fundamentalidade.²¹

4.3. CONCRETIZAÇÃO, CONFORMAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

A compreensão do que seja concretização, conformação e regulamentação de direitos fundamentais se mostra importante, visto que tais termos são utilizados de forma recorrente na segunda parte do estudo.

Informa Canotilho²² que alguns autores distinguem os termos conformação e concretização. A conformação expressa “a intervenção legislativa no campo dos direitos fundamentais carecidos de regulação”.²³ Já a concretização é a expressão que designa a mediação legislativa no âmbito do direito que não exige a regulação. Nesse caso, a lei “alarga ou concretiza melhor o modo de exercício”.²⁴

Adverte o professor de Coimbra que “a distinção entre conformação e concretização nem sempre é clara, devendo reconhecer-se, por outro lado, que a conformação implica de alguma medida, um pedaço de concretização”.²⁵

A regulação referida, ora designada de regulamentação, objeto da intervenção conformadora se presta a estabelecer as condições de tempo, modo e lugar de exercício dos direitos e garantias fundamentais.

²¹ Miranda (2014, p. 331).

²² Canotilho (2003, p. 1.264).

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Canotilho (2003, p. 1.264).

Nessa esteira, o Estado-legislador concretiza os programas e metas constitucionais, com a observância dos limites materiais negativos, ou seja, sua atividade está sempre submissa as competências, situações ou direitos de proteção a direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

A atividade legiferante de normas infraconstitucionais, por vezes, é instada a *conformar* o conteúdo ou âmbito de proteção das normas de direitos e garantias fundamentais. Isso porque, por vezes, elas carecem de regulamentação que as tornem exequíveis. Nesse caso, a atividade do legislador ordinário exige autorização da Constituição. No Brasil, tal situação é resolvida por meio da reserva legal prevista na CRFB/88.

Quando do âmbito da norma advir um comando efetivo, essa norma se afigura, como anota Miranda,²⁶ como preceptiva. A norma preceptiva pode ser exequível por si mesma ou não. Sendo exequíveis por si mesmas, elas contêm no texto um comando completo que dispensa a complementação (ou regulamentação) legiferante. Não as sendo, há a necessidade de o legislador ordinário regulamentá-las de modo a serem exequíveis. Já as normas programáticas carecem de comandos exequíveis, visto que enunciam tão-somente diretrizes do Estado. Nesse ponto, ressalva Jorge Miranda²⁷ que “quase todas” normas programáticas carecem de exequibilidade.

²⁶ Miranda (2013, p. 304).

²⁷ *Ibidem*.

Disso percebe-se que as normas programáticas necessitam de “concretização” legislativa,²⁸ pois estão vinculadas às instâncias política e administrativa. Ademais, envolvem situações económicas, sociais e culturais subjacentes à Constituição. Já as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas demandam apenas a intervenção do legislador para atualizá-las ou torná-las efetivas,²⁹ para tanto dependem de fatores jurídicos e decisões políticas. Ao contrário das normas exequíveis por si mesmas, cujos comandos “atualizam-se por si só”,³⁰ as normas não exequíveis preceptivas exigem que o legislador ordinário acrescente normatividade aos seus comandos constitucionais.

4.4. DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA

Pois bem, tendo a CRFB/88 dado tratamento idêntico aos direitos e garantias fundamentais, é mister anotar que estes possuem duas dimensões, a saber: dimensão subjetiva e dimensão objetiva. Ambas estão relacionadas aos direitos fundamentais subjetivos e objetivos.

A dimensão subjetiva desses direitos e garantias significa para Sarlet³¹ a possibilidade de seu titular “fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora dos

²⁸ Além de lei as normas programáticas exigem providências administrativas e operações materiais, visto que dependem de fatores económicos e sociais. Miranda (2013, p. 304).

²⁹ Miranda (2013, p. 304).

³⁰ Miranda (2013, p. 305).

³¹ Sarlet (2003, p. 180).

direitos fundamentais”. Isso porque são direitos exequíveis por si mesmos.

Já a dimensão objetiva³² desses direitos e garantias é identificada independentemente de serem ou não subjetivos. A dimensão objetiva revela o interesse de toda a sociedade, que se sobrepõe aos interesses individuais.³³ Esses interesses irradiam sua eficácia a todo ordenamento e servem de parâmetro para a atuação estatal.³⁴

A dimensão objetiva também impõe ao Estado o dever de proteger os titulares de direitos subjetivos fundamentais contra atos a esses intentados por terceiros. Dessa forma, esses direitos vão além da feição de direitos de defesa contra o arbítrio do Estado, visto que se caracterizam como medidas de defesa no âmbito das relações entre particulares, em que podem ocorrer lesões a direitos subjetivos.

4.5. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

José de Melo Alexandrino distingue as duas categorias de direitos, por meio de critérios a saber:

- i) Os direitos de personalidade estão previstos no Código Civil, ao passo que os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição- daí que os

³² Leciona Sarlet (2003, p. 168) que a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais surgiu na Alemanha, em 1958. Nesse ano, a Corte Constitucional desse país decidiu no caso Lüth, que os direitos fundamentais, além da dimensão subjetiva, são dotados de dimensão objetiva na medida em que “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”.

³³ Dessa situação surgiu a ideia de Constituição como uma ordem de valores.

³⁴ Anota Daniel Sarmento (2004, p. 133-158) que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais tem na técnica da “interpretação conforme à Constituição” seu instrumento de controle de constitucionalidade das leis, nomeadamente na seara interpretativa de leis infraconstitucionais que veiculam normas com cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados. Para Sarmento, essa eficácia proporciona a extensão dos direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas.

direitos da personalidade pertençam ao domínio do direito civil e os direitos fundamentais ao do Direito constitucional (sendo regulados, estudados e protegidos pelos institutos, categorias e mecanismos do Direito constitucional); ii) Os direitos de personalidade (por pressuporem relações de igualdade) não têm proteção especial face ao Estado, ao passo que os direitos fundamentais pressupõem sempre um relacionamento directo e uma especial vinculação do Estado, tendo por isso (como há muito ensina o Professor Jorge Miranda) uma dominante incidência publicista; e iii) Se há direitos da personalidade que têm objeto idêntico ao dos direitos fundamentais, há muitos direitos fundamentais que não tem uma relação directa com bens de personalidade [...].³⁵

Como visto, os direitos fundamentais são posições que titularizam situações jurídicas reconhecidas constitucionalmente. Os direitos da personalidade são “posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples fato de nascer e viver”³⁶ e “têm por objeto, não algo exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos ou morais da pessoa”³⁷ ou bens de sua personalidade ou ainda manifestações desta. À medida que esses direitos estão tutelados pela Constituição, eles também adquirem “imediata relevância constitucional, seja a título geral, seja a título especial”.³⁸

Os direitos fundamentais vinculam o Estado, mas os direitos da personalidade nem sempre têm igual vinculação estatal. Percebe-se que em alguns casos essas categorias incidem sobre o mesmo objeto, mas se distinguem quando os direitos de personalidade previstos na Constituição não são por ela rigidamente regidos. Ademais, “há muitos

³⁵ Alexandrino (2011, p. 34-35)

³⁶ Miranda (2013, p. 73).

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Miranda (2013, p. 75).

direitos fundamentais que não têm uma relação directa com os bens da personalidade (é, por exemplo, o caso dos direitos políticos, dos trabalhadores ou dos processuais consagrados na Constituição)”.³⁹

Assim, compreende o presente estudo que o direito de alimentação de crianças e adolescentes previsto no art. 227 da CRFB/88 pertence à categoria de direitos da personalidade tratados na lei civil, de índole humana e com igual objeto ao dos direitos fundamentais. Nesse dispositivo, a alimentação desses jovens recebeu um tratamento tutelar imediato e prioritário.

Por fim, constata-se que a prisão civil do devedor de alimentos do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 não deve ser compreendida como garantia de salvaguarda do direito de alimentação. *In casu* o direito da personalidade tutelado pela Constituição de 1988 é o direito fundamental de liberdade física de devedores, que vincula o poder público e é dotado de incidência imediata. Como será estudado mais à frente, a prisão civil é uma afetação a garantia tutelada no inciso LXVII.

4.6. LIMITES E RESTRIÇÕES

Um dos domínios mais complexos da ciência constitucional versa sobre o regime dos limites e restrições aos direitos fundamentais, afirmou Canotilho.⁴⁰ Isso porque nesse tema residem imensas

³⁹ Alexandrino (2011, p. 35).

⁴⁰ Canotilho em palestra sobre “Garantias e Direitos Individuais”, realizada no Auditório da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em 14 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=h7pU8k0t1nU>. Acesso em: 10 fev. 2016.

divergências teóricas⁴¹ que acabam por acarretar incompreensões acerca dos termos⁴² “limites” e “restrições”. Assim é mister estabelecer os conceitos de limites e restrições de direitos e garantias fundamentais, para fins do presente estudo.

Sobre limites a direitos fundamentais, leciona Alexandrino:⁴³

Consideradas em geral e no exclusivo plano técnico jurídico, as realidades subjacentes de serem qualificadas como limites dos direitos fundamentais (*Grundrechtsschranken*) podem assumir duas feições básicas: (1) ou correspondem a fronteira (*Grenzen*) — demarcações, extremas, confins, balizas — que assinalam normativamente âmbitos não incluídos no objeto

⁴¹ Anota Alexandrino que as divergências teóricas sobre essa matéria envolvem três grandes linhas de entendimentos conflitantes, a saber: a) teoria interna versus teoria externa dos limites; b) teoria ampla versus teoria restrita da previsão; e c) teoria dos direitos fundamentais como princípios versus teoria dos direitos como garantias concretas e pontuais. Segundo o Professor Lisboa, a restrição de direito fundamental para a teoria externa consiste numa ação estatal que atua de fora em relação ao direito, afetando o bem ou o interesse protegido. Nesse caso, o direito fundamental é autonomizado de um lado e de outro são colocadas as restrições. Assim, para que uma restrição intervenha no âmbito de proteção de um direito fundamental é necessário que numa fase prévia se tenha procedido à delimitação do âmbito de proteção do direito. Chama-se âmbito de garantia efetivo ao que sobra depois das restrições. Já para a teoria interna, os limites não seriam dimensões externas, mas sim intrínsecas aos direitos. Desse modo, não haveria espaço para o conceito de restrições, tampouco para a distinção entre âmbito de proteção e âmbito de garantia efetivo. Esta é teoria que consagra os limites imanentes, que são limites intrínsecos no próprio direito. Nessa esteira teórica, ao legislador caberia determinar o conteúdo e os limites de cada direito fundamental. Outrossim, há a divergência existente entre a teoria ampla e teoria restrita da previsão, leciona Alexandrino. Isso porque, a primeira contempla que todas “as hipóteses que possam teoricamente caber na previsão do direito não podem à partida ser excluídas do direito”, ao contrário da segunda, a teorias restritiva, em que subsistem hipóteses teoricamente admissíveis na previsão de direito, mas que não podem ser protegidas pelo direito fundamental quando se submetem a interpretações restritivas. A terceira divergência teórica versa sobre direitos fundamentais como princípios ou como garantias fundamentais. No primeiro caso, direitos fundamentais como princípios são distintos das regras, de modo a se afirmar a admissão de restrições decorrentes dessas diferentes categorias normativas. Nesse caso, se forem normas-regras, ou seja, comandos definitivos, os direitos por ela garantidos não admitem restrições. Ao contrário, se forem princípios como mandados de otimização, os direitos por ela garantidos podem ser restringidos em face do peso de princípios opostos, submetidos a ponderação. Nesse caso, adverte Alexandrino, que existem teóricos defensores dos direitos fundamentais como garantias pontuais que, uma vez delimitadas, não podem ser livremente restringidas por uma possibilidade de ponderação com outros bens ou interesses. Isso porque, neste caso, a ponderação fragilizaria a garantia jurídica que se pretendeu dar a figura dos direitos fundamentais. (ALEXANDRINO, 2011, p. 119-120).

⁴² Alexandrino (2011, p. 117).

⁴³ Alexandrino (2006b, p. 458-459).

ou no conteúdo do direito ou (2) correspondem a normas constitucionais que constituem fundamento (*Grund*) para operações de delimitação do objeto ou do conteúdo do direito ou para posteriores restrições, intervenções restritivas ou outras formas legítimas de afectação do direito. Na primeira hipótese, os limites são grandezas negativas que tanto podem estar enunciadas numa norma (regra ou princípio) constitucional, como numa disposição legal ou ainda numa regra do caso. Na segunda hipótese, os limites são, antes de mais, grandezas positivas que têm de ser protegidas [...] daí o seu potencial de ditar e justificar, em abstracto ou em concreto, compressões a outras grandezas constitucionais, nomeadamente aos efeitos das normas dos direitos fundamentais com elas colidentes [...]. As duas modalidades de limites têm em comum sua qualidade de normas e o seu efeito de exclusão (real ou potencial) da protecção constitucional.^{44 45 46}

Acrescenta, o professor Alexandrino⁴⁷ que os “limites são normas que, de forma duradoura (*Grundrechtsschranken*), excluem directamente âmbitos ou efeitos de protecção ou que são fundamentos suscetíveis de afectar as possibilidades de realização de normas jusfundamentais”.^{48 49} Eles podem ser tipificados⁵⁰ como: 1) regras ou princípios; 2) normas

⁴⁴ Na teoria de Robert Alexy (*apud* ALEXANDRINO, 2006b, p. 461), os limites dos direitos fundamentais são normas cuja realização restringe princípio jusfundamentais e como esses direitos são normas constitucionais eles só podem ser restringidos por normas de igual hierarquia, ou, ainda, quando autorizadas por elas.

⁴⁵ O professor José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 266) rejeita o modelo teórico de Alexy quanto a compreensão de direitos fundamentais como princípios, que, para ele, “podem vir a ser limitados, comprimidos, restringidos ou até sacrificados, segundo o critério de ponderação e de harmonização, para satisfazer outros valores ou direitos, em situação de conflito”.

⁴⁶ Para Andrade (2012, p. 271), “os direitos fundamentais têm os seus limites imanentes, isto é, fronteiras definidas na própria constituição que os cria e recria”. Nesse caso, os limites imanentes delimitam o âmbito da norma, são intrínsecos ao próprio direito. Tanto os limites quanto o conteúdo dos direitos fundamentais são determinados pelo legislador.

⁴⁷ Alexandrino (2006b, p. 467).

⁴⁸ Segundo Reis Novais (*apud* ALEXANDRINO, 2006, p. 466) as “restrições são os novos limites que num momento posterior, se colocam ao conteúdo previamente delimitado de um direito fundamental”.

⁴⁹ “Em termos abreviados, os limites são normas que excluem a protecção ou afectam as possibilidades de realização de um direito fundamental” (ALEXANDRINO, 2011, p. 122).

⁵⁰ *Ibidem*.

gerais e individuais; e 3) constitucionais ou infraconstitucionais. Os limites constitucionais podem ser diretos ou indiretos, conforme a previsão da Constituição imediata ou não da definição e delimitação do objeto, ou do âmbito normativo do direito, ou da mediata afetação do seu conteúdo garantido. Quando os limites constitucionais são indiretos, eles podem estar contidos em cláusulas explícitas ou implícitas.⁵¹

No conceito de restrição, três elementos se destacam, quais sejam: a presença de uma atuação estatal, a sua vocação normativa e o efeito de compressão sobre o conteúdo ou efeito de proteção de um direito fundamental previamente delimitado. Dessa maneira, as restrições são “modalidades de intervenção do Estado legislador num direito fundamental”.⁵² Elas se caracterizam como “modificações dos níveis de proteção precedente e o que dela resulta é a fixação do âmbito de proteção efectivo do direito”.⁵³

Leciona o professor⁵⁴ que a restrição é uma “realidade unitária” distinta do conceito de limite, da figura da delimitação do âmbito de proteção e do conceito de intervenção restritiva. Desse modo, limite seria uma norma e a restrição uma ação. Os limites constitucionais são autojustificáveis e estão imediatamente referidos à decisão do conjunto do legislador constituinte. Já as restrições encontram justificação por referência a esses limites. Os limites, por vezes, precedem a restrição.

⁵¹ Por fim, subsiste a situação especial afeta ao conceito de limite, quando se projeta as condições reguladoras do “exercício de um direito previamente delimitado” (ALEXANDRINO, 2011, p. 123).

⁵² Alexandrino (2011, p. 123).

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

Nessa condição são ditos como o fundamento da restrição. Outras vezes, os limites são estabelecidos pela própria restrição.

Assim, conclui-se que os limites são unidades normativas e as restrições são intervenções.

A restrição tem como pressuposto, além das normas limites, “outras normas de competência, de processo e de forma”.⁵⁵ Como intervenções, as restrições ainda observam os chamados limites dos limites.⁵⁶ Ademais, estas distinguem-se da figura da delimitação de proteção, que se presta a sinalizar os limites intrínsecos, ou, em qualquer caso, diretamente extraídos por interpretação das normas constitucionais, que circunscrevem o objeto do direito, marcando suas fronteiras externas.

Outrossim, observa Alexandrino⁵⁷ que nem todas as intervenções do Estado sobre direitos configuram-se restrições. Essas são afetações legítimas. Todavia, existem intervenções diversas das restrições, a exemplo das intervenções que apenas condicionam ou regulamentam um direito, ou que concretizam uma norma não exequível, ou quando configuram “um direito carecido dessa cunhagem legislativa”,⁵⁸ ou quando as intervenções visam apenas desenvolver e facilitar o exercício dos direitos.

⁵⁵ Alexandrino (2011, p. 124).

⁵⁶ Os “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*) são balizas impostas pela Constituição a atividade legiferante, que não podem afrontar o âmbito normativo efetivamente protegido dos direitos e garantias fundamentais.

⁵⁷ Alexandrino (2011, p. 124).

⁵⁸ Alexandrino (2011, p. 124).

Acrescenta ainda o professor⁵⁹ ⁶⁰ que:

[...] uma vez delimitado o âmbito de proteção e tendo concluído que medida legislativa cai naquele âmbito, é necessário saber se a medida em causa vai efetivamente comprimir as faculdades ou efeitos amparados pelo direito, na medida em que nem sempre a introdução de certos constrangimentos tem como resultado uma efetiva diminuição das faculdades protegidas pelo direito, mas tão-só as condições de tempo, modo e lugar de exercício.

Por fim, deve-se anotar que as restrições podem ser expressamente ou não expressamente autorizadas pela Constituição.⁶¹ No caso em estudo, a prisão civil não é medida resultante de ponderação de princípios casuísticos aferíveis pelo julgador e sim uma restrição expressamente autorizada pelo legislador constituinte, que a justificou na regra do inciso LXVII ao referenciar seus limites.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Essas situações são designadas, por alguns, como limitações, todavia, adverte o Professor, que uma limitação pode se transformar em restrição, a exemplo desta operar numa redução de efeitos da norma que se situa para além do que deve se considerar como uma norma exercício de direito (ALEXANDRINO, 2011, p. 125).

⁶¹ Alexandrino (2011, p. 125).

5

OS PRINCÍPIOS COMO NORMA DE DECISÃO

Hoje, os princípios são percebidos como normas de decisão, mas nem sempre foi assim. Para alcançar tal patamar, percorreram diversas fases ao longo da história. Bonavides¹ destaca três delas, a saber: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Na primeira, os princípios eram diretrizes de justiça e não uma categoria normativa.² Na segunda, ainda não havia um reconhecimento expresso dessa categorização, mas os princípios serviam de instrumental da interpretação, em especial, diante de lacunas.³ Somente na terceira fase eles foram tidos como normas de decisão, nos moldes praticados na atualidade.

Nessa última fase, primeiramente, o direito foi identificado como legalidade formal,⁴ desprovido de critérios de justiça moral. Depois, esse direito foi responsabilizado pelos horrores da Segunda Guerra Mundial.⁵ Ao fim, argumentou-se que a separação entre direito e moral era uma chaga a ser corrigida dogmaticamente, em prol da humanidade.

Assim, a moral, como critério de justiça, e o direito seriam indissociáveis. A moralidade estaria presente em princípios, os quais

¹ Bonavides (2015).

² *Ibidem*, p. 264-265.

³ *Ibidem*, p. 267.

⁴ *Ibidem*, p. 269-270.

⁵ García Amado (1991).

deveriam ser considerados como normas pelos juízes, de modo a validar decisões. Nesses termos, os princípios seriam a expressão da moralidade pública, fundamentos de validade de decisões judiciais.

Dentre os autores dessa fase estão Ronald Dworkin e Robert Alexy, que desenvolveram teorias sobre a força normativa dos princípios. Isso significa dizer que a moralidade é fonte do direito e, portanto, é razão de decidir. Tais como as regras ou os precedentes jurisprudenciais, os princípios também são padrões normativos que fundamentam decisões. A ideia desses autores, era evitar juízos discricionários.⁶

5.1. OS PRINCÍPIOS DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

Na perspectiva dworkiniana, princípios são normas de equidade e de moralidade vinculantes, ínsitas as exigências de justiça.⁷ Eles têm um grau de abstração diverso das regras, que permitem ou proíbem condutas, e são ou não cumpridas.⁸ Sua função é de conduzir o argumento decisório em dada direção^{9 10} e, para serem satisfeitos em diferentes níveis, são aplicados conjuntamente, mediante ponderação.

Pela ponderação aplica-se um princípio, dentre outros, na solução de um problema concreto. Em outro caso, a solução poderá ser outra. O

⁶ DWORKIN, (2002, p. 127).

⁷ Para Dworkin, princípio é um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (DWORKIN, 2002, p. 36).

⁸ Nessa linha, as regras não são ponderáveis no caso concreto, como o são os princípios, já que são aplicáveis consoante o critério hierárquico, prevalecendo a de maior hierarquia, ou em face da especialidade, rejeitando-se a mais geral, ou pelo critério cronológico, em que deverá prevalecer a mais recente. (DWORKIN, 2002, p. 39).

⁹ Dworkin (2002, p. 41).

¹⁰ Eles “inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva” (DWORKIN, 2002, p. 57).

mesmo princípio pode ser afastado, diante da particularidade de questão diversa. Em suma, um princípio pode ser aplicável, por ser válido para um caso concreto e, em outro, inválido.

Para Dworkin, princípios são normas que possuem uma dimensão de peso ou de importância desconhecidas previamente, já que é o caso concreto que dirá qual ou quais princípios que terão mais peso e serão mais importantes para a solução de dada controvérsia.¹¹ É a partir da argumentação judicial que essa construção valida o conjunto dos princípios reunidos, sem precisar invalidá-los individualmente.¹² Com isso, o juiz encontrará a única solução correta para resolver o conflito.

A diferença entre regras e princípios de Dworkin serviu de base para a teoria de Robert Alexy sobre direitos fundamentais. Essa teoria estrutura tais direitos, por meio de regras ou princípios.

Alexy define princípios como mandados ou comandos de otimização, ou seja, exigem a realização da melhor decisão possível, consoante às possibilidades fácticas e jurídicas do caso concreto.¹³

Tal como Dworkin, Alexy percebe que os princípios se limitam reciprocamente, para que seja mantido um equilíbrio entre eles. A máxima realização do conjunto de princípios opera pela concretização de cada um deles, em diferentes graus e níveis, o que não ocorre com as regras, que são aplicáveis ou não.

Assim, para esse autor, as regras estabelecem consequências jurídicas definitivas e os princípios, consequências *prima facie*. A colisão

¹¹ Nesse ponto, a teoria é criticada por Luís Virgílio Afonso da Silva (2003).

¹² Dworkin (2002, p. 127).

¹³ Alexy (2007, p. 64).

entre princípios, por sua vez, resolve-se por meio da ponderação¹⁴ mediante uma relação de precedência construída para o caso concreto.

5.2. A IMPORTAÇÃO BRASILEIRA DE DWORKIN E ALEXY

Com a importação das ideias de Dworkin e Alexy, os princípios passaram ser as normas das normas e o centro da discussão judicial sobre a moralidade no país.

Os princípios são manejados pelos tribunais pátrios, como razão de decidir contra as normas convencionadas pela sociedade e é nesse contexto que a interpretação judicial da prisão civil se afastou do disposto no texto constitucional.

A proposta construtivista de Dworkin, em *Levando os direitos a sério*, para eliminar o modelo de regras e construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas práticas, foi encampada pela jurisprudência pátria. Sua concepção de princípio como norma finalística ocupou definitivamente o coração da comunidade jurídica brasileira, de modo que a aplicabilidade dessa categoria normativa passou a autorizar a reformulação conceitual de “regras” por ser uma exigência de justiça.

A proposta dworkiniana aportou no país e ganhou muitos adeptos. A crença de que as regras da fase positivista teriam sido sepultadas foi reforçada com a importação da teoria da proporcionalidade de Alexy.

¹⁴ “Completamente de outra forma são as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, só ou podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, fixações no espaço do fática e juridicamente possível. Elas são, por conseguinte, *mandamentos definitivos*. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, mas a subsunção” (ALEXY, 2007, p. 64).

Para essa teoria, princípios em rota de colisão devem ser submetidos aos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. No entanto, em muitos casos, no Brasil, a proporcionalidade é empregada no sentido de equidade, bom senso, justa medida e direito justo. Não há ordem de precedência¹⁵ construída à luz do caso concreto, o que há é a escolha de um princípio a ser aplicado tal como uma norma portadora de consequência jurídica definitiva.

Como visto, os modelos ponderativos de Ronald Dworkin e de Robert Alexy são diferentes. A aplicação de cada um deles produz resultados diferentes. Já a combinação de ambos, como se faz no país, consiste num modelo singular, sendo, por isso, denominado neste estudo de *ponderação à brasileira*, no subitem 7.3.

¹⁵ Nesse ponto reside a crítica de Humberto Ávila, quando diz que “a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado de juízo valorativo do aplicador” (ÁVILA, 2003, p. 162).

6

A CONSTITUIÇÃO É LEI!

A interpretação constitucional, doutrinária e jurisprudencial, levada a efeito no Brasil parte da concepção de que Constituição de 1988 é “uma ordem de valores jusfundamentais, alicerçados na dignidade humana, que se destinaria a operar como estatuto jurídico dos cidadãos, no quadro de uma sociedade livre, justa e solidária”.¹ Dessa maneira, os tribunais brasileiros manejam os princípios, como argumento de justiça, crenes de que esse “modelo de justiça” legitima a discricionariedade e o ativismo judicial. Essa infeliz realidade foi objeto de abordagem da Súmula n. 309, do STJ, na parte contextual do estudo.

A tentativa de implementação desse modelo “neoconstitucional” no Brasil, que se diz “positivo”, não logra êxito em legitimar-se como dogmática teórica da Constituição. Isso porque, por meio de discursos de índole moral e política, não é possível retratar a realidade tal como ela é. O *modus operandi* desse “modelo” insiste em dar uma interpretação à Constituição de 1988 um significado que ela verdadeiramente não tem.

Nessa esteira, percebe-se que o Poder Judiciário brasileiro segue uma “*ideologia constitucional*, carente de qualquer pretensão de cientificidade”.² Isso ocorre, segundo o professor Blanco de Moraes,³

¹ Moraes (2014, p. 313-314).

² Moraes (2014, p. 415-416).

³ *Ibidem*.

quando tal opção ideológica se presta para atingir estratégias orientadas “para a alteração do direito, através da captura do pensamento jurídico dominante nos tribunais, instigando-os a utilizar abusivamente a via interpretativa como instrumento de alteração substancial da própria Constituição”.

A ideia de que a Constituição brasileira é uma carta de valores nada tem de científico. A bem da verdade, “trata-se de um intento de captura ou de desfiguração da Teoria da Constituição, que coloca em questão as bases estruturantes do constitucionalismo: separação de poderes e respeito pela vontade democrática do legislador”.⁴ A “desordem de valores” decorrente da “opção ideológica” atualmente adotada pelos tribunais brasileiros está a desestruturar a moldura reitora do Estado, na medida em que o próprio Poder Judiciário se desvincula de suas competências institucionais e contraria as diretrizes da Constituição de 1988.

O presente estudo repudia a prática de atos atentatórios a comandos do texto constitucional eleito em processo democrático e consensualizado, como é o caso da interpretação dada pelos tribunais à norma em estudo, dotada de fundamentalidade e imediatismo. A vinculação estatal ao catálogo de direitos e garantias fundamentais da pessoa não se alinha à ideia de “carta de valores”.

Sobre o tema, vejamos a lição de Blanco de Moraes:⁵

⁴ Moraes (2014, p. 415-416).

⁵ Moraes (2014, p. 413).

A premissa maior de uma aceção contemporânea da Constituição rígida parte do postulado de que a Constituição é lei, na medida em que as normas vinculam os demais atos jurídico-normativos e o respeito por essa vinculatividade é salvaguardada pelos tribunais. É esse estatuto de norma subordinante que lhe confere uma posição única no ordenamento estatal como norma de referência das demais. A Constituição é direito não meramente pressuposto ou intuído, mas direito posto ou decidido através de um ato constituinte fundado na vontade soberana do povo tendo por fim a organização jurídica da sua unidade política e ajustado, gradualmente, ao devir, através de leis de revisão constitucional e de uma interpretação evolutiva.

A CRFB/88 é lei⁶ e não admite ideologias oportunistas que alterem as normas estruturantes do Estado, ao argumento de que sua interpretação concretiza valores delas extraídos subjetivamente. No caso da norma restritiva do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88, é inaceitável que o Judiciário brasileiro viole o direito fundamental de liberdade por meio de interpretações extensivas.⁷

6.1. CONCEÇÃO JURÍDICO-POSITIVA ADOTADA

O estudo perfilha-se a linha doutrinária do professor Blanco,⁸ por entender que:

A componente dogmática da Teoria da Constituição assenta na descrição objetiva da Lei Constituição posta deve ser diferenciada das teorias ou doutrinas constitucionais que, integrando o halo complementar ou

⁶ “A Constituição não nasce por si mesma ou para si mesma, mas surge antes de um ato de vontade, como moldura jurídica de unidade e organização política e social de um ente estatal. O Estado precede, em muitos casos, a Constituição moderna” (MORAIS, 2014, p. 417).

⁷ A interpretação da restrição do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 será tratada no subitem 8.3.

⁸ Morais (2014, p. 416).

instrumental da mesma Teoria, se limitam a fundamentar o fenômeno constitucional e analisar criticamente a Ciência do Direito Constitucional em base de certos influxos políticos ou filosóficos. E o facto é que as teorias constitucionais só logram fazer integrar os seus contributos na Teoria Geral quando os mesmos, depois de sujeitos à prova do tempo, da verificação e do debate, logram obter um consenso alargado quanto à sua aceitabilidade no plano dogmático. Essa decomposição morfológica da Teoria da Constituição, numa *Teoria Geral* e em teorias constitucionais, resulta ser *essencial para que, quer no plano doutrinário, quer no jurisprudencial, existam padrões referenciais, nomenclaturas e um léxico com carácter comum que permitiam às diversas correntes ou teorias constitucionais reportarem-se ao mesmo objeto, fazerem-se entender junto do poder e da sociedade e dialogarem entre si. O contrário significaria uma Babel constitucional de qualquer cientificidade no universo do Direito.*

Impõe-se a observação detida da descrição da norma do inciso LXVII do art.5º da CRFB/88, sob pena de sua incompreensão. Adota-se, para tanto, a concepção jurídico-positiva que descreve o fenômeno do direito tal como ele é⁹ e não como deveria ser, com faz o “pós-positivismo” da Babel constitucional brasileira. Tal concepção, como diz Blanco de Moraes,¹⁰ “interessa descrever e comprovar o modo como, esgotado o momento constituinte, a Constituição, como Lei estruturante do poder e sociedade, modela o Estado, definindo seus fins e estabelecendo vias e procedimentos para os preencher”.

O “momento constituinte” referenciado será analisado a seguir. Antes disso¹¹ é importante compreender que a Constituição é o resultado da vontade decisória dos cidadãos. São eles os partícipes do

⁹ Moraes (2014, p. 417).

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ No subitem 6.1.1.

processo de feitura de normas constitucionais reitoras de suas vidas. São eles que decidem discricionariamente. Essas decisões não são jurídicas, mas “decisões políticas, que foram apuradas pelo critério da maioria”¹² durante o processo democrático instaurado para elaborar a lei fundamental do seu país.

As “decisões majoritárias eleitas pelos cidadãos sobre as normas fundantes do Estado”¹³ vinculam os poderes constituídos e toda a sociedade. Ao processo político democrático é adicionado ao consenso, que é “um processo argumentativo entre os membros da sociedade”.¹⁴ O processo do consenso “perpassa por dissensos até lograr precário consentimento” quanto as normas eleitas pelos “indivíduos autorizados a tomar decisões vinculativas em nome do grupo social”, segundo “o *modus operandi* de escolha desses mesmos indivíduos”.^{15 16}

O processo do consenso social sobre as normas fundantes do Estado quando adicionado ao processo político democrático faz emergir o Estado Democrático de Direito. Assim, o processo estruturador da ordem positivada na lei fundamental do Estado brasileiro não pode ser preterido por decisionismos judiciais defraudados por “intérpretes” desprovidos de “mandato democrático”. O Brasil como Estado

¹² Casali (2015, p. 19-20).

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Casali (2015, p. 26).

¹⁵ Casali (2015, p. 27).

¹⁶ “As decisões políticas consensualizadas, aferidas pelo critério de apuração da vontade da maioria, são expressas periodicamente em eleições livres por sufrágio universal. É aqui que o dissenso surge como elemento vitalizador do consenso democrático. O dissenso, desde que mantido no esquadro das ‘Regras do Jogo’, não é destruidor, mas solicitador da sociedade como adverte Bobbio. Por meio de disputas, conflitos ou negociações, se chega ao consenso, ainda que mínimo. A partir da observância desse processo surge o consentimento dos partícipes envolvidos, que dará legitimidade ao sistema político democrático” (CASALI, 2015, p. 27-28).

Democrático de Direito não pode ser reduzido a um Estado de “bacharéis de Direito”.¹⁷

Isso posto, é mister afastar por meio da concepção jurídico positiva qualquer pretensão de burla da estrutura normativa da Constituição de 1988, arrimada na ideia de ponderação de princípios.¹⁸

6.1.1. A NORMA DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CRFB/88 E O PODER CONSTITUINTE

A garantia de vedação da prisão civil por dívidas é resultante da decisão do Poder Constituinte Originário, nos moldes da opção política ideológica por este eleita.¹⁹ Trata-se de decisão que prescinde de ponderações. Isso porque o Poder Constituinte Originário DECIDE, sem observar “os limites jurídicos pré-existentes, porque brota de forma existencial de força dos factos, porque é legitimada pela vontade de popular e porque cria as traves-mestras da unidade política do Estado”.²⁰ Não há, portanto, sujeição a ponderações ou qualquer outro

¹⁷ É sabido, como adverte Blanco de Moraes (2014, p. 418), que: “A Lei Fundamental não possui vida própria em face da realidade que regula. Contudo, ela é sujeita a revisões periódicas e, igualmente, a interpretações com caráter evolutivo e mutações informais que vão modelando e alterando a relação de sentido das normas sem alterações textuais. No universo das correntes suprapositivistas, enquanto uns aceitam o fenômeno das transformações informais acabada de descrever, conquanto aquelas não bulam com os valores fundamentais da sua teologia constitucional, outros limitam-se a legitimar o fenômeno, retorcendo e diluindo os critérios jurídicos de interpretação à medida de um decisionismo judicial que entendem ser profícuo. Já o positivismo descreve o fenômeno e procura traçar, na especialidade, limites jurídicos à sua admissibilidade, à luz dos princípios estruturantes do constitucionalismo, como o princípio do Estado de direito, da separação de poderes e da democracia”.

¹⁸ A concepção jurídico positiva (ou positivismo) é adotada no estudo e designada no subitem 7.4.1. como uma dogmática responsável.

¹⁹ Ver subitem 3.4. Nessa parte da dissertação, foi estudado o processo de feitura da norma do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88, durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987.

²⁰ Moraes (2014, p. 420).

limite ao Poder Constituinte. Por isso, se diz que esse Poder é incondicionado.

A incondicionalidade do Poder Constituinte, na feitura do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88, fulmina a tese abolicionista da prisão civil das dívidas alimentares. Por vontade popular, em Assembleia Nacional Constituinte de 1987, foi decidido que essa modalidade prisional, quando decorrente de dívida de índole alimentar no âmbito familiar, alçaria ao patamar constitucional.

A abolição da prisão civil não foi acolhida pela maioria dos cidadãos no processo político democrático e consensualizado. A questão foi objeto de debate na Assembleia de 1987, mas não logrou consenso mínimo.²¹ Como demonstrado no processo de feitura do inciso LXVII, os congressistas tinham ciência de que essa modalidade prisional se tratava de medida última do ordenamento jurídico, a qual o “organismo judicial só deve recorrer no caso de necessidade de proteção à família”.²²

Sem razão, portanto, a afirmação de André Ramos Tavares²³ de que excepcional restrição do inciso LXVII deveria “ser igualmente expressa”²⁴ a vedação de prisão civil regrada no mesmo dispositivo. A prisão civil do devedor de alimentos autorizada pelo legislador constituinte, como expressão incontestável da vontade do povo, é última e excepcional contida em norma constitucional.

²¹ Subitem 3.4.

²² Conforme Emenda 5.427, no processo de feitura do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88.

²³ André Ramos Tavares, comentário ao art. 5º, caput. (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 213).

²⁴ *Ibidem*.

Os legisladores constituintes, ao elaborarem o inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88, fizeram constar no seu âmbito normativo a vedação da prisão civil por dívidas, excluindo deste a dívida de caráter alimentar. Assim, a autorização da restrição por meio da prisão é o que a constituição descreveu de modo expreso. Nada mais pode lhe ser acrescentado, sob pena de serem ampliados os limites do poder punitivo estatal acarretando, conseqüentemente, a redução da tutela garantidora do direito fundamental de liberdade.

“É certo que existem limites políticos, religiosos, culturais, tradicionais, e internacionais que os arquitetos do processo constituinte observam, subjetiva ou coletivamente. Trata-se, contudo de limites estruturais de natureza metajurídica”, como ensina Blanco de Moraes.²⁵ Tais limites, entretanto, não se convolam em “padrões jurídicos” e, sob a ótica da concepção jurídica-positiva adotada, não vinculam o Estado e a Sociedade.

Nesse ponto, merece nota a emenda 512, apresentada pelo constituinte Francisco Rollemberg, no processo de feitura do inciso LXVII, como justificativa da existência da prisão. Essa emenda diz: i) à alimentação faz parte do mínimo necessário ao pleno exercício do direito à existência digna, que é dever do Estado garantir; ii) os alimentos são elementos necessários à sobrevivência; iii) devem os parentes próximos, consanguíneos ou afins, serem compelidos a pagá-los, pois se foram condenados judicialmente a prestá-los é porque tem possibilidade de fazê-lo; e iv) diante do conflito entre a preservação da

²⁵ Moraes (2014, p. 424).

liberdade individual ou da garantia o direito à sobrevivência opta-se por este último.

Dessume-se da emenda proposta que o congressista Rollemberg utiliza o termo alimentos para designar alimentação. Ademais, ao dizer que tal recurso deve ser garantido pelo Estado, por se tratar do mínimo necessário à existência digna, contradiz-se, pois, logo em seguida, afirma que devem os parentes próximos, consanguíneos ou afins, serem compelidos a custeá-lo. Percebe-se, ainda a imprecisão técnica da afirmação de que os “alimentos” são necessários a “existência digna”. Nesse aspeto, Rollemberg confunde existência digna com “sobrevivência”. Acrescenta, por fim, que a prisão de familiares é a opção eleita para garantir “o direito à sobrevivência”, quando anteriormente afirmou que essa garantia é dever do Estado.

A emenda apresentada pelo referido congressista inspira-se em valores extrajurídicos. Sua redação desprovida de técnica jurídica não deixa dúvida disso. Isso é natural no processo político de feitura da Constituição. Contudo deve-se observar que tais valores não se transformam em normas positivadas se não lograrem um consenso mínimo, a exemplo da emenda que propunha a extinção da prisão em estudo. Os valores mencionados não integram as “regras do jogo”. É a soberania do Poder constituinte,²⁶ assentada no processo democrático consensualizado, que decide transportá-los aos comandos normativos da constituição. Estes sim vinculam os poderes públicos e toda a sociedade.

²⁶ Morais (2014, p. 424).

6.1.2. A IDEIA DE “VALORES PONDERÁVEIS” EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE DO ESTADO SOCIAL BRASILEIRO

Ao estruturar a ordem jurídica do país, a Constituição de 1988 estabeleceu, na seara dos direitos e garantias fundamentais, o estatuto da pessoa no seu art. 5º. É ele que baliza as relações do Estado com os indivíduos, assim como as relações destes entre si.

A mítica de que a prisão civil do devedor de alimentos deve ser aplicada mediante a ponderação casuísta de valores-princípios “vida” e “liberdade” não se coaduna com a estrutura normativa da CRFB/88. Por se tratar de uma norma-regra restritiva de liberdade, não pode ser tida como princípio, objeto de ponderações particularistas usurpadoras de tutela protetiva das liberdades.

O perfil assistencial do Estado brasileiro se revela pelas diretrizes sobre políticas públicas e sociais discriminadas de modo detalhado ao longo do texto da CRFB/88.²⁷ Por isso, afirma André Ramos Tavares²⁸ que:

[...] não é de todo desarrazoado o questionamento sobre o dever de fiscalização e instrução das próprias autoridades estatais. Ou seja, não basta a determinação liberal clássica, de não interferência estatal, mas também uma conscientização prévia para o que o comportamento dos agentes estatais seja compatível com esse nível de exigência constitucional.

²⁷ Segundo Blanco de Moraes (2014, p. 110) “o Estado Social adita uma missão de intervenção pública na área social, assumindo um perfil assistencial ou, segundo alguns, de Estado Providência. Podendo as políticas pública de ordem econômica e social podem ser desenvolvidas pelos poderes eleitos, sem a necessidade de decorrerem de imposições constitucionais”, a exemplo dos Estados Unidos da América ou do Reino Unido. Em outros países essas políticas “são reconduzíveis a uma cláusula geral de Estado Social”, a exemplo da Alemanha. Há ainda ordenamentos estatais que detalham as políticas sociais em suas Constituições, como é o caso do Brasil e de Portugal.

²⁸ André Ramos Tavares — comentário ao art. 5º, caput. (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 214).

É preciso que o Estado observe o extenso programa previsto na Constituição de 1988 e atue tanto negativa, como positivamente. A Constituição brasileira possui feição programática e dirigente.²⁹ Nela, esclarece Paulo Gustavo Gonet Branco³⁰, estão contidas as “metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e económico”.

Na Constituição de 1988, o Brasil assumiu-se como um Estado-Providência ou Estado-Social. Essa constituição dirigente não deixou ao alvedrio dos poderes constituídos a eleição de valores ou de opções políticas ao programar detalhadamente o ideário de um Estado Social de Direito.³¹

A teoria da Constituição dirigente, segundo Canotilho,^{32 33} procura associar às normas constitucionais as tarefas do Estado, cujo “*fundamento é a Constituição que pretende decidir vinculativamente sobre as tarefas de todos os órgãos e titulares dos poderes públicos*”.³⁴

²⁹ Sobre o perfil dirigente da Constituição brasileira, Canotilho destaca que: “a centralidade ainda é do texto constitucional, que é carta de identidade do próprio país, que são estes direitos, apesar de pouco realizados, que servem como uma espécie de palavra de ordem para a própria luta política”. In: A Constituição Dirigente e a Constituição de 1988. Disponível em: agu.gov.br. Acesso em: 7 dez. 2015.

³⁰ Branco (*apud* MENDES; BRANCO, 2011, p. 73).

³¹ Segundo o magistério de Blanco de Moraes (2014, p. 110) o “Estado Social consiste num modelo de organização coletiva que pressupõe o cometimento aos poderes públicos de tarefas de promoção ativa do bem-estar dos cidadãos, nomeadamente, reduzindo as desigualdades de oportunidades e de rendimento, garantindo prestações económicas, sociais e culturais básicas e regulando a ordem de bens económicos e ambientais”.

³² A Constituição Dirigente e a Constituição de 1988. Disponível em: agu.gov.br. Acesso em: 7 dez. 2015.

³³ Nas palavras do professor de Coimbra, “[...] a teoria da constituição assume-se como teoria da constituição dirigente enquanto problematiza a tendência das leis fundamentais para: (1) se transformarem em estatutos jurídicos do Estado e da sociedade; (2) se assumirem como norma (garantia) e tarefa (direcção) do processo político-social”. A Constituição Dirigente e a Constituição de 1988. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/580098>. Acesso em: 7 dez. 2015.

³⁴ Segundo o seu idealizador, será que a teoria da constituição dirigente se mantém viva? Senão vejamos o que disse Canotilho a esse respeito: “Em síntese, a minha resposta é esta: posso estar aberto a outros modos de concretização e de legalização do dirigismo constitucional, mas não estou aberto,

Assim, os poderes constituídos estão vinculados as tarefas determinadas pela Constituição de 1988,^{35 36 37} não podendo, por consequência, transformá-las em valores ponderáveis. O extenso catálogo de direitos e garantias individuais do seu art. 5º é “fisiologicamente, um adversário do sistema de ponderação”, como ensina Alexandrino.³⁸

Veja-se que no Capítulo I, do Título II, da Constituição de 1988, estão elencados os direitos e garantias individuais. Dentre eles estão os direitos à vida e à liberdade. O direito à vida, segundo André Ramos Tavares,³⁹ “em termos técnicos rigorosos, constitui enunciado dirigido ao Estado, especialmente, no caso brasileiro, ao Estado em seu aparato policial-repressor, para que respeite o direito de viver de todo indivíduo”. Tavares⁴⁰ diz que uma das ocorrências mais intensas dessa proteção é a vedação de prisão por dívidas, que assumiu o caráter expresso no inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88.

de forma alguma, à liquidação dessas dimensões existenciais que estão subjacentes à directividade constitucional. Concorro que devemos ver o que, histórica e culturalmente, originou este carácter dirigente. Penso que o desafio da Constituição dirigente não é o de torná-la rígida, devendo admitir-se que ela pode ser modulada de outra maneira, de acordo com as evoluções e as inovações. Mas os princípios básicos que estou a comentar não se discutem, porque eles são inerentes à nossa própria mundividência subjetiva (a ideia de realização histórica da pessoa humana)”. A Constituição Dirigente e a Constituição de 1988 Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/580098..> Acesso 7 dez. 2015.

³⁵ Nessa esteira, os poderes constituídos, nomeadamente o poder legislativo, no desempenho de suas atividades estatais, estão vinculados a tais programas, sendo-lhes vedado contrariá-los.

³⁶ Atos contrários as diretrizes e programas constitucionais estão eivados de vício de inconstitucionalidade.

³⁷ Nesse ponto, anota Canotilho que “a Constituição dirigente e vinculação ao legislador são institutos jurídicos diferentes”. A Constituição Dirigente e a Constituição de 1988. Disponível em: [agu.gov.br](https://www.agu.gov.br). Acesso em: 7 dez. 2015.

³⁸ Alexandrino (2006b, p. 477, nota de rodapé 2045).

³⁹ André Ramos Tavares (*apud* CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 213).

⁴⁰ *Ibidem*.

Nessa esteira, a vedação de prisão civil por dívidas identifica-se como uma liberdade negativa,⁴¹ imponderável em face de princípios eleitos casuisticamente. Leciona Blanco de Moraes⁴² que:

A Constituição pode, ou não, como ensina Hart, refletir valores políticos ou morais nas suas normas, mas esses valores carecem de juridicidade e apenas relevam para efeito da percepção do conteúdo das normas que os incorporem estando sujeitos, sobretudo no domínio ético, a modificações expressivas ditadas pela evolução social e cultural numa sociedade pluralista. Por isso mesmo, a Constituição não pode ser definida, política e juridicamente, como uma Carta de valores, como sustentam certos autores suprapositivistas mas antes, como um conjunto de normas jurídicas, cujos bens e interesses que tutelam pode, ou não, representar valores. A Constituição incorpora nas suas normas jurídicas princípios jurídicos, mas também não é definível como um grande aglomerado de princípios, dado que, a par destes, pontificam regras, sem as quais seria impossível organizar o poder político. Uns e outros são direito positivo o qual deve ser alterado, aplicado e interpretado de acordo com os critérios próprios da dogmática jurídica.

A ideia de princípios ou valores ponderáveis contidos na Constituição de 1988 é o *modus operandi* utilizado pelo Poder Judiciário para lograr a concretização do “Estado Social”. O Brasil, um país que vive um “constitucionalismo periclitante”,⁴³ busca realizar políticas públicas de sua Constituição dirigente por meio de uma “jurisprudência de valores” tão infantilizada quanto a sua democracia.

⁴¹ Sobre o tema, ver subitem 7.1.

⁴² Moraes (2014, p. 413-414).

⁴³ Bonavides (2015, p. 498).

É nessa esteira que a interpretação da norma restritiva do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88, como fonte de princípios, visa a concretização do programa social do art. 227 da Constituição.

6.1.3. A CONSTITUIÇÃO VIVENTE NÃO SE PRESTA PARA SUBVERTER A NORMA CONSTITUCIONAL.

É certo que a Constituição como o passar dos tempos revela-se mais do que uma decisão legislativa emanada do processo político democrático e isso demanda sua atualização, seja por parte do poder legislativo ou do poder judiciário. Isso é assim para que a Constituição permaneça viva e acompanhe a evolução da sociedade por ela regida. Nessa ordem de ideias, reconhece-se a Constituição como uma lei vivente.

Sobre Constituição vivente, leciona Blanco de Morais⁴⁴ que:

As constituições crescem, temporalmente, graças a sucessivas revisões e à interpretação evolutiva e atualista das suas normas feita pela prática política e pela jurisprudência dos tribunais. Incorporam, mas não se reduzem ao direito imposto no momento constituinte, pois evoluem, sem prejuízo da estabilidade do seu núcleo identitário, num processo histórico em desenvolvimento contínuo já que o seu papel integrador da diversidade, envolve um ajustamento a transformações políticas e sociais, como pressuposto da sua durabilidade. Daí que a “Constituição Constituinte” não se justaponha, de uma forma perfeita, à “Constituição vivente” [...] a qual, a par das normas decididas no momento constituinte, agrega normas de revisão e novos sentidos normativos fornecidos pela interpretação e práticas constitucionais que passaram a guiar condutas do poder.

⁴⁴ Morais (2014, p. 421-422).

O fato de a Constituição ser uma lei “vivente” não significa, contudo, que ela possa transmutar-se numa ordem de valores manejados subjetivamente por juízes. Não é admissível que normas constitucionais sejam objeto de pseudointerpretações evolutivas que visem modificar às “linhas identitárias básicas legadas” pelo Poder Constituinte originário. A elas, os poderes constituídos estão vinculados.

No Brasil de hoje, mostra-se patente a inobservância do núcleo identitário⁴⁵ das normas constitucionais legadas pelo legislador constituinte. Chegou-se ao ponto de um ministro da Corte Constitucional assumir a ocorrência da transição da ordem jurídica constitucional brasileira, por meio de interpretações emanadas do Poder Judiciário.⁴⁶ É nesse contexto que a garantia fundamental de vedação da prisão civil por dívidas vem sendo submetida a interpretações judiciais, sem critérios objetivos previamente reconhecidos pela sociedade.

No processo de “descharacterização material” da Constituição de 1988, destaca-se a interpretação dada pelo STJ ao termo

⁴⁵ Moraes (2014, p. 422) é nesse “núcleo identitário que o poder constituinte vive no futuro”.

⁴⁶ Para o ministro Teori Zavascki, do STF, “nosso sistema caminha a passos largos para o *common law*”. Na opinião dele, cada vez mais a estrutura da jurisdição constitucional brasileira se estrutura em torno da valorização dos precedentes judiciais e da jurisprudência para além do que dita a doutrina clássica. [...] O ministro falou durante o 18º Congresso Internacional de Direito Constitucional, organizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). “Não podemos mais dizer que decisões de eficácia *erga omnes* são apenas as que decorrem do controle concentrado de constitucionalidade ou da resolução do Senado que afasta a aplicação da lei declarada inconstitucional”, afirma. “Com a expansão do controle concentrado de constitucionalidade, a eficácia expansiva das decisões do Supremo se tornou natural, tanto para declarar uma lei inconstitucional quanto para declarar constitucional”. [...] Teori explica que a jurisdição constitucional brasileira passa por um momento de mudanças, mas “de grande vigor”. Segundo o ministro, a própria definição clássica de jurisdição constitucional já não se aplica mais aos tempos atuais. “Não é apenas o controle da constitucionalidade das normas, ou do conflito de leis com a Constituição. É a relação das coisas, no sentido mais amplo, com a Constituição. Relaciona leis, atos, condutas e até a jurisdição com a Constituição”. (CANÁRIO, 2015, s. p.).

“inadimplência”, referida no inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88, objeto da Súmula n. 309 do STJ,⁴⁷ que quantificou a dívida, ensejadora da prisão civil, para muito além do caráter alimentar de subsistência vital do credor. Com isso, a Corte estabeleceu a redução do âmbito de proteção da garantia de liberdade do inciso LXVII.

A Súmula n. 309, fruto do ativismo e da pseudocriatividade do STJ, deu novos contornos a prisão civil por dívidas. A pretexto de orientar os juízes de todo país na aplicação dessa prisão, fez a norma do inciso LXVII retroceder em sua história, aproximando-se assombrosamente das regras previstas no Código de Hamurabi, do século XVIII a.C. Como visto,⁴⁸ essa codificação previa o aprisionamento do devedor e de sua família pelo não pagamento de dívidas decorrentes de relações creditícias, tal como ocorreu no Brasil por longo período, onde pais, mãe, avós e demais familiares eram encarcerados em penitenciárias por dívidas alimentares.

A interpretação judicial dada ao inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88, em vez de dar atualidade à Constituição, tornando-a Vivente, subverteu por longo período essa excepcional prisão, eleita pelo legislador constituinte como medida última de proteção da família brasileira, num instrumento de justiça.

⁴⁷ Ver subitem 3.9.

⁴⁸ Ver subitem 3.1.

7

O ARTIGO 5º, INCISO LXVII, DA CRFB/88 E A PRISÃO CIVIL

7.1. AS LIBERDADES E AS GARANTIAS RELACIONADAS COM O INCISO LXVII

No *caput* do art. 5º da CRFB/88 encontra-se assegurado o direito geral da liberdade e nos seus incisos os direitos de liberdade em espécie. Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet e André Rufino do Vale¹ comentam que:

O direito geral de liberdade funciona como um princípio geral de interpretação e integração das liberdades em espécie e a identificação de liberdades implícitas na ordem constitucional [...] a positivação de um direito geral de liberdade tem a vantagem de introduzir no ordenamento jurídico uma cláusula geral que permite derivar, por meio de interpretação extensiva, outras liberdades não expressamente consagradas no texto constitucional. Com efeito, a liberdade como faculdade genérica de ação ou omissão, confere amplíssimo leque de possibilidade de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal que não pode ser apreendido através de liberdades específicas previstas nos textos normativos [...] Em síntese, o direito geral de liberdade assume relevância jurídico-constitucional, para efeitos de aplicação da vida, quando e na medida em que não esteja em causa o âmbito de uma proteção em espécie.

Dessa feita, a norma do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 está relacionada ao direito de liberdade contida no seu *caput*. Sua interpretação deve observar a especificidade da norma, qual seja: o

¹ Citados por André Ramos Tavares (*apud* CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 218).

dever estatal de não intervenção na esfera individual das liberdades das pessoas dos devedores. Trata-se de norma garantidora que, com a exceção dos limites nela previstos, tutela o exercício do devedor agir com liberdade, sem coação a sua pessoa.

Sobre liberdades ensina José Melo Alexandrino² que a três ideias devem ser retidas:

1) os direitos fundamentais visam a proteger poderes esferas de liberdades das pessoas; 2) os direitos fundamentais protegem as pessoas, antes de mais nada, na sua relação com o Estado (ou os poderes público sem geral); 3) normalmente, essa protecção traduz-se no impedimento de ingerência do Estado, não estando, todavia, excluído que essa protecção se possa também traduzir noutro tipo de vínculo (designadamente em deveres de protecção e na configuração da própria ordem jurídica).

A liberdade como um direito fundamental negativo impõe ao Estado o dever de criar condições necessárias para que o indivíduo possa exercê-la. A não ingerência estatal na esfera das liberdades individuais convive, ao mesmo tempo, com as imposições positivas vinculativas do Estado. Estas últimas relacionam-se ao seu dever de protecção e de prestação estatal, a exemplo do previsto no art. 227 da Constituição de 1988.

A CRFB/88 incumbe ao Estado as funções de defesa ou liberdade e de protecção. Sobre essas funções, leciona Canotilho:³

Os direitos fundamentais cumprem a função de defesa dos cidadãos sob dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de

² Alexandrino (2011, p. 23).

³ Canotilho (2003, p. 408).

competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) constituem, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

A CRFB/88 reforçou o direito negativo de liberdade no inciso LXVII do seu art. 5º ao vedar a prisão civil em razão de dívidas em território brasileiro. Nesse dispositivo, o legislador constituinte quis romper com essa medida prisional desumana, em que a pessoa do devedor serve de instrumento a disposição do credor para obter o pagamento de dívidas. É por isso que a norma do inciso LXVII tutela o “direito de defesa” do devedor e a sua interpretação não admite ingerências estatais para além dos limites incidentes em seu âmbito de proteção.

Na hipótese de interferências por parte dos poderes constituídos, em especial os poderes legislativo e judiciário, que visem reduzir o âmbito normativo da garantia da vedação da prisão por dívidas, estão os devedores legitimados a acionar o Poder Judiciário, por meio da impetração de *habeas corpus* ou, ainda, da arguição da inconstitucionalidade de leis ou atos afrontosos a tutela do inciso LXVII. A prisão civil somente está autorizada pela Constituição de 1988 em razão de dívidas de caráter alimentar, não efetuadas de modo voluntário e sem que o alimentante apresente justa escusa ao Estado-Juiz.

A *ratio* dessa modalidade prisional está adstrita ao dever de proteção a família, por parte do Estado, como medida última para satisfazer de imediato a necessidade alimentar vital. Somente nesses termos é que está autorizada a intervenção estatal na vida e na liberdade

inviolável de outrem — o devedor. Veja-se que o termo “inviolabilidade”, contido no *caput* do art. 5º da CRFB/88, refere-se tanto a vida como a liberdade humana e possui limites diretamente identificados no próprio texto da constituição.

7.1.1. A NORMA-GARANTIA DO ART. 227 DA CRFB/88

A norma do art. 227 da CRFB/88 oferece proteção à vida de crianças e adolescentes, discriminando em seu texto direitos fundamentais como alimentação, saúde, lazer, educação, habitação, dentre outras necessidades, que devem ser garantidos de modo prioritário pelo Estado, família e sociedade.

Como anotado no subitem 4.5. do presente estudo, o direito de alimentação de crianças e adolescentes previsto no art. 227 da CRFB/88 pertence à categoria de direitos da personalidade tratados na lei civil, com igual objeto a categoria de direitos fundamentais. Na norma do art. 227 identifica-se uma função de prestação social do Estado. Essa norma difere da contida no art. 229, que cuida do dever de assistência dos pais em relação aos filhos menores. O âmbito normativo do art. 227 abrange o conteúdo e a relação obrigacional do art. 229.

Dito isso, crianças e adolescentes, sujeitos ou não a responsabilidade parental, podem exigir as prestações dos direitos

descritos no art. 227, em face de quaisquer dos coobrigados, unidos pelo vínculo da solidariedade.^{4 5 6}

No elenco do art. 227 estão os alimentos necessários à vida de crianças e a adolescentes, dentre os quais está a alimentação, no sentido de comida. Como já visto na parte contextual, a alimentação é recurso indispensável à subsistência desses jovens. A partir da Emenda Constitucional de 2010, que alterou a redação do art. 6º da Constituição de 1988, a alimentação passou a figurar como um direito social fundamental, tal como observou Estorninho.⁷

Segundo a Constituição brasileira, os direitos sociais possuem índole programática, uma vez que demandam implementação por meio de políticas públicas legislativas, executivas e econômicas. A

⁴ “AI. ECA. FORNECIMENTO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES ESTATAIS. Os entes estatais são solidariamente responsáveis pelo atendimento do direito fundamental ao direito à saúde, não havendo razão para cogitar em ilegitimidade passiva ou em obrigação exclusiva de um deles. Nem mesmo se o remédio, substância ou tratamento postulado não se encontra na respectiva lista, ou se encontra na lista do outro ente. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA.” (AI n. 70063965842, 8ª CC, TJ/RS, relator: José Pedro de Oliveira Eckert, j.17/03/2015).

⁵ “AI. ECA. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS E SONDA DE GASTROSTOMIA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES ESTATAIS. Os entes estatais são solidariamente responsáveis pelo atendimento do direito fundamental ao direito à saúde. Proposta a demanda contra o Município, desnecessária emendar a inicial para incluir no pólo passivo o RS ao processo. Precedentes jurisprudenciais. DERAM PROVIMENTO.” (AI n. 70062977939, 8ª CC, TJ/RS, relator: José Pedro de Oliveira Eckert, j. 19/03/2015).

⁶ “CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE — ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA — sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida — legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público — doutrina — jurisprudência — obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças — educação infantil — direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF art. 208 IV, na redação dada pela EC N. 53/2006) — compreensão global do direito constitucional à educação — dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º) — legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição [...] recurso de agravo improvido. políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do poder judiciário em tema de educação infantil: possibilidade constitucional.” (STF. 2ª T. ARE n. 639337 Agr/SP. Relator ministro Celso de Mello, j. 23/08/2011).

⁷ Estorninho (2013a, p. 51).

alimentação, contudo, é um recurso sujeito a metas e programas do Estado quando está relacionado com a subsistência vital de crianças e adolescentes. Ainda que o Estado Social brasileiro caminhe aos tropeços, o mínimo alimentar vital desses jovens deve ser provido, com prioridade e imediatismo, pelo Estado⁸ e demais coobrigados do art. 227.

A obrigação alimentar solidária entre o Estado, a Família e a Sociedade, prevista no art. 227, não equivale à alimentação, indispensável à subsistência. É mais ampla, não possuindo correspondência com a tutela de alimentos vitais desses jovens. Somente o mínimo vital corresponde a uma posição subjetiva autônoma,

⁸ É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF art. 227, *caput*) — qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere* [...]. [...] o STF, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam — enquanto direitos de segunda geração — com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, relator Min. Celso de Mello). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, relator Min. Celso de Mello), o STF [...]. Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à criança e ao adolescente — que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na CFRB (notadamente em seu art. 227) — tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, tal como já advertiu o STF [...]. Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, *caput*, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. [...] O caráter programático da regra inscrita no art. 227 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente”. (RE 482.611, relator ministro Celso de Mello, decisão monocrática, j. 23/3/2010, p. 7/4/2010).

aplicável ao regime de direitos e garantias fundamentais, hipótese em que sua incidência publicista vinculativa é inquestionável.

Cuida-se, portanto, de posição subjetiva autónoma aplicável ao regime de direitos e garantias fundamentais. Nessa hipótese, sua incidência publicista vinculativa é inquestionável.

7.1.2. AS DIMENSÕES EM QUESTÃO

O *caput* e o inciso LXVII do art. 5º do capítulo I da CRFB/88 preveem a indisponibilidade do direito à vida e à liberdade, a vedação da prisão civil por dívidas em território nacional e sua excepcional decretação. Nesses dispositivos estão as dimensões em questão.^{9 10}

A dimensão objetiva reside no interesse de toda a sociedade em normatizar a tutela assecuratória da liberdade das pessoas devedoras, razão pela qual a CRFB/88 veda a existência no Brasil de prisões civis decorrentes de dívidas creditícias. Essa mesma sociedade elegeu em sua lei maior, a possibilidade de restrição da liberdade de devedores de alimentos por meio da prisão civil, com objetivo de dar proteção às

⁹ Sobre o tema, Reis Novais diz que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais “impõe necessariamente um dever de o Estado fazer, não fazer ou se sujeitar”, o que nem sempre correspondente na mesma norma a dimensão subjectiva do direito fundamental. Sobre esta última dimensão, argumenta Novais que: “o direito subjectivo só surge quando ao particular é reconhecida uma pretensão qualificada ao cumprimento daquele dever normativamente exigido ao estado, quando na concepção Kelseniana, através da *actio*, se coloca a ordem jurídica ao dispor do titular do interesse, dando-lhe, nessa medida, a faculdade de participar extraordinariamente na formação da vontade estatal mediante o ato administrativo ou a sentença judicial (NOVAIS, 2010a, p. 71).

¹⁰ As dimensões subjetivas e objetivas dos direitos e garantias fundamentais foram contextualizadas no subitem 4.4.

famílias brasileiras.¹¹ Essa foi a conclusão advinda do processo de feitura do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88.¹²

In casu a dimensão objetiva da norma do inciso LXVII impõe ao Estado um dever de fazer e um de não fazer. A uma: porque que lhe é vedado, como regra, encarcerar pessoas por terem contraído dívidas. A duas: porque excepcionalmente é autorizado ao Estado intervir nas liberdades de pessoas devedoras de alimentos na situação descrita na constituição.

O direito de liberdades de devedores é tutelado pela garantia vedatória da prisão civil por débitos advindos de relações creditícias. Trata-se de garantia fundamental com dimensão subjetiva pela correspondência ao direito subjetivo de liberdade. O titular do direito subjetivo em questão é o devedor de alimentos que uma vez acionado pelo Estado, caso não efetue o pagamento, poderá apresentar a justificação sobre a existência e a natureza da dívida. Ademais disso, ele também poderá participar da formação da convicção do Estado-Juiz sobre a voluntariedade que envolve a sua inadimplência.

Tal mecânica diverge da situação jurídica do credor de alimentos, que arrimado na exceção da regra do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 aciona o Estado-Juiz a fim de obter o recurso necessário à sua subsistência vital, de modo que o membro da família sujeito ao dever de provê-lo seja compelido a efetuar pagamento correspondente a tal recurso, sob pena de prisão civil. A dimensão objetiva *in casu* impõe uma

¹¹ Como visto na conclusão do subitem 3.4, a expressão "família" refere-se aos filhos.

¹² Ver subitem 3.4.

ação estatal não correspondente a dimensão subjetiva do direito fundamental a alimentação. Isso porque o direito subjetivo do credor a alimentação para fins do uso da técnica coercitiva da prisão só surgirá se for reconhecida a voluntariedade do inadimplemento da dívida de caráter alimentar, como contido na Constituição.

É certo que a carência de alimentação vital do credor contempla a possibilidade de prisão civil por dívidas. Nesse caso, surge a afetação ao direito subjetivo a garantia fundamental do inciso LXVII, que veda a prisão por dívidas em prol da liberdade física do devedor. Os limites da intervenção estatal decorrente dessa afetação estão diretamente positivados na Constituição de 1988 e sua descrição deve ser rigorosamente observada. Isso porque é de interesse social que o cárcere seja invocado apenas como medida excepcional.

A prisão do inciso LXVII não se presta a tutelar dívidas creditícias¹³, mas tão somente socorrer o membro da família do desamparo extremo, por meio de medida igualmente extrema. As duas dimensões da norma não possuem automática correspondência, motivo pelo qual uma dívida alimentar devida ao filho por pai desempregado não tem o condão de autorizar a prisão. A dívida nesse caso está sob o manto da tutela vedatória da norma e afasta a possibilidade de a medida prisional servir como instrumento estatal de supressão de liberdades no âmbito de família, em que pai e filho se encontram igualmente carenciados de proteção estatal.

¹³ MARTINS, 2008.

7.2. A NATUREZA DA NORMA EM ESTUDO

A estrutura normativa da Constituição brasileira é composta por normas veiculadoras de princípios e regras. Mister se faz distinguir essas duas categorias normativas, para que se possa compreender a natureza da norma em estudo.

O professor Blanco de Moraes leciona que:¹⁴

Os princípios são enunciados jurídicos de valores de ordem política ou moral, dotados de elevado grau de indeterminação, dirigidos à prossecução de um fim e concebidos como mandatos de otimização que ordenam algo que deve ser realizado na medida das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São, como, defende HUMBERTO ÁVILA, normas parciais já que abrangem, apenas “parte dos aspetos relevantes para uma tomada de decisão”. Já as regras consistem em mandados de definição que determinam condutas imperativas [...] Mesmo no campo dos direitos fundamentais, como reconhece o próprio Alexy, nem todos os direitos e garantias se reduzem a princípios.

Ademais, esclarece o professor que:¹⁵

Os princípios não dispõem de hierarquia ou precedência sobre as regras. Salvo disposição em contrário na própria Constituição, as normas produzidas pelo poder constituinte ou pelo poder de revisão, pese o fato de tocarem matérias de distinta importância, não são portadoras de hierarquias diferentes, aguardando todas o mesmo valor formal.

Isso posto, percebe-se que princípios e regras são categorias normativas de igual valor e nenhuma delas se sobrepõe a outra. O que as diferencia é a determinabilidade do seu conteúdo.

¹⁴ Moraes (2014, p. 453-454).

¹⁵ Moraes (2014, p. 545).

Para Alexy,¹⁶ as regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível”. Para esse autor,¹⁷ “as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos”. Estas distinguem-se das normas veiculadoras de princípios, que não dependem de situações fáticas em que são aferidas sua satisfação.

Em caso de colisão entre regras, a solução, segundo Alexy,¹⁸ pode ser dirimida quando “se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção, que elimine o conflito”.¹⁹ Em vista dessa cláusula, a resolução desse conflito se dá no plano abstrato. Já a solução do conflito entre princípios ocorre no plano concreto, a partir de sopesamentos, ou seja, mediante o teste da proporcionalidade em que se identifica qual dos princípios possui um peso maior e este logrará uma “precedência condicionada” em face do outro. Em outros termos: um dos princípios cede em face do outro, sem que seja declarado inválido.²⁰

O mencionado teste de Alexy²¹ é composto por três fases, quais sejam: a da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Na adequação se verifica o meio menos gravoso para a realização do princípio contraposto. Já na necessidade, se identifica entre os

¹⁶ Alexy (2014, p. 91).

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Há ainda, como leciona Blanco de Moraes, o critério da especialidade que se presta a regular as colisões entre regras ou entre regras e princípios (MORAIS, 2014, p. 456).

²⁰ Na precedência condicionada, diante do caso concreto os princípios possuem pesos diferentes e que aquele que tiver o maior peso deve prevalecer (ALEXY, 2014, p. 96-103).

²¹ Alexy (2014, p. 136).

princípios contrapostos, igualmente adequados, qual deles interfere em menor grau no outro. Por fim, faz-se o balanço dos princípios para ver qual deles mais atende o caso concreto. Com essa “equação”, o autor busca a máxima proporcionalidade, denominada de “otimização”. A otimização dos princípios estabelece seus limites, diante de violações a direitos fundamentais conflitantes em situações concretas.

A colisão entre regras e princípios é solucionada pelo critério da especialidade. Sobre essa questão, leciona Blanco de Moraes²² que “uma regra prevalece sobre um princípio porque, como critério de decisão de conteúdo mais definido, é *lex specialis*, prevalecendo a norma especial sobre a norma de caráter mais geral”. Moraes²³ esclarece que “antinomias entre duas normas constitucionais solucionam-se, em primeiro lugar, na base de critérios lógicos”.

Para esse professor,²⁴ “cronologia e especialidade regulam a colisão quer entre regras quer entre regras e princípios”, todavia a colisão entre princípios constitucionais pode, na ausência de solução por critérios lógicos, “ser resolvida através de vias ou métodos de ponderação entre os mesmos”, a exemplo da técnica alexyana. Nesse último caso, observa Moraes²⁵ que a operação se faz “à luz de uma situação problemática específica, carente de decisão”.

Diante do seu conteúdo determinado, a norma em estudo deve ser categorizada como regra. Trata-se de norma positivada formalmente no

²² Moraes (2014, p. 456).

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

elenco do estatuto da pessoa do art. 5º da CRFB/88. Nela o Poder Constituinte originário descreveu o seu conteúdo normativo cogente, ao determinar a vedação da prisão civil por dívidas em território brasileiro. Nesse aspecto, a norma-regra é imperativa visto que “proíbe”, devendo, nesses termos, ser cumprida.

Como estudado, o inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 veicula uma garantia fundamental protetiva das liberdades individuais. A regra da vedação da prisão por dívidas tem em seu âmbito normativo a tutela das liberdades física das pessoas. A garantia desse modo é a tutela e, mesmo dotada do caráter de fundamentalidade, se diferencia do direito fundamental que lhe oferece proteção.

O conteúdo determinado na norma-regra do inciso LXVII prevalece sobre normas veiculadoras de princípios, já que estes possuem abertura axiológica e indeterminabilidade quando manejados na seara interpretativa.²⁶ Nesse ponto, deve-se anotar que a regra em estudo traz todos os elementos identificáveis para atividade interpretativa. Ela diz que: “não haverá prisão civil por dívida, salvo: a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia”. Não há, nos termos dessa expressão, conceitos jurídicos indeterminados.^{27 28}

²⁶ A regra do inciso LXVI estabelece a garantia fundamental de vedação de prisão por dívidas em território brasileiro, nos moldes nela descritos. Trata-se de norma expressa em regra bem definida, porque veda, proíbe, tal modalidade prisional. Nela não há indeterminações ou conteúdo de índole moral.

²⁷ Não se percebe na norma do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 qualquer feição de norma principiológica e, como já mencionado, o próprio Alexy reconhece que nem todos os direitos e garantias se reduzem a princípios.

²⁸ Pela teoria alexyana, eventual conflito decorrente dessa regra seria solucionado no plano concreto por meio da “cláusula de exceção”, contida na sua segunda parte. Como já visto na fase contextual, a segunda parte do inciso LXVII excepciona a regra ao autorizar a prisão civil, quando decorrente de dívidas alimentares, contraídas voluntariamente, sem qualquer escusa justificativa prestada ao Estado. Percebe-se que essa regra contém uma exceção excepcional igualmente determinada pelo legislador constituinte.

O conteúdo determinado da regra do inciso LXVII vincula o Estado. A solução alexyana para afastar o conflito entre regras, com a inserção da fórmula “regra e exceção”, não se afigura tão simplória no caso em estudo. A vedação da prisão civil por dívidas tem conteúdo cogente, mas é excepcionalizada. A interpretação da autorização excepcional da medida prisional não se subsume a estrutura textual da norma em estudo. Por isso, a norma-regra do inciso LXVII não deve ser compreendida isoladamente, mas interpretada sistematicamente, ou seja, em conexão com as demais normas constitucionais que tutelam a família. Ademais disso, a interpretação da restrição contida na regra do inciso LXVII deve ser restritiva e pautada em critérios lógicos de cronologia e especialidade.²⁹

Assim, não se admite a ideia de que a prisão civil do devedor de alimentos do inciso LXVII seja o resultado de uma ponderação judicial entre os direitos fundamentais “vida” e “liberdade”. Nem à luz da teoria alexyana, em que o conflito em norma-regra é afastado com a introdução de cláusula de exceção, é correto defender tal ideia. Isso porque não seria técnico aplicar o teste da ponderação de Alexy para justificar ou resolver uma colisão no *âmbito normativo de uma regra, ou melhor, no âmbito de uma cláusula de exceção inserida numa regra.*

Disso deduz-se a inconsistência da tese de Maia³⁰ sobre a abolição a prisão civil do devedor de alimentos. Para esse autor, essa a

In casu, essa regra prevalece em face do critério da especialidade sobre princípios sem conteúdo definido, os quais demandam determinação judicial.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Maia (2013).

prisão “não passaria no teste da proporcionalidade, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”,³¹ mas como visto tal restrição está contida em norma-regra. Com essa natureza, a validade da norma em estudo decorre do texto constitucional, não podendo juízes ponderar o que já foi ponderado pelo legislador.

Por fim, Maia, o abolicionista, não percebe a natureza da norma-regra do art. 5º inciso LXVII como garantidora de liberdades, visto que a compreende como uma fonte de princípios, sujeitos a uma ponderação peculiar, que é distinta da técnica idealizada por Alexy, como se verá no ponto a seguir.

7.3. A PONDERAÇÃO À BRASILEIRA

Na construção de Ronald Dworkin, as regras tutelam “tudo ou nada”, ou seja, elas protegerão direitos individuais ou não, mas a partir da argumentação das hipóteses casuísticas poderão ser sopesados, tais como os princípios. Estes sempre funcionarão na tutela de direitos individuais, porque são trunfos contra o Estado.

Regras e princípios, para Dworkin, são normas portadoras de direitos fundamentais, em graus diferentes, que estabelecem padrões

³¹ Nesse sentido, Maia (2013, p. 110-111) argumenta que existem outros meios processuais-executórios adequados postos à disposição do credor, a exemplo do desconto do débito em folha de pagamento do devedor. A necessidade para o autor é afastada diante da previsão legal do crime de abandono penal que prevê a prisão penal de um a quatro anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário-mínimo vigente no país, para quem deixar de pagar, voluntariamente e sem justa causa, pensão alimentícia judicialmente. A proporcionalidade em sentido estrito estaria afeta a dupla penalização (a civil e a penal) em face da mesma conduta, além dos regimes e benefícios conferidos pelo Direito Penal não se aplicarem a prisão civil.

específicos de comportamento. Cada parte litigante terá sua pretensão associada a uma tese, com peso a ser atribuído pelo julgador. As teses, pelo autor chamada de princípios, concorrerão, mas somente haverá uma única resposta certa no ordenamento, que caberá ao julgador encontrar e assim resolver o litígio.

Na construção de Alexy, os direitos fundamentais também estão tutelados por regras e princípios. As regras possuem conteúdo delimitado e são resolvidas por subsunção. Os princípios são mandatos de otimização, possuem pesos diferentes em cada litígio, mas após o balanceamento deles, apenas um corresponderá a medida ótima para resolver a questão. Essa medida não deflui do ordenamento, mas do caso concreto. É o julgador que dirá qual é essa medida, consoante a escala matemática discriminatória de pesos, por ele mesmo concebida.

Na construção da ponderação à brasileira, a argumentação invoca princípios, no entanto, eles não são necessariamente sopesados. Princípios nem sempre funcionam como trunfos contra o Estado. As teses associadas às pretensões em conflito, ora parecem estar no ordenamento e, ora no caso concreto. Direitos fundamentais são sempre tidos como princípios, mas tratados em decisões como normas de conteúdo delimitado. A medida ótima deflui da escolha do julgador, sem a escala de pesos ou de precedência.

Os tribunais brasileiros seguem a linha de Ronald Dworkin, quando, por exemplo, leem a prisão civil conforme a constituição moral, assim compreendida como a regra de reconhecimento fixada por eles mesmos. Com esse raciocínio, se autolegitimam a decretar, não somente

a prisão civil do devedor, mas também ampliar restrições à sua liberdade, mesmo as não autorizadas pelo legislador.

A ideia de constituição moral somada a de direitos fundamentais como princípios, dependentes de ponderação, está presente na ponderação à brasileira. Por essa técnica singular, as limitações à direitos fundamentais ou as restrições a eles serão o resultado de concordância prática ou de subsunção, que oscilarão a partir de critérios de equidade.

7.3.1. A PRISÃO CIVIL E O MODELO DE HÉRCULES

O juiz Hércules foi concebido por Dworkin, para demonstrar a tese da única resposta certa.³² Hércules é um juiz detentor de capacidade sobre-humana, porque deve reunir toda a legislação, a doutrina e os julgados pretéritos, que entende pertinente para construir a decisão que irá resolver o caso concreto. Cuida-se, portanto, de um modo de decidir.

As decisões sobre prisão civil lembram o modelo de Hércules, mas não lhes são fiéis no tocante ao apelo moral, porque a liberdade, a alimentação e a dignidade, direitos individuais relacionados a execução pessoal, não são trunfos contra o Estado, mas fundamentos da medida coercitiva última, restrita ao âmbito familiar.

O *quantum* alimentar objeto de prisão, além de comida, saúde, escola e moradia, também contabiliza o *status* social como alimentação vital, por presunção legal absoluta, se for o credor menor de 18 anos. A idade do devedor, a sua relação de parentesco com o credor e os

³² Dworkin (2002, p. 165).

fundamentos da obrigação dirão se sua dignidade será ou não infligida pela coerção pessoal. A resposta única e certa pode estar no ordenamento ou no caso concreto.

Hércules, no Brasil, não é levado tão a sério. Isso porque os julgados aceitam a premissa de que a obrigação alimentar é ao mesmo tempo um direito e um dever fundamental e não há em Dworkin essa compreensão. Para ele, direitos são sempre trunfos e não possuem deveres correlatos.

No método de Hércules, princípios são situações hipotéticas ou teses, que podem ser tiradas da doutrina, da jurisprudência ou da criatividade do julgador. Nesse ponto, o STJ oscila. Na maior parte dos seus julgados, os princípios são os já expressos em normas legais. Há um certo alinhamento ao método, quando o devedor faz prova do pagamento de expressiva parcela do débito. Nesse caso, a Corte elegeu como tese, em alguns de seus julgados, a teoria do inadimplemento mínimo tirada da doutrina contratualista para afastar a prisão.

Se o débito não foi integralmente pago, se o devedor for pessoa idosa ou se o credor for filho maior de idade ou ex-esposa, o argumento de princípio poderá basear-se em uma cláusula geral da lei civil ou processual ou ainda em princípios constitucionais. Nas decisões da Corte, princípios são aplicados como se regras fossem ou servem de argumento de autoridade, após a operação de subsunção do fato a legislação ordinária.

A resposta certa, justa e equitativa, que deflui do trabalho de Hércules, pode ser casuística, a exemplo do reconhecimento de abuso do direito ou de lesão ao princípio da menor onerosidade da execução,

casos em que legalidade da prisão civil dependerá das características pessoais do credor ou do devedor.

No raciocínio sobre a norma em estudo, até se observa a aplicação do teste institucional de Dworkin, em que os princípios devem ter a capacidade de explicar a maior parte das decisões, mas isso somente ocorre porque a dignidade humana é sempre o princípio que resolve todos os casos.

Nesse teste, a dignidade justifica qualquer decisão do passado e elimina qualquer concorrência. No apelo moral, a regra de equidade tutela apenas o credor menor, caso em que dispensa qualquer sopesamento. Nos demais casos, os princípios concorrentes são identificados como desdobramento da dignidade humana e eleitos casuisticamente.

Há entendimento consolidado de que a obrigação alimentar do art. 227 da CRFB/88 é restrita aos integrantes da família. Se incumprida, afastará a garantia de liberdade da primeira parte do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 e levará ao cárcere o familiar obrigado. Aqui há um pseudoajuste porque a moralidade pública distingue a família dos demais coobrigados do caput do art.277. Tal situação seria arbitrária para Dworkin, por ignorar a responsabilidade solidária do Estado e da sociedade em prover a alimentação, a saúde, a escola, a moradia de crianças e adolescentes.

Nessa linha teórica, a dignidade desses infantes não seria obrigação apenas das famílias, porque essa seria uma situação vantajosa ao Estado. Os desdobramentos econômicos da interpretação da obrigação alimentar dos art. 5º LXVII e do art. 227 da CRFB/88, como

restrita à relação parental, seria um argumento de política, por isentar a responsabilidade do Estado e da sociedade como um todo.

O apelo moral em Dworkin refutaria o princípio da eficiência econômica, subjacente ao entendimento de que a obrigação alimentar incumprida desafia a execução apenas no âmbito das relações familiares. Hércules não subscreveria o entendimento consolidado nos tribunais brasileiros, que dão concretude à norma do art. 5º inciso LXVII da CRFB/88, mediante a isenção da corresponsabilidade prescrita no caput do art. 227.

Ao fim e ao cabo, o apelo moral nos termos concebidos por Dworkin reconheceria a invalidade da prisão diante da responsabilidade estatal prevista expressamente na constituição. Por esse motivo, pais e mães desempregados e avós idosos, por não conseguirem prover a comida, a saúde, a escola e a moradia de crianças e adolescentes, não estariam sujeitos à execução pessoal.

7.3.2. O INCISO LXVII E A PONDERAÇÃO DEFEITUOSA DE ALEXY

A ponderação de Robert Alexy parte da diferenciação entre norma e enunciado normativo.³³ Para esse autor, o enunciado é o texto literal da constituição ou da lei, enquanto a norma é o sentido do enunciado dado pelo intérprete.

O art 5º inciso LXVII da CRFB/88 estabelece a garantia de vedação de prisão por dívidas no país, mas a jurisprudência a concebe como tutela da dignidade humana. Na prática, cuida-se de norma tutelar de

³³ Alexy (2002, p. 51).

crédito, que abrange os alimentos necessários e o padrão de vida, quantificados em título executivo e presumidamente indispensáveis à dignidade humana do credor. Se o credor for maior ou se a relação não envolve poder familiar, o sentido normativo é de tutela da dignidade do devedor.

No que diz respeito à categorização da norma em estudo, ela é tida como um princípio que guarda valores ponderados pelo legislador e ponderáveis pelo julgador. É à luz do caso concreto que o julgador avaliará se a ponderação legislativa é justa ou injusta. No entanto, a norma possui um mandato definitivo, ao vedar a atuação estatal fora das hipóteses de dívida alimentar, contraída voluntariamente. Seus pressupostos factuais (dívida, alimentar, voluntária) e suas consequências jurídicas (liberdade ou prisão) estão descritas no enunciado normativo.³⁴

Essa norma depende apenas da ocorrência de fatos nela descritos para aferição das suas consequências pré-determinadas, situação essa que difere da estrutura de uma norma-princípio, que depende não somente da ocorrência das possibilidades factuais, mas também das possibilidades jurídicas que informam o caso concreto. Tais possibilidades equivalem à concorrência de dois ou mais princípios em rota de colisão. Apenas o princípio que lograr a melhor posição na relação de precedência, instituída pelo julgador à luz do caso concreto, terá a capacidade de solucionar a questão.

³⁴ Por isso, este estudo compreende à luz dessa teoria, que não há necessidade de novel ponderação.

Assim, na concepção de Alexy, o inciso LXVII não seria um mandato de otimização, a ser cumprido em diferentes graus.³⁵ A liberdade é garantia ou não, à luz da situação factual descrita na norma. Obviamente também se dispensa a investigação do valor, por inexistir lacuna axiológica, que deva ser colmatada a partir da descoberta de seu sentido ou de sua finalidade. O inciso LXVII porta inequívoco valor fundamental, ou seja, é uma garantia de liberdade (é vedado prisão por dívida), com expressas limitações (exceto em situações excepcionais de dívida alimentar) e restrição (prisão) descritas em seu enunciado.

Apesar da estrutura de regra, esse inciso LXVII é categorizado pela jurisprudência como uma norma-princípio tutelar da dignidade humana, que fundamenta decisões e estabelece padrões de comportamento, o que *in prima facie* não está de acordo com a teoria de Alexy. Os princípios, para esse autor, não possuem essa função. Eles são mandatos estatais para implementação da melhor decisão possível, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas disponíveis, o que remete o intérprete à lei da colisão.

Essa lei parte da ideia de que nenhum princípio tutelar de direito fundamental é anterior ou superior a outro concorrente para solucionar o conflito. Ela opera mediante a aplicação dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

No caso da norma em estudo, a jurisprudência ao invocar a adequação não compreende que a finalidade é a vedação da prisão civil de devedores. A leitura que se faz da adequação é apenas da medida

³⁵ Alexy (2002, p. 86).

restritiva, com o fim de coagir os devedores ao pagamento. Ainda que se invoque a dignidade, a satisfação do crédito é a real finalidade da norma, identificada na maior parte dos julgados sobre a matéria.

Na ponderação à brasileira, a idoneidade da medida prisional é aferida por critérios quantitativos e qualitativos, estabelecidos em julgados. Essa construção remete a ideia de princípios morais, como medida de justiça, concebida por Alexy, quando são fixados critérios específicos para determinado caso. No entanto, os tribunais usam majoritariamente os critérios objetivos já contidos no art. 528 do CPC.

Os critérios quantitativos, nos moldes do art. 528, pressupõem que a subsistência vital será atendida com o pagamento de dívida equivalente às três prestações anteriores à propositura da ação, bem como as que se venceram no curso da execução. Esse *quantum* poderá corresponder a muitos anos de inadimplência, sem perder o caráter alimentar, tornando idônea a aplicação de medida restritiva de liberdade, isoladamente ou cumulativa com expropriação de bens, descontos de salários, suspensão de carteira de dirigir, restrição de crédito, aplicação de medida penal, dentre outras. A proteção integral dos interesses de credores menores de idade, ou a dignidade desses, justifica a idoneidade da prisão e de qualquer outra medida eleita pelo julgador.

A prisão foi percebida como medida inadequada durante a pandemia de Covid-19. No entanto, esse subprincípio da lei da colisão entre direitos fundamentais não foi analisado nos moldes de Alexy, ou seja, caso a caso. A superlotação das prisões brasileiras e a proliferação da pandemia no ambiente carcerário justificaram a suspensão da medida de modo generalizado, mediante a concessão de ordem em

habeas corpus coletivo.³⁶ A inidoneidade geral se relacionou com a gestão da crise sanitária e não com direitos fundamentais individuais em rota de colisão.

A necessidade da aplicação ou não da prisão é vista de forma recorrente nos julgados. Na teoria alexyana, esse subprincípio estabelece que, entre duas medidas idôneas, deve ser escolhida aquela que sacrifica em menor medida os direitos fundamentais em conflito. Nessa linha, a necessidade surge na jurisprudência quando a menor onerosidade da execução é invocada para afastar a prisão, diante da existência de outros meios aptos de satisfação da dívida.

A necessidade na ponderação à brasileira desalinha-se ao teorizado por Alexy, quando em vez de eleger uma dentre duas ou mais medidas, elas são aplicadas de forma cumulativa.³⁷ Essa solução jurídica arrima-

³⁶ “HC coletivo impetrado pela DP/RN contra decisão proferida por desembargador relator que indeferiu o pedido liminar de *writ* coletivo manejado na origem, relegando a análise de eventual pedido de soltura, caso a caso, durante a pandemia do novo coronavírus, desde que presentes determinados condições aventadas pelo seu prolator, entre elas, o estado de saúde do devedor de alimentos. manifesta teratologia do *decisum*. reconhecimento, a autorizar a flexibilização da súmula n. 691/STF. Posicionamento pacífico das turmas de direito privado do STJ quanto à ilegalidade da prisão civil do devedor de alimentos em regime fechado, no período da pandemia, antes ou depois da Lei n. 10.410/2020. Reconhecimento. Divergência subsistente das turmas de direito privado do STJ em relação ao período anterior à lei (se diferida; ou se em regime domiciliar) que não tem repercussão no caso dos autos. Reconhecimento. Ordem parcialmente concedida para, em ratificação à tutela coletiva liminar anteriormente deferida, determinar que as prisões civis por dívida alimentares em todo o RN sejam cumpridas na modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.” (STJ — HC: 569014 RN 2020/0075268-5, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j.06/10/2020, T3 — 3ª Turma, p. 14/10/2020).

³⁷ “EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. CUMULAÇÃO DE TÉCNICAS EXECUTIVAS: COERÇÃO PESSOAL (PRISÃO) E COERÇÃO PATRIMONIAL (PENHORA). POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO HAJA PREJUÍZO AO DEVEDOR NEM OCORRA NENHUM TUMULTO PROCESSUAL IN CONCRETO. 1. Diante da flexibilidade normativa adotada pelo CPC/2015 e do tratamento multifacetado e privilegiado dos alimentos, disponibilizou o legislador diversas medidas executivas em prol da efetividade da tutela desse direito fundamental. 2. Cabe ao credor, em sua execução, optar pelo rito que melhor atenda à sua pretensão. A escolha de um ou de outro rito é opção que o sistema lhe confere numa densificação do princípio dispositivo e do princípio da disponibilidade, os quais regem a execução civil. 3. É cabível a cumulação das técnicas executivas da coerção pessoal (prisão) e da coerção patrimonial (penhora) no âmbito do mesmo processo executivo de alimentos, desde que não haja prejuízo ao devedor (a ser devidamente comprovado) nem ocorra nenhum tumulto processual no caso em concreto (a ser avaliado pelo

se na ideia de que nem sempre as medidas restritivas estão previstas em lei, situação essa que permite a criação de outras pelo julgador, com o escopo de tornar efetiva distribuição de justiça.

A ideia de justiça do caso concreto, permite ampliação de restrições à liberdade, não previstas pelo legislador democrático. A efetividade do cumprimento da obrigação pelo devedor alimentar, não envolve a operação de busca a uma exata correspondência entre os meios e fins empregados. Na hipótese de execução de alimentos devidos a menores, por exemplo, não comporta a invocação do princípio da menor onerosidade. Se o credor menor quiser optar pela prisão, mesmo havendo bens ou valores a expropriar, a prisão é eleita como medida necessária na maioria dos julgados. Não há, nesses casos, o reconhecimento de manejo abusivo da execução pelo rito pessoal.

No subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o julgador, para ser fiel à teoria, teria que avaliar se a medida restritiva deve ou não ser aplicada. Essa operação faz-se mediante uma fórmula matemática, idealizada por Alexy, com valores numéricos variáveis e pesos abstratos, para estabelecer a relação de precedência dos princípios concorrentes. Ao fim, somente os princípios com pesos

magistrado). 4. Traz-se, assim, adequação e efetividade à tutela jurisdicional, tendo sempre como norte a dignidade da pessoa do credor necessitado. No entanto, é recomendável que o credor especifique, em tópico próprio, a sua pretensão ritual em relação aos pedidos, devendo o mandado de citação/intimação prever as diferentes consequências de acordo com as diferentes prestações. A defesa do requerido, por sua vez, poderá ser ofertada em tópicos ou separadamente, com a justificação em relação às prestações atuais e com a impugnação ou os embargos a serem opostos às prestações pretéritas. 5. Na hipótese, o credor de alimentos estabeleceu expressamente a sua “escolha” acerca da cumulação de meios executivos, tendo delimitado de forma adequada os seus requerimentos. Por conseguinte, em princípio, é possível o processamento em conjunto dos requerimentos de prisão e de expropriação, devendo os respectivos mandados citatórios/intimatórios se adequar a cada pleito executório. 6. Recurso especial provido.” (STJ — REsp: 1930593 MG 2021/0096607-4, j. 09/08/2022, T4 — 4ª Turma, p. 26/08/2022).

diferentes serão pesados na balança. Não há no direito brasileiro a aplicação da ponderação desse modo. Apesar da utilização de termos e recortes da teoria, os julgados não avaliam valores ou pesos de princípios.

Na ponderação à brasileira, a idoneidade e a necessidade apresentam alguns aspectos da teoria de Alexy. No tocante à proporcionalidade em sentido estrito, não se faz o uso da fórmula matemática da teoria. No entanto, como se verá no próximo ponto, a ideia de derrotabilidade da norma está presente nos julgados sobre prisão civil.

7.3.3. A DERROTABILIDADE DA NORMA DO INCISO LXVII E OS PRINCÍPIOS COMO RAZÕES DE DECIDIR.

A ponderação à brasileira opera pelo critério de equidade, capaz de derrotar normas legais e constitucionais, sejam elas regras ou princípios. Essa técnica respalda-se na ideia de derrotabilidade dos direitos fundamentais³⁸ e é ela que autoriza a “transsubstanciação”³⁹ da norma-regra do inciso LXVII em uma fonte de princípios ponderáveis.

A norma jurídica, segundo Alexy, possui uma dimensão prática, diversa da descrição contida em seu enunciado. Ao examinar o caso concreto, o juiz, mediante argumentação clara e coerente, dirá qual é a decisão justa. Essa decisão é compreendida como a que aplica ou afasta o direito legislado, após o escrutínio judicial da moralidade. Ou seja, o direito será validado ou não, pela moralidade pública em decisão

³⁸ Alexy (1994).

³⁹ Expressão de Juan Garcia Amado (2022).

emanada pelo poder judiciário⁴⁰. A argumentação judicial declarará a justiça moral aplicável, corrigindo assim o direito imoral invalidado para o caso em julgamento.

Na teoria de Alexy,⁴¹ o critério da correção judicial da norma legislada opera pela ponderação de valores morais, denominados de princípios, os quais podem estar ou não em normas do ordenamento jurídico positivado. A moralidade é, em sua construção, o valor supremo desse ordenamento. Infere-se daí a legitimidade da ponderação, como meio de controle judicial da constituição moral do país.⁴²

A partir dessa representação do direito, o regramento do inciso LXVII do art. 5º da CRFB, transubstanciou-se⁴³ em uma fonte normativa de princípios em eterno conflito. Nela estão subjacentes duas dignidades em colisão. Na primeira parte do enunciado da regra está a dignidade do devedor (é vedado prisão civil por dívidas) e, na segunda, a do credor (exceto em caso de dívidas alimentares). Então, no caso concreto, atribuir-se-á pesos às dignidades do devedor e do credor e o de maior magnitude será a medida ótima para resolver a questão.

⁴⁰ A ideia de Alexy sobre correção parte da ideia de que é possível conhecer objetivamente o conteúdo moral correto do direito, o que não é possível, a partir de critérios racionais válidos em si mesmos. (ADEODATO, 2006, p. 329).

⁴¹ *“El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.”* (ALEXY, 1994, p. 123).

⁴² *“La verdadera Constitución es la moral verdadera. Y el derecho constitucional positivo que se oponga a la moral verdadera ni es Constitución ni es Derecho siquiera”.* (AMADO, 2022, p. 27-28).

⁴³ *“Es aquí donde el iusmoralismo actual opera con lo que podríamos llamar la transustanciación normativa”.* (AMADO, 2022, p. 27-31).

É na dimensão prática da norma em estudo que o comando definitivo se torna um caso especial, solucionável pelos critérios de justiça moral.⁴⁴ É o julgador que avaliará se as consequências jurídicas descritas no enunciado constitucional são justas ou injustas. Cada caso possuirá uma fórmula própria de justiça. Por isso que os critérios quantitativos e qualitativos da medida prisional oscilam. Ora eles estão descritos no art. 528 do CPC, ora não. A proteção dos interesses de credores menores de idade nem sempre justifica a prisão civil, porque os sentidos ou as finalidades da norma estão no caso concreto e não no enunciado legal.

A derrotabilidade é percebida, também, quando os princípios formais, que enunciam políticas institucionais, afastam princípios materiais, que tutelam direitos fundamentais individuais. Eles ganham peso maior ao serem otimizados nos moldes da fórmula de Radbruch.⁴⁵ Cuida-se de fórmula orientada pela ideia de que *a injustiça extrema não é justiça*. Nesse passo, a extrema injustiça, percebida pelo julgador na aplicação da prisão civil, em determinado caso concreto, permite a reconstrução da norma constitucional e da processual, por outra especial.

⁴⁴ *“Así es como soluciona el iusmoralismo la cuestión teórica de la derrotabilidad y, con ello, asegura la supremacía en cada ordenamiento de las normas moral-jurídicas. Toda norma jurídico-positiva es potencialmente derrotable por algún principio; y dado que los principios son normas morales en origen, toda aplicación de una norma jurídico-positiva a un caso es potencialmente excepcional con base en una norma moral que, al juridificarse por transustanciación, llamamos principio jurídico. En conclusión, el juez debe inaplicar las normas jurídico-positivas que vengan al caso siempre que pesen claramente más las normas morales, revestidas de principios jurídicos, para ese caso se traigan a colación. Eso es exactamente lo que significa y lo que quiere la “tesis del caso especial de Alexy”: que todos los jueces tácita o expresamente se hallen habilitados para someter la aplicación de cualquier norma a un control de moralidad. Que generalmente no lo hagan de modo expreso significa que la solución que la norma jurídico-positiva da para el caso no les plantea un conflicto moral, que les parece justa o no injusta (o contraria a cualquier principio) en grado suficiente”.* (AMADO, 2022, p. 26).

⁴⁵ Coelho (2013, s. p.).

As razões de decidir que envolvem a norma do art. 5º inciso LXVII, avaliam quais os princípios ou valores morais estão aptos a resolver o caso concreto. Segundo a jurisprudência pátria, eles são sempre a expressão da dignidade das partes litigantes. A dignidade do credor menor é um princípio imponderável em face da dignidade de seus genitores, por ser sempre vencedor. Nos demais casos, a dignidade poderá ou não ter precedência, caso em que poderá até mesmo haver a reavaliação da justiça da sentença que fixou o encargo alimentar.

Na exposição de argumentos decisórios, muitos julgados sobre prisão civil se reportam exclusivamente aos critérios de validade legal. O disposto no art. 528 do CPC, por exemplo, é aplicado dessa maneira, na maior parte dos julgados de 1ª e 2ª instância. No âmbito do STJ, todavia, o modelo de regras é conjugado com ponderações de princípios relacionados as possibilidades factuais do caso concreto.

Em alguns de seus julgados, a Corte parece aplicar o modelo de Dworkin, com a exposição das fontes legais e jurisprudenciais, para fixação de teses, identificadas como princípios, de modo a legitimar a eleição de uma delas ou a criação de uma norma inovadora. Outras vezes, segue o modelo ponderativo de Robert Alexy, com referência expressa a sua lei de colisão e as três fases da ponderação, mas sem fidelidade, em especial com relação a terceira fase, em que o autor aplica sua fórmula de peso.

A ideia da dimensão prática da norma, permite a manipulação judicial da natureza, do sentido e da consequência da norma enunciada no inciso LXVII. Assim sendo, a prisão civil pode ser aplicada em razão da subsunção dos fatos à situação hipotética do art. 528 do CPC, ou não.

Em qualquer caso, a medida restritiva de liberdade é justificada pelo princípio da dignidade humana, ora em favor do credor alimentando e ora não, como no caso de incumprimento de obrigação alimentar avoenga, em que a dignidade do menor credor não é suficiente para justificar a ameaça de cárcere.

A ponderação é referenciada em decisões como técnica de decisão, mesmo quando o conflito é resolvido por subsunção. Nessa situação, as decisões pautam-se em argumentos retóricos que se utilizam de termos e fragmentos das duas concepções principiológicas. É perceptível a invocação de argumentos doutrinários e jurisprudenciais como razão de decidir em prol deste ou daquele princípio, sempre justificados como desdobramentos da dignidade humana.

7.4. A DIGNIDADE HUMANA NÃO É MEDIDA DE PESO!

Pois bem, à esta altura do estudo, o que importa é noção positiva da dignidade humana “objeto de um consenso mínimo na comunidade jurídica”.⁴⁶ Nesse aspeto, ela pode ser concebida como “um valor jurídico supremo do ordenamento constitucional”⁴⁷, na medida em que ostenta a condição de fundamento estrutural da república brasileira, como previsto no inciso III do art. 1º da CRFB/88.⁴⁸

⁴⁶ Morais (2014, p. 466).

⁴⁷ Morais (2014, p. 467).

⁴⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I — a soberania; II — a cidadania; III — a dignidade da pessoa humana; IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V — o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição.

A dignidade humana como um valor moral relacionado ao respeito e à proteção do ser humano assume uma natureza jurídico-normativa ao “ser enunciada num princípio constitucional”.⁴⁹ Com tal feição, ela é “pressuposto existencial de um Estado de direito”.⁵⁰ Isso porque “o povo, como um dos elementos do Estado, é fonte de soberania, como também porque um Estado de direito é servido por um poder vinculado a respeitar o direito, em geral, e os direitos fundamentais das pessoas, em especial”.⁵¹

O texto da CRFB/88⁵² trata dos direitos fundamentais da pessoa antes de sistematizar a organização política. Nesses termos, a dignidade humana limita o poder político. Morais ao tratar dessa questão diz que:^{53 54}

A dignidade da pessoa humana conforma, deste modo, um importante limite ao poder político, a quem é vedada a adoção de filosofias transpersonalistas que favoreçam uma “cultura de morte”, secularizem ou funcionem o ser humano, aniquilem a sua vontade e integridade física e psíquica ou contribuam para a sua sujeição objetiva e degradação ou carência extrema.

Ademais, esclarece Morais que o respeito a dignidade humana envolve duas dimensões medulares,⁵⁵ a saber:

- i) A da consideração e valorização da autodeterminação individual do homem, como sujeito e não como objeto das relações jurídicas, políticas, sociais, culturais e económicas;

⁴⁹ Morais (2014, p. 468).

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² Tal como a Constituição da República Portuguesa de 1976.

⁵³ Morais (2014, p. 469).

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Ibidem.*

- ii) A preclusão de condutas públicas ou privadas que, por ação ou omissão, sujeitem o ser humano a situações degradantes ou que permitam a depreciação de seu mínimo de existência ou sobrevivência.

Assim, o Estado está vinculado ao atendimento dessas dimensões. A dignidade da pessoa humana não pode servir de argumento para excluir a função estatal de defesa do direito de liberdades tutelado pela norma do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88. Isso porque ela não se presta como fundamento limitador de liberdades físicas em razão de dívidas. A pessoa do devedor não pode ser objeto de relações jurídicas de índole creditícia e, ademais disso, a inadimplência do mínimo vital alimentar no âmbito de famílias carentiadas aponta à uma deficiência da função de prestação social estatal.

A função de prestação social do Estado envolve o provimento de condições mínimas às pessoas. Nesse aspeto, a vida humana no sentido de subsistência alimentar vital está rigidamente protegida pela norma do inciso III do art. 1º da CRFB/88. Somente nesses termos que o princípio da dignidade humana se relaciona com a ideia de fundamentalidade dos direitos.

A “dignidade humana” não é sinônimo de “vida digna”, já que esta última é expressão detentora de múltiplos significados de índole subjetiva. A ideia de vida digna para fins de fixação do *quantum* alimentar envolve a satisfação das necessidades do credor, consoante o status social ou padrão social por ele ostentado. A vida digna do alimentando pode incluir despesas até mesmo com manutenção de helicópteros, como visto no subitem 2.2.4.2. Obviamente que isso não

guarda relação com o respeito à dignidade humana, em suas duas dimensões medulares.

A garantia fundamental do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 veda a responsabilidade corporal em razão de dívidas. Entretanto a “dignidade humana” do credor é invocada recorrentemente como princípio ou regra de índole moral no país, que consente todo tipo de arbítrio perpetrado pelo Estado contra a pessoa do devedor. É dessa maneira que o Estado-Juiz, no exercício de suas atividades constitucionais, invoca o princípio da dignidade humana do inciso III do art. 1º da CRFB/88, para fazer “justiça” ao credor e ao seu crédito. Nessa seara, ignora-se a “dignidade” da pessoa do devedor. Tal situação, conseqüentemente, remete o Brasil aos anos de 1728 a.C., quando dívidas decorrentes de relações creditícias autorizavam a prisão do devedor até o efetivo pagamento.

A invocação da dignidade humana, nos moldes já descritos, encontra respaldo em decisões normativas emanadas pelo do STF. A Corte constitucional brasileira concebe a dignidade humana com “um valor que transcende a pessoa compreendida como ente individual, consubstanciando verdadeiro parâmetro ético de observância obrigatória em todas as interações sociais”⁵⁶ ou, ainda, um “vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País”⁵⁷. Em outros

⁵⁶ ADI 3510/DF, Relator Min. Ayres Britto, j. 29/5/2008. Voto do Min. Lewandowski.

⁵⁷ ADI 3510/DF, Relator Min. Ayres Britto, j. 29/5/2008. Voto do Min. Celso de Mello.

termos: a “dignidade humana” no Brasil é concebida a partir de um amontoado de termos imprecisos manejáveis “ao gosto” dos juízes.

Sobre esse tipo de atividade interpretativa, anota Marcelo Neves⁵⁸ que:

[...] a rotinização e a trivialização dos princípios na jurisprudência do STF e do Judiciário em geral têm levado a uma metamorfose perigosa para o Estado constitucional: ao abusarem dos princípios, que podem atuar como remédios contra a insuficiência das regras em casos jurídicos e constitucionais controvertidos, transformam-nos em venenos.

Segundo Gilmar Mendes,⁵⁹ a invocação da dignidade humana no Brasil diverge do que ocorre na Alemanha. Nesse país, a dignidade humana aparece nas decisões do tribunal constitucional como valor jurídico supremo, valor jurídico mais elevado, fim supremo de todo o direito. O tribunal alemão ao manejá-la, como ponto de partida do poder estatal, não a invoca de modo inflacionário. Isso porque, segundo o professor Gilmar, na Alemanha a dignidade humana não é utilizada como argumentação “panfletária” para evitar sua banalização.

Isso posto, concluiu-se pela inadmissibilidade da dogmática que invoca a “dignidade humana” sem relação com as dimensões estudadas, utilizando-a como medida de peso na “balança” sempre pendente à pessoa do credor, situação esta que se afigura como medida de justiça por equidade.

⁵⁸ Neves (2012).

⁵⁹ MENDES, Gilmar. In: *Die Rolle des STF bei der Durchsetzung der Menschenwürde*. Palestra no Congresso “a dignidade da pessoa humana no século XXI” em Salzburgo — Áustria (2013).

7.4.1. EM BUSCA DA DOGMÁTICA RESPONSÁVEL

Pelo que foi exposto até aqui, e diante do comprometimento do presente estudo com uma “dogmática responsável”,⁶⁰ defende-se⁶¹ que a norma do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 possui natureza de regra. Trata-se de norma de conteúdo determinado e cogente, que não permite ponderações, nomeadamente as tendenciosas a superar a sua positividade vinculativa a qualquer custo, ao custo da incoerência de querer enxergar uma norma principiológica num dispositivo veiculador de uma garantia fundamental de liberdades, em que o legislador constituinte originário descreveu expressamente uma hipótese mandamental.

A noção conceitual das regras depende da teoria que se adota, contudo se determinada posição teórica não for adotada, suas críticas não podem partir de premissas equivocadas. Como visto,⁶² no ambiente jurídico brasileiro, nomeadamente no acadêmico, tem-se uma errônea compreensão de que a teoria positivista está “morta e sepultada” por defender que as normas são sempre regras que ignoram fatores extrajurídicos, tais como a justiça e a moral. Ademais disso, no país acredita-se, religiosamente, que coube ao “pós-positivismo” a tarefa de corrigir o positivismo, dando aos princípios a mesma força normativa cogente das regras jurídicas.

O compromisso com a dogmática responsável perpassa pelo enfrentamento da incompreensão sobre premissas básicas do

⁶⁰ Objeto de reflexão no subitem 6.1.

⁶¹ Subitem 7.2.

⁶² Item 5.

positivismo. Isso é necessário para a desconstrução definitiva da tese de que a prisão civil por dívidas é resultante de uma ponderação de valores.

Assim, inicialmente deve-se esclarecer que o positivismo “de Kelsen” não foi “sepultado”. Além disso, identificar o positivismo com Kelsen é tão equivocado quanto a afirmação de que esse autor, em sua teoria pura, desconsiderou os fatores extrajurídicos das normas jurídicas. Kelsen idealizou uma teoria pura do direito, mas o positivismo não se resume a essa teoria e a Kelsen. Esse autor reconheceu que o conteúdo das normas jurídicas pode sofrer influência das mais diversas fontes, inclusive as de ordem moral e política. Para ele, estas podem influenciar decisões jurídicas.

Ao descrever as normas como elas são, o positivismo de Kelsen se diferencia das teorias construtivistas. Enquanto a primeira se ocupa com a descrição do “ser”, a segunda teoriza o “deve ser” do direito. Nesse sentido, compreende-se que a pureza está na teoria do direito e não no direito^{63 64}. Para lograr o objeto do estudo, não se pode adotar a linha teórica baseada num “dever ser” do direito. O “dever ser” ou o que o direito “deveria ser” está envolto em subjetivismos e não revela a norma tal como ela “é”.

Como já esclarecido, a atividade interpretativa não se restringe ao sentido literal do texto. A norma em estudo para ser compreendida deve ser conjugada com as dos art. 227 e 229 da CRFB/88. Aliás, não se pode defender o sentido literal de quaisquer normas, pois delas podem ser

⁶³ COELHO, 2011.

⁶⁴ COELHO, 2008.

extraídos múltiplos sentidos jurídicos. O que se pretende afastar são interpretações judiciais pseudocriativas que objetivam se sobrepor à norma-regra do inciso LXVII do art.5º da Constituição de 1988, veiculadora de uma garantia fundamental. Segundo a concepção jurídico-positiva adotada, a interpretação dessa tutela exige a observância do primado do legislador constituinte.

A dogmática responsável vale-se de estudo comprometido com a descrição da norma, sem contaminações de juízos valorativos oportunistas, que visam a correção da constituição. O sentido do texto do inciso LXVII, nos moldes do positivismo jurídico de Hart^{65 66} se afigura estratégico.⁶⁷ Isso porque, com tal dogmática, é possível interpretar a norma do inciso LXVII em conformidade com a moldura reitora do Estado brasileiro, tal como prevista na Constituição de 1988, sem que seja preciso adulterar a moldura reitora ou a identidade da CRFB/88.

A norma do inciso LXVII do art.5º da CRFB/88 é uma regra primária nos moldes concebidos por Hart, porque ela proíbe em território nacional a prisão civil por débitos decorrentes de relações creditícias. Não há problemas acerca da sua validade,⁶⁸ entretanto percebe-se que

⁶⁵ Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) foi um jurista e filósofo do Direito inglês que representou um dos principais pontos de virada da metodologia e da teoria do Direito no Séc. XX.

⁶⁶ Numa linha positiva analítica do direito.

⁶⁷ Em relação aos princípios, identifica-se que essas normas incompletas ou auxiliares, podem ser formuladas na forma hipotético-condicional, na atividade de interpretação e aplicação do direito, mas para tanto devem encontrar esteio em uma regra que as veicule. Somente desse modo podem ser manejadas no caso concreto.

⁶⁸ Inicialmente porque a regra é obrigatória, por decisão do poder constituinte originário, sendo inconsistente, nesse aspeto, a tese abolicionista de Azevedo que diz ser carente de legitimidade a exceção dessa regra. Seus argumentos estão circunscritos a discordância do autor sobre a âmbito protetivo da regra. Ademais disso, as "regras de modificação" estão dispostas na CRFB/88 e, como visto acima, não há vontade legislativa para alterá-la.

interpretações emanadas de tribunais de todo o Brasil vêm reduzindo o âmbito de proteção dessa regra proibitiva, tornando-a, com o passar dos tempos, “letra morta” ou seja, uma norma sem eficácia.

O problema da ineficácia deve ser resolvido com as “regras secundárias de aplicação”. Isso porque são elas que definem os legitimados a dirimir controvérsias acerca do âmbito, conteúdo e limites da regra do inciso LXVII. Além disso, as regras secundárias servem para examinar o problema da concretização e conformação legislativa ordinária.

Outrossim, na atividade interpretativa da excepcional prisão civil por dívidas, o estudo utiliza os vetores normativos contidos nas próprias normas constitucionais. A observância da unidade sistemática⁶⁹ do texto constitucional impõe-se como medida de ordem pública. Nos moldes da dogmática de Hart, a regra do inciso LXVII deve ser interpretada em harmonia com as normas dos art. 227 e 229. Isso porque não se admite que a primazia da Constituição seja afastada por legislação infraconstitucional atentadora do caráter alimentário da dívida autorizadora da prisão civil.

7.4.2. A PRISÃO CIVIL CONFORME A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

A tese abolicionista, defendida por parte da doutrina brasileira, pressupõe o reconhecimento da invalidade da regra do inciso LXVII. Senão vejamos o que diz Maia:⁷⁰

⁶⁹ Maximiliano (2011, p. 4).

⁷⁰ Maia (2013, p. 110).

Mesmo diante das exceções de coerção processual previstas no Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, item 7) e na Constituição Federal (art. 5º do inciso LXVII), a prisão do devedor de alimentos deverá ser relegada ao Código Penal, como norma infraconstitucional que torna possível a pena [...].

A tese da invalidade ou não dessa regra constitucional, nos moldes da tese abolicionista, se afigura insustentável. Isso porque toda norma-regra constitucional é válida. É certo que existem situações em que regras constitucionais cedem em relação a outras, contudo isso somente ocorre quando ambas estão no mesmo plano constitucional. Nesse caso, é mister invocar no plano aplicativo os critérios da especialidade das regras.

Não se vislumbra o acerto na tese abolicionista da prisão civil, tampouco a possibilidade de existirem normas constitucionais inconstitucionais, já que todas as normas da Constituição brasileira, a exemplo da norma-regra do inciso LXVII, são necessariamente válidas e vinculam o Estado e toda a sociedade. A tese abolicionista pretende a correção da Constituição de 1988, pelo critério de justiça por princípios, ao sugerir a invalidade da expressa restrição em estudo. Para ela, a prisão civil é pena e não se afigura como “um meio civilizado e humano da justiça do cumprimento obrigacional”.

Esse critério valorativo de Maia demanda processo legislativo, não sendo possível que ele sirva de parâmetro para o controle judicial de validade de normas. Se a liberdade for submetida ao escrutínio subjetivo de juízes, não mais será um direito fundamental, porque poderá ser ponderada a cada situação casuística, levando insegurança jurídica à sociedade.

A prisão civil em estudo foi eleita pelo legislador constituinte e positivada como uma autorização de restrição, que afeta a tutela da norma do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88. Sua abolição seria possível por meio de Emenda Constitucional. Nesse caso, uma decisão emanada do poder constituinte possui legitimidade para alterar ou abolir a norma. Aliás, essa é uma das funções da regra secundária.

Veja-se que o disposto no inciso IV § 4º do art. 60 da CRFB/88 somente impõe limites às emendas tendentes a abolir direitos e garantias fundamentais, o que não é o caso. A prisão civil por dívidas no Brasil não se enquadra na categoria do referido inciso IV, por não ser um direito fundamental e tampouco uma garantia fundamental. Trata-se, como visto, de uma afetação desvantajosa à garantia proibitiva do inciso LXVII, prevista por meio de seus limites diretos.

Na hipótese de uma EC para abolir a prisão civil do inciso LXVII, o Poder Constituinte não estaria submetido aos limites materiais do inciso IV § 4º do art. 60. A existência de um projeto de EC abolicionista não macularia a medida última de salvaguarda do membro da entidade familiar, que se encontra em estado de carência alimentar vital. Isso porque a Constituição de 1988 prevê outras tutelas protetivas de direitos sociais fundamentais das famílias e de seus integrantes, a exemplo do art. 277. Na interpretação sistemática das regras do inciso LXVII do art. 5º e do art. 227 da CRFB/88, não se trabalha com o critério de validade, visto que entre regras constitucionais não há hierarquia. *In casu*, a interpretação e aplicação da norma em estudo pauta-se no critério da especialidade.

Anota-se, contudo, que a possibilidade de um projeto de Emenda Constitucional abolir a prisão civil por dívida alimentar tende a ficar no plano da doutrina. A vontade do povo brasileiro, expressa por seus representantes eleitos, é no sentido de manter essa modalidade prisional. Em dezembro de 2008, quando o plenário do STF aprovou a Súmula Vinculante 25, que **tornou ilícita a** prisão civil de depositário infiel, discutiu-se no Brasil a extinção da prisão civil alimentar, todavia, no âmbito do Poder Legislativo, essa questão não obteve consenso majoritário. Em 2014, voltou-se a discutir o tema, durante a tramitação do projeto do Código de Processo Civil brasileiro. À época, após intensos debates, venceu a resistência da bancada feminina da Câmara dos Deputados contra as propostas que visavam ao menos mitigar essa prisão por meios alternativos.⁷¹

A prisão por dívida alimentar no Brasil consiste em uma restrição autorizada expressamente pelo legislador constituinte originário e somente vive às voltas com as questões de valores humanos e de justiça, porque a legislação ordinária é inconstitucional. O Código de Processo Civil brasileiro, em 2015, ampliou a prisão civil, ao encampar decisões justiceiras, a exemplo da Súmula 309 do STJ.

Sem a interpretação sistemática do inciso LXVII, a partir dos parâmetros dados pelos artigos 227 e 229 da CRFB/88, a prisão civil prevista na lei processual de 2015 ganhou um tamanho maior do que o idealizado pelo legislador constituinte. Para contornar o resultado

⁷¹ Essa codificação foi sancionada pela Presidente da República em 2015, persistindo, portanto, a “tradição” dessa modalidade prisional, que deita raiz nas ordenações portuguesas vigentes à época do Brasil colônia.

negativo dos efeitos deletérios dessa lei, o judiciário passou a seguir o critério de derrotabilidade da norma, como visto no subitem 7.2.3.

Atualmente o inciso LXVII vem sendo afastado por decisões arrimadas em princípios. Isso é assim porque a validade dessa norma não é aferida à luz da Constituição, mas a partir da “justiça” do caso concreto, quando então a legislação processual é aplicada ou afastada por ponderações judiciais casuísticas, desprovidas de critérios objetivos reconhecidos previamente pela sociedade.

A medida última do inciso LXVII ao ser interpretada conforme a legislação ordinária tornou-se em um instrumental de satisfação de créditos, sem qualquer reflexão sobre suas consequências no âmbito familiar. Quando o familiar devedor é solvente, consegue livrar-se do cárcere, se não será “castigado” de forma mais severa do que o previsto na lei penal brasileira.

Assim, seus efeitos práticos, nos últimos anos, passaram a ser afastados pelos tribunais ao argumento de lesão ao princípio da proporcionalidade, em especial nos casos em que o devedor é pai⁷² desempregado, mãe grávida, avós idosos ou doentes.

⁷² “[...] Zé Elias, [...], ex-jogador [...], deixou de brilhar em 2006. Neste ano pediu a redução da pensão de R\$ 25 mil mensais estabelecida por ocasião do divórcio consensual em 2005, quando a ex-esposa recebeu R\$ 10 milhões de reais. A justiça não aceitou os argumentos de Zé Elias, e mesmo sem emprego fixo obrigou-o a continuar pagando os R\$ 25 mil mensais além da dívida hoje acumulada de quase R\$ 1 milhão. Era pagar ou ser preso. Zé Elias informando falta de condições financeiras se apresentou então à justiça na quinta-feira e foi preso onde ficará por 30 dias. [...]. Além da perda de 30 dias de capacidade produtiva, certamente o reflexo da prisão reduzirá o potencial de remuneração ou mesmo de trabalho afetado pela imagem de ex-presidiário [...]. Aos demais, se estiverem empregados, as chances de perda do emprego serão enormes, enquanto que os desempregados diminuirão em muito a possibilidade de encontrar trabalho convencional.” (GIBRAIL, 2011, s. p.).

7.5. A REGRA DO INCISO LXVII E A SUA APLICAÇÃO IMEDIATA

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, consoante dispõe o seu § 1º do art. 5º do CRFB/88.

A liberdade dos cidadãos, assegurada na regra da vedação de prisão por dívidas do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88, tem aplicação imediata nas situações da vida. A restrição que afeta tal regra também tem igual aplicação imediata, já que foi expressamente autorizada pela norma constitucional. Essa prisão excepcional exige fundamentação e individualização por parte do Estado-Juiz. Somente dessa forma é possível “distinguir o Estado de Direito do Estado Policial”⁷³ e impedir “que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais”⁷⁴ em afronta direta à sua dignidade.

O parágrafo 1º do art. 5º da CRFB/88, segundo Gilmar Mendes⁷⁵ é:

O sismógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental. O âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais recebe contornos de especial relevância em nosso sistema constitucional. A idéia do Estado de Direito também imputa ao Poder Judiciário o papel de garante dos direitos fundamentais. É necessário ter muita cautela para que esse instrumento excepcional de constrição da liberdade não seja utilizado como pretexto para a massificação de prisões [...] Em nosso Estado de Direito, a prisão é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos.

⁷³ HC 91386/BA. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19/02/2008, 2ª Turma STF, p. 16/05/2008.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição brasileira, entende que a eficácia imediata vincula diretamente os órgãos estatais aos direitos e garantias fundamentais, estando o Estado obrigado “a guardar-lhes estrita observância”.⁷⁶ O direito fundamental de liberdade contido no *caput* do art. 5º tem, na garantia proibitiva do seu inciso LXVII, uma tutela constitucional de aplicação imediata. Tal imediatismo abrange todas as situações incluídas no seu âmbito de proteção efetivo.

A vedação de prisão civil por dívidas, dada a sua fundamentalidade, é garantia constitucional imediatamente exequível, sendo, pois, dispensável lei infraconstitucional para complementar ou integrar o seu conteúdo. Diz-se “dispensável” porque “poderá” haver lei ordinária, mas ela não poderá reduzir a proibição constitucional assecuratória das liberdades físicas da norma-regra do inciso LXVII. É nesse ponto que reside o problema da conformação dessa norma.

A excepcional prisão não pode ser objeto de interpretação judicial extensiva ou de lei ordinária que venha apequenar a garantia veiculadora do direito fundamental de liberdades físicas. A pretexto de conformar, concretizar ou regulamentar a prisão do devedor de alimentos, o âmbito normativo da garantia vedatória do inciso LXVII acabará por ser reduzido.

Não se pode admitir que o legislador ordinário brasileiro possa impor restrições às liberdades de pessoas que contraem dívidas, sem autorização constitucional, ou ainda, que juízes possam interpretar

⁷⁶ Ext 986 / BO. Rel. Min. Eros Grau, j. 15/08/2007. Tribunal Pleno, p. 05/10/2007.

extensivamente uma restrição que afeta tutela de liberdades. Ora, direitos, liberdades e garantias fundamentais são trunfos contra o Estado e eles somente “podem ser batidos por trunfos mais altos”.⁷⁷

Sobre essa questão, é perfeita a lição do professor doutor Jorge Miranda:⁷⁸

Na expressão bem conhecida de Herbert Krüger, não são os direitos fundamentais que agora se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve-se mover no âmbito dos direitos fundamentais. Ou na fórmula de Louis Favoreau: No Estado de Direito, a legalidade é um componente da consitucionalidade. Ou, mais sinteticamente segundo Paulo Bonavides: ontem os Códigos, hoje as Constituições.

Outrossim, o § 1º do art. 5º da CRFB/88 autoriza a aplicabilidade direta dos direitos e garantias fundamentais, pelo que as leis que contrariam a garantia disposta no inciso LXVII do mesmo artigo estão fulminadas pelo vício da inconstitucionalidade. Além disso, a norma em estudo possui conteúdo determinado, força cogente e sua aplicação se dá pelo método *subsuntivo* dada a sua natureza de norma-regra.

Como garantia fundamental vinculativa, dotada de sentido unívoco, não pode o legislador infraconstitucional dar-lhe significação diferente da estabelecida pela CRFB/88. Da mesma forma, não é dado ao Poder Judiciário, a pretexto de interpretá-la, desvincular-se de seu inequívoco comando normativo. Apenas lhe cabe aplicá-la, sem desempenhar qualquer papel criativo.

⁷⁷ Novais (2010, p. 586).

⁷⁸ Miranda (2014, p. 320).

A CRFB/88 adota o sistema de reserva de lei. Neste, o legislador constituinte pode autorizar a intervenção do legislador ordinário a dar conformação ou mesmo estabelecer restrições no âmbito da norma veiculadora de direitos ou garantias fundamentais. Contudo, mister se faz se verificar que há no âmbito da tutela do inciso LXVII um comando direto e efetivo que qualifica essa norma como preceptiva, exequível por si mesma.

A norma em estudo configura-se como preceptiva e exequível por si mesma por conter em seu texto um comando completo, sendo dispensável sua complementação por meio da atividade legiferante. Assim, a intervenção estatal, por meio da prisão civil, deve se ater aos limites diretos da norma. Somente nesses moldes, o Estado-Juiz pode intervir no direito de liberdade do devedor.

8

OS LIMITES E A RESTRIÇÃO DO INCISO LXVII

Inicialmente, cumpre anotar que os conceitos manejados neste ponto já foram estudados na parte contextual.¹ Assim, o desenvolvimento do presente item pressupõe a compreensão das terminologias sobre limites e restrições a direitos e garantias fundamentais.

A estratégia adotada para identificar o tema objeto do estudo se pautava nas seguintes premissas: 1) na concepção da norma do inciso LXVII, o legislador constituinte originário autorizou a excepcional restrição a garantia fundamental de vedação da prisão por dívida, por meio da prisão civil do devedor de alimentos; 2) a restrição é compreendida com uma intervenção estatal autojustificada, por meio dos limites que lhes são precedentes; e 3) os limites diretos da norma excluem a dívida alimentar do âmbito protetivo da tutela vedatória da prisão civil por dívida no país e norteiam a identificação do conteúdo afetado pela restrição de liberdade da pessoa do devedor alimentante.

A trajetória traçada analisa a prisão civil de uma perspectiva diversa da jurisprudência dos direitos fundamentais como princípios ou valores. Isso porque é impossível, à luz da estrutura normativa da Constituição de 1988 e da natureza da norma-regra vedatória do inciso

¹ Os limites e restrições aos direitos fundamentais foram objeto de exame no subitem 4.6. da parte contextual do estudo.

LXVII, que a excepcional prisão, contida na sua segunda parte, seja objeto de ponderações judiciais de princípios ou valores.

A Constituição de 1976 da amada “Nação valente e imortal”,² diferentemente da Constituição brasileira de 1988, dispõe de norma geral sobre restrição.³ O silêncio da lei fundamental do Brasil nessa matéria não se afigura um óbice do estudo, pois na feitura do inciso LXVII do seu art. 5º, o legislador constituinte foi expresso ao introduzir a autorização de restrição à pessoa do devedor, após estabelecer os limites diretos na mesma norma.

8.1. OS LIMITES DA NORMA EM ESTUDO

Os limites da garantia do inciso LXVII, do art. 5º, são unidades normativas diretas e o legislador constituinte decidiu descrevê-los na Constituição de 1988, de modo imediato, durante o processo de feitura dessa norma. *In casu*, os limites assumem dupla função, a saber: i) demarcar normativamente o âmbito excluído do conteúdo da garantia vedatória da prisão por dívidas no país; e ii) fundamentar a operação de delimitação do conteúdo afetado pela restrição dessa garantia.

O âmbito de proteção da norma do inciso LXVII veda a execução da pessoa do devedor e de sua família em razão de dívidas de qualquer natureza, em território brasileiro. A Constituição de 1988 proíbe a prisão civil, como técnica de executar dívidas como se fazia no século XVIII a.C.

² “Apesar da Constituição nunca utilizar o termo limite (à semelhança da Constituição de 1933) e apesar de não ser vulgar encontrar na doutrina nacional propostas para definição nesse sentido, o primeiro conceito a esclarecer é mesmo esse” (ALEXANDRINO, 2011, p. 121).

³ “Diversamente do que acontece com a noção de limite, o conceito de restrição (talvez por estar imposto no art. 18º) é normalmente objecto de definição” (ALEXANDRINO, 2011, p. 123).

Tal vedação abrange todas as modalidades de débito, inclusive o alimentar. Já o limite direto que afeta esse âmbito é a *dívida de caráter alimentário, não adimplida voluntariamente e sem justa escusa ao Estado-Juiz*.

Assim, as dívidas alimentares não adimplidas, sem voluntariedade mediante justificação do alimentante, estão excluídas da tutela protetiva. Nesse caso, o limite da norma do inciso LXVII está autojustificado em seu próprio texto. Ele precede a autorização estatal de restrição e será um valioso instrumental na identificação do conteúdo dessa afetação.

Dito isso, uma vez compreendido que o limite excluiu diretamente da garantia vedatória a *dívida de caráter alimentário, não adimplida voluntariamente e sem justa escusa ao Estado-Juiz*, passa-se ao estudo desse conteúdo normativo excluído.

8.1.1. A VOLUNTARIEDADE E A JUSTA ESCUSA DO INADIMPLEMENTO

Veja-se que o inadimplemento deve ser voluntário. A voluntariedade é elemento essencial para que essa dívida esteja ou não sob o manto da tutela da norma. Dessa feita, se na cobrança judicial for demonstrado que a dívida não foi paga por questões alheias a vontade do devedor, diante de seu desemprego, por exemplo, haverá justa escusa.^{4 5}

⁴ “Segundo o advogado Michel Coutinho, a pensão alimentícia é um direito da criança que deve ser suportado por ambos os pais, dentro da necessidade de quem precisa dos alimentos e possibilidade de quem tem a obrigação de alimentar”. [...] “A justificativa daqueles que têm a obrigação de alimentar se encontrar desempregado não é válida para se esquivar da referida obrigação, pois quem necessita de alimentos não pode esperar”. Disponível em: <http://www.opovo.com.br/operacao-prende-8-por-atraso-de-pensao-alimenticia.shtml>. Acesso em: 12 dez. 2015.

⁵ “Família junta o valor da pensão para livrar mulher da cadeia. [...] NSF, de 33 anos de idade, é mantida presa desde anteontem por não pagar a pensão alimentícia ao ex-marido, que cuida dos dois filhos pequenos do casal. A [...] família dela já havia juntado o dinheiro, pago a dívida e o delegado [...]

Em 21 de junho de 2011, a Segunda Turma do STF considerou que a incapacidade econômica é base para evitar a prisão civil do devedor de pensão alimentícia.⁶ A Turma determinou a soltura de réu que provou não ter condições de pagar o valor mensal de R\$ 765,00. A decisão foi unânime entre os ministros presentes à sessão, no julgamento de um *habeas corpus* (HC) impetrado pelo devedor que não efetuou o pagamento da pensão. Neste, o relator ministro Gilmar Mendes, com base nos elementos contidos nos autos verificou que no acordo inicial o réu pagaria pensão mensal no valor de 1,5 salário-mínimo, o que equivalia, à época, a R\$ 765,00. O HC desafiava a decisão do Tribunal de Justiça, que havia reduzido o débito para R\$ 400,00, depois de ser comprovado que a pensão estipulada estava além das possibilidades do alimentante. Ainda assim, o devedor, que estava desempregado e recebia R\$ 500,00 a título de *pro labore* de uma empresa de zíperes, teve sua prisão decretada. Diante do caso concreto, o ministro Gilmar Mendes foi enfático: “não parece razoável a decretação da prisão”. O ministro entendeu que a prisão foi decretada num “quadro abusivo”.

Nesse mencionado julgamento, o ministro lembrou que procedimento semelhante era aplicado na antiga Roma, antes de os romanos terem um sistema legal estruturado, pelo que afirmou: “Não me parece justa a prisão nestas condições”, referindo-se à

aguardava a documentação do fórum da cidade para soltá-la. NSF, ainda que desempregada e sem dinheiro, foi levada à prisão por não pagar R\$ 696,30 ao ex-marido que, na separação, ficou com a guarda dos filhos. NSF, segundo a assessoria de imprensa da Polícia Civil nunca se envolvera antes em casos policiais. [...]. Pela lei, se ela não pagar a próxima parcela da pensão, pode retornar à cadeia”. In: Midiamax. Acesso em: 28 nov. 2015.

⁶ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1448454>. Acesso em: 28 nov. 2015.

impossibilidade de o devedor saldar a obrigação. Para ele, a prisão do devedor deve ser aplicada para estimular o cumprimento da obrigação, mas “tem que haver uma dosagem”. Ademais disso, informou o ministro Gilmar sobre a existência de países que criaram fundos sociais para saldar tais obrigações e, posteriormente, cobram os valores pagos do devedor da pensão, dando a ele uma oportunidade de reestruturar sua situação pessoal.

Assim, a justa escusa da existência de dívida alimentar, contraída sem voluntariedade, está sob o âmbito de proteção da garantia do inciso LXVII do art. 5º do CPC. Ela foi excluída pelo limite direto dessa norma, não podendo, nesse caso, haver ação estatal por meio da prisão excepcional. Nesse sentido, o ministro Marco Aurélio, em voto proferido no julgamento do RE 562.051-4/2008, anotou que somente é possível prender o devedor de alimentos se o inadimplemento se mostrar inescusável⁷.

Em 15 de dezembro de 2015, o STF noticiou,⁸ por meio de sua assessoria de imprensa, que a Segunda Turma da Corte havia revogado a prisão de um desempregado, sem condições de pagar pensão alimentícia.⁹ Nesse caso, declarou-se a nulidade de decreto de prisão expedido pelo juiz da 3ª Vara de Família e Sucessões do Foro de Santo Amaro, da Comarca de São Paulo, em ação de execução de alimentos. A ministra Carmem Lúcia, relatora do HC, concedeu a ordem de ofício por entender que a Constituição só permite a prisão por dívida decorrente

⁷ Calil e Cavalcante (2015).

⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁹ Trata-se do HC 131554, julgado pela 2ª Turma do STF (processo em segredo de justiça).

de prestação de alimentos, quando o *não pagamento da pensão é voluntário e inescusável*. Nesse caso, o devedor demonstrou que não pagou a dívida, por ausência de condições para quitá-la. A prisão foi decretada em setembro, pelo inadimplemento do débito de R\$ 33 mil, relativo ao período de março de 2014 a setembro de 2015.

Deve-se observar, nesse caso, que a defesa já havia impetrado sucessivos *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ), sem sucesso. Os mesmos argumentos manejados perante esses tribunais foram levados a Corte Constitucional, a saber: inadimplemento involuntário de dívida, mediante justa escusa apresentadas nas instâncias inferiores, comprovando o desemprego desde março de 2014. A ministra, ao conceder a ordem de ofício, explicou que o devedor demonstrou que até março de 2014, quando ficou desempregado, pagava regularmente a pensão, e que, no período em que dispunha de condições, cumpriu todas as suas obrigações. “Não há a inescusabilidade que autorizaria o fundamento constitucional”,¹⁰ concluiu a relatora.

Hoje a jurisprudência dos tribunais oscila a respeito do inadimplemento involuntário. O reconhecimento de justa escusa consiste em vedação à ação estatal restritiva, mas tal situação, em regra, não é admitida em ações executivas. Não se percebe, nesse caso, que há vinculação do Estado ao âmbito normativo tutelado pela garantia do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88. O texto é inequívoco quanto à justa

¹⁰ Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/2a-turma-revoga-prisao-de-desempregado-sem-condicoes-de-pagar-pensao-alimenticia/267782492>. Acesso em: 15 dez. 2015.

escusa, o que deve ser considerado em sede de execução para afastar a prisão civil por dívidas.

A norma em estudo configura-se como uma garantia fundamental, dada a sua natureza assecuratória que salvaguarda liberdades das pessoas devedoras. Trata-se, portanto, de um direito de defesa de primeira dimensão, nos moldes concebidos no Estado-Liberal. Dessa maneira, a norma tutela a liberdade de devedores e repudia abusos do Estado nessa seara.

No subitem a seguir, passa-se a investigar o significado¹¹ da expressão “inadimplemento de obrigação alimentícia”, constante no texto da Constituição de 1988, para, em seguida, identificar quem é o sujeito que contrai a dívida excluída pelos limites da norma.

8.1.2. O INADIMPLEMENTO DA “OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA” E A PESSOA DO DEVEDOR

A compreensão da expressão “inadimplemento de obrigação alimentícia”, contido na regra veiculadora da garantia fundamental em estudo deve partir de vetores normativos contidos nas próprias normas constitucionais. *In casu*, essa compreensão demanda uma interpretação

¹¹ Convém assinalar que a invocação da hermenêutica somente é possível quando se pretende interpretar norma em abstrato, pois no processo de produção de norma de decisão o *modus operandi* é outro. Neste aproveita-se “todas as virtualidades da harmonização, objectiva e subjectiva, de princípios; assim como busca-se “atender às circunstâncias do caso para aí proceder à concordância prática ou à ponderação” (MAXIMILIANO, 2011, p. 1). Para Marcelo Neves, no processo interpretativo de produção da norma de decisão, os princípios exigem a intermediação prévia de regras, pelo que não cabe falar em otimização de princípio, mas de sua concretização a partir de uma norma de decisão argumentativa. Neste caso, no processo de interpretação e aplicação do direito o juiz articula-se na identificação da regra que vai solucionar o caso concreto, sendo certo que a invocação de princípios jurídicos nela contidos se mostram necessários para solucionar casos difíceis. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45897/reforma-constitucional-e-seus-limites>. Acesso em: 13 jun. 2023.

sistemática da Constituição de 1988. Nesse sentido, leciona Carlos Maximiliano:¹²

[...] não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico.

Assim, busca-se a diretriz constitucional sobre o caráter alimentário da dívida referida no inciso LXVII. Tal caráter pauta-se na “primazia da Constituição” sobre a legislação ordinária. Nesse sentido, não se pode buscar na legislação infraconstitucional a compreensão da regra constitucional em estudo. Seu sentido e seu alcance devem ser extraídos do próprio texto constitucional.

Sobre o tema, anota Bonavides:¹³

A relação íntima entre o texto e os fins da Constituição, com prevalência destes, ao ensejo de uma controvérsia interpretativa, foi expressa por Story, quando ponderou “que nenhuma corte de justiça poderá interpretar uma cláusula constitucional em ordem a frustrar-lhe os óbvios fins, se do mesmo passo couber uma interpretação que, acorde com o texto e sentido da Constituição, venha a observá-los e protegê-los”. São igualmente valiosas as considerações acerca da interpretação do texto constitucional, ao advertir, por exemplo, que as palavras de uma Constituição devem ser tomadas em sua acepção natural e óbvia, evitando-se o indevido alargamento ou restrição do seu significado”.

Ademais disso, reflete o referido autor¹⁴ que “cumpre recusar ou invalidar por molesta toda interpretação literal tendente a apoucar ou

¹² Maximiliano (2011, p. 4).

¹³ Bonavides (2015, p. 480).

¹⁴ Bonavides (2015, p. 481).

frustrar àqueles fundamentos espirituais da realidade constitucional”. Esse entendimento deve ser perseguido na atividade interpretativa, sob pena de ser afrontada a letra e o espírito da constituição.

Impõe-se a interpretação restritiva da expressão “obrigação alimentícia” do inciso LXVII do art. 5º, para compreender o seu literal significado. Isso se faz porque tal expressão integra o limite contido no âmbito normativo da norma em estudo. Veja-se que a interpretação literal sempre é convocada quando a regra em exame restringe com rigidez direitos e garantias fundamentais. Por fim, é mister recorrer à interpretação sistemática e teleológica de demais regras constitucionais para extrair o elemento literal da regra em estudo.

A expressão “obrigação alimentícia”, em uma linguagem jurídica, corresponde ao encargo previsto em lei a alguém que, em razão de vínculo familiar, deve pagar prestações periódicas fornecidas a outrem, em dinheiro ou *in natura*, para que possa atender às necessidades de sua vida. O Estado-Juiz, em face da obrigação legal, fixa o montante das prestações, levando em consideração a necessidade do alimentando e as condições financeiras do alimentante. Nos termos da lei civil, essa obrigação se estende a todos familiares de linha reta e aos colaterais de até o 4º grau de parentesco.

Como visto, na parte contextual, o Código Civil de 2002 não se preocupou em distinguir os alimentos decorrentes das relações de parentesco daqueles oriundos da relação entre pais e filhos. Já o art. 229 da CRFB/88 cuida do dever alimentar dos pais em relação aos filhos menores, distinguindo, portanto, esse dever da obrigação alimentar do Estado, da família e da sociedade, prevista no art. 227, da CRFB/88. A

solidariedade alimentar do art. 227 da CRFB/88 é de índole social fundamental e não se iguala a obrigação do *caput* do art. 1.694 do CC/02. A lei civil prevê a possibilidade de familiares (e aqui se incluem pais e filhos) pedirem “uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

A obrigação alimentar ou alimentícia, também designada de “alimentos”, possui igual sentido jurídico. Entretanto nem todos os direitos elencados na obrigação alimentar do art. 227 e na lei civil são dotados de fundamentalidade.¹⁵ Os direitos fundamentais têm uma incidência pública imediata e supõe uma vinculação direta com o Estado. Nessa esteira, não se apercebe que os recursos com manutenção de status social possam ser considerados como direitos fundamentais.

Se a dívida excluída do âmbito da proteção do inciso LXVII do art. 5º estivesse relacionada ao sentido de obrigação alimentícia, obrigação de alimentar ou “alimentos” dado pela linguagem jurídica,¹⁶ a dívida contraída pela Fazenda Pública também seria igualmente excluída do seu âmbito. Veja-se que o § 1º-A do art. 100 da CRFB/88 diz que “são dívidas de natureza alimentícia as decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios

¹⁵ Alexandrino (2010).

¹⁶ A vedação de prisão civil insculpida no inciso LXVII, não estabeleceu limites aos “alimentos” numa linguagem jurídica, mais ampla do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica, instrução, lazer e status, ou seja, manutenção do padrão de vida.

previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado”.¹⁷

Aliás, essa questão foi abordada pelo ministro Peluso, no julgamento do RE 466.343-1 sobre a prisão do depositário, prevista no inciso LXVII, da CRFB/88. Vejamos o trecho do seu voto, sobre esse ponto (grifos meus):

De tudo se vê que, por dar pela ilegitimidade da prisão civil neste caso, não precisa ir ao Pacto de São José de Costa Rica, como, assentando-se em muitos dos argumentos aqui deduzidos, não o precisou o Min. Sepúlveda Pertence, para, em voto sucinto, mas irresponsável, sustentar igual coisa: "Afasto a fascinante discussão sobre o Pacto de São José de Costa Rica: não preciso dela para o meu convencimento. É manifesto que a Constituição excetuou, da proibição de prisão por dívida, a prisão do inadimplente de obrigação alimentar e a do depositário infiel. A extensão dessa norma de exceção, não o contesto, pode sofrer mutações ditadas do legislador ordinário e até por Tratado. Mas, também me parece, ninguém discordará, em tese, de que, ao concretizar os seus termos — isto é, os conceitos de obrigação alimentar ou de depositário infiel — o legislador não pode, mediante *ficções* ou *equiparações*, ampliar arbitrariamente o texto constitucional, além da opção constituinte nele traduzida. E esta há de ser aferida à base da Constituição e de suas inspirações. Não, à base da lei. Em outras palavras, a admissibilidade, segundo a Constituição, da prisão por dívida de alimentos e da prisão do depositário infiel não é cheque em branco passado ao legislador ordinário. Assim como não lhe será lícito, até com uma aparente base constitucional no art. 100, autorizar a prisão do governante que atrase a satisfação de débitos de natureza alimentar da Fazenda Pública, não creio que possa estender, além da marca que há de ser buscada dentro da própria Constituição, o âmbito conceitual do depósito.

¹⁷ BRASIL, 1988.

A obrigação alimentícia que se inadimplida acarretada a dívida excluída do âmbito da tutela do inciso LXVII, por meio de limites diretos, deve ser concebida numa linguagem comum, não devendo ser utilizada nesse caso a linguagem jurídica.

A CRFB/88, ao oferecer tutela especial à família e aos seus membros individualmente, no art. 227 do Capítulo VII do seu Título VIII, relativo à Ordem Social, obrigou o Estado, a família e a sociedade, prover de modo prioritário as necessidades de crianças e adolescentes. Dentre as necessidades elencadas no art. 227 estão “os alimentos” em sentido jurídico, a saber: alimentação, educação, lazer, saúde, moradia, dentre outras necessidades à vida de crianças e adolescentes.

O art. 227 da CRFB/88 impõe ao Estado o provimento de tais necessidades, em solidariedade com a família e toda a sociedade. Assim, os “alimentos jurídicos” que equivale a obrigação alimentícia da lei civil, podem ser exigidos em face de qualquer um dos coobrigados por decisão do legislador constituinte, na medida em que o dispositivo anota que a tutela desses recursos se reverte de especial prioridade no contexto do Estado Social brasileiro.

Disso deduz-se que a expressão “obrigação alimentícia” ensejadora da dívida que acarreta a prisão civil do inciso LXVII não é mesma obrigação alimentar do art. 227, já que esta é objeto da obrigação solidária entre o Estado, a família e a sociedade. Essa obrigação do art. 227 não pode ser preterida pela responsabilidade parental exclusiva, nos termos da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil

em 24 de setembro de 1990.^{18 19 20 21} *In casu* a supremacia da norma constitucional se impõe sobre qualquer outra norma, nomeadamente quando ela normatiza tutela que mais atende aos direitos de crianças e adolescentes.

A expressão obrigação alimentícia empregada no inciso LXVII, nos moldes defendidos por Azevedo²² revela-se como um dever natural à alimentação. Como visto na parte contextual,²³ esse dever alimentar vincula-se ao poder familiar, ou seja, da responsabilidade de pais e mães em relação aos filhos menores e incapazes. Trata-se de um dever fundado num vínculo de solidariedade que se mostra muito mais intenso e significativo, do que o previsto na obrigação alimentar da lei civil e do art. 227, da CRFB/88.

¹⁸ A necessidade de proporcionar proteção especial à criança foi enunciada anteriormente na Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, e na Declaração sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966 (arts. 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966 (art. 10).

¹⁹ A convenção serviu de fonte para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA (Lei n. 8.069, de 13/07/1990) pelo que há estreita relação entre tais diplomas.

²⁰ A convenção estabelece parâmetros de atuação política de seus Estados-partes, dentre os quais está a responsabilidade primordial dos pais em proporcionar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança (art. 27, item 2), cabendo ao Estado-parte, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotar medidas apropriadas a fim de ajuda-los a proporcionar a criança, por meio de assistência material e programas de apoio, recursos relativos à nutrição, ao vestuário e à habitação. Note-se que a Convenção trata dos direitos fundamentais: a vida, no seu art. 6º e a integridade física e moral, no art.7º. Tais direitos são os contemplados no art. 5º da CRFB/88 e especificamente tratados no art. 227, que atribui à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade pelo bem-estar de crianças e adolescentes. Iguais disposições estão reproduzidas no ECA.

²¹ Além deste, outros diplomas internacionais foram ratificados pelo Brasil, a exemplo da Declaração Universal de Direitos humanos, de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e a Cúpula Mundial de Alimentação, de 1996.

²² Azevedo (2012, p. 175-176).

²³ Subitem 2.2.3.

Nesse ponto, retoma-se a lição de Denise Damo Comelo, citada por Madaleno²⁴, no sentido de que “o dever dos pais é prestar os alimentos *in natura*, quer dizer, é prover em espécie os alimentos ao filho, ao passo que a obrigação alimentar se cumpre, de regra, mediante prestações periódicas geralmente em dinheiro”.

O art. 229 da CRFB/88 diz que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”. É dever dos pais prover os filhos menores com alimentos *in natura* e dentre estes está a alimentação indispensável a sobrevivência dos infantes. Sobre esse ponto, compreende-se que a alimentação vital se relaciona com os direitos e garantias fundamentais das pessoas, ao passo que a alimentação do 227 da CRFB possui índole social fundamental. A alimentação vital integra o dever alimentar. Na lição de Jorge Miranda, esse dever é um preceito constitucional diretamente aplicável.²⁵

Outrossim, no processo de feitura do inciso LXVII, durante os debates da Assembleia Constituinte, a prisão civil do devedor de alimentos foi concebida para tutelar a família. Entretanto, como esclarecido no subitem 3.4. do presente estudo, o legislador constituinte destacou com mais ênfase que a prisão, como medida última do Estado, objetiva a sobrevivência dos filhos. Desse modo, deduz-se que o termo família utilizado pelos constituintes se refere aos filhos. Isso corrobora com a compreensão de que a expressão obrigação alimentícia da norma em estudo equivale a parcela do dever de sustento do art. 229,

²⁴ Madaleno (2003).

²⁵ Miranda (2014, p. 323-324).

a saber: o dever de os pais proverem a alimentação vital dos seus filhos. É a inadimplência dessa alimentação que acarreta a dívida ensejadora da prisão civil.

Tal conclusão corrobora com distinção entre a prisão do inciso LXVII e o crime de abandono familiar material, tipificado pelo Código Penal brasileiro, no art. 244, dentre os crimes contra a família. O tipo penal do art. 244 descreve a conduta de familiares, inclusive os pais, que deixam de prover os recursos necessários aos demais familiares. No art. 244 está a pena para o descumprimento de obrigação alimentícia em sentido jurídico. Note-se que o texto é expresse ao imputar o crime a *quem deixar de pagar o pagamento de pensão alimentícia* judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar sem justa causa.

Com razão aos abolicionistas quando afirmam que o tipo penal pode estar relacionado tanto com a obrigação alimentar, decorrente da solidariedade familiar, como com o dever de sustento, decorrente do poder familiar. Entretanto, devem ser refutados os argumentos sobre dupla punição, na medida em que se compreende que a obrigação referenciada no inciso LXVII do art. 5º é um dever natural inerente a responsabilidade alimentar parental. O termo “alimentícia” para fins da norma em estudo não é dotado de sentido jurídico, mas de sentido literal para designar comida.

Destaca-se, nesse ponto, que é entendimento unânime da jurisprudência e doutrina brasileira, de que a prisão prevista no inciso LXVII relaciona-se com os recursos indispensáveis à sobrevivência. A índole alimentar da dívida excluída do âmbito da tutela da norma refere-se ao mínimo alimentar vital, pois somente este justifica o

imediatismo do provimento do recurso *indispensável à sobrevivência*. Assim, é dever dos pais alimentarem seus filhos, afastando-lhes a fome e, conseqüentemente, a morte iminente.²⁶

A obrigação alimentícia tratada no inciso LXVII é um dever natural ínsito a assistência referenciada no art. 229 da Constituição de 1988. Nesse dispositivo, o legislador constituinte impôs aos pais o dever de assistir seus filhos menores, provendo-os com os recursos materiais e imateriais. Dentre os recursos materiais está a alimentação indispensável a sobrevivência desses menores. Entretanto, é preciso observar que nem todos pais e mães possuem condições de prover o mínimo alimentar vital aos seus filhos²⁷. Dessa feita, a norma do art. 227 contém a do art. 229, pois na ausência de recursos dos genitores, a solidariedade do art. 227 se impõe.

As dívidas diversas da alimentação indispensável à subsistência física estão sob o âmbito de proteção efetivo da tutela do inciso LXVII, mas podem caracterizar o crime de abandono material, nos moldes da lei penal. Os limites diretos da garantia fundamental vedatória de prisão civil excluíram apenas as dívidas alimentares dos pais em relação aos

²⁶ "A dívida de alimentos não é uma dívida qualquer [...] Ela é uma dívida que decorre da necessidade de subsistência consubstanciada pela relação familiar. Na maioria dos casos de inadimplência, o alimentando terá a miséria como destino, se não pior." MOURA e SILVA, Johnny Lopes Alves de. In: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos>.

²⁷ "A caótica situação reinante pode matar tanto o alimentante como o alimentando. Credor e devedor podem estar no mesmo barco: a morte ronda os dois!! O desemprego desestrutura sociologicamente a família — essencial na reprodução de valores. Os estudiosos demonstram que, após seis meses de desemprego, comportamentos desviantes surgem. Apesar de todos os problemas enfrentados pelas famílias, os direitos e obrigações condizentes à prestação alimentar devem ser cumpridos. A fome não cessa porque o dinheiro acabou! Sopesados os fatos econômicos geradores de dificuldades nas finanças dos alimentantes, a obrigação alimentar persiste." (ECHEVENGUÁ, [201-]).

seus filhos, em face do dever natural.²⁸ Com isso, compreende-se que a obrigação alimentícia do inciso LXVII é parcela do dever alimentar do art. 229, sem correspondência com a obrigação alimentícia do art. 227 ou a pensão alimentícia prevista na lei penal.

A expressão *obrigação alimentícia* para fins de prisão civil é, portanto, o dever natural dos pais proverem a alimentação *in natura* dos seus filhos. É essa parcela que foi excluída do âmbito de proteção da regra do inciso LXVII. Nessa esteira, as dívidas contraídas pelos coobrigados do art. 227 não foram objeto dos limites da regra em estudo. Assim, estão sob o manto da garantia de proibição de prisão civil os familiares obrigados pela solidariedade do art. 227, a exemplo dos avós, recorrentemente, compelidos pela jurisdição brasileira a prestar alimentos aos seus netos.

Com efeito, a dívida excluída pelos limites incidentes sobre a garantia do inciso LXVII corresponde a inadimplência do mínimo alimentar dos pais em relação seus filhos menores e incapazes. Somente à luz dessa interpretação é que a prisão civil se justifica como indispensável a resguardar a sobrevivência biológica desses infantes. Sobre essa questão, já se posicionou o pleno do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343./SP, de relatoria do ministro Cezar Peluso.

²⁸ “No Brasil, nenhuma norma é mais conhecida do que a da prisão civil do devedor de alimentos. Porém, normalmente, o exemplo para essa situação, é a do pai como devedor e os filhos incapazes como credores. O dever de sustento originário do poder familiar é reconhecido como uma obrigação inata e natural. Assim, essa regra usufrui de total respaldo da sociedade, e o Estado interfere acentuadamente nessas relações, inclusive usando seu poder coativo legal. Ocorre que, fundamentadas no argumento de que o direito à sobrevivência do credor se sobrepõe ao direito de liberdade do devedor, as decisões jurisprudenciais estão deixando de analisar casuisticamente as questões que chegam aos tribunais, acarretando muitas vezes na prática da injustiça.” In: SANTOS, Katia Cabral Rabelo. *A prisão de devedor de alimentos como medida excepcional: na busca de um olhar diferenciado*.

Vejamos o trecho do voto do relator, que versa sobre a questão:

Até posso entender, diante da Constituição, a previsão da admissibilidade da prisão civil para devedores inadimplentes de obrigação alimentar, porque se cuida de caso especialíssimo em que tal descumprimento de obrigação patrimonial envolve grave risco à sobrevivência biológica- se não ainda biológica -, dos credores. Devo dizer que apenas me conformo — e, não que sufrague essa autorização constitucional — possam os credores de alimentos, em risco de sobrevivência biológica, contar com medidas de coercitivas mais fortes e extremas de convencer os devedores [...] insisto, é violência ao corpo humano, contra pessoa, contra sua liberdade física -, e que ainda subsiste em relação ao credor de obrigação alimentícia.²⁹

Isso posto, conclui-se que o caráter alimentário da dívida excluída do âmbito da proteção do inciso LXVII, por meio de limites diretos dessa norma, relacionam-se com o mínimo vital alimentar para satisfazer as necessidades biológicas das crianças e adolescente que estão sob responsabilidade parental.

8.2. A PRISÃO CIVIL COMO RESTRIÇÃO EXPRESSA

Tem-se na excepcional prisão do alimentante devedor, os três elementos conceituais de restrição, lecionado por Alexandrino,³⁰ a saber: “a presença de uma atuação estatal, a sua vocação normativa e o efeito de compressão sobre o conteúdo ou efeito de proteção de um direito fundamental previamente delimitado”. Isso porque é uma intervenção do Estado na esfera da liberdade de pais e mães, que contraíram dívidas relacionadas à alimentação dos seus filhos menores.

²⁹ Acórdão publicado no Diário da Justiça em 5 de junho de 2009.

³⁰ Alexandrino (2011, p. 123-124).

Trata-se de medida drástica prevista expressamente pelo legislador constituinte, incidente sobre conteúdo não tutelado da norma do inciso LXVII do art. 5º.

In casu a restrição distingue-se dos limites constitucionais, visto que estes excluam a dívida alimentar, nos moldes expostos nas linhas anteriores, do âmbito de proteção do inciso LXVII do art. 5º. Além disso, não se confunde com a delimitação do âmbito de proteção desse dispositivo, orientada pelos mencionados limites diretos e com esteio na interpretação sistemática das normas contidas nos artigos 227 e 229, da CRFB/88. A prisão civil é o meio de coação, ou seja é o *modus operandi* da restrição expressa. Esta não se configura como a intervenção restritiva que *in casu* seria o próprio ato judicial que decreta a prisão.

A restrição, por meio da prisão civil, autorizada no inciso LXVII recai sobre o seguinte conteúdo: i) dívida voluntária ou a dívida involuntária sem justa escusa apresentada ao Estado-Juiz; ii) contraída por pais e mães, no exercício da responsabilidade parental; e ii) relativas ao provimento do mínimo alimentar, indispensável à sobrevivência de seus filhos menores. Esse foi o resultado da atividade interpretativa dos limites diretos do inciso LXVII, com as regras dos artigos 227 e 229.

O que está fora dessa delimitação é o núcleo inatingível da norma por parte dos poderes do Estado. Isso porque é nesse terreno que reside a “barreira última e efetiva contra o abuso de poder”, como leciona Miranda.³¹ A restrição autorizada pelo inciso LXVII possui o conteúdo delimitado, sendo certo que foi concebida pelo legislador constituinte

³¹ Miranda (2014, p. 350).

como medida última de proteção aos filhos e não como instrumento para satisfação de dívida contraídas em relações creditícias que podem ser satisfeitas por meio de execução patrimonial.

Dito isso, é mister refletir sobre em que medida essa prisão deve se dar. A intervenção estatal, com o fim de coagir o cumprimento o dever natural dos pais na alimentação de seus filhos, exige que estes acionem o judiciário. A prisão, como uma técnica coercitiva eleita pelo legislador constituinte, demanda a vontade do credor alimentário. Sua vontade vai integrar-se à vontade estatal e, a partir de então, surge a autorização da atuação do Estado. Nesse caso, os limites da garantia e o conteúdo afetado pela restrição devem ser observados.

Em 22 de novembro de 2006, o plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1, oriundo de São Paulo, tratou da prisão civil por dívidas decorrentes de contrato de depósito prevista na parte final do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88. Nesse caso, a Corte Constitucional deu interpretação restritiva a norma do inciso LXVII, ao argumento de que esta é portadora de uma autorização restritiva à liberdade do devedor. Senão vejamos, o voto do relator desse julgado, o ministro Cesar Peluso:

Quanto à norma constitucional em si, ninguém tem dúvida de que, abrindo vistos a exceção a uma garantia individual, de um lado guarda os foros de norma de direito singular e, de outro, autoriza privação da liberdade física. Que se está diante de restrição a garantia individual, seria fraqueza de espírito buscar demonstrá-lo. O mesmo se pode dizer quanto ao conteúdo de limitação da liberdade pessoal, de que a prisão é a privação por antonomásia. É que o preceito pertença à classe das normas ditas excepcionais ou singulares, tampouco exigiria algum esforço intelectual.

Das normas, “[...] as singulares são verdadeiras exceções ou contradições abertas no sistema, constituindo no dizer do jurista *“ius contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem introductum”* (PAULO, Dig., i, 3, FR. 16). O tipo de norma jurídica singular de mais imediata identificação é aquele em que o legislador abre, com suas próprias palavras, exceção a um princípio, a um conceito, a uma norma regular, afirmando princípio, conceito ou norma de significação contrária. Não é o intérprete, nesses casos, que tem de revelar o caráter excepcional do comando jurídico, para tachá-lo de singular. É o próprio legislador que enuncia sua vontade como exceção a outra vontade, expressa em outra norma de âmbito geral”. A superposição desses caracteres normativos postula regime próprio de interpretação. À luz dos fundamentos e da função vital dos direitos e garantias individuais, bem como do dogma liberal universal da exclusiva autoridade da lei (*“ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei”*), não surpreende que este e aqueles sejam mais particular e firmemente afirmados, quando, perante o dado óbvio de que toda lei é sempre de algum modo restritiva, a restrição nomológica tende a ampliar-se a ponto de comprometer os princípios e arruinar a liberdade.

É nos moldes desse voto que a autorização da prisão civil por “inadimplemento de obrigação alimentícia” deve ser compreendida. Trata-se de uma restrição à garantia de liberdade física. A norma do inciso LXVII, como observou o ministro Peluzo, é excepcional, de “mais imediata identificação”. Isso porque o legislador constituinte a positivou, de modo expresse, na Constituição de 1988 “com suas próprias palavras”, impondo, conseqüentemente, a vinculação dos poderes estatais.

8.3. A INTERPRETAÇÃO DA RESTRIÇÃO AUTORIZADA NO INCISO LXVII

A autorização da restrição do inciso LXVII do art. 5º por meio da prisão do devedor de alimentos deve ser compreendida consoante os

fundamentos e função vital dos direitos e garantias individuais, bem como do primado do legislador constituinte. Eles integram a estrutura do Estado brasileiro, constituem o seu núcleo mínimo e estão identificados na Constituição brasileira de 1988. Em face de tal posição, não se submetem a normas de decisão pautadas em técnicas que tornem “letra morta” liberdades conquistadas ao longo da história constitucional do país.

Sobre a interpretação da norma do inciso LXVII, é mister registrar os argumentos do ministro Cesar Peluso, no Recurso Extraordinário 466.343-1,³² que na íntegra se aplica à situação do devedor de alimentos, *in verbis* (grifos meus):

Doutro turno, se, por razões particulares de conveniência ou de utilidade social, o ordenamento abre exceção ao tratamento genérico de uma ordem de fatos, para disciplina autônoma de certa categoria, está claro, à míngua de razão normativa que o legitime, que se não pode estender, por interpretação, o regime especial a outras hipóteses. Ao lado do regime geral é que se acham as forças sociais preponderantes na reconstituição semiológica e na aplicação de toda regra de direito positivo, sobretudo quando hospede garantias fundamentais ou valores individuais supremos. *Mais de uma razão jurídica está, assim, a predicar que a cláusula constitucional de que se trata é de todo alérgica a interpretação extensiva, capaz de atingir situações que, não se tratasse de norma excepcional restritiva da liberdade pessoal, até poderiam caber-lhe no âmbito de incidência, quando concorressem fundamentos para expansão de seu sentido emergente.* Escusava que o enfatizasse a doutrina: “Quando se dá o contrário, isto é, quando a letra de um artigo de repositório parece adaptar-se a uma hipótese determinada, porém se verifica estar esta em desacordo com o espírito do referido preceito legal, não se coadunar com o fim, nem com os motivos do mesmo, presume-se tratar-se de um fato da esfera do Direito

³² Acórdão publicado no Diário da Justiça em 5 de junho de 2009.

Excepcional, interpretável de modo estrito”. [...] “Do que foi dito, já se apura que o principal critério para determinar se um dispositivo legal é excepcional, é sua inextensibilidade. Quando tratarmos da interpretação extensiva e da analogia desenvolveremos esse ponto, e concluiremos que a “ratio legis” de caráter geral pode estender-se aos casos omissos, ao passo que a “ratio legis” de caráter excepcional, há de ficar confinada aos casos que especifica.³³ [...] Nem vai tão longe a época em que se preconizava interpretação dita literal da Constituição, quando a resposta à questão suscitada tendesse a cercear o exercício de direitos fundamentais ou a embaraçar garantias da liberdade individual, ideia de cuja defesa, no Brasil, ninguém levou a palma a Rui Barbosa, para quem o Direito se subentende sempre a favor da liberdade, a qual não suporta artifício de condições restritivas por inferência. Tampouco a norma constitucional suporta recurso à analogia, que, seja de atribuição, seja de proporcionalidade, se reduz sempre a indução parcial baseada numa presunção, a de que duas coisas, que guardem ponto de semelhança, podem parecer-se (e não, que se pareçam deveras) quanto a outros. Seria impróprio avivar que alguns autores chegam até a contrariar esses princípios todos, admitindo interpretação extensiva em hipótese de direito singular, ao assentarem que este pode regular, dentro de certos limites, uma generalidade de casos, com o caráter de autênticas “exceções-regras”. É que a exceção constitucional se adscree a duas hipóteses de contornos nítidos, cuja dilatação implicaria a mais severa restrição à liberdade física dos cidadãos, com a agravante de transpor os limites do recurso analógico, que são a afinidade dos fatos e a identidade de razão jurídica, nenhuma das quais se acha presente na hipótese”.

Não há alternativa ao intérprete diante do conteúdo determinado de uma norma-regra, ainda mais quando esta é veiculadora de uma autorização de restrição que subtrai a liberdade física de quem contraiu uma dívida. Afasta-se, com veemência, retrocessos advindos de interpretações jurisprudenciais que transformam o sentido do texto da lei fundamental e reduzem a pessoa humana a mero *corpus vilis*.

³³ Continua neste ponto: “É o que constava, aliás, do art. 6º da Introdução ao Código Civil, abrogado menos por superação científica que por constituir objeto mais curial à dogmática. *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*”.

A única interpretação possível da regra em estudo é a restritiva. Isso porque se trata de norma portadora de autorização da restrição de liberdade física e sujeita a limites constitucionais diretos. Deve-se atentar que a lei fundamental do Estado brasileiro tem, dentre seus fundamentos, a *dignidade da pessoa humana*. Dessa forma, é inaceitável que, em matéria de prisão por dívida alimentar, decisões se utilizem de princípios casuísticos para ponderar liberdades das pessoas devedoras. É mister que haja reconhecimento prévio dos critérios objetivos que pautam decisões judiciais.

De outro giro, deve se dar interpretação extensiva ao texto da regra que proíbe a prisão civil por dívidas em território brasileiro, em prol do direito de liberdade. Esse ponto também foi objeto de reflexão do ministro Peluso, no mencionado voto do RE 466.343-1,³⁴ na análise do inciso LXVII. Vejamos o trecho que trata do assunto:

E é bom não esquecer que a “*garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso*”, nem que, desde GAIO, se reconhece que em todos os assuntos e circunstâncias a liberdade é que merece maior favor. É por isso que, como acentua VIEIRA DE ANDRADE, o princípio *in dubio pro libertate*, cuja fórmula resume tópico ou elemento importante “*para a tarefa de interpretação das normas constitucionais*”, constitui emanação do princípio mesmo da dignidade da pessoa humana e, como tal, “*deve considerar-se um princípio geral no domínio dos direitos fundamentais*”, no sentido “*de que as restrições aos direitos devem ser expressas ou, pelo menos, poder ser claramente inferidas dos instrumentos normativos aplicáveis*”.

³⁴ Acórdão publicado no Diário da Justiça em 5 de junho de 2009.

No mesmo julgado, o ministro Peluso observou que a “dilatação” das exceções constitucionais implicaria “a mais severa restrição à liberdade física dos cidadãos” Ademais, acrescentou esse ministro que, “[...] na dúvida entre a tutela da liberdade e de interesses econômicos privados, que podem ser satisfeitos doutros tantos modos”, não resta alternativa para o intérprete que não a conclusão pela incompatibilidade da medida com a Constituição. Por fim, Celso de Mello concluiu que a lei ordinária não pode, mediante ficção, “[...] igualar situações, figuras ou institutos, para submeter pessoas à violência da exceção constitucional, sem ao menos incidir-lhe em afronta direta”.³⁵

Assim, uma vez compreendido os limites do inciso LXVII, é mister afastar a lei ordinária que venha subverter o texto constitucional ou ainda decisões ponderativas, que ampliem o alcance da excepcional prisão. A norma em estudo não admite abolição de parcela de sua tutela protetiva, nem mesmo mediante processo legislativo de Emenda Constitucional, a teor do art. 60 § 4º, inciso IV da CRFB/88. A excepcionalidade nela contida é expressa, não havendo margem ao legislador ordinário ampliá-la.

Nessa ordem de ideias, a interpretação extensiva da restrição do inciso LXVII do art. 5º da Constituição de 1988, por parte de juízes e legisladores, se afigura afrontosa quando amplia os limites incidentes na norma e reduz conteúdo por ela efetivamente tutelado.

³⁵ *Ibidem.*

8.4. A INEXISTÊNCIA DA RESERVA DE LEI RESTRITIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ao longo do texto da Constituição há inúmeros dispositivos sobre a reserva de lei, muitos dos quais enunciam direitos e garantias fundamentais. A reserva de lei, seja esta residual ou qualificada, segundo a estrutura normativa edificada pela CRFB/88, autoriza o legislador ordinário a intervir sobre o âmbito das normas. Tal intervenção, contudo, não é admitida na regra veiculadora de restrição expressamente constitucional. Ao contrário do que se pensa no país, não há autorização de reserva de lei restritiva na norma do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88.

Ao Estado é vedado produzir leis restritivas que se prestem a restringir ou comprimir “em maior escala” o conteúdo da garantia do inciso LXVII. Isso porque tal produção consequentemente tende a ampliar a restrição para além dos limites já previstos na Constituição de 1988. Não se admite *in casu* que o legislador ordinário possa dar conformação ou queira concretizar o conteúdo já determinado numa regra portadora de uma restrição de liberdades. Sobre o tema, leciona Carlos Maximiliano³⁶ que:

[...] o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, ou uma pena aplicada, esta especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas ou estender a outros casos a penalidade.

³⁶ Maximiliano (1992, p. 313).

Nesse ponto, merece reflexão o aspecto histórico dessa restrição nas duas constituições brasileiras anteriores a de 1988, quais sejam: a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946 e a Constituição de 1967, a partir do advento da EC 69.

Na primeira, a regra vedatória da prisão civil por dívidas estava prevista no § 32º, do seu art. 141 (grifo meu):

Art 141 — A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 32 — Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, *na forma da lei*.

A Constituição de 1967 manteve em seu texto a regra da vedação da prisão civil por dívidas, tal como na Constituição de 1946 (CR/46), todavia acrescentou limites ao âmbito de proteção da regra vedatória. Nestes estavam os pressupostos da prisão do devedor de alimentos.³⁷ Vejamos (grifo meu):

[...] não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, *na forma da lei*.

O texto das Constituições de 1946 e 1967, com EC 69 receberam, em sua parte final, a expressão: “nos termos da lei”. Tal expressão, inserida na parte final dos dispositivos transcritos, concedia ao legislador ordinário poderes legiferantes para produzir leis restritivas sobre a

³⁷ Essas exceções passaram a ter limites restritivos no texto à Carta, a saber: dívida, multa ou custas, no caso de não pagamento, voluntário e inescusável, por parte do responsável por obrigação alimentícia.

matéria. No caso do depositário, essas Constituições não impuseram limites, mas em relação a prisão por dívidas alimentares, a partir da Constituição de 1969, os limites foram diretos.³⁸

Com o advento da CRFB/88, o legislador constituinte, no inciso LXVIII do art. 5º manteve a proibição à prisão civil por dívidas, excetuando os casos do devedor de obrigação alimentar e do depositário infiel. Contudo, na segunda parte do inciso LXVIII, o legislador constituinte reduziu os limites do âmbito de proteção da norma, uma vez que excluiu do texto as expressões: “multa ou custas” e “nos termos da lei”. A ordem inaugural do Estado Democrático Social procurou afastar o arbítrio do legislador infraconstitucional e ampliou o âmbito de proteção vedatória.

A CRFB/88 excluiu a reserva de lei restritiva e inseriu as tutelas dos artigos 227 e 229, a fim de dar proteção aos filhos das famílias brasileiras. A prisão civil do devedor de alimentos, conforme se depreende dos debates constituintes foi concebida como medida restritiva última para proteger os jovens eventualmente vitimizados por paternidades irresponsáveis. Veja-se que a lei do divórcio de 1977 levou famílias brasileiras a viverem sem o seu “*pater*”, já que os casamentos não eram mais “até que a morte nos separe”. O pátrio poder vigorou no país até a vigência do CC de 2002, quando então foi substituído pelo poder familiar. Com isso, as responsabilidades dos filhos passaram a ser divididas entre pais e mães.

³⁸ Com isso, surgiram a Lei n. 5.478, de 28/07/1968 (Lei especial de alimentos de 1968) e a Lei n. 5.869, de 11/01/1973 (Código de Processo Civil).

Em face do retrato da sociedade brasileira no fim dos anos 1980, pondera o estudo que a prisão civil como medida de coagir o provedor alimentário, que deixava mulher e filhos à míngua, ainda se afigurava oportuna àquela altura.³⁹ Por isso, o legislador constituinte de 1988

³⁹ “Conheci um homem de formação filosófica, escritor. Casou-se, teve dois filhos. Veio o divórcio. Pensão combinada. Pagou alguns meses e nunca mais. A mãe se virou e revirou para criar as crianças. Tentou receber várias vezes. Foi pior. O pai recebia os filhos no fim de semana e dizia: — Vejam só, eu mal tenho o que comer. E sua mãe quer meu dinheiro. A mãe conformou-se, o que lhe restava fazer? O pai, um poeta. Só não era sensível para pagar a pensão dos filhos. É incrível o número de histórias do gênero. Não falo de relações eventuais, em que o homem desaparece até por falta de um laço afetivo com a mulher. Mas de casais que se amam durante algum tempo. Vem a separação, some a pensão. Parece que o homem não sente a mesma responsabilidade da mãe. E a lei? Bem, uma das poucas situações em que alguém realmente é preso neste país é por falta de pagamento de pensão alimentícia. Adianta? Já vi acontecer dos dois lados. Uma vez, do pai. Um amigo não pagava a pensão da filha havia séculos. Vivia sem grana. Mas tinha o suficiente para suas próprias roupas de shopping, bons restaurantes, noitadas. Era um sujeito que vivia endividado. Se endividar pela filha, nunca. A ex reclamou. Chamou a polícia. Deu cadeia. O pai dele atualizou as pensões. Ele saiu. Não pagou de novo e acabou ficando por isso mesmo. Já acompanhei outro caso do ponto de vista da mulher. Botou o ex na prisão. Mesma coisa. Ele saiu e parou de pagar. E os filhos a acusam de prender o pai! Ela dá duro e sustenta a família, o que fazer? Há outra. É uma atriz famosa. Digo isso para mostrar que não depende de beleza, charme, nada! Casou-se três vezes. Um único deles dá cerca de 10% dos gastos do menino. Os outros dois, um de cada casamento, não recebem centavo. Nem visitas dos pais. É como se para os homens fosse mais fácil simplesmente deixar o filho. Pelo contrário, são raros os casos de mães que abrem mão das crianças. Será uma característica ancestral, masculina? Um amigo me contou: — Sou o único filho do meu pai. Mas ele casou com outra e criou os três dela. Para mim, nunca mandou dinheiro, nunca se interessou, nunca viu um boletim de escola. O mesmo rapaz tem uma filha. — Fiz questão de pagar até os exames médicos da mãe. Nós nunca moramos juntos, mas dou pensão, aconteça o que acontecer, não falto. É um caso raro. Homem some, mulher fica. Por incrível que pareça, os filhos da nova mulher muitas vezes se tornam mais importantes que os próprios. Acompanhei uma história em que o pai, milionário, casou-se com uma cabeleireira. Passou todos os bens para os filhos dela, deixando os seus sem sequer um apartamento. Suponho que no decorrer de tudo isso não faltaram brigas, desentendimentos. Mesmo assim. O casamento acaba, mas os filhos são para sempre. Com frequência, os homens se comportam como se filho fosse só um aditivo do casamento. Às vezes desaparecem por anos e só voltam a se relacionar quando as crianças estão criadas, se tornaram no mínimo adolescentes. E o pior: como cabe à mãe toda a tarefa de educar, dizer “não”, quando esse pai bonzinho reaparece, sem impor limites, sem restrições, não só reconquista facilmente o amor dos filhos, mas se apresenta como alguém “melhor” que a mãe. Um sujeito bom para se conviver. Claro. Ele fica com os fins de semana, quase férias, se tanto. A mãe com o dia a dia, com todas as dificuldades. E sempre tem explicações:— Eu sumi porque estava num momento difícil. — A minha nova mulher era muito complicada, sentia ciúmes de vocês, eu sei que errei, mas... Ou o pior de tudo: — A sua mãe é que complicava as coisas. Ou seja: ele deu no pé, a mãe segurou as pontas. E depois a culpa é toda dela. Uma professora divorciada, óbvio, ficou com os filhos. Sem receber pensão, teve até de vender sanduíches na porta da escola onde dava aulas, para ganhar um dinheirinho a mais. O pai dos meninos não sumiu, é verdade. Apesar de ser um executivo, já num segundo casamento, nunca dava dinheiro. Mas sempre visitava os filhos, passeava com eles. Um dia ela parou de brigar. — Pelo menos é um bom pai, dá atenção aos meninos. Melhor isso do que nada. Claro que não é justo. Mas era o que restava. A verdade é uma só. Quando um casal se separa, na maior parte das vezes, a mulher fica não só com as crianças, mas também com os encargos familiares. O homem voa. E com a maior

manteve no texto da Constituição a prisão civil por dívidas, mas com limites mais restritos. Ao retirar a reserva de lei, o legislador ampliou sobremaneira o âmbito protetivo da garantia vedatória da prisão por dívidas. Tal situação revelou-se uma evolução em torno da matéria.

A regra da vedação de prisão civil por dívidas, no figurino da Constituição de 1988 impossibilitou que os Poderes Constituídos,⁴⁰ a título de conformação ou concretização, instituíssem amputações a essa garantia fundamental por meio de reserva de lei restritiva. O texto da norma do inciso LXVII do seu art.5º prevê os limites diretos incidentes sobre proibição de prisão civil por dívidas no país. A tutela vedatória passou a ter âmbito de proteção delimitado e intangível.

A alimentação de criança e adolescentes tutelada no art. 227 da Constituição de 1988 passou a ser tarefa do Estado na condição de corresponsável. Nesse sentido, o país avançou. Por meio da Emenda Constitucional 2010, a alimentação ostenta a condição de direito social fundamental, a teor do disposto no *caput* do art. 6º da CRFB/88. Esses dispositivos sinalizam a razão da supressão da reserva de lei, que acarretou a redução do conteúdo efetivamente afetado pela restrição da prisão civil por dívidas alimentares.

Entretanto, após a CRFB/88, continuaram a ser aplicadas pelos tribunais brasileiros as leis restritivas sobre prisão civil de alimentos, autorizadas pelas Constituições anteriores, a saber: i) a lei de alimentos

facilidade cria uma nova vida, esquecendo que tem filhos para criar.” Texto de Walcyr Carrasco na Revista Época (CARRASCO, 2015).

⁴⁰ O art. 60 § 4º inciso IV da CRFB/88 traz, em sua gênese, o princípio da vedação do retrocesso, ou seja, os direitos e garantias individuais uma vez reconhecidos como direitos fundamentais não admitem retrocesso, por meio restrição mais gravosa do que a importa pelo Poder Constituinte Originário.

de 1968; e ii) o Código de Processo Civil de 1973. Essas legislações ampliaram, a título de regulamentação, até mesmo os limites da garantia da Constituição de 1967, com o texto da EC de 1969, tornando, desde então, a excepcional prisão civil do devedor de alimentos em uma arma na mão do credor.

As citadas leis previram procedimentos sumários, franquearam a opção do credor a escolha do rito da execução pessoal ou patrimonial, fixaram prazos de encarceramento diversos, assim como demais procedimentos gravosos a pessoa do devedor. Apesar do advento do art. 227 da CRFB/88, que estabeleceu a solidariedade em matéria alimentar, os tribunais continuaram a dar interpretação extensiva a prisão civil por dívidas. A jurisprudência brasileira não atenta para os limites do inciso LXVII do art. 5º. Em vez de serem reconhecidos como descritos na Constituição de 1988, com o passar dos tempos foram ampliados por obra dos tribunais, dando a prisão do devedor de alimentos um tamanho bem maior do que o previsto na CRFB/88.

Desse imbróglio a interpretação da regra constitucional restritiva encontrou conforto na tese da *reserva de lei residual restritiva*. Com isso, defende-se que a tradicional prisão do devedor de alimentos comporta conformação ou concretização por lei ordinária restritiva, mesmo tendo sido extinta a reserva de lei em 1988. Nessa “desordem de ideias”, defende-se no país que o legislador ordinário, além de deter o poder discricionário de “regulamentar” essa prisão, também pode demitir-se de tal encargo.

É nesse sentido que Maia⁴¹ defende a tese da abolição da prisão civil. Em sua obra, esse autor cita o voto do ministro Marco Aurélio no HC 87.585/TO, julgado pelo STF em 2009. Nesse julgado, o ministro anotou a possibilidade de haver lei concretizadora da restrição do inciso LXVII, vejamos:

[...] não se mostra autoaplicável, até mesmo ante o silêncio quanto ao período de custódia [...] para ter eficácia e concretude, depende a de regulamentação da prisão, inclusive quanto ao instrumental, para alcançar-se a mesma prisão [...] a regra inscrita no LXVII do art. 5º da Constituição não tem aplicabilidade direta, dependendo, ao contrário, da intervenção concretizadora do legislador.

Na linha discricionária, mas demissionária do legislador, Maia ainda cita a posição do ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário 446.343/SP.⁴² Vejamos o voto desse ministro:

[...] a própria constituição tornou juridicamente viável, no plano da legislação meramente comum, a possibilidade de o legislador ordinário, mesmo em face das duas únicas exceções previstas na Lei Fundamental, sequer considerar a instituição desse instrumento excepcional de coerção processual, a indicar, portanto, que se revela plenamente legítimo, no âmbito institucional, ao Congresso Nacional, e desde assim o entenda conveniente, restringir ou, até mesmo suprimir a decretabilidade da prisão civil em nosso ordenamento jurídico [...] Na realidade, o legislador não se acha nem compelido e nem vinculado, em nosso sistema jurídico, a regular a utilização da prisão civil eis que dispõe, nesse tema de relativa liberdade decisória, que lhe permite — sempre respeitados os parâmetros constitucionais (CF, art. 5º, LXVII) — (a) disciplinar ambas as hipóteses (inexecução de obrigação alimentar e a infidelidade depositária, (b) abster-se, simplesmente, de instituir a prisão civil

⁴¹ Maia (2013, p. 106-107).

⁴² Acórdão publicado no Diário da Justiça em 5 de junho de 2009.

e (c) instituí-la apenas em uma das hipóteses facultadas pela Constituição. Abre-se, desse modo, um campo de relativa discricção, ao Poder Legislativo, que poderá, presente tal contexto, adotar qualquer das providências acima mencionadas. Esse modelo constitucional vigente no Brasil, portanto, não impede, ao legislador comum, a regulação do instituto da prisão civil, com necessária projecção e abrangência das duas hipóteses excepcionais a que se refere a Constituição.

Os argumentos manejados pelos dois ministros do STF, citados por Maia, não enfrentam a interpretação lógica, sistemática, histórica, teleológica e axiológica. Marco Aurélio e Celso de Mello não observaram que a norma em exame é restritiva e que o legislador ordinário, a partir da Constituição de 1988, não mais dispõe de reserva de lei restritiva em matéria de prisão civil por dívidas alimentares.

Por fim, a compreensão dos ministros citados não identifica a natureza da norma-regra do inciso LXVII do art. 5º como portadora de um comando efetivo, que ostenta a categoria de norma preceptiva exequível por si mesma. Sem isso, a dívida autorizadora da prisão não se restringe a alimentação vital, de atendimento imediato.

O problema da prisão civil é que sua compreensão não se dá conforme a constituição e sim conforme a lei ordinária ou consoante critérios de justiça, por princípios, dando azo a interpretações ampliativas ou ponderações casuísticas. Se a restrição de liberdade, não for compreendida como está textualmente expressa na Constituição de 1988, a lei ordinária ou a decisão judicial não irão dar a prisão o tamanho que ela efetivamente deve ter.

Sobre o tema, esclarece Carlos Maximiliano⁴³ que:

[...] uma lei ou um ato ou uma interpretação, mesmo quando datam de grande número de anos, e embora contemporâneo do Código Supremo, não lhe pode revogar o texto, destruir o sentido óbvio, estreitar limites verdadeiros, nem alargar as fronteiras naturais.

Veja-se que não há possibilidade de costumes reiterados ou de jurisprudências majoritárias serem recursos legítimos hábeis para imporem afetações a direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição de 1988, nomeadamente na seara das liberdades das pessoas.

Na hipótese de dúvidas acerca do comando expresso da autorização da prisão civil, segundo Chironi,⁴⁴ deve-se dar interpretação ao texto contrária a restrição e em favor das liberdades. É como diz o brocardo,⁴⁵ “*Quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit*”, ou seja, “toda vez que seja duvidosa a interpretação do texto concernente à liberdade, no sentido da liberdade se resolva”.

8.5. A CULTURA DA PRISÃO FOMENTADA PELO PODER JUDICIÁRIO

A cultura da prisão civil do devedor de alimentos no Brasil deve ser creditada ao Poder Judiciário. Este, ao proferir decisões ou reconhecer leis conformadoras da prisão, redutoras das liberdades, transformaram a prisão do inciso LXVII do art. 5º da Constituição de 1988, em uma arma

⁴³ Maximiliano (1992. p. 249).

⁴⁴ “a lei modera, mas também tutela a prerrogativa suprema do homem; se a limitação não é certa, se confere margem de dúvidas por falta de clareza ou por impropriedade da linguagem, interpreta-se contra a restrição, a favor da liberdade”. (CHIRONI, 1912, p. 31).

⁴⁵ Código de Justiniano, lei n. 20 de Pompônio Disponível em: <http://ongpaisporjustica.blogspot.com/2012/>

na mão do credor. Agora, busca combater os efeitos nefastos de sua própria interpretação, por meio de um arsenal de princípios.

O STJ, ao editar a Súmula 309, por duas vezes, corroborou com tal cultura, pois ao dar interpretação à lei processual de 1973, não compatível com o texto constitucional, ampliou em demasia a prisão civil. Esse tribunal não atentou que o âmbito de proteção efetivo da garantia do inciso LXVII, a partir da ordem constitucional de 1988, ganhou outra perspectiva com os artigos 227 e 229. Tal situação agravou-se a patamares inimagináveis pelo legislador constituinte, quando passou a interpretar a expressão “obrigação alimentícia” em sentido jurídico, invocando-se, para tanto uma ilegítima relação da lei civil de 2002 e dos direitos sociais do art. 227 da CRFB/88, com a exceção do inciso LXVII.

A jurisprudência, inspirada numa ativista doutrina especializada em direito familiar brasileiro, confinou a solidariedade da “obrigação alimentícia” do art. 227 da CRFB/88 somente ao âmbito familiar. Em face dessa interpretação, ascendentes, descendentes e colaterais até o quarto grau de parentesco, que contraíram dívidas em face de “obrigação alimentícia” foram sujeitados a prisão civil.

A solidariedade do art. 227 da CRFB/88 foi imputada não somente a família, mas ao Estado e a toda sociedade. Não é possível relacionar esse artigo apenas à solidariedade alimentar familiar, tampouco concebê-lo como uma norma programática apenas em relação ao Estado. Nesse último caso, se todo o dispositivo normatiza uma diretriz, que o Estado e sua sociedade ainda não conseguiram implementar, o que se dirá em relação a família brasileira, em sua maior parte composta por uma massa de pessoas carentes. Seria um contrassenso o Estado

encarcerar familiares por uma obrigação que igualmente lhe cabe, por determinação constitucional.

A interpretação da regra do 227, como obrigação alimentar restrita ao âmbito familiar, fez a prisão civil do devedor de alimentos ganhar um tamanho assustador e fomentar a conhecida “indústria da prisão”.⁴⁶ Com a exclusão de vultuosa parcela do âmbito de proteção efetivo do inciso LXVII, a jurisprudência brasileira permite que a dívida ensejadora da prisão inclua valores diversos do mínimo alimentar vital e que podem chegar a montantes milionários.

Ademais disso, a prisão por dívida alcança familiares desempregados⁴⁷, a despeito da voluntariedade exigida na Constituição de 1988. Nesse ponto, em vez do Estado-Juiz acionar programas sociais para a inclusão de famílias carentiadas e incapazes de prover a alimentação de seus filhos, encarcera seus membros. Com isso, o Estado fomenta a violência e a vingança no âmbito das famílias brasileiras.⁴⁸

⁴⁶ “Precisamos modernizar nossas leis e incluir no progresso nossos cidadãos que ainda se encontram na linha da pobreza”, defende Analdino Rodrigues Paulino Neto. Presidente Nacional da ONG APASE — Associação de Pais e Mães Separados: www.apase.org.br. In: <http://sindromealienacaoparental.blogspot.com.br>.

⁴⁷ “Em uma cela que há 12 dias, Dona Benedita [...], de 61 anos, está presa. A idosa foi parar na delegacia [...], porque não pagou a pensão alimentícia dos dois netos. Em 2013, a Justiça passou a obrigação à avó porque na época o filho dela, pai das crianças, estava desempregado. [...] Hoje a dívida total é de quase R\$ 4,5 mil. A idosa cria uma neta e mora em uma casa simples, que não tem nem geladeira. O companheiro, [...], de 79 anos, é aposentado. ‘Eu ganho um salário moça [...], conta o marido de Benedita. Quando o pai ou a mãe da criança não tem como pagar a pensão, a lei determina que a Justiça transfira a responsabilidade para parentes próximos, normalmente, os avós. Se eles também não puderem, qualquer outra pessoa da família deve pagar a pensão. [...] Depois que soube da prisão, o filho de Dona Benedita, pai das crianças, veio do Rio de Janeiro. [...] ‘Eu estava sem trabalho. Agora que eu consegui trabalho. Mas a mãe também tem que entender é eu estou tentando fazer um acordo’, diz” [...]. (G1, 2015, s. p.).

⁴⁸ “Segundo Pablo Stolze Gagliano, Juiz de Direito [...], ‘Nem sempre por miséria, mas também por espírito de vingança, muitos réus simplesmente esquecem a premente necessidade do alimentando (especialmente seus filhos), e passam a se esquivar de sua obrigação, visando atingir sua ex-esposa (o) ou companheira (o), em uma atitude lamentável, de pouco respeito aos ditames morais que devem pautar a convivência humana [...]’”. (ECHEVENGUÁ, [201-], s. p.).

CONCLUSÃO

A Constituição vigente no Brasil, como regra, proíbe a execução da pessoa do devedor e de sua família em razão de dívidas de qualquer natureza, por meio da garantia fundamental do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88. Entretanto, na segunda parte desse dispositivo estão previstos limites constitucionais diretos que excluem a tutela garantidora e autorizam o Estado restringir a liberdade da pessoa do devedor alimentário, por meio da prisão civil. Desse modo, a garantia tutelar da liberdade, precede os limites, que são unidades normativas contidas no inciso LXVII.

A garantia fundamental que veda a prisão em estudo vincula os poderes do Estado. A vinculação do Estado-legislador nessa seara não comporta exceções. Nesse ponto, somente o legislador constituinte possui o poder de impor restrição a direitos e garantias, consagrados na Constituição de 1988, como posições que titularizam situações jurídicas fundamentais das pessoas. *In casu*, a liberdade, tal como a alimentação humana, possui a mesma fundamentalidade e imediatismo.

A partir da análise do processo de elaboração do inciso LXVII, durante a Assembleia Constituinte de 1987, viu-se que a prisão civil tem como objeto a proteção da família. No entanto, têm-se dado interpretação ampliativa à restrição da liberdade, como fez o STJ, por meio da Súmula 309. A legislação infraconstitucional sobre a matéria,

tal como a interpretação judicial desta, não segue a diretriz constitucional sobre o caráter alimentário da restrição do inciso LXVII. Ambas ampliaram sobremaneira a prisão e reduziram a tutela das liberdades. Em razão disso, hoje, os tribunais andam a reconhecer, casuisticamente, a desproporcionalidade da medida.

Os artigos 227 e 229 da CRFB/88, tratam, respectivamente, da solidariedade alimentar social e familiar e do dever alimentar decorrente da responsabilidade parental. A obrigação do art. 227 impõe a prestação de alimentos entre os membros da mesma família em solidariedade entre o Estado e a sociedade, no atendimento às necessidades alimentares de crianças e adolescentes. Já o dever de assistência referido na primeira parte do art. 229 é dedicado ao dever de sustento decorrente do poder familiar. A despeito disso, aplicação da prisão alcança, indistintamente, as dívidas decorrentes de obrigação alimentar solidária entre familiares e das relativas ao dever de sustento, decorrentes do poder familiar. Nesse ponto, a jurisprudência e doutrina brasileira interpretam a norma obrigacional do art. 227, como programática em relação ao Estado, mas de execução imediata em relação à família.

A corrente doutrinal que sustenta a abolição da prisão por débito alimentar, ao argumento que a norma autoriza a reserva de lei restritiva, deixando ao alvedrio do legislador ordinário conformar ou até suprimir a prisão civil, atenta contra o texto da norma do inciso LXVII do art. 5º. Já os que veem a prisão como meio de compelir o devedor ao cumprimento de uma *obrigação alimentícia*, interpretam essa expressão em seu sentido jurídico. Para estes, a prisão se justifica

em razão da subsistência alimentar vital dos filhos menores, por ser este “um dever de consciência e de justiça”, mas ao mesmo tempo compreendem que a “fome do alimentando” inclui lazer, vestuário e demais despesas necessárias à sua vida digna compatível com o *status* social que ostenta.

A norma do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88, é interpretada no Brasil a partir das normas do direito civil e processual, ou ainda por algum argumento de princípio de justiça, o que não é possível. As normas infraconstitucionais devem ser interpretadas conforme a Constituição e não o contrário. Ademais, a norma em questão cuida-se de uma regra dotada de comando cogente, sem lacuna axiológica, que deva ser colmatada a partir da descoberta de seu sentido ou de sua finalidade por parte dos julgadores.

A interpretação judicial dada pelos tribunais brasileiros ao inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 ignora sua natureza de regra, inequivocamente dotada de comando cogente. A refutação das noções básicas sobre direitos e garantias fundamentais, assim concebidos neste estudo como situações jurídicas oponíveis ao Estado, fulcra-se na concepção suprapositiva da Constituição. Tal paradigma repercute na seara interpretativa das tutelas de direitos fundamentais, da estruturação de regras e dos princípios constitucionais, assim como dos limites jurídicos inerentes ao poder constituinte originário.

Nesse ponto, o estudo logrou seu objetivo em demonstrar que a prisão civil é percebida no Brasil como o resultado de uma colisão, em que a vida, no sentido de subsistência alimentar vital, ora prepondera sobre o direito de liberdade e ora não. Assim, a regra do inciso LXVII do

art. 5º da CRFB/88, de conteúdo determinado e comando cogente, transubstanciou-se, por obra dos tribunais, em uma fonte normativa de princípios em eterno conflito.

Nesse diapasão, o ativismo judicial e a pseudocriatividade do STJ deram azo à edição da Súmula 309. A Corte, sem justificar o porquê identificou a presunção do caráter alimentar nas três últimas parcelas anteriores a distribuição da execução, criou novos limites, além dos estabelecidos no inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88, acabando por reduzir o âmbito de proteção dessa norma garantidora das liberdades.

A jurisprudência pátria, afeita a justiça do caso concreto, está a seguir parâmetros hermenêuticos oscilantes diversos da identificação do conteúdo determinado da norma do inciso LXVII. Como visto, esse conteúdo deveria prevalecer sobre normas veiculadoras de princípios portadores de abertura axiológica e indeterminabilidade. Isso porque, essa regra traz todos os elementos identificáveis para atividade interpretativa. Não há nela conceitos jurídicos indeterminados e o seu conteúdo definido pelo legislador constituinte vincula o Estado-Juiz.

Aliás, o extenso catálogo de direitos e garantias individuais do art. 5º da CRFB/88, mostra-se como um modelo que é “fisiologicamente, um adversário dos sistemas de ponderação”, como ensinou Alexandrino. Isso é assim porque, no figurino rígido, programático e dirigente da Constituição de 1988, não há espaço para a derogabilidade dessa catalogação por princípios que enunciam novéis políticas, ainda que arrimadas em argumentos de justiça. Não há autorização constitucional para a sua reconstrução judicial.

A precedência da norma proibitiva da prisão por dívidas no inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 demonstra a prevalência desta sobre os seus limites diretos que excluem a dívida alimentar do seu âmbito protetivo. No âmbito de proteção estão as dívidas contraídas por qualquer natureza, inclusive em face de obrigações alimentares. Essas realidades da vida estão sob a tutela vedatória da prisão por dívidas no país.

Os limites diretos contidos na norma do inciso LXVII incidem sobre: i) a dívida alimentar; ii) voluntária ou involuntária; e iii) sem justa escusa apresentada ao Estado-Juiz. O conteúdo da garantia vedatória afetada pela prisão civil compreende: i) parcela do âmbito afetado pelos mencionados limites diretos; e ii) o resultado da operação de delimitação do âmbito de proteção, por meio da interpretação das normas dos art. 227 e 229, da CRFB/88.

Dessa operação deduz-se que a autorização de restrição da tutela de liberdade da pessoa contida no inciso LXVII recai sobre: i) dívida voluntária ou a dívida involuntária sem justa escusa apresentada ao Estado-Juiz; ii) contraída por pais e mães, no exercício da responsabilidade parental; e iii) relativas ao provimento do mínimo alimentar, indispensável à sobrevivência de seus filhos menores.

Com a atividade interpretativa sistemática dos limites diretos do inciso LXVII e das regras dos artigos 227 e 229, infere-se que não há identidade entre o âmbito de proteção dessas e o âmbito de proteção efetivo da norma em estudo. A operação interpretativa, construída a partir do percurso traçado no estudo, encontrou o “âmbito de proteção efetivo” não mais sujeito a limites. Nele nenhuma interferência é admitida. Somente no âmbito de proteção afetado é que se afigura a

possibilidade de restrição na tutela da liberdade física de pais e mães devedores, por meio da prisão civil.

Assim, a restrição autorizada pelo inciso LXVII incide sobre o conteúdo delimitado na Constituição de 1988, sendo certo que a prisão em exame foi concebida pelo legislador constituinte como última medida de proteção da família e não como instrumento para satisfação de dívida decorrentes de relações creditícias. Afrontam diretamente a Constituição de 1988, interpretações e leis que permitam a restrição, por meio da prisão civil, sobre o inatingível âmbito de garantia do inciso LXVII. Isso porque neste não há espaço para atividade legiferante infraconstitucional, tampouco para interpretações restritivas.

A situação da vida excluída do âmbito de proteção da garantia vedatória da regra do inciso LXVII do art. 5º da CRFB/88 é demasiadamente direta e explícita. Isso dispensa a conformação legislativa. Aliás, a existência de lei conformadora *in casu* somente poderia reproduzir os exatos termos da restrição contida na norma constitucional. O Estado não pode encarcerar pais e mães pela não satisfação de obrigação alimentícia em sentido jurídico, assim como os coobrigados excluídos pelos limites que afetam a tutela.

A dívida objeto da restrição expressa no inciso LXVII está relacionada ao mínimo vital alimentar, diante de uma necessidade iminente que ponha em risco a vida dos filhos menores de idade e incapazes. Se não for desse modo, deve-se concluir que no Brasil em pleno século XXI admite que o ser humano sirva de meio, ou melhor, de instrumento, para a satisfação de dívidas decorrentes de relações creditícias no âmbito de obrigações familiares.

A prisão civil por dívidas no Brasil não deveria receber tratamento mais gravoso do que o previsto nas Ordenações Filipinas, que vigoram no país com a Lei Imperial de 20 de outubro de 1823. Nas Ordenações Afonsinas de 1446 e 1447, em que “o juiz determinava a execução dos bens do devedor”, que ficava “retido como preso, na audiência, até que pagasse o débito”. Ou, nos moldes do Alvará de 11 de janeiro de 1517, que proibia a prisão por pequenas dívidas, quando o alimentante não tivesse condições de realizar o pagamento.

À luz do § 1º, do art, 5º, da CRFB/88, o constituinte originário autorizou a aplicação imediata da garantia fundamental vedatória da prisão civil em território brasileiro. A norma do inciso LXVII é preceptiva e exequível por si mesma, por conter em seu texto um comando completo. Nessa esteira, o juiz deve identificar o mínimo alimentar inadimplido, que justifica a excepcional prisão.

A prisão civil por dívidas para fazer face a sua existência na Constituição brasileira de 1988, reitora de uma Estado Social democrático, exige a compreensão da estrutura normativa do inciso LXVII e o manejo de elementos interpretativos sistemáticos. Somente dessa forma será possível concluir que essa prisão, como medida extrema, é uma questão de alimentação vital de crianças e adolescentes sob a responsabilidade parental e não uma forma eficaz de cobrar “um expressivo número de parcelas alimentares” em atraso.

REFERÊNCIAS

- ACONTECE NAS MELHORES FAMÍLIAS. **O que abrange os alimentos?** [201-]. Disponível em: <https://acontecenasmelhoresfamilias.com/seus-direitos/o-que-abrange-os-alimentos/>. Acesso em: 5 mar. 2016.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALEXANDRINO, José de Melo. **A Estruturação do Sistema dos Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa (Raízes e Contexto)**. Coimbra: Almedina, 2006a (v. 1). ISBN 972-40-2970-0.
- ALEXANDRINO, José de Melo. **A Estruturação do Sistema dos Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa (Construção Dogmática)**. Coimbra: Almedina, 2006b (v. 2). ISBN 972-40-2971-9.
- ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais, Introdução Geral**. 2. ed. Cascais: Editora Principia, 2011. ISBN 978-989-7160-32-5.
- ALEXANDRINO, José de Melo. *In*: Tópicos da lição proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2 de fevereiro de 2010, a juristas brasileiros da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2010.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 978-85-392-0073-3.
- ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho e y Otros Ensayos**. Barcelona: Gedisa, 1994.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- AMADO, J. A. G. Principios, antinomias, derrotabilidad ... Misterios y aporías del Neoconstitucionalismo y sus parientes cercanos. **Revista Internacional de Pensamiento Político**, [s. l.], v. 17, 2022. Disponível em:

<https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/download/7546/6596/30835>.
Acesso em: 30 out. 2022.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4669-3.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3568-0.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil por Dívida**. São Paulo, Brasil: Atlas, 2012. ISBN 978-85-224-7242-0.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. ISBN 978-85-392-0271-3.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-08129-1.

BRASIL. Lei n. 3.071 de 1/1/1916: Código Civil (revogada na íntegra pela Lei 10.046, de 2002). Rio de Janeiro, 1916.

BRASIL. Lei n. 883, de 21/10/1949: dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos (revogada na íntegra pela Lei n. 12.004, de 2009). Rio de Janeiro, 1949.

BRASIL. Lei n. 5.478, de 25/7/1968: dispõe sobre a ação de alimentos e dá outras providências. Brasília, 1968.

BRASIL. Lei n. 6.014, de 11/1/1973: institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. **Alimentação e nutrição no Brasil**. Brasília : Universidade de Brasília, 2007. ISBN: 978-85-230-0988-5.

BRASIL. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1998**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, institui o Código de Processo Civil. Brasília, 2015.

BRASIL. **Agora é lei:** alimentação é um direito; Consea celebra com parceiros. fev. 2010. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/pec-alimentacao>. Acesso em: 21 nov. 2015.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 11 maio 2023.

BRITO, Miguel Nogueira de. **Lições de introdução a teoria da Constituição**. Lisboa: AADFL Editora, 2013.

CAHALI, Francisco José. Dos Alimentos. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. coord. **Direito da família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. ISBN 85-7308-655-6.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; CAVALCANTE, Lucas de Andrade Lima. A nova excepcionalidade da prisão civil no Brasil: da não recepção do art. 885 do Código de Processo Civil pela Constituição de 1988, a partir dos precedentes que originaram a súmula vinculante 25. **RDIET**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 1-23, 2015.

CANÁRIO, P. “Caminhamos a passos largos para o common law”, afirma Teori Zavascki. **Consultor Jurídico**, 10 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>. Acesso em: 13 jan. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994. ISBN: 9789723209969.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 7. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9789724021065.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. ISBN 978-85-02-21262-6.

CARRASCO, W. Pais somem, mães ficam. **Revista Época**, 22 set. 2015. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/colunas-e-blogs/walcyrr-carrasco/noticia/2015/09/pais-somem-maes-ficam.html>. Acesso em: 11 maio 2023.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Subtítulo III: dos alimentos. In: PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 2008. ISBN 978-85-204-2688-3. p. 1.801-1.843.

CASALI, Andrea. Cabo Verde e São Tomé e Príncipe: Democracia e Consenso. In: ALEXANDRINO, José Melo (coord.). **Estudos sobre o Constitucionalismo no Mundo de Língua Portuguesa**. Lisboa: Editora AAFDL, Lisboa, 2015 (v. 1).

CHIRONI, G. P. **Istituzioni di Diritto Civile Italiano**. 2. ed. [S.l.], 1912 (v. 1).

COELHO, André. 5 Erros Comuns a Respeito da "Teoria Pura do Direito", de Kelsen. **Aqui Tem Filosofia Sim**, 14 dez. 2011. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2011/12/5-erros-comuns-respeito-da-teoria-pura.html>. Acesso em: 13 jun. 2023.

COELHO, André. A distinção entre ser e dever-ser em Hans Kelsen. **Aqui Tem Filosofia Sim**, 31 jun. 2008. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2008/06/distino-entre-ser-e-dever-ser-em-hans.html>. Acesso em: 13 jun. 2023.

COELHO, A. Alexy, Fórmula de Radbruch e Positivismo Jurídico. **Aqui Tem Filosofia Sim**, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2013/08/alexey-formula-de-radbruch-e-positivismo.html>. Acesso em: 30 out. 2022.

COELHO, André. II Jornada de Teoria do Direito: as Contribuições de Ronald Dworkin para o pensamento jurídico contemporâneo. Grupo de Estudos Pura Teoria do Direito, na Universidade Federal do Pará (UFPA). 5 set. 2013.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Princípios gerais da legislação alimentar da União Europeia**: Livro Verde da comissão. Bruxelas, Bélgica, 1997.

COUTINHO, Silvio Tarabal. Pensão Alimentícia [em linha]. **Instituto Brasileiro de Direito de Família** (IBDFAM). 18 fev. 2011. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/709/novosite>. Acesso em: 13 jun. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-4756-0.

DILL, Michele Amaral. Poder familiar: Mudança de conceito. **Âmbito Jurídico**, 1 dez. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-83/poder-familiar-mudanca-de-conceito/>. Acesso em: 8 nov. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. ISBN 978-85-7827-251-7.

ECHEVENGUÁ, A. C. Enjaular o devedor da pensão alimentícia hoje é condená-lo à morte. **Pai Legal**, [201-]. Disponível em: <http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/235-enjaular-o-devedor-da-pensao-alimenticia-hoje-e-condena-lo-a-morte>. Acesso em: 11 maio 2023.

ESTORNINHO, Maria João. **Ciência política e direito constitucional**: programa, sumários, roteiro de leituras e sugestões de trabalhos práticos. 2. ed. Lisboa: Editora AAFDL, 2006.

ESTORNINHO, Maria João. **Direito da Alimentação**. Lisboa: Editora AAFDL, 2013a.

ESTORNINHO, Maria João (coord.). **Estudos de Direito da Alimentação**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013b. ISBN 978-989-97834-5-4.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Prisão civil por alimentos e a questão da atualidade da dívida à luz da técnica de ponderação de interesses (uma leitura constitucional da Súmula 309 do STJ): o tempo é o senhor da razão. **Panóptica**, Vitória, v. 1, n. 2, p. 34-59, out. 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. ISBN 978-85-375-0691-2.

FERACIN, V. C. K. A prisão civil do depositário e o atual posicionamento do supremo tribunal federal. **Cadernos da Escola de Direito**, Curitiba, v. 2, n. 11, 28 abr. 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9572-6.

FREITAS, Francine Venhold. **Prisão civil do devedor de alimentos**: análise doutrinária e jurisprudencial, nos tribunais de justiça de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, no ano de 2009 e 2010, acerca da aplicação de medidas alternativas no meio executório de coerção pessoal. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) –Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC. Criciúma, 2011.

FUX, Luiz. **Novo código de processo civil**: temático. 1. ed. São Paulo: Mackenzie, 2015. ISBN 978-85-8293-261-2.

- G1. Grávida é presa por não pagar pensão de filha ao ex em Taubaté, SP. **G1**, 9 maio 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/05/gravida-e-presa-por-nao-pagar-pensao-ao-ex-marido-em-taubate-sp.html>. Acesso em: 11 maio 2023.
- G1. Idosa está presa por deixar de pagar pensão alimentícia dos netos na Bahia. **G1**, 20 fev. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/02/idosa-esta-presa-por-deixar-de-pagar-pensao-alimenticia-dos-netos-na-bahia.html>. Acesso em: 11 maio 2023.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Nazismo, derecho y filosofía del derecho. **Anuario de filosofía del derecho**, Valencia: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, n. 8, p. 341-364, 1991. Disponível em: <http://www.geocities.com/jagamado/nazismo.html>. Acesso em: 2 out. 2022.
- GARCIA, A. S.; MONTAGNINI, S. G.; BUDAL, R.; ANTEVELI, A.; ARCO, D. D.; BILESKI, K.; NASCIMENTO, L. A. do. A história da prisão civil por dívida. **UNOPAR Cient. Ciênc. Juríd. Empres.**, Londrina, v. 2, n. 1, p. 49-62, mar. 2001.
- GIBRAIL, C. M. **Zé Elias e a pensão alimentícia**. Milton Jung, 27 jul. 2011. Disponível em: <https://miltonjung.com.br/2011/07/27/ze-elias-e-a-pensao-alimenticia/>. Acesso em: 10 ago. 2015.
- GOMES, Ana Sofia. **Responsabilidades Parentais internacionais**: em especial na União Europeia. Lisboa: Quid Juris, 2013. ISBN 978-972-724-669-4.
- GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- GRECCO, D. Quais são os limites de sobrevivência do homem? **Super Interessante**, 18 abr. 2011. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/materia/quais-sao-os-limites-de-sobrevivencia-do-homem>. Acesso em: 5 dez. 2015.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. ISBN 85-87002-28-7.
- GRISARD FILHO, Waldyr. O futuro da prisão civil do devedor de alimentos: caminhos e alternativas. **Revista IOB de Direito Família**, São Paulo, v. 11, n. 55, p. 51-65, ago./set. 2009.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

- HESPANHA, António Manuel. Carne de uma só carne: para uma compreensão dos fundamentos histórico-antropológicos da família na época moderna. **Análise Social**, v. 27, n. 123-124, p. 951-973. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1993. ISSN0003-2573. p. 951-973.
- JUBANSKI, E.; MALAQUIAS, D. Pai vai registrar B.O por furto, mas acaba preso por atraso de pensão que ele garante que pagou. **Banda B**, 18 nov. 2015. <https://www.bandab.com.br/seguranca/pai-vai-registrar-b-o-por-furto-mas-acaba-preso-por-atraso-de-pensao-que-ele-garante-que-pagou-2/>. Acesso em: 11 maio 2023.
- LEI SÁLICA. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2015. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=lei_s%c3%a1lica&oldid=64332290. Acesso em: 8 nov. 2015.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. ISBN 9788502070066.
- LINARD, Daniel Gurgel; ALCANTARA, Michele Alencar da Cruz. A influência do Pacto de São José da Costa Rica no instituto da prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19. **Anais** [...]. Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3332.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2015.
- MADALENO, Rolf. **Obrigação, Dever de Assistência e Alimentos Transitórios**. 2003. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=37>. Acesso em: 8 nov. 2015.
- MAIA, Roberto Serra da Silva. **Prisão civil do devedor de alimentos: abolição**. São Paulo, Brasil: LTr, 2013. ISBN 978-85-361-2483-4.
- MARTINS, Ana Maria Guerra Martins. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Edições Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-2768-5.
- MARTINS, Rhuan Carlos Duarte. Prisão Civil por Dívida Alimentícia. **IBDFAM Acadêmico**, 26 ago 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/441/IBDFAM+ACAD%C3%8AMICO+-+Pris%C3%A3o+Civil+por+D%C3%ADvida+Aliment%C3%ADcia>. Acesso em: 13 ago 2023.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. ISBN 978-85-309-3447-7.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-11012-0.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo II** — Constituição. 7. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2168-8.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. ISBN 978-972-32-2010-0.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional, Tomo II**. Volume 2. Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado social. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2290-6.
- MOREIRA, Y. de B.; GICO, V. de V. Prisão civil no Brasil e as consequências do pacto de San José da Costa Rica. **Revista da FARN**, Natal, v. 8, n. 1/2, p. 181-201, jan./dez. 2009.
- MOTA, Lise Nery. **Prisão civil como técnica de efetivação das decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ISBN 85-7387-970-X.
- NEGRÃO, Fernando; OLIVEIRA, Paulo Rios de.; CID, Nélia Monte. **Código de Processo Civil comentado**. Lisboa: Quid Juris, 2013. ISBN 978-972-724-652-6.
- NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2006. ISBN 85-02-05624-7.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. ISBN 85-203-2385-5.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. ISBN 978-85-203-4074-5.
- NEVES, Marcelo. **Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal/>. Acesso em: 31 out. 2015.
- NEVES, Marcelo. Entrevista concedida ao Blog Crítica Constitucional em 11/04/2013. Disponível em: <http://www.criticaconstitucional.com/entrevista-marcelo-neves-entre-hidra-e-hercules/>. Acesso em: 31 out. 2015.

NOVAIS, Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados na Constituição**. 2. Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010a. ISBN 978-972-32-1833-6.

PEREIRA, Alexandre; POUPA, Carlos. **Como escrever uma tese, monografia ou livro científico usando o Word**. Lisboa: Edições Sílabo, 2012. ISBN 978-972-618-691-5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código civil da família anotado**: legislação correlata em vigor. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. ISBN 85-88680-82-3.

PINTO, Manuel Madeira. **Fixação de pensão de alimentos a menores**. Porto, 2009. Disponível em: <http://igualdadeparental.org/pais/informacoes-uteis/pensao-de-alimentos/fixacao-de-pensao-de-alimentos-a-menores/>. Acesso em: 12 maio 2023.

PODER FAMILIAR In: WIKIPEDIA: a enciclopédia livre. [San Francisco, CA: Wikimedia Foundation, 2022]. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Poder_familiar. Acesso em: 8 maio 2023.

PRADO, Shirley Donizete Prado; BOSI, Maria Lucia Magalhães Bosi; DE CARVALHO, Maria Claudia Veiga Soares; GUGELMIN, Silvia Ângela; MATTOS, Ruben Araújo de Mattos; CAMARGO JUNIOR, Kenneth Rochel; KLOTZ, Juliana; DELMASCHIO, Karen Levy; MARTINS, Myriam de Lima Ramagem. Alimentação e nutrição como campo científico autônomo no Brasil: conceitos, domínios e projetos políticos. **Rev. Nutr.**, Campinas, v. 24, n. 6, p. 928-937dez. 2011.

PRB. Projeto de Ronaldo Martins proíbe prisão de idoso por dívida de pensão alimentícia. **Partido Republicanos (antigo PRB)**, 1 jan. 2016. Disponível em: <https://republicanos10.org.br/noticias/projeto-de-ronaldo-martins-proibe-prisao-de-idoso-por-divida-de-pensao-alimenticia>. Acesso em: 11 maio 2023.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26. ed. Saraiva: São Paulo, 2002.

RECH, G. Filho não paga pensão e mãe é presa. **Tribuna do Paraná**, 24 jan. 2007. Disponível em: <https://www.tribunapr.com.br/painel-do-crime/filho-nao-paga-pensao-e-mae-e-presa/#:~:text=No%20Brasil%2C%20deixar%20de%20pagar,de%20oacar%20com%20a%20pens%C3%A3o>. Acesso em: 11 maio 2023.

RODRIGUES, L. Barbosa; CARNEIRO, Alberto Soares. **Direitos Humanos**: textos fundamentais. Lisboa : Quid Juris Sociedade Editora, 2011. ISBN 978-972-724-587-1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre, Brasil: Livraria do Advogado, 2003. ISBN 85-7348-259-1.

- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. ISBN: 8573874058.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. ISBN: 857387113x.
- SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. ISBN 85-392-0142-9.
- SILVA, L. V. A. da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.
- SIQUEIRA, Alessandro Marques de. O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar. **Jus Navigantdi**, v. 15, n. 2664, 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17628/o-conceito-de-familia-ao-longo-da-historia-e-a-obrigacao-alimentar>. Acesso em: 12 maio 2023.
- SODRÉ, H. W. As Deficiências da Atuação Legislativa Como Fator de Ativismo: Hipertrofia e Omissão Legislativa. Uma Análise da Sociologia Jurídica sobre o Caso Brasileiro de Ativismo Judicial. **Direito Público**, v. 8, n. 43, 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2057>. Acesso em: 12 maio 2023.
- STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Diário de classe: Alexy — problemas, teoria-jurídica e filosofia. **Consultor Jurídico**, 5 abr. 2014. Disponível em: www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia. Acesso em: 11 jan. 2016.
- VENTURI, Elton. Da prisão como instrumento coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais no Brasil: por uma releitura da prisão civil por inadimplemento de dever alimentar. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda da. (org.). **Estudos em memória do Prof Doutor J. L. Saldanha Sanches**. Coimbra: Coimbra, 2011 (v. 2). ISBN 9789723219586. p. 243-267.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (org.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. ISBN 978-85-203-4327-2.



A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de produção e pesquisa científica/acadêmica das ciências humanas, distribuída exclusivamente sob acesso aberto, com parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil e exterior, assim como monografias, dissertações, teses, tal como coletâneas de grupos de pesquisa e anais de eventos.

Conheça nosso catálogo e siga as nossas páginas nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org