

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA-BA

**ARTIGO JURÍDICO PARA FINS DE PUBLICAÇÃO NO SITE DA REVISTA
JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA**

AUTOR: RODRIGO FERREIRA LIMA – DEFENSOR PÚBLICO- Nº 85484050-7

Docente da Esdep/Ba

Professor Universitário

Especialista Direito civil- Ufba

Especialista em Segurança Pública-Uneb

Mestrando em Família - Ucsal

**Artigo jurídico para publicação no
2º volume da revista jurídica da
Defensoria Pública do Estado da
Bahia.**

TÍTULO:

“DIREITOS FUNDAMENTAIS E ALIMENTOS”

SALVADOR/BA, junho de 2015

RESUMO

O texto analisa a sistemática e a razoabilidade dos meios de cobrança da pensão alimentícia no sistema jurídico do Brasil. Em vista de legislações de outros países, importante considerar a prisão civil do devedor de alimentos sob a ótica da eficácia de tal medida.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão civil; Devedor de alimentos; Direitos fundamentais

ABSTRACT

The text analyzes the systematic and the reasonableness of the means of collection of alimony in Brazil's legal system. In view of the laws of other countries, important to consider the civil prison of the debtor from the perspective of the effectiveness of such a measure.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E ALIMENTOS

1-Introdução 2-Teoria do sopesamento dos princípios constitucionais; 3-Direitos fundamentais 4-Princípio da dignidade da pessoa humana;5-Direito a alimentos;6-Direito de não ser preso civilmente;7-Prisão civil de idosos sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana; 8-Prisão civil de menor emancipado 9- Estado como 3º interessado na sub-rogação do débito de pensão alimentícia-hipóteses; 10-Conclusão; 11-Referências

1-Introdução

Os direitos fundamentais representam um norte no que tange a interpretação e garantia dos direitos básicos do cidadão. Desta forma, uma interpretação constitucional acerca dos direitos ao alimento por parte do menor é necessária, na medida que se observa a efetividade e extensão de tal direito.

Temas como a prisão civil do devedor de alimentos e parâmetros para a execução de tal medida, especialmente em relação a dado grupo de cidadãos como os idosos merecem ser comentadas. A razoabilidade da execução desta medida será o objeto deste texto doravante.

2-Teoria do sopesamento dos princípios constitucionais

Os mandamentos constitucionais têm prevalência sobre as demais normas, haja vista a noção estrutural do ordenamento jurídico. A teoria Pura do Direito de Hans Kelsen determina estar a Constituição de um país no topo destes ordenamentos. Interessante, todavia, é observar a melhor forma de se dar máxima eficácia aos dispositivos constitucionais, mesmo que, aparentemente, possa haver colisão entre eles.

É importante citar a doutrina de Robert Alexy acerca do assunto, quando a par de estabelecer uma teoria geral dos direitos fundamentais, a partir do modelo alemão, permite estabelecer paralelos com o sistema constitucional brasileiro.

Como ponto de partida, importante estabelecer a distinção entre regras e princípios. As regras são taxativas, precisas e determinadas, cabendo ao intérprete uma exegese de adequação do caso concreto a norma. Na doutrina, tal silogismo, convencionou-se o chamar juízo de concreção.

A generalidade inata ao princípio permite amoldá-lo a diferentes hipóteses e servir de norte para a interpretação e aplicação das regras. O princípio é como rotula Robert Alexy um “mandamento de otimização”¹.

O princípio aproxima-se do conceito de valor, dada a sua abstração inerente. Vale a lembrança da teoria tridimensional do direito, da lavra do professor Miguel Reale, na qual indica ser o direito um fenômeno influenciado pelo fato, valor e norma.

O fato estaria no substrato diário da realidade, o valor seria o censo social da comunidade acerca de um dado fenômeno e a norma, a positivação posterior do fato. Logo, o princípio, em certa medida, atrai sobre si certa dose de subjetividade.

Subjetividade também presente na Teoria Egológica do Direito cujo autor é Carlos Cossio, na qual situa o direito no campo cultural e dá prevalência à conduta do indivíduo em detrimento da norma. Algumas legislações ou sistemas jurídicos como o *civil law* privilegiam as normas, já o sistema *comon law* enfatiza mais a aplicação de princípios ao caso concreto.

Como exemplo do critério de generalidade, pertinente ao tema deste trabalho, cite-se o comando principiológico da liberdade. Todavia, há regra mais específica no art. 5º inciso LXVII da C.F, proibindo a prisão civil dos cidadãos. A regra é a explicitação do princípio é a face palpável.

Os princípios nas palavras de Robert Alexy são “mandamentos de otimização”. As regras a todo momento se chocam pois é um juízo de exclusão que orientam a sua aplicação. A valoração de princípio se dá a partir da verificação da amplitude no caso concreto. Vale a transcrição do citado autor, às fls. 91 de sua obra:

“Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.”¹

O modelo de solução de conflitos é observável pela doutrina através de um critério de precisão, ou seja, a estipulação de fatores como a cronologia ou a especialidade da norma em relação a outra são suficientes para determinar o direito no caso concreto.

Os manuais de hermenêutica jurídica são clássicos em doutrinar “lei posterior derroga lei anterior ou lei especial prevalece sobre lei geral”. Como meio de superação de eventuais antinomias.

Tal critério taxativo não tem como prevalecer em relação a princípios constitucionais, visto que referem-se a conceitos de igual importância e hierarquia.

Segundo a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, em sede de conflito de princípios, deve-se escolher um ou outro conforme “a precedência sobre determinadas situações”. O caso concreto vai discriminar, sem contudo imprimir hierarquia entre ambos valores.

O critério de escolha de princípio deve assim ser o sopesamento, ou seja, a ponderação em espécie acerca do grau de incidência no caso em apreço. Trata-se em tela do princípio da proporcionalidade, dando maior liberdade de interpretação ao jurista. Vide a transcrição do conceito pelo autor:

“O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.”¹ Fl. 95

Tal fórmula de superação de conflitos em sede de aparente conflito de princípios é intitulada como lei de colisão, sendo certo que Robert Alexy defende não haver engessamento na aplicação dos princípios. Há na relação entre os princípios relativa instabilidade.

“Essa lei, que será chamada de “lei de colisão”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamento de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis”. 1 Fl. 99

O princípio tem uma prima facie, pois é uma impressão, a ação do intérprete, que vai determinar o efetivo contorno do que está sendo observável. O grau de abstração e a incidência vão ser determinadas pelo agente.

Tal determinação ocorre a partir da argumentação envolta na aplicação de um ou outro princípio a ser observável no caso concreto. O critério da autoridade nem sempre é útil, visto haver princípios de igual hierarquia.

“Um princípio cede lugar quando, em determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico.” 1 fl. 105

Nesta operação silogística de definição do critério para aplicação do princípio tal grau de abstração é relacionável à “intensidade de realização” daquele valor no caso em concreto em relação aos demais. Chega-se a estabelecer uma escala em forma de parábola para demonstrar tal postulado.

O critério de sopesamento na definição do princípio constitucional aplicável deve privilegiar a argumentação e fundamentação da escolha de um princípio em detrimento de outro. Tal modelo se sobressai ao modelo do sopesamento decisionista, onde haveria somente um “processo psíquico não controlável racionalmente.” 1

A eleição deste critério contribui para a maior efetividade do texto constitucional e colabora para dissuadir qualquer afirmação no sentido de haver normas antinômicas na Lei fundamental do Estado.

3-Direitos fundamentais

O conceito de direitos fundamentais passa a partir de uma construção teórica que os distingue dos demais direitos e normas do ordenamento jurídico. A essencialidade e sua relação com os primados constitucionais de um Estado permitem estabelecer uma relação na progressão do reconhecimento de tais direitos no mundo.

O conceito de direitos fundamentais confunde-se com o termo direitos humanos, havendo todavia sutil distinção. O termo direitos humanos é mais genérico e reflete posições de direito internacional reconhecidos em tratados e convenções.

Já os direitos fundamentais têm implicação direta com o conjunto de direitos e posições jurídicas atinentes a um ordenamento jurídico em particular. Direitos positivados na Constituição do Estado e dado a sua imprescindibilidade tem vinculação inclusive em relação a ação do Estado.

O caráter abstrato e em certa medida intangível dos direitos humanos o vincularam ao jusnaturalismo, na medida em que há a semelhança no sentido da existência de um valor absoluto e inerente a condição humana.

Um conjunto mínimo de direitos necessários a satisfação do homem, antes mesmo de serem positivados, eram defendidos pelos autores filiados ao jusnaturalismo. A transmutação de tais direitos em normas positivadas permite apontar para a cristalização dos direitos fundamentais.

Também defensor de um conjunto supralegal de direitos aos seres humanos, São Tomás de Aquino e sua escolástica, já defendia a atribuição de tais direitos ao homem pela simples condição de possuir uma essência que lhe diferenciava dos demais seres.

Chega o professor Ingo Wolfgang Sarlet a defender o primado da possibilidade do direito de resistência da população ao Estado quando houver um desajuste entre tais esferas. Vide a citação:

“De particular importância, foi o pensamento de São Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã de igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente pelo direito natural, como expressão da



**Defensoria Pública
BAHIA**

Instituição essencial à Justiça

natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar o exercício do direito de resistência da população”²

Importante neste avanço acerca do reconhecimento de direitos fundamentais e inalienáveis a contribuição de John Locke na medida em que afirma ter tais direitos eficácia inclusive em face dos agentes do Estado. Nesta seara de direitos indisponíveis cita-se por exemplo o direito à vida e à liberdade.

Os ideais iluministas se expandem no sentido de que o homem como parte de um contrato social é obrigado a deveres assim como é senhor de direitos.

A par das construções teóricas, importante observar que a sedimentação dos direitos fundamentais é uma edificação histórica e cultural. A medida que as necessidades do homem foram progredindo, bem como se observou espaço para o atendimento das reivindicações postas foi possível viabilizá-los.

Neste contexto, importante observar a modificação do papel do Estado, outrora absolutista para um Estado do bem estar social na maior parte dos ordenamentos. Na medida que a função do Estado além da proteção da soberania é também a promoção do cidadão.

Tal progressão é relacionada a dimensões essenciais dos direitos fundamentais. Isto porque na medida que as necessidades do homem tornam-se mais complexas, de certa forma o Estado teve de especializar-se para fornecer o necessário ao cidadão. Suas necessidades básicas são alteráveis.

Vale a citação do professor Ingo Sarlet neste aspecto:

“Ainda neste contexto – no caso referindo um importante adversário de uma visão abstrata dos direitos e de seu processo evolutivo – vale lembrar a arguta observação de Joaquín Herrera Flores, no sentido de que se é possível falar em gerações (para nós, dimensões) de direitos, estas encontram-se menos vinculadas a uma manifestação de racionalidade humana universal, tal como sustentada desde os estóicos

até a Declaração da ONU, de 1948, mas sim, dizem respeito às diversas reações funcionais e críticas que tem sido implementadas na esfera social, política e jurídica ao longo dos processos de acumulação capitalista desde a baixa idade média até os nossos tempos.”² fl. 53

Nesta seara de raciocínio cita-se por exemplo o direito que o Estado tem de fornecer ao indivíduo medicamentos recém elaborados, cuja utilização propicia prolongar a vida do indivíduo. Ou ainda, de acordo com o avanço dos meios de comunicação, a necessidade de o Estado fomentar e propiciar em certa medida um acesso mínimo do cidadão a tais tecnologias.

Como a evolução em sede de dimensões de direitos fundamentais é constante, requer-se uma nova conformação dos meios de promoção de justiça para assegurar tais direitos. Neste sentido, a indicação da obtenção de alternativas para a concreção de tais direitos não necessariamente decorrentes do conjunto normativo posto.

É necessário ao intérprete ousar a fim de ecoar a expansão, e principalmente na contemporaneidade, da legislação aos direitos fundamentais correlatos. Nesta seara, cite-se a relação entre o direito de alimentos dos filhos menores e a forma como a Justiça realiza a satisfação deste débito.

A nova dinâmica social e estrutural da economia permitem acessar meios, não necessariamente jurídicos, para facilitar e favorecer a cobrança deste débito de forma mais razoável. Leia-se razoável a possibilidade de se cobrar o débito sem necessariamente ter-se de sempre sacrificar o direito de liberdade de outrem nas hipóteses especificadas na legislação.

Note-se que a expansão dos direitos fundamentais ocorrerá não somente no sentido de se observar e analisar novos direitos fundamentais, dada a progressão gradual destes. A reinterpretção de tais direitos fundamentais é missão do intérprete.

O esforço para a maior efetividade de tais direitos fundamentais deverá ocorrer na medida em que se garantirá a máxima extensão de tais direitos, ainda que aparentemente antagônicos. Ou seja, na inter-relação dos direitos fundamentais

deverá se utilizar a interpretação mais favorável a salvaguarda, possível, de um maior número de interesses em xeque.

No exemplo acima citado, será possível a satisfação do débito alimentar, sem necessariamente sacrificar a liberdade de outrem. Cabe ao intérprete, ao menos, um esforço no sentido de tentar salvaguardar o direito aos alimentos de um e a liberdade de outro. Repita-se, acaso possível, a fim de arrematar o exemplo retro.

Outrossim, a tutela de novos direitos requererá muito mais a atenção para a revisão do arcabouço jurídico posto. Vide a respeito citação de Ingo Sarlet:

“Aspecto que igualmente merece destaque diz com as efetivas dificuldades de proteção e implementação que caracterizam boa parte dos direitos fundamentais da segunda e da terceira dimensões, apontando para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais.”² fl. 54 §3º

Tais lutas pela obtenção de tais direitos são dinâmicas e fruto de tensões sociais que extravasam os limites da seara institucional do judiciário e do legislativo conforme prega Antonio Carlos Wolkmer, citado por Ingo Sarlet.²

A evolução da posição dos direitos fundamentais permitiu estabelecer sua condição à possibilidade de ser fundamento de validade segundo a doutrinadora L.M da Silva Cabral Pinto, citada por Ingo Sarlet², às fls. 59, como “critério de legitimação do poder estatal”. Nesta seara também o entendimento de Ferrajoli, para o qual os fins que norteiam o Estado moderno vinculam-se a promoção dos direitos fundamentais.

Sem adentrar na senda de ser uma ordem jurídica só considerável justa a partir da forma como promove ou não os direitos fundamentais, importante observar que a Constituição Federal de 1988 trouxe em sua parte inaugural os primados dos direitos fundamentais.

As Constituições de 1824, 1891 e 1937, traziam em primeiro lugar a organização do Estado e só posteriormente imprimiram a determinação dos direitos

fundamentais. A carta magna de 1988, como gesto concreto, elucida e expõe inicialmente os objetivos do Estado e a promoção do ser humano como pedra angular do ordenamento jurídico brasileiro.

Os direitos fundamentais não englobam somente uma ou outra categoria de direitos, sendo encontráveis em diversas partes do texto constitucional, assim como há uma ascensão de novas tutelas compatíveis com as demandas sociais atuais.

Os direitos fundamentais não são encontráveis só no catálogo que lhes é destinado em artigos iniciais da Constituição. Antes, são observáveis em diversas partes do texto constitucional e até fora da carta magna.

Lembre-se da expressão “decorrentes do regime ou dos princípios por ela adotados”. Logo não há que se falar em rol taxativo de direitos fundamentais, por toda permeabilidade ao fato social que restou demonstrada na sua conceituação até aqui.

Ademais, o artigo 5º § 2º da Constituição Federal se constitui em uma verdadeira cláusula aberta para a adoção de novos direitos fundamentais constitucionais.

Registre-se citação sobre Konrad Hesse promovida por Ingo Sarlet:

“De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social- que por decisão expressa do Legislador – Constituinte foram consagradas no capítulo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente e (materialmente) fundamentais.”² Fl. 80

Acerca de tais direitos fundamentais não escritos, o autor Ingo Sarlet os nomina de direitos fundamentais fora do catálogo, a exigir do agente uma ação de interpretação observando o regime e os princípios decorrentes.

A interpretação de tal cláusula aberta acerca dos direitos fundamentais aproxima o regime brasileiro neste particular do sistema anglo-saxão do “*comon law*”. Isto porque ao intérprete no caso concreto será permitido um esforço de ilação e dedução a fim de observar a proteção ou não de um dado direito a partir do enfoque dos direitos fundamentais, mesmo que não explicitados.

*“É uma cláusula, por conseguinte, consagradora do princípio da equidade e da construção jurisprudencial, que informam todo o direito anglo-americano, e que, por via dele, penetram no nosso sistema jurídico. Também entre nós, não é a lei a única fonte do direito, porque o “regime”, quer dizer, a forma de associação política (democracia social), e os princípios da Constituição (república federativa presidencialista) geram direitos”.*² fl. 86

Como exemplo de direito fundamental fora do catálogo pode-se citar o direito à proteção da entidade familiar insculpida no artigo 226 da Constituição Federal. Tal direito terá implicações e desdobramentos a partir da ação do intérprete.

O autor Ingo Sarlet chega a indagar acerca da necessidade do § 2º ao artigo 5º, uma vez que a interpretação dos direitos fundamentais, pelo exposto, já requer necessariamente um esforço de expansão dos efeitos das normas primárias. Atribui tal efeito ao sistema implantado de proteção aos direitos as fundamentais.

*“... e o desenvolvimento de direitos não escritos com base nos princípios fundamentais da Constituição, em decorrência da força expansiva destes, podem ser considerados algo inerente ao sistema. Neste sentido o artigo 5º § 2º passaria a exercer função preponderantemente didática nesta seara...”*² fl. 139.

A eficácia irradiante vertical de tais direitos fundamentais sobre a legislação infraconstitucional foi rotulada de “*Ausstrahlungswirkung*”², não só balizando a aplicação como também a interpretação do direito infraconstitucional.

Importante neste contexto a interferência do direito fundamental no procedimento que o concretiza ao cidadão. Assim, a interpretação conforme os

direitos constitucionais amoldam às instituições e os ritos procedimentais à máxima eficácia e efetividade de tais direitos.

É o direito ao não embaraço ao exercício de tal categoria de posições jurídicas por um ou outro aspecto secundário inerente à máquina administrativa de concessão e reconhecimento de direitos.

“Neste sentido, sustenta-se que com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem uma redução do conteúdo material deles.”²

Resumindo o exposto acima, George Jellinek, citado por Ingo Srdet, descreve três status conferidos ao indivíduo, necessariamente nesta ordem: “a) passivo, b) negativo e c) positivo”² (fl. 157). No passivo o cidadão é só cumpridor de ordens e comandos estatais, no segundo o Estado passa a dever se abster de algumas ações em face do indivíduo e no terceiro estágio a pessoa pode requerer e se valer do Estado para satisfação de necessidades.

Logo, caminhou-se para a observação de poder ser cominado ao Estado, em certas situações, em comum com o particular a realização de certos prestações na promoção dos direitos fundamentais e observada “*as peculiaridades do objeto*”.² (fl. 228)

Os direitos fundamentais são históricos e insculpidos no art. 5º da Constituição Federal. A eficácia de tais direitos deve ser direcionada em relação aos aspectos subjetivos, ou seja, os destinatários da norma constitucional.

A positivação dos direitos fundamentais ocorreu gradualmente em relação aos sistemas constitucionais mundiais. Neste contexto, os direitos fundamentais apresentam um significado em relação ao Estado Democrático de Direito.

Tais direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988, apresentam-se em um catálogo. No sistema constitucional brasileiro, os direitos apresentam-se como termos materialmente abertos.

Importante a superação clássica da eficácia dos direitos fundamentais como contraponto ao sentido da eficácia prestacional dos direitos fundamentais. Assim, há a superação dos modelos e concepções clássicas acerca de direitos fundamentais.

Questiona-se a vinculação do poder público a tais normas fundamentais, bem como o âmbito de proteção e limites para tais normas. Para tanto, imprescindível uma revisitação ao princípio da vedação ao retrocesso.

Chega-se aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, de sorte a defini-los sob a perspectiva de diferentes níveis.

Por exemplo, a estrutura do direito à liberdade implica em um sistema constitucional de posições jurídicas fundamentais.

Importante demonstrar por tal digressão como é possível amoldar condicionantes a direitos postos na própria constituição federal. Por exemplo, as liberdades implícitas. Há relação entre o direito geral de liberdade e outras normas constitucionais.

A ação do Estado é imprescindível a fim de se efetivarem os direitos fundamentais. Desta forma existem as seguintes classes de direitos: a) direitos à proteção; b) direito a organização e procedimento; c) direitos a prestações em sentido estrito.

4-Princípio da dignidade da pessoa humana

O Direito encontra seu fundamento a partir da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. A fundamentação e proteção de uma dada ordem jurídica passam pela forma como os institutos jurídicos permitem o regular desenvolvimento das potencialidades humanas.

O contorno da dignidade da pessoa humana é construído no tempo e espaço a partir da consolidação de certos paradigmas pela doutrina e jurisprudência. As

necessidades e principalmente as potencialidades para o desenvolvimento da personalidade humana se expandem.

Assim, o termo dignidade da pessoa humana há de se expandir a fim de fazer frente a estes novos marcos. Por exemplo, o avanço da genética e dos meios de informática determinarão a concessão de novas demandas e promoções por parte do Estado.

Estado que deixa de ser só um detentor de direitos e prerrogativas em face do cidadão e passa a dever contribuir para o desenvolvimento das potencialidades do indivíduo. Cite-se por exemplo a Suécia, onde se assegura os direitos de acesso aos recursos da genética.

Obviamente, parâmetro, deve haver acerca dos direitos humanos. Sendo certo que países devem haver em que tal tutela de direitos humanos, encontra-se mais reforçada do que em relação a outros. Assim, assume papel de relevo a declaração universal dos direitos do homem, como patamar referencial de tutela e garantia de direitos humanos.

Antevendo a crescente abrangência do princípio da dignidade da pessoa humana, o artigo 5º § 2º da C.F determina a possibilidade da incorporação de novos direitos humanos eventualmente assegurados via tratados internacionais.

Entre o que é e o que deve ser há possivelmente a concepção sociológica da dignidade da pessoa humana (dever ser) e a dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana (ser). O direito posto dá, como dito, os contornos da dignidade da pessoa humana em dado contexto.

A novidade é o fato de tal dignidade da pessoa humana ser variável, contornável e permeável a mudanças e avanços na situação do ser humano. Assim, importante a observação do princípio da vedação ao retrocesso.

Ou seja, uma vez garantido um patamar de proteção ao indivíduo, não pode o Estado, ainda que por legislação infraconstitucional, turbar, atrapalhar o regular desenvolvimento e reconhecimento de tal salvaguarda. O Estado existe dentre outros primados a fim de promover a dignidade da pessoa humana.

Se para o Estado há a impossibilidade de retrocesso em tal tutela, não haveria para o particular a possibilidade de dispor livremente de tal prerrogativa. A dignidade da pessoa humana, impõe aos direitos da personalidade, tais como o direito à imagem e o direito à disposição de partes do corpo, duas características importantes: a irrenunciabilidade e a inalienabilidade.

Irrenunciável pois como inato à própria condição humana, não há como se deferir qualquer título de cessão ou flexibilização em sede de tais direitos.

Cite-se o caso do arremesso dos anões na França, nos quais estes eram utilizados em boates como atração, tendo órgão público local embargado tal prática. Ocorre que, a par do recurso e da vontade dos anões pela continuação dos arremessos, a Justiça francesa da época entendeu que aquilo feria a dignidade do ser humano. Vide:

O arremesso de anões foi proibido na pequena cidade francesa de Morsang-sur-Orge em 1992, e o caso passou pelas cortes administrativas de apelação por iniciativa do dublê Manuel Wackenheim – que ganhava a vida como arremessado – até chegar ao Conselho de Estado, que em 1995 decidiu que uma autoridade municipal poderia proibir a prática sob a alegação de que ela não respeitava a dignidade humana, sendo portanto contrária à ordem pública.

Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Arremesso_de_an%C3%A3o

O caráter da inalienabilidade deve-se ao fato de ainda que algum aspecto da personalidade possa ter valoração econômica, tal cessão ocorrerá por tempo determinado e sob permissão do titular. Cite-se o exemplo de escritor que cede os direitos sobre sua obra para uma editora por determinado tempo ou de um cantor que após sua morte tem os direitos sobre a obra transmitidos aos herdeiros por dado tempo.

Cada ser humano adquire valor absoluto e o Estado de alguma forma deverá fazer frente a tal necessidade e às vicissitudes de tal enunciado. Leia-se que o Estado é obrigado a envidar os esforços possíveis a fim de promover e fomentar o desenvolvimento de uma vida, de um cidadão que seja.

Leia-se o exemplo de indivíduos que demandam altos custos de medicamentos e o Estado a priori recusa-se a fornecê-los sob tal argumentação. Ocorre que judicialmente, em guarida ao princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado é obrigado a atender aquela potencialidade de desenvolvimento de vida. Assim, a vida adquire caráter ímpar e absoluto.

A liberdade é o ambiente propício para a dignidade da pessoa humana florescer, uma vez que os remédios e garantias fundamentais devem ser constantemente objeto de reivindicação. A reivindicação e tutela de tais direitos deverão ocorrer em ambiente no qual seja assegurada autonomia e independência especialmente do Poder Judiciário.

A dignidade da pessoa humana assume uma feição relacional comunicativa, na medida em que a interação e a forma como o sujeito é identificável na sociedade dão o tom de tal conceito.

A natureza eminentemente biológica acerca de tal direito deverá ser observável como complemento a tal percepção, na medida em que todos, dada a constituição física ser idêntica, são merecedores de igual proteção por parte do Estado. Aqui a uma confirmação da escolástica de São Tomás de Aquino.

A dimensão de prestação da dignidade da pessoa humana deve-se ao fato de ser fruto de uma conquista paulatina de gerações. Na medida em que cristalizaram-se tais direitos, outrora reivindicados e arguidos por uma minoria.

A psicologia social, afirma que os fenômenos devem ser interpretados a partir da percepção deste em relação ao meio social. A fenomenologia de Husserl determina preza que um evento deve ser estudado a partir das impressões que causa no sujeito. Ambas correntes são reflexos da pós-modernidade.

Assim, também a dignidade da pessoa humana pode ser considerada a partir do enfoque da cultura. Símbolo que constrói-se dentro da sociedade a partir das percepções e interações dos cidadãos.

Repita-se, uma reivindicação hoje tida como supérflua, amanhã poderá ter outra conotação, de acordo como a forma que a comunidade e o meio a absorverem. Cite-se o direito relacionados aos avanços da genética.

Como exemplo acerca da superação de paradigmas cite-se a alteração na forma como a pena é imposta aos infratores. Produto de um consenso sobre a necessidade de coibição de alguns excessos.

A pergunta a ser feita hoje é se a forma como as penas atuais são impostas de alguma forma não apontam para a necessidade da superação deste modelo? Será que a prisão civil do devedor de alimentos é razoável frente aos meios de coerção e cobrança de débitos existentes atualmente?

Acerca de tal ponto de vista o autor se posiciona:

“O mesmo ocorre com a evolução das penas em matéria criminal ao longo do tempo, já que na mesma sociedade ocidental, que já reconhecia a dignidade da pessoa como um valor até mesmo para o Direito, determinadas penas inicialmente aceitas como legítimas, foram prescritas em função de representarem violações da dignidade da pessoa humana.”² fl. 28 § 3º

A dignidade da pessoa humana é um comando ao Estado na medida em que lhe impõe limites sobre a ação em relação ao cidadão. Tais limites ou abstenções pode ser sinônimo dos direitos de primeira geração, qual seja os direitos de liberdade e incolumidade do indivíduo.

Ainda em relação ao Estado, a dignidade da pessoa humana representa um comando na medida em que é papel do Estado desenvolver meios adequados para sua satisfação. Cite-se que na Constituição Federal de 1988, antes dos meios de organização do Estado, há a tutela da dignidade da pessoa humana como princípio da Federação.

Não se deve olvidar que o princípio constitucional em comento exerce um papel transversal nas relações de direito privado, influenciando e remodelando os contratos

e as obrigações em geral. Vide o destaque dado ao respeito a boa fé no direito civil, observável em institutos como a “supressio” e a “surrectio”.

CONTRATO. TRATATIVAS. "CULPA IN CONTRAHENDO". RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA ALIMENTICIA, INDUSTRIALIZADORA DE TOMATES, QUE DISTRIBUI SEMENTES, NO TEMPO DO PLANTIO, E ENTAO MANIFESTA A INTENCAO DE ADQUIRIR O PRODUTO, MAS DEPOIS RESOLVE, POR SUA CONVENIENCIA, NAO MAIS INDUSTRIALIZA-LO, NAQUELE ANO, ASSIM CAUSANDO PREJUIZO AO AGRICULTOR, QUE SOFRE A FRUSTRACAO DA EXPECTATIVA DE VENDA DA SAFRA, UMA VEZ QUE O PRODUTO FICOU SEM POSSIBILIDADE DE COLOCACAO. PROVIMENTO EM PARTE DO APELO, PARA REDUZIR A INDENIZACAO A METADE DA PRODUCAO, POIS UMA PARTE DA COLHEITA FOI ABSORVIDA POR EMPRESA CONGENERE, AS INSTANCIAS DA RE. VOTO VENCIDO, JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO. (12FLS - D.) (Apelação Cível Nº 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 06/06/1991) Fonte: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20918405/recurso-civel-71003350501-rs-tjrs/inteiro-teor-20918406>

O parâmetro acerca da dignidade da pessoa humana é observável, segundo alguns, a partir de sua negação. Assim digno de registro a citação de Durig por Ingo Sarlet:

“Vale citar a fórmula desenvolvida por Günter Dürig, na Alemanha, para quem (na esteira da concepção Kantiana) a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.”² Fl. 34§

1º

A promoção deste primado requer ambiente favorável e propício a um ambiente internacional de direitos humanos. A sua tutela e salvaguarda passa por ambientes político-institucionais permeáveis a crítica e a reflexão, com a presença de instituições de fiscalização independentes e autônomas.

Importante neste passo o fortalecimento de organismos internacionais como a ONU e o Tribunal Penal Internacional, sendo que a legitimidade deste último inclusive já foi reconhecida pela Constituição Federal. Problema se enfrenta no que se refere a forma de sancionar internacionalmente Governos e Estados que violem tais salvaguardas haja vista o valor dignidade da pessoa humana.

Diferentes enunciados e normas em Constituições estrangeiras refletem a multiculturalidade do termo dignidade da pessoa humano, entretanto um chama a atenção e especial peculiaridade. Cite-se:

“Aquele que estiver em estado de necessidade e não estiver em condições de cuidar de si próprio, é titular de uma pretensão de ajuda e acompanhamento e aos meios indispensáveis a uma existência digna. Art. 12 da Constituição Federal Suíça de 2000.”²

Importante assim para refletir o magistério do professor Edson Fachin acerca do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Assim, tal teoria defende que o cidadão deve ter assegurado, pelo menos o mínimo substancial para satisfazer suas necessidades básicas. Em não sendo possível pelo sistema de relações privadas, que o Estado supra tal necessidade.

A dignidade da pessoa humana pode estar assumindo um novo contorno no Brasil, na medida em que pode estar a demandar a satisfação de necessidades materiais do cidadão pelo Estado? Importante provocar acerca da possibilidade de o menor, cujo pai não é localizado para pagar alimentos, demandar tal tutela do Estado.

Ainda neste contorno aberto da dignidade da pessoa humana cite-se a regulamentação de embriões e medicina genética, repita-se, posto na constituição suíça.² (fl. 52 §1º)

As relativizações das periodizações deste termo universal são bem postas pelo doutrinador Ingo Sarlet. Vide:

“Neste contexto, são dotadas de sentido as “periodizações” históricas do pensamento acerca da dignidade e da dignidade humana: “dignitas” na Antigüidade (dignidade como caracterização de uma posição social dentro da sociedade e distinção de cada dignidade humana diante de criaturas não-humanas) e no Estoicismo como compartilhamento pelos homens do atributo da razão. Para o Cristianismo da Antigüidade e da Idade Média, a imagem e semelhança dos homens para com Deus. Na Renascença, Pico Della Mirandola compreendeu a dignidade do homem a partir de sua essencial possibilidade de escolha. No iluminismo, foi a dignidade, como liberdade, associada à idéia estoica de dignidade como compartilhamento da razão; Pufendorf acrescentou à noção de dignidade à ideia de igualdade de todos os homens. O aperfeiçoamento deste pensamento por Kant culminou na idéia da insubstituibilidade de cada ser humano.”² Fl. 71§2º

A dignidade da pessoa humana não deve ser considerada como uma dádiva, como defende Hasso Hofman e sim como uma prestação “Leitung”, relacionada mais às atividades concretas do homem. ² fl. 73§2º.

A dignidade da pessoa humana é algo inato e extensível a quem, inclusive, não tenha possibilidades de manifestação de vontade livre e eficaz. Nesta seara, extensível, como bem em si assegurado, pelo nascimento com vida.

Inegável a matiz da dignidade da pessoa humana e o sistema social e jurídico do qual emana, uma vez que o conteúdo do primeiro perpassa por matizes ideológicas dos respectivos Estados nacionais.

Tal conceito entretanto, por ser cultural, é passível a intercâmbios e a modulações a partir de tais contatos. Assim, os tratados e convenções acerca do tema assumem papel de destaque no contexto internacional. Cite-se Ingo Sarlet:

“Conceitos de dignidade não são mais hoje desenvolvidos apenas no interior de uma sociedade, de uma cultura; eles também se orientam e se desenvolvem por meio de intercâmbio com outras culturas, sobretudo sob o signo dos Pactos de Direitos Humanos.”² fl. 80§2º

Dentro das fundamentações filosóficas acerca do valor dignidade da pessoa humana, Béatrice Maurer destaca três correntes principais, cuja passagem merece transcrição:

“Consideremos três grupos: os que estabelecem a dignidade como um absoluto transcendental e prévio a tudo, os imanentistas, que a inscrevem numa progressão histórica, e, finalmente, os que a negam.”² fl. 125 §3º

A mesma autora distingue a “dignidade em si”, “da dignidade para nós” da “dignidade em si”. A “dignidade em si” é a representação que cada um faz acerca do termo dignidade, sendo subjetivo e consoante a cosmovisão de mundo de cada um. Já a “dignidade para nós” é aquela concepção de dignidade da pessoa humana a partir de um consenso de dada sociedade. Por fim, a “dignidade em si” é o modelo ideal a ser perseguido nos diferentes ordenamentos.

Interessante para concluir a maleabilidade do termo direitos humanos e dignidade da pessoa humana, servindo como pano de fundo para albergar as diferentes tutelas e demandas. Constitui-se em um conceito aberto, na medida em que, está em constante adaptação às necessidades do meio. Vide citação de Béatrice Maurer:

“Reconhecido muito recentemente como um princípio constitucional francês, já serviu tanto no âmbito da bioética como para fundar o direito à moradia. Até onde nos levará essa nova “releitura” dos direitos humanos?”² Fl. 136 § 4º

A perspectiva histórica dos direitos humanos o confunde com os direitos jusnaturalistas. Entretanto, tal primado é objeto de uma construção histórica, valendo aqui citar a teoria tridimensional do direito e a teoria ecológica do direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se positivado na declaração universal dos direitos do homem de 1949 e está na Constituição Federal como princípio fundamental.

As suas implicações, intelecções e efeitos pendem a observar as dimensões da dignidade da pessoa humana, especialmente no livro de igual título.

A dignidade da pessoa humana pauta a ação estatal e relevante considerar a sua evolução em relação a outros ordenamentos jurídicos no mundo como norte a permitir a interpretação adequada dos direitos fundamentais do ordenamento pátrio.

5-Direito a alimentos

O direito a alimentos está regulado no Código Civil e no Código de Processo Civil, de sorte que a Constituição Federal traz a proteção à família, à infância e ao idoso.

Ocorre que a natureza dos alimentos amplia-se na proporção em que as necessidades do indivíduo dentro do Estado democrático de direito, sob a ótica dos direitos fundamentais foi ampliada. Vide o que afirma Arnaldo Marmitt:

“A abrangência dos alimentos amplia-se cada vez mais, de conformidade com o crescimento da importância do direito fundamental do ser humano, que é o de viver e realizar-se socialmente. De alcance cada vez mais expressivo, não se restringe à alimentação em si, mas estende-se a tudo que for necessário na atualidade para o sustento e tudo mais que for exigido pelas contingências da vida moderna. Compreendem todos os recursos necessários para a vida, dentro do contexto em que vive o beneficiário, com suas necessidades físicas, morais e jurídicas.” Arnaldo Marmitt-Pensão Alimentícia-Fl. 10, Aide Editora, 1ª Edição.

No binômio possibilidade de quem paga e necessidade de quem recebe, caberá ao Poder Judiciário arbitrar o suficiente para a manutenção do menor. Assim, a

Constituição Federal, permite a prisão civil do devedor de alimentos. Norma que teve a influência do pacto de São José da Costa Rica.

Não obstante seja possível, no momento, questionar a aplicação da medida a partir da condição pessoal do réu.

Neste sentido, clássica é a transcrição do Habeas Corpus 57.915-SP, julgado no Superior Tribunal de Justiça, sendo concedida a prisão civil ao idoso postulante por questões inerentes ao envelhecimento e na defesa dos direitos fundamentais desta especial parcela da população. Vale a transcrição de trechos de tal acórdão, encontrado no sítio da internet:

*HABEAS CORPUS Nº 57.915 - SP (2006/0085351-2) STJPRISÃO CIVIL. REGIME DOMICILIAR. PACIENTE IDOSO E DOENTE. APLICAÇÃO EXCEPCIONAL DAS LEP- Em regra, não se aplicam as normas da Lei de Execuções Penais à prisão civil, vez que possuem fundamentos e natureza jurídica diversos. Em homenagem às circunstâncias do caso concreto, é possível a concessão de prisão domiciliar ao devedor de pensão alimentícia. **VOTO: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator):** A decretação de prisão civil, não é uma sanção penal, mas uma medida coercitiva para compelir o devedor de alimentos a cumprir o avençado. ...- Em homenagem às circunstâncias do caso concreto, é possível a concessão de prisão domiciliar ao devedor de pensão alimentícia."(HC 35.171/HUMBERTO); ..."Prisão civil. Regime aberto. O regime aberto não é incompatível com a prisão civil, podendo ser adotado se o recomendarem as circunstâncias do caso concreto, a serem prudentemente avaliadas pelo juiz."(REsp 70.400/EDUARDO). ...*

O acórdão retro traz um ensinamento que deverá ser observado doravante ao afirmar que o Juiz deverá atentar para as peculiaridades do caso ao decretar a prisão civil do devedor de alimentos. O respeito aos direitos fundamentais do cidadão importa que sempre que a prisão civil atentar contra as condições peculiares de saúde e integridade do indivíduo possa o Juiz no caso concreto aplicar por exemplo a prisão civil domiciliar, tal qual a execução penal.

Leia-se que, se pode o condenado por crime ser beneficiado, consoante o artigo 201 da lei de execução penal, com a prisão domiciliar, por que não o devedor de alimentos que cometeu um ilícito cível, cuja lesão a bem jurídico foi relativamente menor?

Questão a provocar os juristas impende a observar em quais outras situações, além da prisão de idosos, deverá ser considerada a hipótese de concessão da prisão especial. Isto porque o acórdão acima transcrito recomenda tal postura pelo magistrado “sempre que as circunstâncias do caso concreto autorizarem”.

A peculiaridade da natureza do crédito alimentar faz com que o débito de alimentos possa relativizar a impenhorabilidade do bem de família e determina que a prisão do devedor de alimentos deva ser em cela especial. Vide o que prega o professor Álvaro Vilaça:

“O alimentante inadimplente poderá ser mantido em prisão especial ou quartéis... fl. 144. Livro Prisão civil, editora Atlas, 2012.

Há o confronto entre o direito fundamental aos alimentos e o direito a percepção de alimentos por parte do alimentando. Nesta seara, razoável interpretar a Constituição Federal de modo a esgotar os meios de cobrança e subsidiariamente realizar-se a prisão do réu. Apesar de haver quem defenda entendimento contrário. Vide:

“A rigor, o decreto de prisão civil do alimentante não depende do esgotamento prévio das medidas executórias comuns. Não tem como pressuposto tal mister, pois nenhuma lei o impõe. Nenhum dispositivo legal exige primeiramente esgotar as providências específicas postas à disposição do credor, ainda que teoricamente frutíferas”. Pensão alimentícia, Arnaldo Marmitt, fl. 178, Ed. 1ª, editora Aide.

Importante aqui citar que o parâmetro mínimo para a decretação da prisão civil do devedor de alimentos é balizado pela súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, que prega dever ao menos três parcelas de alimentos em atraso a fim de ensejar a possibilidade de decretação da prisão civil do réu da ação de execução de alimentos.

6-Direito de não ser preso civilmente

A prisão civil foi durante muito tempo o meio hábil para cobrança de obrigações cíveis e comerciais. Com o tempo, a execução de dívidas passou a se restringir ao patrimônio do indivíduo.

O professor Álvaro Vilaça em seu livro prisão civil do devedor de alimentos, editora atlas, 2012, 3ª ed., faz alusão a tal regramentos, cujas passagens a seguir aludem às respectivas passagens históricas:

- a) *” Assim, pelo § 115, se uma pessoa tinha contra outra um crédito de trigo ou de prata e se o credor tomasse em garantia desse crédito, uma pessoa, e se esta pessoa executada morresse, de morte natural, na casa do mesmo credor, essa causa não motivava qualquer reclamação” fl. 03- (Código de Hamurabi);*
- b) *”Portanto, 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.” Fl. 05- (Código de Manu)*
- c) *”Tenha-se presente, entretanto, que, diante do despotismo teocrático do Estado, de pretender tornar-se senhor exclusivo de seu súdito, a lei de Bocchoris só permitiu a execução dos bens do devedor porque eram considerados propriedade privada, pois o homem era propriedade do Estado.” fl. 06 – (Egito)*
- d) *”Mais frequentemente, os escravos israelitas eram devedores insolventes, que se entregavam a seus credores, ou entregavam a estes seus filhos, tomados em garantia, pelos mesmos credores.” fl. 06 – (Hebreus)*
- e) *”Com o surgimento da “lex poetelia papiria”, de 326 a.c, o não pagamento do débito passou a ensejar não mais a execução pessoal, mas o patrimônio do devedor.” Fl. 13 – (Direito romano)*

Argumenta-se ser a prisão civil por dívida, meio hábil de coerção para compelir o devedor a cumprir seu mister obrigacional. Desta feita, persistiu no ordenamento brasileiro a prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel.

No Brasil, permanece a prisão civil do devedor de alimentos, inculpada no artigo 5º LXVII: *“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”*

A prisão do depositário infiel restou relativizada pela recepção do pacto de São José da Costa Rica, com status de emenda constitucional, uma vez que se trata de norma sobre direitos humanos.

Ocorre que considerando a prisão civil como medida coercitiva a obrigar o pagamento de pensão, a prisão deste devedor deverá ser realizada em cela especial. Isto porque trata-se de medida de caráter não penal. Acerca do tema posiciona-se Roberto Serra da Silva Maia em seu livro *Prisão civil do devedor de alimentos – Abolição-*, às fls. 71:

“Assim, uma parcela significativa da doutrina e da jurisprudência entende a prisão civil da dívida alimentar como meio de coerção do devedor inadimplente, ou seja, uma técnica de pressão eminentemente coercitiva como meio de forçar o devedor a adimplir o seu compromisso.”

Afirmando ser coerção e não pena, porque não aplicar na seara da ação de execução de alimentos as medidas cautelares diversas da prisão previstas pela lei 12403/2011?

Tal negativa desrespeita o princípio da proporcionalidade, sendo certo que às fls. 93 do livro citado acima o autor referido afirma ser ilógico a manutenção do cárcere do réu. Isto porque uma vez encarcerado não terá como angariar recursos a fim de satisfazer a obrigação alimentícia.

Dentre os direitos concedidos ao que cumpre prisão pena e negados ao cumpridor de prisão civil cite-se: a liberdade provisória, o regime aberto domiciliar e a detração.

Para o Estado faz-se urgente parar de aumentar de forma exorbitante o gasto de manutenção com o sistema de cadeias públicas. Assim a superação deste modelo de aprisionamento como primeira razão ensejaria ao réu maior possibilidade de as medidas judiciais constritivas de direitos ter um caráter educativo, coadunando-se com os ideais da justiça restaurativa.

Medidas como tornozeleira eletrônica ou prisão domiciliar permitiriam ao réu sofrer coerção e ao mesmo tempo possuir meios razoáveis de obter os recursos a fim saldar o débito alimentar.

Vide citação de Roberto Serra da Silva Maia, às fls. 93 do seu livro *Prisão civil do devedor de alimentos: abolição*. São Paulo: LTR, 2013:

“ Além da concretização dos efeitos deletérios da prisão apontados alhures, Alvaro Vilaça Azevedo ressalta que a prisão traduz-se em medida inútil e ineficaz, já que, preso, o credor não se aproveitará do trabalho do devedor que, por sua vez, se torna “inútil, improdutivo, sem que, com isso, exista qualquer vantagem ao credor”; além de “injustificado” pois “ a privação temporária da liberdade de uma pessoa não existe para tutelar um interesse social e público, mas um simples interesse privado e pecuniário, qual seja, o relativo cumprimento de uma obrigação.”

Cite-se que nem todos os Estados destinam carceragens específicas para os devedores de alimentos, assim, digno de nota é o relato feito pelo autor às fls. 94 e 95 do referido livro acima citado ao relatar a situação dos detidos por alimentos na Bahia a partir do que foi veiculado pelo site Kadeconquista.com/v1tag/pensão-alimentícia. Acesso 21/04/2010.

Reafirme-se que a forma como é tratada a execução do devedor de alimentos mediante prisão civil no Brasil fere o princípio da proporcionalidade, na medida em que este primado cinge-se a:

“tem seu principal campo de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante

das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual do cidadão pelo Estado, e para a consecução de seus fins.” Roberto Serra da Silva Maia, Prisão civil do devedor de alimentos: abolição. São Paulo: LTR, 2013–fl. 93

Se é o desejo punir penalmente a conduta do inadimplente em alimentos, haveria o recurso de aumentar a pena e o rigor do artigo 244 do Código Penal, referente ao abandono material de incapaz, cuja pena atual é de detenção.

Não é proporcional, que a sanção cível seja mais severa do que a própria medida penal. Havendo quem defenda que o tratamento da matéria no Brasil configuraria um *bis in idem*. Vide a citação de Maurício Cordeiro, às fls. 68 do seu livro Prisão Civil por Dívida e sua proscricção definitiva:

“Além do mais, é mais do que sabido que a sua perfectibilização não oportuniza o pagamento pelo devedor, mas que, se resultado útil acaba por produzir, certamente isso se sucede dada a sua natureza chantagiosa, cujos fins (pagamento das três últimas pensões acumuladas) procura justificar os meios (privação da liberdade), olvidando-se, aqui também, da ocorrência do “bis in idem” ante a existência de tipo penal incriminador no Código Penal para esse comportamento (art. 244 § único do Código Penal).

7- Prisão civil de idosos sob o princípio da dignidade da pessoa humana

As prisões civis de avós idosos para pagar débitos alimentares em relação aos seus respectivos netos têm sido noticiadas com mais ênfase nos últimos tempos. Neste contexto, questiona-se até que ponto tal medida fere o princípio constitucional da proteção ao idoso.

Questão de ordem prática refere-se à forma como se dá a custódia de tais idosos em face de um sistema carcerário com deficiências de estrutura. Vide comentário de Arnaldo Marmitt sobre o tema:

“Outras situações aconselham um confinamento mais flexível, tendo em vista a pessoa do devedor, como o idoso, o enfermo, o deficiente físico, a gestante, a mulher que amamenta bebê, etc. Arnaldo Marmitt-Pensão Alimentícia-Fl. 184, Aide Editora, 1ª Edição.”

Será que razoável ainda a prisão civil do idoso em face do que prega o princípio da máxima proteção ao idoso, especificamente a partir da vigência da lei 10741/2003 (Estatuto do Idoso)? Vide o disposto no artigo 2º da referida lei:

“Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”

Diante deste conflito aparente de direitos fundamentais, alimentos do menor x direito ao saudável envelhecimento do idoso, a Justiça tem se posicionado no sentido de ser possível ao idoso a decretação da prisão civil domiciliar em casos de alimentos. Vide a lavra de Renan Paes Felix, nas fls. 30 do livro Estatuto do Idoso, Editora Jus Podium, edição 2012, fl. 30:

“O idoso que sofrer prisão civil decorrente de inadimplemento de obrigação alimentícia pode gozar do benefício da prisão domiciliar, desde que devidamente analisadas as circunstâncias do caso concreto.”

Ao idoso, pelo artigo 230 da C.F, é facultada a promoção e respeito, tendo o Estado o dever de promover-lhes seus direitos e respectiva proteção. Nesta seara, já a partir de 2001 o Estatuto do idoso prevê tratamento adequado do idoso conforme suas necessidades especiais.

Assim, importante apoderar-se de que senão a abolição, ao menos a possibilidade de cominação de uma prisão mais branda ao idoso cujo filho é inadimplente no pagamento da pensão alimentícia têm sido considerada pelos Tribunais pátrios.

A prisão não causa só o sofrimento físico, visto que a maior parte das carceragens brasileiras são superlotadas e sem estruturas adequadas para a recepção de pessoas com alguma restrição de movimento, tais como os idosos.

Ademais, a cominação de tal prisão a pessoas desta idade macula toda uma vida de sacrifícios e esforços. Afeta-se a honra e a estima de avós que em nada contribuíram para a falta de atenção e comprometimento dos filhos no exercício da paternidade.

Observe-se que a prisão civil avoenga pode ser questionada inclusive a partir do primado constitucional de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado insculpido no art. 5º LXV da C.F. Vide abaixo decisão recente acerca do tema:

http://www.conjur.com.br/2004-ago-04/STJ_garante_prisao_domiciliar_a_idoso_devedor_de_pensao_alimenticia
Pela primeira vez, o Superior Tribunal de Justiça assegurou prisão domiciliar a um devedor de pensão alimentícia. A decisão foi unânime. ... A Justiça gaúcha de 1ª instância havia decidido pelo entendimento de ser inviável o cumprimento da prisão do devedor de pensão alimentícia em regime domiciliar porque não se aplica a essa hipótese as disposições da Lei de Execução Penal e as determinações do Código de Processo Penal que versam sobre a prisão especial. HC 35.171

Digno de nota também é a ordem de habeas corpus concedida no Habeas corpus nº 57.915 –SP (2006/0085351-2), cuja tramitação ocorreu no STJ.

Razoável, em face dos argumentos postos é pensar na abolição da prisão civil, ainda que domiciliar, ao idoso, em face de suas contingências e especificamente por tal medida violar tais princípios: a) princípio da individualização da pena; b) Princípio da máxima proteção ao idoso; c) Princípio da dignidade da pessoa humana

Poder-se-ia alegar que a prisão civil do idoso não tem caráter punitivo e sim de coerção. Entretanto, há de se observar, como já relatado, que em termos práticos, o preso criminalmente goza de mais benefícios processuais do que o preso civil.

Ademais, no Brasil, dada a carência de celas especiais a prisão civil para o idoso assume caráter nitidamente de pena.

8-Prisão civil de menor emancipado

A prisão civil do devedor de alimentos deverá em certa medida atentar para as peculiaridades do réu. Tal raciocínio aplicável aos idosos, como demonstrado no item anterior, é observável em relação aos menores devedores de pensão alimentícia.

É certo que há quem defenda dever haver uma diferenciação entre o menor emancipado e o menor não emancipado. O menor emancipado já apresenta capacidade de fato e de direito para arcar com suas obrigações em sede cível, comercial e de família.

Vide o ensinamento de Otávio Almeida Matos de Oliveira Pinto em seu livro A prisão Civil do menor emancipado devedor de alimentos: dilema entre direitos fundamentais, fl. 100:

“Impende também salientar que Sérgio Gilberto Porto admite a prisão dos menores devedores de alimentos... Insta admoestar que, como o menor não emancipado não possui plena capacidade para os atos da vida civil, sua prisão civil não deve ser admitida.”

Outrossim, mesmo para os que defendem a prisão do menor antecipado, haverá de se observar algum critério na execução da coerção. Vide doutrina específica sobre o tema:

“Pertinente esclarecer que, especialmente no caso em tela, a prisão deve ser decretada com parcimônia, seguindo a gradação dos meios

executórios da obrigação alimentar exposta alhuares.” A prisão Civil do menor emancipado devedor de alimentos: dilema entre direitos fundamentais. Otávio Almeida Matos de Oliveira Pinto.

Questão interessante a observar é o fato de referido autor defender a prisão nos casos de emancipação legal, ao passo que cita exemplos de menores, artistas e atletas que auferem vultuosos rendimentos.

Importante, outrossim, para o texto em construção, o argumento da necessidade de tratamento diferenciado ao réu objeto da prisão civil. Também o referido autor alerta para a necessidade de diferenciação na coerção da prisão civil para a prisão penal. Registre-se:

“Nesse sentido, urge lembrar a posição adotada anteriormente neste papel, no sentido de que a prisão domiciliar deve ser preferida quando o devedor possuir características peculiares que fazem com que essa seja a mais adequada, e, segundo Rolf Madaleno, quando não houver casa do albergado ou, existindo, esta não possua acomodações suficientes (tanto qualitativa quanto quantitativamente).” A prisão Civil do menor emancipado devedor de alimentos: dilema entre direitos fundamentais. Otávio Almeida Matos de Oliveira Pinto. Fl. 103

Basilar o argumento de Otávio Pinto na obra acima citada ao argumentar não haver em muitas localidades sequer casa de acolhimento a menor nas condições legais, quiçá para a custódia em sede de prisão civil do menor emancipado devedor de alimentos.

Assim, já há uma sedimentação de entendimentos que deve haver uma diferenciação contundente entre a prisão civil do devedor de alimentos e a prisão pena do réu criminal. É verdade que com maior ênfase para o idoso e o emancipado.

Possível provocar o intérprete no sentido de em não havendo cela especial, casa do albergado ou as peculiaridades que a medida de execução da prisão civil demanda, dever-se-ia considerar a possibilidade de concessão de prisão domiciliar ou mesmo a revogação da mesma.

9-Estado:3º interessado na sub-rogação do débito de pensão alimentícia-hipóteses

O artigo 227 § 6º da C.F assegura à criança, ao adolescente e ao jovem o direito a saúde, alimentação, lazer e educação com absoluta prioridade. Para tanto estabelece como garantidores de tal prestação o Estado, a família e a sociedade.

Nesta esteira considere-se haver no caso em apreço uma tutela com vários obrigados. A atuação de tais agentes deverá ser simultânea e complementar. Todavia, há de se questionar o papel do Estado, notadamente, nos casos de ausência ou impossibilidade de adimplemento da obrigação alimentícia pela família.

Haveria nestes casos um dever de sub-rogação, ou seja, a possibilidade de assunção de tal assunção de obrigação pelo Estado em situações excepcionais.

Importante por isso a citação do artigo 346 do Código Civil de 2002:

Art. 346. *A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:*

III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

Logo, é de se pensar aquelas hipóteses em que o pai da criança carecedora de alimentos não está sendo localizado pelo Estado-Juiz ou até mesmo aquele pai que ainda preso não cumpre com a obrigação alimentícia.

Leia-se com atenção o exposto. Trata-se de parte processual criança, cujos meios processuais se mostraram ineficazes para obtenção de alimentos. Aqui vale registrar por exemplo os pais citados por edital, visto que seu endereço é incerto e não é passível de localização. Ora, será que não é comum tais hipóteses nas Varas de Família do Brasil?

Não haveria mora do Estado-Juiz por não conseguir, diante dos meios de cadastramento e armazenamento de dados disponíveis, localizar e identificar tal réu?

Razoável crer que o direito fundamental de acesso à Justiça resta fragilizado por uma mora também imputável ao Estado-administração, visto que dispõe de prerrogativa para cadastrar e localizar seus cidadãos e ao Estado-Juiz, visto que não possibilita alternativa ante a dificuldade de localização do réu.

Outra hipótese de ineficácia na cobrança de alimentos refere-se ao fato de o réu devedor de alimentos, uma vez preso, ainda assim, não ter como pagar o débito alimentar, haja vista sua situação de miserabilidade. Fato que não é raro no Brasil, onde de alguma forma o Estado mostra-se silente na promoção do planejamento familiar.

Logo, razoável observar o que acontece em relação a outros países do mundo no que se refere a situações de impossibilidade da obrigação alimentar pela família.

Vide enxertos de citações de ordenamentos jurídicos estrangeiros nos quais o Estado assume, direta ou indiretamente, o múnus do devedor de alimentos em prol da criança. Note-se:

“Atualmente a Constituição argentina não prevê prisão por dívida, havendo no seu ordenamento jurídico a lei 13074, que trata de medida alternativa à prisão consistente na imposição do Registro de Devedores Morosos, cuja a finalidade é inscrever por ordem judicial, o nome dos devedores de alimentos.A Constituição da República de El Salvador proíbe a prisão civil por dívida sem nenhuma ressalva...A legislação espanhola trata a dívida alimentar como crime contra as relações de consumo...Na República portuguesa, não há previsão da prisão civil por dívida alimentar, mas procedimento criminal com pena de prisão (artigo 250 do Código Penal)...Na mesma sistemática do direito francês, na Itália, a questão das dívidas decorrentes de obrigação alimentícia, em incidindo a ausência infundada de pagamento, poderá configurar crime de violação de assistência familiar....fl. 52 a 58. Cordeiro, Maurício. Prisão civil por dívida e sua proscrição definitiva. Visão de uma nova parametricidade normativa. Factash Editora. São Paulo. 2008

Razoável se cobrar do Estado tal prestação na qualidade de terceiro interessado, visto que o artigo 227 sinaliza nesta direção. A forma de cobrança deste valor é que poderá gerar discussões. Vide:

Art. 227. *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*

Argumentar-se-ia logo que diante da concepção de Estado do bem estar social, tal atribuição excederia as atribuições do Poder Público, assim como pelo princípio da reserva do possível não haveria condições materiais de o Estado arcar com tal obrigação.

Ademais, a prevalecer este entendimento, poder-se-ia haver um estímulo ao não planejamento familiar, dado que haveria o braço forte do Estado a socorrer as crianças desamparadas.

Neste mister, importante considerar que o princípio da prevalência do interesse do menor há de prosperar, devendo sim o Estado assumir seu múnus constitucional posto no artigo 227 da C.F.

Vozes conceituadas também bradam neste sentido, senão observe-se:

“De acordo com Maria Berenice Dias, com o advento do Estatuto do Idoso, passou a existir, de modo explícito, a obrigação alimentar do Estado. A jurista ressalta que “se o Estado deve pagar alimentos ao idoso, com muito mais razão é de se reconhecer que tem a mesma obrigação com relação a quem assegura, com absoluta prioridade, proteção integral: crianças e adolescentes.” fl. 98. Cordeiro, Maurício. Prisão civil por dívida e sua proscricção definitiva. Visão de uma nova parametricidade normativa. Factash Editora. São Paulo. 2008

O que haveria de se indagar é como o Estado deveria satisfazer tal obrigação alimentar, diante do esgotamento das possibilidades de localizar o pai ausente.

Razoável solicitar do Estado a inclusão dos menores em programas de assistência social pertinentes, sendo certo que mediante ordem judicial os critérios deveriam ser flexibilizados para o ingresso de dada criança em vulnerabilidade. Ao menos até o pai poder pagar os alimentos.

Trata-se de uma situação de calamidade que atinge inúmeras famílias brasileiras, na medida em que muitas vezes a falta de localização de muitos pais faz as crianças ficarem a mercê de recursos básicos para o seu provento e sustento.

Assim, é crível observar que o Estado sub-rogaria os direitos creditícios do menor em face do devedor de alimentos, como pontifica Roberto Serra da Silva Maia, às fl. 99 do seu livro prisão civil do devedor de alimentos-abolição:

“Esses posicionamentos e dispositivos legais refletem a ideia que impõe responsabilidade ao Estado no campo das prestações alimentares familiares, fazendo-o, de certo modo, substituir-se ao devedor de alimentos, a fim de garantir melhores condições mínimas para o desenvolvimento digno de quem os necessita.”

Referido autor cita o exemplo do sistema português, através do decreto-lei n. 164/99 no qual há um fundo de garantia dos alimentos devidos a menores, sendo certo que o crédito pago pelo Estado é cobrado posteriormente em relação ao devedor. Já na Itália, tal conduta pode ensejar inclusive a perda do pátrio poder, corroborando a tendência de superação da prisão civil por dívida.

Logo, a par do exposto, é crível, repita-se, considerar a possibilidade de o Estado, em situações específica, como as anteriormente demonstradas, ser acionado na condição de terceiro interessado para adimplir o débito alimentar em relação ao menor e sub-rogar-se nos direitos do infante em relação ao réu.

Até porque o Estado dispõe de meios mais eficazes de persecução e cobrança de débitos em relação ao cidadão.

Lapidar neste sentido é o ensinamento da professora Rosana Amara Girardi Fachin, em seu livro *Dever Alimentar para um novo direito de família*, no qual prega a criação de um Fundo de Segurança Social de Garantia Alimentar à criança e ao adolescente. Adiante pontifica:

“Cabe, por isso, pensar num Fundo de Segurança Social de Segurança Alimentar à criança e ao adolescente, a ser gerenciado para este efeito. Advoga-se, pois, problematizar a prisão civil como válvula de irresponsabilidade do próprio Estado, uma vez que o campo das prestações alimentares familiares não está mais circunscrito à seara privada da família...” Fachin, Rosana Amara Girardi. Dever alimentar para um novo direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Avança ainda mais a referida doutrinadora ao propor a inclusão do devedor de alimentos em cadastros restritivos, no esforço de propor meios eficazes de adimplemento da obrigação alimentícia.

“Além disso, abrangendo outros débitos alimentares entre ex-cônjuges, por exemplo, instrumentos podem ser suscitados como a criação de um cadastro de devedores de pensão alimentícia, a exemplo dos cadastros do SERASA, a fim de que sejam inscritos os inadimplentes, o que lhes impossibilitaria de exercer atos de comércio, de contrair empréstimos bancários, participar de licitações, construir participação em sociedades civis e comerciais, comprar e vender móveis e imóveis, dentre outros.”fl. 176. Fachin, Rosana Amara Girardi. Dever alimentar para um novo direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

Tais provocações encontram eco na doutrina nacional e fazem repensar o modelo de cobrança de alimentos a fim de consolidar os direitos em tela. Não se prega uma relativização dos dispositivos de execução de alimentos, mas sim uma adoção de meios eficazes e proporcionais na cobrança de tal débito.

Ademais, os primados da Justiça Restaurativa não recomendam a prisão como medida mais capaz de promover a reestruturação de um núcleo familiar. A adoção de

meios alternativos eficazes, à luz de práticas exitosas ora apontadas é digna de reflexão pela comunidade jurídica em geral. Direitos fundamentais sensíveis são postos em xeque a ponto de desafiar o intérprete em uma conjugação de posições jurídicas relevantes.

10-Conclusão

A forma como ocorre a cobrança do débito alimentar no Brasil é digna de reflexão sob o viés da eficácia de tal medida em relação a determinados grupos sociais mais vulneráveis.

Situações ocorrem, tais como a não localização do réu devedor de alimentos, em que o papel do Estado deverá ser repensado. Principalmente considerando-se o fato de o artigo 227 caput atribuir solidariedade de encargos na proteção da criança e do adolescente.

A provocação deste novo modelo eficaz de cobrar a pensão alimentícia, sem ter de utilizar a prisão civil como primeiro requisito passa por adotar medidas criativas e eficazes para o adimplemento do débito.

Foram trazidos exemplos da doutrina e legislação estrangeira passíveis de serem aplicados no Brasil, uma vez que algumas são ações de cunho coercitivo infra legal.

Todavia, especificamente em relação a temas como a prisão civil avoenga há de se praticar o que a doutrina estrangeira convencionou de “*overruling*”, a saber, a reiteração de um precedente judicial que cristaliza em um dado momento as necessidades de avanço da sociedade em um determinado ramo do direito.

11-Referências

1-Alexy, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais. 2009.** São Paulo-SP. Ed. Malheiros. ISBN: 978-85-392-0073-3;

2-Sarlet, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3;

3-Maia, Roberto Serra da Silva. **Prisão civil do devedor de alimentos: abolição.** São Paulo: LTR, 2013. ISBN: 978-85-361-2483-4;

4-Marmitt, Arnaldo. **Pensão alimentícia / Arnaldo Marmitt.** Rio de Janeiro: Aide editora, 1993. ISBN: 85-321-0079-1;

5-Cordeiro, Maurício. **Prisão civil por dívida e sua proscricção definitiva. Visão de uma nova parametricidade normativa.** Factash Editora. São Paulo. 2008. ISBN-978-85-89909-70-0;

6-Azevedo, Álvaro Vilaça. **Prisão civil por dívida.** 2012. SP. 3^a edição. Atlas 2012. ISBN- 978-85-224-7242-0;

7-Fachin, Rosana Amara Girardi. **Dever alimentar para um novo direito de família.** RJ: Renovar, 2005. ISBN: 85-7147-456-7;

8-Felix, Renan Paes. **Estatuto do Idoso. Coleção Leis especiais para concursos.** 4^a edição revista e atualizada. Editora Jus Podium. Salvador. 2012. ISBN: 857761588-X;

9-Sarlet, Ingo Wolfgang. (organizador). Béautrice Maurer, Chirsitian Starck, Kurt Seelman, Michael Klopfer, Peter Haberle, Sephan Kirste, Ulfried Neumann. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** 2013. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre-Rs. ISBN-978-85-7348-600-1

10-Pinto, Otávio Almeida Matos de Oliveira. **A prisão civil do menor emancipado devedor de alimentos: dilema entre direitos fundamentais.** Pará de Minas-MG. Ed. Virtual Books. 2013