

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITOS HUMANOS E
DESENVOLVIMENTO DA JUSTIÇA

ADOLFO THEODORO NAUJORKS NETO

PRISÃO POR DÍVIDA ALIMENTAR E DIREITOS HUMANOS:
ALTERNATIVAS

Porto Velho

2019

ADOLFO THEODORO NAUJORKS NETO

**PRISÃO POR DÍVIDA ALIMENTAR E DIREITOS HUMANOS:
ALTERNATIVAS**

Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça da Fundação Universidade Federal de Rondônia, como requisito para o título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Ferreira Cunha

Porto Velho

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Fundação Universidade Federal de Rondônia
Gerada automaticamente mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

N297p Naujorks Neto, Adolfo.

PRISÃO POR DÍVIDA ALIMENTAR E DIREITOS HUMANOS:
ALTERNATIVAS / Adolfo Naujorks Neto. -- Porto Velho, RO, 2019.

107 f.

Orientador(a): Prof. Dr. José Ricardo Ferreira Cunha

Dissertação (Mestrado Profissional Interdisciplinar de Direitos Humanos e
Desenvolvimento da Justiça) - Fundação Universidade Federal de Rondônia

1.Obrigação Alimentar. 2.Prisão Civil. 3.Ultima Ratio.
4.Proporcionalidade. 5.Medidas Alternativas à Prisão. I. Cunha, José Ricardo
Ferreira. II. Título.

CDU 347.952.9(81)

Bibliotecário(a) Luã Silva Mendonça

CRB 11/905

Dedico este trabalho a Marivone, Lourdes,
Amanda, Maria Carolina e Maria Theodora, são
elas que me movem.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Divina Providência, sempre generosa para comigo.

Agradeço ao meu orientador Professor José Ricardo, timoneiro seguro.

“Sei que Deus existe e vejo uma tempestade a caminho, se ele tiver um lugar para mim, creio que estou preparado para enfrenta-la”.

(Abraão Lincoln)

RESUMO

O tema do presente trabalho foi a prisão do devedor de alimentos e das alternativas à sua ocorrência. Trataram-se das alternativas à modalidade de prisão civil derivada da falta de cumprimento do dever de prestar alimentos, que ainda permanece no ordenamento jurídico brasileiro como medida de exceção, ou seja, como uma *ultima ratio*. É sabido que a prisão do devedor de alimentos é eficaz quanto ao cumprimento da obrigação alimentar. Todavia, parte-se do pressuposto de que existem situações em que preso, o devedor ainda assim não consegue honrar a obrigação alimentar, revelando-se a perda de sua liberdade nestas circunstâncias uma medida inútil e ineficaz. Este trabalho teve por objetivo trazer propostas alternativas a esta prisão quando ela for inútil e ineficaz, quando não garantir a satisfação da dívida, em uma visão *pro homine* do problema garantindo-se o integral respeito à dignidade da pessoa humana. A hipótese formulada foi que, em um conflito entre vida e liberdade, a prisão é inútil quando a dívida não é paga, o que justifica as alternativas à prisão. Quanto à metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e a pesquisa legislativa. Concluiu-se que tais alternativas devem ser aplicadas mediante um juízo de proporcionalidade entre dois valores constitucionais, a vida do alimentado e a liberdade do alimentante, sendo que a liberdade deve prevalecer sobre a vida (subsistência), quando a perda da liberdade não puder garantir a vida.

Palavras Chaves: Obrigação Alimentar. Prisão Civil. *Ultima Ratio*. Proporcionalidade. Medidas Alternativas à Prisão.

ABSTRACT

The subject of this current work was the imprisonment for noncompliance with child support order and its options through the occurrence. It means, the options of civil prison modality originated by lack of performance of duty, which still remains in the Brazilian juridic planning as an exception measure, in other words, *ultima ratio*. It is known that the debtor's prison food civil is functional is effective in fulfilling the maintenance obligation. Although, it is assumed that there are situations in which the debtor still can not honor the obligation to feed, revealing the loss of his freedom in these circumstances a measure useless and ineffective. This work aimed to bring alternative proposals to this prison when it is useless and ineffective, when not guaranteeing debt satisfaction, in a pro homine view of the problem ensuring full respect for the dignity of the human person. The hypothesis that was put forward says that in a conflict between life and liberty, imprisonment is useless when debt is not paid, which justifies alternatives to imprisonment. As for the methodology, it was used bibliographical research and legislative research. It was concluded that such alternatives must be applied through a judgment of proportionality between two constitutional values, the life of the nourished and the freedom of the nourisher, and that freedom must prevail over life (subsistence), when the loss of freedom can not guarantee life.

Key Words: Food Civil Obligation. Food Civil Prison. *Ultima Ratio*. Proportionality. Options of Civil Prison Modality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	16
1 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR	16
1.1 FONTES, CARACTERÍSTICAS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.....	22
1.2 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DECORRENTE DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO ...	27
1.3 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DECORRENTE DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR	29
1.4 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DECORRENTE DO DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA	30
1.5 A EXECUÇÃO DA DÍVIDA ALIMENTAR.....	32
1.6 A PRISÃO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS E SUAS ALTERNATIVAS.....	35
CAPÍTULO II	38
2 DIREITOS HUMANOS E TRATADOS INTERNACIONAIS	38
2.1 NOÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS	38
2.2 BREVE EVOLUÇÃO E CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	41
2.3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	47
2.4 SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA.....	52
CAPÍTULO III	57
3 A PRISÃO CIVIL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS.....	57
3.1 A PRISÃO CRIMINAL E A PRISÃO CIVIL	57
3.2 A PRISÃO DO DEVEDOR ALIMENTAR COMO EXCEÇÃO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE NO DIREITO BRASILEIRO	60
3.3 A PONDERAÇÃO ENTRE A PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA	63
CAPÍTULO IV.....	70
4 ALTERNATIVAS A PRISÃO ALIMENTAR SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS	70
4.1 CONSEQUÊNCIAS E ALTERNATIVAS A PRISÃO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS	70
4.2 PROPOSTAS DE MEDIDAS ALTERNATIVAS A PRISÃO ALIMENTAR À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	73
4.3 PROPORCIONALIDADE, ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE COMO CRITÉRIOS DE AMPLIAÇÃO DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO CIVIL	84
4.4 PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA	91
CONCLUSÃO.....	93
BIBLIOGRAFIA	96
APÊNDICES	100

Apêndice A: Minuta de Emenda Constitucional	101
Apêndice B: Minuta de Lei Ordinária.....	102
Apêndice C: Minuta de Lei Ordinária	103
Apêndice D: Minuta de Lei Ordinária	104
Apêndice D: Minuta de Lei Ordinária	105
Apêndice E: Minuta de Lei Ordinária.....	106
Apêndice F: Minuta de Lei Ordinária.....	107

INTRODUÇÃO

A obrigação alimentar tem justificativa no poder familiar, nas relações de parentesco e no dever de mútua assistência entre cônjuges e companheiros. Destas fontes decorre o fundamento legal para a fixação e cobrança da obrigação alimentar, sendo que no nosso ordenamento de regência processual temos duas modalidades de forma de cobrança de esta obrigação alimentar, uma primeira possibilidade pela satisfação da dívida garantida pelo patrimônio do devedor alimentante e uma segunda oportunidade pela possibilidade de o devedor responder com a própria liberdade pela satisfação da obrigação alimentar.

A utilização da prisão como meio de satisfação de uma dívida, em pleno século XXI, é questionável, ainda que tenha como fonte o poder familiar, as relações de parentesco e o dever de mútua assistência ente cônjuges e companheiros.

A prisão civil não cabe mais na nossa época como meio de recebimento da dívida, não deveria continuar a existir, muito embora seja constitucional para o devedor dos alimentos e em determinadas circunstâncias seja efetiva, garantindo o recebimento do crédito alimentar pelo alimentado.

Em nosso sistema legal havia duas possibilidades de prisão civil, a do depositário infiel e a do inadimplente de pensão alimentícia. Quanto à prisão do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal, em controle de convencionalidade, entendendo que esta modalidade de prisão contraria a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, assinada e ratificada pela ordem constitucional brasileira, revogou tal modalidade de prisão de nosso ordenamento jurídico.

Foi editada a súmula vinculante nº 25 considerando ilegal a prisão do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depositário infiel, confirmando ainda a Suprema Corte brasileira que a prisão do inadimplente da obrigação alimentar permanece no nosso ordenamento jurídico, pois o Pacto de São Jose da Costa Rica prevê como exceção esta modalidade de prisão civil em uma regra geral de que ninguém pode ser privado de sua liberdade por dívida.

É sabido, sobretudo por aqueles que militam com o direito de família, que a ameaça da prisão pela cobrança da dívida alimentar atrasada é uma constante nas disputas de família, sendo que esta cobrança e a decorrente possibilidade da prisão decorrente desta cobrança, gera consequências perniciosas para as relações familiares e parentais, influenciando inclusive em

disputas de guarda, visitas, partilha de patrimônio e podendo chegar até em episódios de nefasta alienação parental.

Nesse panorama, é de conhecimento público e geral que as Varas de Família estão abarrotadas com ações de cobrança de alimentos não pagos pelos alimentantes, na grande maioria dos casos por dificuldades econômicas e em outras situações motivado por questões egoísticas e por problemas pessoais mal resolvidos entre os genitores.

Estas questões que são do cotidiano de quem milita no direito de família gera inquietação e questionamentos, notadamente se efetivamente a prisão do devedor da obrigação alimentar, em pleno século XXI, é a melhor forma de se cobrar e tentar satisfazer a obrigação alimentar do devedor alimentante para com o credor alimentado.

A prisão do devedor da obrigação alimentar, que não se questiona a sua constitucionalidade e até mesmo em determinadas circunstâncias a sua efetividade, deve ser usada como uma *ultima ratio* do sistemas, nesse sentido as alternativas a prisão do devedor da obrigação alimentar é a garantia desta última razão do sistema em uma visão *pro homine* do problema, especialmente naqueles casos em que a prisão não resolve a satisfação da dívida que o credor da obrigação alimentar tem para receber do devedor.

Portanto, este problema é que nos move a fazer um diagnóstico da prisão, de sua eficácia como medida de cobrança e apresentar possíveis medidas alternativas capazes de substituir esta prisão quando ela não resolve o problema do credor alimentado que é receber os alimentos necessários à sua subsistência.

Sendo a prisão do inadimplente da obrigação alimentar uma medida drástica e excepcional, e sendo a prisão civil do devedor da obrigação alimentar uma última razão a justificar a prisão por dívidas em nossa época, atingindo por conta de dívida a liberdade das pessoas, e sendo a liberdade o mais primário e básico dos direitos humanos e intimamente ligado ao conceito de dignidade da pessoa humana é que nos propomos a investigar e a propor alternativas a esta prisão quando o encarceramento do devedor da obrigação alimentar não satisfaz a dívida do credor alimentado, tornando-se uma inutilidade esta restrição da liberdade do devedor da obrigação alimentar.

Desta forma, a proposta de nosso trabalho é de analisar a pena de prisão na obrigação alimentar com suas consequências no âmbito da dignidade da pessoa humana, com uma visão *pro homine* do problema e fazendo uma ponderação entre dois princípios constitucionais que chocam-se quando a liberdade é tirada em favor da vida e esta perda da liberdade não garante o direito à vida, na medida que não garante ao credor alimentado o recebimento da obrigação

alimentar, torando-se a prisão medida inútil e desnecessária, até mesmo impeditiva da satisfação da obrigação alimentar.

Além disso trazer uma proposta alternativa a esta prisão inútil e desnecessária fazendo uma ponderação entre vida e liberdade, quando a perda da liberdade não garante a necessária subsistência do alimentado.

Para tanto vamos fazer no primeiro capítulo uma análise geral da obrigação alimentar no direito civil, suas características especiais uma vez que provem de fontes que são diversas da do direito civil contratual ou negocial. Vamos considerar desta forma as características especiais da obrigação alimentar que a distingue da obrigação civil comum.

Não menos importante será a perquirição das fontes da obrigação alimentar, de onde elas emanam. Vamos tratar do poder familiar como fonte da obrigação alimentar, das relações de parentesco como fonte da obrigação alimentar e do dever de mutua assistência na união estável e no casamento que fundamenta o estabelecimento da obrigação alimentar entre companheiros e cônjuges.

Apresentaremos uma abordagem geral da execução da dívida alimentar, como se dá, em que circunstância ocorre e até onde esta execução consegue atingir seus fins até a eventualidade da prisão da obrigação alimentar, sem deixar de apontar as várias alternativas já existentes que visam impedir a prisão do devedor da obrigação alimentar justamente porque o sistema reconhece esta prisão como *ultima ratio*.

No segundo capítulo, considerando que as alternativas a prisão do devedor da obrigação alimentar estão inseridas em um contexto de defesa dos direitos humanos e sobretudo da dignidade da pessoa humana, quando chamada a pagar com a perda da liberdade ao não honrar uma obrigação civil, ainda que alimentar, faremos uma abordagem do reconhecimento dos direitos humanos de uma forma geral e do aparecimento de tratados internacionais de direitos humanos que se aplicam ao tema, sobretudo do Pacto de São Jose da Costa Rica.

Pretendemos demonstrar como estes tratados passaram a situar a questão da prisão por dívida dentro da ótica do respeito à dignidade da pessoa humana, também de como estes tratados passaram a influenciar o direito interno dos países signatários destes tratados, notadamente o Brasil e seu sistema jurídico interno que é o que nos interessa.

Trataremos também neste capítulo do advento do neoconstitucionalismo como movimento político que permitiu a países que saíram da última grande guerra mundial ou de posteriores regimes autoritários a construir uma nova ordem constitucional firmada em textos constitucionais abrangentes, garantidores de direitos sociais de diferentes gerações.

No bojo desta análise vamos no terceiro capítulo fazer uma abordagem da prisão na ordem jurídica brasileira, a prisão criminal e a prisão civil, demonstrando as distinções existentes entre as duas formas de perda da liberdade. Também pretendemos demonstrar a relação entre a prisão civil e os tratados internacionais que a tratam como medida que deve ser excluída dos ordenamentos jurídicos por entender não ser mais cabível prender uma pessoa por dívidas.

Esta oposição do direito internacional com a prisão civil por dívidas só não encontra contrariedade ao permitir de forma excepcional que o devedor da obrigação alimentar possa responder a dívida com o encarceramento.

Também pretendemos demonstrar neste capítulo que se faz necessário fazer uma ponderação entre princípios e valores constitucionais, notadamente quando temos a vida, representada pelo direito do credor da obrigação alimentar em receber os alimentos devidos à sua sobrevivência e a liberdade do devedor da obrigação alimentar quando a sua prisão não garante o recebimento da dívida e a preservação da vida do alimentado, levando em consideração a necessidade de preservação do valor constitucional maior que o da dignidade da pessoa humana.

Por fim, no quarto capítulo vamos abordar as consequências decorrentes da prisão do devedor da obrigação alimentar e as alternativas para que esta prisão não ocorra já existentes no ordenamento jurídico, visto que esta prisão é tratada pelo nosso sistema jurídico como uma exceção e uma última alternativa, todavia, ainda assim estas alternativas podem falhar e levar à prisão do devedor da obrigação alimentar.

Em seguida trataremos as propostas alternativas à prisão do devedor da obrigação alimentar quando todas as possibilidades anteriores de evitar a prisão não se mostrarem eficientes, sobretudo quando o devedor insolvente não tem condições de cumprir com a obrigação alimentar e sua prisão não vai garantir ao credor alimentado o recebimento da dívida e pode até, em determinadas circunstâncias, piorar a situação tanto do devedor quanto do credor.

Para evitar deste modo uma prisão desnecessária e ineficaz, em que se sacrifica a liberdade sem a garantia da vida pela manutenção da subsistência do credor da obrigação alimentar é que apresentamos proposta alternativas a prisão que ofende a dignidade da pessoa humana quando desnecessária e ineficaz.

Como alternativas a esta prisão inútil, porque como já dissemos não vai garantir o pagamento da dívida, as alternativas a prisão do devedor são medidas em um juízo de proporcionalidade de valores e princípios constitucionais, em uma visão *pro homine* do questionamento da prisão como meio de recebimento de dívidas e considerando ser esta solução

a *ultima ratio* de um sistema jurídico internacional que passa a não mais admitir a possibilidade de pessoas serem privadas de sua liberdade por dívidas, nos socorreremos de instrumentos jurídicos já existentes no ordenamento legal, tanto na esfera cível como na criminal, adaptando-os mediante proposição legislativa para as alternativas à prisão do devedor da obrigação alimentar insolvente.

Na esfera cível apresentaremos entre as propostas a criação de uma lista de devedores, a criação de um fundo de garantia para cobertura de pensões não pagas, a aplicação como alternativa das medidas indutivas; coercitiva e mandamentais do artigo 139 do Código de Processo Civil brasileiro, com a aplicação de multa, o recolhimento domiciliar, a restrição de direitos, a proibição de renúncia da condição de herdeiro e a sub-rogação nos direitos da doação não aceita e mudanças na guarda dos filhos.

Na esfera criminal podemos usar como alternativa a prisão do devedor da obrigação alimentar algumas medidas do rol existente no artigo 329 do Código de Processo Penal, as chamadas medidas cautelares alternativas à prisão criminal, como o monitoramento eletrônico através da tornozeleira eletrônica.

E ao final do último capítulo nos propomos a fazer uma análise da viabilidade de aplicação destas medidas alternativas a prisão no conflito dos valores vida e liberdade, sob a ótica da proporcionalidade, com a adequação e necessidades de aplicação das medidas quando a perda da liberdade pela prisão civil não garantir a vida pela subsistência.

Portanto, diante da ineficiência de uma prisão civil que não resolve o problema da subsistência do credor alimentado em face da insolvência do devedor alimentante, é que questionamos a necessidade, a eficiência e apresentamos propostas alternativas a esta prisão civil do devedor da obrigação alimentar.

No país inteiro, existe um volume muito grande de processos de cobrança de alimentos em todos os Tribunais, sendo que em boa parte destes processos a prisão do devedor da obrigação alimentar não resolverá o problema do credor, não será eficiente como meio de satisfação da dívida.

Não pretendemos em nosso trabalho questionar a eficiência e a validade da prisão, ela é constitucional, e ela é eficiente quando resolve a satisfação da dívida. Não o é quando o devedor não tem condições de pagar e a sua prisão não garante o recebimento da dívida pelo credor alimentado.

Desta forma, o objetivo de nossa pesquisa é procurar saber se existe a possibilidade de outros meios menos gravosos do que a prisão do devedor da obrigação alimentar que não

consegue honrar sua dívida para com o credor alimentado ainda que seja preso em razão dessa dívida.

De maneira que com as alternativas que proporemos à prisão civil por dívida, possam ser aplicadas para impedir uma prisão que não será efetiva e que diante de sua inutilidade, afeta um direito humano básico que é a liberdade sem garantir a subsistência do credor alimentado.

Portanto nosso objetivo geral será investigarmos a eficiência e utilidade da prisão do devedor da obrigação alimentar insolvente bem como de forma específica apresentar alternativas a esta prisão ineficaz com base em uma análise de proporcionalidade, adequação e necessidades. Estas são as hipóteses de nosso trabalho.

Como metodologia faremos uma abordagem teórica da problemática da prisão, de sua excepcionalidade no ordenamento jurídico, de seu enquadramento dentro do princípio da dignidade da pessoa humana e do juízo de proporcionalidade entre a vida através do direito de subsistência do credor alimentado e a liberdade do devedor alimentante quando a prisão não garante a subsistência.

Esta abordagem teórica terá como referencial teórico toda a doutrina e a legislação da obrigação alimentar, dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana e da possibilidade de uso de instrumentos legais já existentes como alternativas a impedir uma prisão inútil e ineficiente.

Não se faz necessária lançar mão de qualquer outra metodologia de pesquisa, notadamente uma pesquisa empírica, porque não questionamos a validade e a eficiência da prisão como meio coercitivo para o recebimento da obrigação alimentar.

É público e notório que quando é expedida uma ordem de prisão, em uma linguagem mais coloquial, o dinheiro de credor alimentado aparece. Todavia nem sempre é assim, todavia a realidade social e econômica de nosso país acaba por criar situações em que mesmo preso o devedor não tem condições de honrar com sua obrigação alimentar ou até mesmo sua prisão se constitui em impeditivo ao cumprimento da obrigação alimentar, agravando a situação do credor alimentado.

A bibliografia da doutrina e da legislação a respeito é suficiente para que possamos apresentar as alternativas à prisão do devedor de alimentos e uma circunstância de que esta prisão é a *ultima ratio* de um sistema e em uma visão *pro homine* do problema quando visamos privilegiar a dignidade da pessoa humana em detrimento de uma prisão civil inútil e ineficaz porque não levará à satisfação da dívida e a solução do problema de subsistência do credor alimentado.

Nesse sentido se torna despicienda a utilização de qualquer outra metodologia, notadamente empírica, uma vez que a pesquisa bibliográfica será suficiente a nos oferecer a resposta e a solução que nos propomos.

Para tanto, ao final apresentaremos uma proposta de alteração legislativa a fim de sistematizar os instrumentos jurídicos já existentes com as demais disposições materiais e processuais referentes ao direito de família e a execução da obrigação alimentar não adimplida para que as medidas alternativas sejam ferramentas jurídicas dispostas na legislação a serem usadas como meio de impedir a prisão do devedor dos alimentos de forma ineficiente e ineficaz.

CAPÍTULO I

1 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

No direito civil, variadas são as situações em que se estabelece uma relação obrigacional de natureza alimentar, sendo esta obrigação uma relação jurídica de crédito e débito, uma relação jurídica podemos então dizer, entre um credor e um devedor. As pessoas sempre serão dependentes de satisfação de suas necessidades, umas de ordem imaterial e na grande maioria dos casos de ordem material, ou seja, as pessoas necessitam de comida, vestuário, moradia, lazer ou de uma forma mais genérica de provimento de sua subsistência, importando dizer que por subsistência entende-se tudo aquilo necessário à satisfação das necessidades do ser humano.

É bem verdade que as necessidades também variam de acordo com as exigências de cada pessoa, de cada ser humano e que são muitas as diferenças de uma pessoa para outras, em face da sua individualidade, quando tratamos da satisfação das necessidades humanas. Podemos então dizer que alimento é tudo aquilo que se destina à satisfação das necessidades humanas, tudo aquilo que serve à satisfação da existência humana, ou no dizer de Pontes de Miranda “serve a subsistência animal” (MIRANDA, 1974). Como afirma Rodrigues (2002, p.417) “o primeiro direito do ser humano é o de sobreviver”.

Cahali (2009, p.14) preceitua que:

O ser humano, por natureza, é carente desde a sua concepção; como tal segue o seu fadário até o momento que lhe foi reservado como derradeiro; nessa dilação temporal, mais ou menos prolongada, a sua dependência dos alimentos é uma constante, posta como condição de vida.

Ou ainda no dizer de Gagliano e Pamplona Filho (2015, p.689) “juridicamente, os alimentos significam o conjunto de prestações necessárias para a vida digna do indivíduo”. De sorte que podemos afirmar que alimentos estão diretamente ligados a própria dignidade da pessoa humana. Assim, a obrigação de prestar alimentos tem fundamento em princípios e garantias estabelecidas na Constituição Federal da República, como o da personalidade, da vida e da dignidade da pessoa humana.

A obrigação alimentar é classificada quanto à modalidade da prestação, quanto ao momento de satisfação da prestação alimentar, quanto à sua finalidade, quanto à causa jurídica e quanto à sua natureza. Na modalidade, podemos dizer que a obrigação alimentar é própria e imprópria. Na obrigação alimentar própria, temos como satisfação da obrigação alimentar o fornecimento de tudo aquilo que é diretamente necessário à manutenção da pessoa que necessita dos alimentos. É a denominada prestação *in natura*, com disposição legal no artigo 1701 do

Código Civil que dispõe que a pessoa obrigada a satisfazer as necessidades alimentares de outrem poderá fazê-lo pensionando o alimentado ou dando-lhe hospedagem e sustento¹.

Já na satisfação da obrigação alimentar de forma imprópria o devedor da obrigação, o alimentante, fornece ao credor, alimentado, o valor necessário à aquisição dos meios necessários à satisfação de suas necessidades. Na satisfação imprópria o devedor fornece a espécie, a quantia monetária necessária à satisfação das necessidades do credor.

No que diz respeito a classificação quanto ao momento da prestação da obrigação alimentar teremos obrigações futuras ou pretéritas, com a finalidade de fixar o termo *a quo* a partir da qual a obrigação alimentar é devida. São obrigações pretéritas aquelas que retroagem ao período anterior ao ajuizamento do pedido de alimentos enquanto que os futuros, ou atuais como denomina também a doutrina, são aquelas obrigações devidas partir de uma decisão ou de um acordo judicial ou postulados a partir do ajuizamento da ação e segundo Gonçalves (2013, p.509) “O direito brasileiro só admite os alimentos atuais e futuros. Os pretéritos, referentes ao período anterior à propositura da ação, não são devidos”.

De acordo com a finalidade da obrigação alimentar pode ser provisional ou regular. A obrigação alimentar provisional, também denominada *ad litem, expensa litis* ou acautelatórios é fixada de forma cautelar e está ligado a ideia de provisão uma vez que o objetivo do instituto é claramente proteger pelo provimento dos alimentos provisionais os meios necessários à sobrevivência do alimentante enquanto durar o processo. Farias e Rosenthal (2010, p. 732) pontuam que:

Os alimentos provisórios possuem natureza antecipatória, sendo concedidos em ação de alimentos (ou em outras ações que tragam pedido de alimentos de forma cumulativa), de forma liminar *initio litis*, bastando que se comprove, de forma pré-constituída, a existência da obrigação alimentícia, conforme previsão do artigo 4º da Lei 5.478/68.

Por sua vez será definitiva ou regular a obrigação alimentar quando fixada por uma sentença no pedido de alimentos pela ação de alimentos da Lei 5.478/68 ou em outro pedido cumulado em ação diversa da de alimentos. Esta obrigação poderá resultar da sentença de

¹AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS. FILHA MAIOR. PAGAMENTO DOS ALIMENTOS IN NATURA. POSSIBILIDADE NO CASO. No caso, a situação dos autos recomenda que os alimentos continuem sendo pagos de forma in natura. RECURSO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70066312810, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 28/08/2015, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/09/2015).

mérito ou do acordo firmado pelas partes e homologado pelo magistrado tornando-se periódica e de caráter permanente, embora possa ser revisionada a qualquer tempo.

Quanto à causa jurídica pode ser classificada em decorrência da lei, da vontade e do delito e conforme Cahali (2009, p.20) “a obrigação alimentícia ou resulta diretamente da lei, ou resulta de uma atividade do homem”. Quando resultante de atos humanos decorrentes da atividade cotidiana da existência a obrigação alimentar resulta de atos voluntários ou de atos jurídicos. São atos voluntários aqueles oriundos de uma declaração e vontade, de atos intervivos ou *causa mortis*, como a compra e venda e o testamento conforme entendimento de Cahali (2009, p.21):

A aquisição do direito sempre que os sujeitos pretendem a criação de uma pretensão alimentícia; a obrigação assim estatuída pode sê-lo a benefício do próprio sujeito da relação jurídica ou a benefício de terceiro, se se pretendeu a constituição de um direito de alimentos em favor de terceiro, o negócio toma a forma de ato gratuito quanto àquele que instituiu o benefício, com a outra parte assumindo o encargo de prestar alimentos ao terceiro necessitado, a qual se obrigou a socorrer; se, ao contrário mediante o ato jurídico, o necessitado visou constituir para si um direito alimentar, o ato jurídico, criador da obrigação, assume o caráter de ato jurídico oneroso.

Resulta a obrigação como legítima quando decorrente de força de disposição legal, de forma que somente a obrigação alimentar que *derive daex dispositione iuris*, está inserida no âmbito do direito de família e possibilita a sua conversão em prisão. No âmbito do direito de família a obrigação alimentar legítima tem como fontes o poder familiar, as relações de parentesco e a mútua obrigação decorrente do casamento e da união estável. E finalmente, como consequência da prática de um delito, a obrigação alimentar se constitui em indenização do dano *ex delicto*.

Portanto, para o nosso estudo, o interesse está na obrigação alimentar legítima, pois somente dela é que pelo seu inadimplemento poderá ocorrer a drástica medida da prisão civil. Por último, em relação a classificação da obrigação alimentar temos que quanto à sua natureza da obrigação alimentar os alimentos devidos podem ser naturais ou civis.

Nos limites do *necessarium vitae* tem-se como alimentos naturais tudo aquilo que é indispensável à manutenção da vida, são naturais aqueles alimentos destinados a satisfazer as necessidades vitais para a manutenção da existência humana, entre elas a alimentação, a moradia, o vestuário e a habitação. Também são denominados pela doutrina de alimentos cômputos, destinados à satisfação da existência humana, sem a sua satisfação ocorrerá o perecimento da vida humana.

De outro lado, serão considerados alimentos civis toda obrigação alimentar destinada não somente a manutenção básica da vida, mas todo um conjunto de necessidades maiores e

mais abrangentes do que a simples manutenção da existência física, compreendendo outras necessidades maiores do que a natural exigência da comida, da roupa e do abrigo. São os alimentos *necessarios persona*, que se destinam a satisfazer exigências da existência mais amplas, como o lazer, a educação e a cultura.

Também são denominados de alimentos necessários, levando-se em conta a idade, a condição social e demais circunstâncias próprias do alimentado que o alimentante deve satisfazer. Conforme Dias (2005, p. 449):

Assim, para o Direito, alimento não significa somente o que se ingere para assegurar a vida. A obrigação alimentar tem um fim precípua, isto é, atender as necessidades de uma pessoa que não pode prover a própria subsistência. No entanto, a expressão alimentos vem adquirindo uma dimensão cada vez mais abrangente. O preceito constitucional assegura a crianças e adolescentes direito à vida, à saúde, à alimentação à educação, ao lazer à profissionalização, à cultura e à dignidade. Pode-se encontrar, aí, o parâmetro do indispensável para viver de modo a auxiliar a mensuração do pressionamento. De qualquer forma, os alimentos englobam tudo o que é necessário para alguém viver com certa dignidade.

Não obstante a obrigação alimentar decorrente do poder familiar submeta-se a todo este regramento constitucional que determina que satisfaça além das necessidades vitais da existência e que também ampare as necessidades não vitais, mas que compreendem o necessário a uma vida digna, as obrigações decorrentes tanto das relações de parentesco como da mutua assistência no casamento e na união estável também se submetem a escolha da lei civil de que a obrigação alimentar é civil².

Nesse sentido a disposição do artigo 1694 do Código Civil brasileiro ao estabelecer que podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender as necessidades de sua educação, fez uma escolha pela natureza civil da obrigação alimentar. De forma que as necessidades individuais e próprias da condição social de cada pessoa deverá ser levada em consideração quando da fixação da obrigação alimentar. Nesse sentido, Oliveira (2003, p.97):

A referência à condição social do alimentando significa variação do valor para o atendimento das peculiaridades de cada pessoa, mas sem distanciar-se de suas necessidades, o que significa exclusão de dispêndios tidos como excessivos ou meramente voluptuários.

² ALIMENTOS.MANUTENÇÃO DO PADRÃO E VIDA DO ALIMENTANDO.1-Não é aceitável que o prestador de alimento deixe de oferecer tudo aquilo que proporcionava a companheira e seus filhos na época do concubinato.2-Alimentos, a ser pago a prole, tem que ser compatível com a vida que anteriormente o pai oferecia para os filhos antes de abandonar o lar.3-Recurso a que se nega provimento. (TJES – AC 50969000004-ES, Relator Des. Pedro Valls Feu Rosa, Data do Julgamento: 09.04.1996, Data da Publicação:28/05/1996

Assim, não será qualquer despesa do alimentando que o alimentante deverá arcar, ainda que para a manutenção de sua condição social. A condição social é naturalmente por si só um termo de conceito aberto, cujo significado deverá ser dado pelo juiz quando da análise do binômio necessidade *versus* possibilidade à luz do artigo 1694 do Código Civil. Veloso (2003, p.206):

Ao tratar dos alimentos civis previstos no caput deste artigo, o legislador deixou de estabelecer a extensão do termo condição social. Competirá ao julgador dar o verdadeiro significado e a extensão deste novo *standart* jurídico, que, com certeza, não poderá ser invocado para que o alimentado leve uma vida de luxo, ostentação e gastos supérfluos por conta do alimentante.

Na observância da condição social, todavia, não devem ser considerados então, gastos luxuosos e supérfluos, uma vez sem embargo do conceito aberto do termo condição social, deve ele, dentro da particularidades e peculiaridades do alimentado, tentar dar ao mesmo padrão de vida semelhante com o que sempre levou, observando-se a necessária ponderação entre necessidade e a possibilidade do alimentante.

A fixação da obrigação alimentar deve por sua vez obedecer a um critério de proporcionalidade. É o que dispõe o artigo 1695 do Código Civil ao afirmar que são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele de quem se reclama, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. O parâmetro para o juízo desta proporcionalidade vem expresso no § 1º, do artigo 1694 que estabelece que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Estabelece-se, portanto, para a fixação da obrigação alimentar, uma relação equilibrada em que se deve sopesar o que é necessário para a manutenção da vida do alimentado de acordo com as condições econômicas do alimentante, garantindo-se a sobrevivência deste para que possa solver com sua obrigação. A ameaça a manutenção da sobrevivência do devedor alimentante, em *ultima ratio*, é uma ameaça a própria solvência da obrigação que pode ficar muito comprometida com a prisão o devedor alimentante.

Gagliano e Pamplona Filho (2015, p. 691) preceituam que “a fixação de alimentos não é um bilhete premiado de loteria para o alimentando(credor) nem uma punição para o alimentante(devedor), mas, sim, uma justa composição entre a necessidade de quem pede e o recurso de quem paga”. Com olhar semelhante Farias e Rosenwald (2010, p. 726) no seguinte trecho pontuam a esse respeito:

Em qualquer hipótese, os alimentos devem viabilizar para o credor uma vida digna, compatível com a sua condição social, em conformidade com a do credor, não possibilidade do devedor de atender ao encargo. Vislumbra-se, assim, uma dualidade

de interesses: a necessidade de quem pleiteia e a capacidade contributiva de quem presta. Ausente um dos elementos, frustra-se a prestação alimentícia. Desta maneira, mesmo reconhecendo as necessidades do credor, não é possível fixar um pensionamento que escape à capacidade econômica do alimentante.

De forma que esta proporcionalidade na fixação da obrigação alimentar tem critérios estabelecidos a fim de orientar a sua constituição garantindo os meios necessários ao alimentado para a sua sobrevivência ao mesmo tempo em que não se compromete a sobrevivência do alimentante, pois assegurado os meios necessários a fim de que possa continuar a manter uma vida digna e com condições de cumprir plenamente a obrigação estabelecida.

A obrigação alimentar evolui na história humana a partir do direito romano que conhecia várias causas que estabeleciam a obrigação alimentar como a tutela, a relação de patronato, a relação familiar o testamento e a convenção. Na relação familiar não era conhecida em decorrência do parentesco, que somente muito mais tarde onde se fortalecem os conceitos legais de família que o direito romano passa a prever a obrigação alimentar como uma obrigação de socorro na família, tendo forte influência nesta mudança a nova religião cristã que tomou conta do império.

Na época de Justiniano é que se reconhece uma obrigação alimentar recíproca entre ascendentes e descendentes. E aquilo que era simplesmente dever moral, acabou por se transformar, sob a influência de fatores vários, em obrigação jurídica (CAHALI, 2009). No direito canônico a relação de filiação sanguínea foi determinante para o reconhecimento da obrigação alimentar, alargando bastante a ideia de obrigação alimentar o direito canônico passou a prever a obrigação alimentar inclusive para relações além da família.

Entre nós no começo vigeram as ordenações Filipinas que estabelecia o dever alimentar em relação aos órfãos, aos filhos ilegítimos e à obrigação entre parentes ascendentes e descendentes. Modernamente o primeiro Código Civil brasileiro de 1916 tratou da obrigação alimentar decorrente do parentesco, da filiação e do casamento em seus artigos 231, 233 e 396 a 405.

A fim de inserir a legislação civil a nova ordem constitucional inaugurada em 1988, adveio o Código Civil de 2002 que passou a tratar da questão da obrigação alimentar em seus artigos 1694 a 1710, havendo uma série de legislações esparsas a respeito da obrigação alimentar como a Lei dos Alimentos (Lei 5478/68), Lei de proteção da família (Decreto-Lei 3.200/45) e as leis 8.648/93 e a lei 8.971/96.

1.1 FONTES, CARACTERÍSTICAS E EVOLUÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Como já dissemos somente as obrigações legítimas autorizam a prisão civil no direito brasileiro e que resultam da inadimplência da obrigação alimentar. Somente a obrigação decorrente de *ex dispositive iuris* está inserida no âmbito do direito de família a autorização para prisão do devedor pelo seu descumprimento. Daí porque a necessidade de analisarmos uma por uma e de forma detalhada as fontes da obrigação alimentar legal no direito de família, pois decorrerão destas fontes o normativo autorizador da prisão civil, medida de exceção em um ordenamento civil.

O direito civil brasileiro estabelece que a obrigação alimentar tem como fontes o poder familiar, as relações de parentesco e dever de mútua assistência decorrente do casamento e da união estável. Daí advém o normativo autorizador da prisão civil, que será analisado detalhadamente, em decorrência de sua importância e relevância, nos próximos tópicos, após os necessários comentários sobre as características e a evolução histórica da obrigação alimentar. Por ser a obrigação alimentar uma ação humana tendente a manutenção e garantia da vida e da própria dignidade da existência humana, é natural que seja revestida característica muito própria e peculiares que as distinguem das demais obrigações alimentares não legítimas como também das demais obrigações não alimentares regidas pelo direito civil contratual.

No dizer de Farias e Ronsewald (2010, p.669) “impende analisar individualmente cada uma de suas idiossincrasias, de modo a explicitar sua feição”. São características idiossincráticas da obrigação alimentar o direito personalíssimo, a irrenunciabilidade, a intransmissibilidade, incomensurabilidade, irrestituibilidade, alternatividade da obrigação, variabilidade, ausência de solidariedade, divisibilidade, imprescritibilidade, dívida portátil, preferencialidade, atualidade e futuridade.

Como direito personalíssimo da obrigação alimentar está a característica de que se deve levar em conta na fixação as particularidades e peculiaridades tanto do credor como do devedor. Ou seja, são circunstâncias pessoais que influenciam decisivamente na fixação da obrigação alimentar. Farias e Ronsewald (2010, p.670) preceituam que “embora a natureza publicista que lhe é própria, a obrigação alimentar é inerente à pessoa. Ter-se-á em conta, na fixação, a pessoa do necessitado, ao mesmo tempo em que a obrigação, em princípio, não é transferível de uma pessoa para outra”.

O direito aos alimentos desta forma, está tanto para quem recebe quanto para quem paga, estabelecido entre aqueles direitos *intuita persona*, em que se leva em consideração a pessoa do titular do direito ou da obrigação destinada a manter e preservar a integridade física e

psíquica de quem não pode satisfazê-las pelas próprias forças. A obrigação alimentar tem também como característica a indisponibilidade e a irrenunciabilidade. Não se permite a livre disposição do direito alimentar, pois não se permite renunciar a própria existência.

O artigo 1707 do Código Civil brasileiro expressamente prevê a irrenunciabilidade ao dispor que pode o credor não exercer o direito os alimentos, sendo, porém vedado renunciar o direito. Cahali (2009, p.51) pontua que “possibilita apenas a renúncia da faculdade de exercício, não a de gozo”. Há, no entanto, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que esta irrenunciabilidade somente se aplica aos incapazes, admitindo a renúncia entre cônjuges e companheiros quando do divórcio e da dissolução da união estável.

De forma que em razão do entendimento jurisprudencial passou-se então a entender como irrenunciável somente a obrigação alimentar com fonte no poder familiar, admitindo-se para a relação de parentesco e a mútua assistência do casamento e da união estável. Já a intransmissibilidade da obrigação alimentar era considerada regra geral, pois se tinha como decorrência lógica a característica do personalíssimo da obrigação alimentar, fazendo com que a morte de quem paga ou recebe os alimentos levaria a extinção do encargo. O artigo 1700 do Código Civil brasileiro estabelece que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor.

Todavia, os entendimentos a respeito da questão é que esta transmissibilidade somente poderá ser invocada se o devedor dos alimentos já estava obrigado a prestação quando de seu falecimento³⁴. Já a incompensabilidade é a característica da obrigação alimentar que impede que valores pagos a mais ou além do que estava obrigado a fornecer o alimentante ao alimentado não poderão ser descontados da obrigação principal.

Ou seja, se o alimentante pagou ao alimentado em dinheiro ou em bens aquilo que não estava obrigado a prestar, não poderá pretender a compensação do que pagou ou entregou com o que estava obrigado a pagar ou fornecer. Farias e Ronsewald (2010, p.690) pontuam que “a solução é justificável. Destinados à preservação da integridade do credor, não se pode admitir a compensação de sua manutenção com outros direitos”. De forma que qualquer valor pago por

³ Alimentos. Morte do Alimentante. I-A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, respondendo herança pelo pagamento das dívidas do falecido. Lei 6515, de 1977, artigo 23, e Código Civil, artigo 1796. Apicção. II-A condição de alimentante é personalíssima e não se transmite aos herdeiros; todavia, isso não afasta a responsabilidade dos herdeiros pelo pagamento dos débitos alimentares verificados até a data do óbito. III-Falecido o alimentante após a sentença que o condenou a pagar pensão alimentar, deve o recurso de apelação ter prosseguimento apreciando-se o *meritum causae*. IV-Recurso Especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 64.112/, 3ª T, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 16.05.2002, v.u. , DJU 17.06.2002)

⁴ Alimentos. Transmissibilidade da obrigação. Espólio. Restrições. Ação nova. A transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos, prevista no artigo 23 da lei 6515, de 1977, é restrita às pensões devidas em razão da separação ou divórcio judicial, cujo direito já estava constituído à data do óbito do alimentante, não autorizando ação nova, e face do espólio, fora deste contexto. (STJ, REsp n. 232.901, rel. Min. Ari Pargendier, j. 07.12.1999)

mera liberalidade do devedor alimentante ao credor alimentado não poderá ser abatido daquele valor que o alimentante efetivamente está obrigado a pagar ou fornecer ao alimentado, sob pena de ter como não satisfeita a sua obrigação⁵.

Assim, em razão desta característica própria da obrigação alimentar, o instituto da compensação previsto no artigo 368 do Código Civil brasileiro não se aplica às obrigações alimentares decorrentes do poder familiar, das relações de parentesco e em decorrência do dever de mútua assistência no casamento e na união estável. Outra característica não menos importante da obrigação alimentar é a irrestituibilidade, na qual quem pagou uma dívida alimentar não poderá ser restituído deste pagamento se o fez de forma indevida, em alimentos provisórios ou definitivos.

O fundamento da irrepetibilidade da obrigação alimentar é de que o dever alimentar tem caráter de ordem pública, pois destinada a manutenção e sobrevivência da pessoa humana que deve ser assistida pela obrigação alimentar, “equivale a dizer: quantia paga a título de alimentos não pode ser restituída pelo alimentado por ter servido a sua sobrevivência” (FARIAS E RONSEWALD, 2010, p. 688).

O alimentado é a parte mais vulnerável e frágil na relação com o alimentante, de forma que não seria razoável, em nome de um pagamento posteriormente tido como indevido a sua restituição pois serviu para a manutenção da existência do alimentado. Esta característica da irrestituibilidade desde sempre foi tratada pela doutrina brasileira, de regra como que absoluta não permitindo qualquer possibilidade de restituição daquilo que foi pago como decorrente de uma obrigação alimentar.

A alternatividade da obrigação está prevista no artigo 1701 do Código Civil brasileiro e autoriza o pagamento da obrigação de forma própria ou em espécie (alimentos e roupas) ou de forma imprópria ou em dinheiro. Tem se como a regra o pagamento de forma imprópria, com o fornecimento pelo alimentante ao alimentado do dinheiro necessário, dentro do critério de proporcionalidade necessidade versus possibilidade quando da fixação da obrigação, para que possa satisfazer suas necessidades.

Todavia, é o caso concreto que irá estabelecer a melhor forma de pagamento, levando-se em consideração as circunstâncias de cada situação a critério do juiz, nos termos do parágrafo único do artigo 1701 da lei civil brasileira⁶. A variabilidade da obrigação alimentar como uma

⁵ “O devedor de alimentos, executado na forma do artigo 733 do CPC, poderá alegar em sua defesa o pagamento ou a impossibilidade de efetuar-lo, não podendo sustentar, porém, a compensação de dívidas que tenha pago em favor das alimentadas”. (STJ – HC 5890/SP, rel. Min. Anselmo Santiago, j. 10.06.1997, DJU 4.8.97)

⁶ O artigo 25 da Lei 5.478/58, a Lei os Alimento, estabelece que a prestação não pecuniária somente poderá ser paga pelo alimentante se o alimentado capaz anuir com esta forma de pagamento

de suas características reside na possibilidade de ser revista a qualquer momento, para mais ou para menos.

O artigo 1699 do Código Civil brasileiro ao estabelecer que se sobrevier mudança na situação financeira de quem supre os alimentos ou de quem recebe os alimentos, poderá reclamar sua redução, exoneração ou majoração. Portanto, a variabilidade consiste na possibilidade de se majorar, diminuir ou mesmo exonerar a obrigação alimentar conforme as circunstâncias do momento. Rizzardo (2006, p.729):

A pensão alimentícia é variável, segundo as circunstâncias vigentes na época do pagamento. A situação econômica das pessoas modifica-se facilmente, ora aumentando os rendimentos econômicos, ora diminuindo. As necessidades também não permanecem estáticas. Crescem quando o filho avança nos estudos, ou quando o alimentando, por fatos alheios à sua vontade, deixa de exercer atividade lucrativa. Mesmo as doenças, as crises econômicas que se abatem em determinadas ocasiões, a inflação, a retração de empregos, refletem profundamente sobre as condições econômicas do alimentante e do alimentando.

De forma que a variabilidade da obrigação alimentar reflete a natureza *rebus sic stantibus* de qualquer decisão ou acordo que se faça em relação a obrigação alimentar, podendo esta ser revista se mudarem os fatos e a circunstâncias de quando foi fixada. A obrigação alimentar é uma relação jurídica continuada no tempo que sofre a interferência dos fatos cotidianos da vida que implicam em maiores ou menores dificuldades, tanto para o recebimento como para o pagamento da obrigação alimentar. Finalmente, a respeito desta característica deve ser ressaltado que a decisão de alimentos, justamente em face de sua *natureza rebus sic stantibus*, não se submete a coisa julgada material, mas tão somente a coisa julgada formal no procedimento de sua fixação.

A obrigação alimentar também tem como característica a não solidariedade. A solidariedade no direito civil brasileiro, está devidamente conceituada no artigo 264 do Código Civil que estabelece que quando na mesma obrigação concorrerem mais de um credor ou mais de um devedor, cada um terá direito ou estará obrigado na totalidade da dívida.

Na obrigação alimentar de regra não vige a solidariedade. Não vige a solidariedade, pois como já vimos, a obrigação alimentar é fixada levando-se em conta circunstâncias pessoais do devedor e do credor além de que existe uma hierarquia de parentescos pelos quais a obrigação pode ser cobrada ou paga. Existindo mais de uma pessoa obrigada pela satisfação da obrigação alimentar, não poderá o credor da obrigação alimentar cobrar exclusivamente de um deles, mas apenas aquilo que estiver dentro das possibilidades do devedor, independentemente das necessidades do credor.

A obrigação alimentar de mais de um devedor deverá então ser distribuída conforme a possibilidade de cada um destes devedores, observado o binômio necessidade versus possibilidade da fixação da obrigação alimentar da qual já nos reportamos. A exceção que hodiernamente se faz a esta regra da não solidariedade alimentar foi recentemente estabelecida pelo Estatuto do Idoso ao fixar a solidariedade dos obrigados em relação ao idoso na obrigação decorrente das relações de parentesco. O artigo 12 da Lei 10.741/2003 estabelece que a obrigação alimentar em relação ao idoso é solidária podendo este optar por qualquer um dos devedores.

A característica da divisibilidade da obrigação alimentar tem estreita relação com a não solidariedade, na medida em que não sendo solidária, a obrigação se divide entre todos aqueles que possuem condição de pagar alimentos ao alimentado. Sendo vários os obrigados, todos podem concorrer na proporção de suas possibilidades, nos exatos termos do artigo 1698 do Código Civil brasileiro. Nesse olhar Gonçalves (2013, p. 515) preceitua que:

Não havendo texto legal impondo a solidariedade, ela é indivisível, isto é, conjunta. Cada devedor responde por sua quota parte. Havendo, por exemplo, quatro filhos em condições de pensionar o ascendente, não poderá este exigir de um só deles o cumprimento da obrigação por inteiro.

Excetuando-se o ascendente idoso, como já visto, em que aí haverá a responsabilidade solidária em que o credor poderá demandar só um dos devedores pela integralidade de suas necessidades. A imprescritibilidade da obrigação alimentar como uma de suas características manifesta-se na possibilidade do exercício do direito aos alimentos ser exercido a qualquer tempo desde que preenchidos os requisitos para a sua fixação, não se submetendo portanto, a qualquer prazo prescricional. Todavia, não se confunde o exercício do direito a fixação da obrigação alimentar com a cobrança dos alimentos já estabelecidos, submetendo-se a cobrança ao prazo de dois anos do § 2º do artigo 206 do Código Civil.

Outras das características da obrigação alimentar é ser ela uma dívida portátil(*portable*). As obrigações quanto ao lugar de seu pagamento podem ser *quérables* ou *portables*, aquelas o pagamento da dívida deve ser feito no domicílio do devedor, ou seja, o credor deve procurar a satisfação da obrigação no domicílio do devedor, nesta o devedor deve satisfazer a obrigação no domicílio do credor. A preferencialidade como característica da obrigação alimentar consiste em que havendo mais de um credor em graus ou classes os mais próximos tem preferência em relação aos mais remotos. Rizzardo (2006, p. 735):

Sendo diversos os graus de parentesco- como filhos e netos, os primeiros têm preferência, segundo as regras da ordem sucessória (contemplam os que herdariam), e da mesma forma quanto aos ascendentes. Aos parentes mais próximos se

reconhecem prioridade. Em face deste princípio, entre descendentes e ascendentes, os primeiros preferem aos últimos.

Todavia não ocorrerá a preferencialidade se os alimentados forem da mesma classe ou grau, ou seja, se dois filhos necessitarem da obrigação alimentar, não haverá preferência entre eles, devendo a obrigação ser fixada levando-se em conta a condição econômica do pai alimentante. Os alimentos se destinam a satisfazer as necessidades do momento e do futuro, não sendo permitido que se pleiteie alimentos do passado não exigido a tempo. Esta é a característica da futuridade. Todavia não se deve confundir o exercício do direito à obrigação que é futuro com a cobrança da obrigação já fixada e não paga. Como veremos adiante o não pagamento da obrigação fixada leva a prisão do devedor.

E a última característica da obrigação alimentar é a atualidade. Trata-se da correção da obrigação alimentar que deve ser protegida dos efeitos deletérios de sua desvalorização. A obrigação alimentar é sucessiva e continuada estando inevitavelmente sujeita aos efeitos da volatilidade econômica que atinge nosso país. Farias e Ronsewald (2010, p.673) apontam que:

Tratando-se de uma obrigação de trato sucessivo (de execução continuada, diferida no tempo), a prestação alimentar pode estar submetida aos danosos efeitos inflacionários, comprometendo o seu valor. Por isso, é fundamental que os alimentos sejam fixados com a indicação de um critério (seguro) de correção de valor, mantendo, deste modo, o seu caráter atual.

O artigo 1710 do Código Civil brasileiro expressamente esta característica estabelecendo a atualização da obrigação alimentar, com preferência pela sua fixação em descontos dos rendimentos do alimentante, e não se possível tal desconto em razão de atividade autônoma e liberal, a fixação da obrigação alimentar indexada ao salário mínimo, não obstante comando constitucional que impede tal prática⁷.

1.2 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DECORRENTE DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO

A obrigação alimentar decorrente do parentesco é a mais ampla das três fontes da obrigação alimentar, vinculando parentes por consanguinidade, afetividade ou por adoção. O direito civil brasileiro estabelece uma estrutura de parentesco da qual deriva a obrigação

⁷ Pensão Especial. Fixação com base no salário mínimo. CF, artigo 7º, IV. A vedação da vinculação do salário-mínimo, constante no inciso IV do artigo 7º da Carta Federal visa a impedir a utilização do referido parâmetro como fator de indexação para obrigações sem conteúdo salarial ou alimentar” (STF, RE 170.203/GO, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 30.11.93, in RTJ 151:652)

alimentar como fonte no parentesco civil ou natural. O parentesco e a família decorrem das múltiplas relações travadas entre os seres humanos⁸⁹. Fachin (1999, p. 220) afirma:

O estudo do parentesco pertence, originariamente, mais a outros ramos do saber do que propriamente ao Direito, que se apropria de alguma dessas explicações para disciplinar os interesses que atendam aos valores dominantes de uma dada cultura. A noção cultural pelo filtro da disciplina jurídica assume o caráter de norma vinculante.

Dentre as variadas espécies de relações humanas, o parentesco é a mais importante e a mais constante, seja no comércio jurídico, seja na vida social (PEREIRA, 2004). Desta forma temos como conceito clássico do parentesco a relação jurídica existente entre pessoas que descendem, diretamente, umas das outras ou que derivam de um ancestral comum. Hodiernamente alargou-se o conceito de parentesco civil, sendo que se encontra assemelhados ao parentesco consanguíneo o parentesco socioafetivo.

É a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou do autor comum, que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro ou que estabelece, por *fictio iuris*, entre o adotante e o adotado (MIRANDA, 1974). A nova realidade constitucional brasileira após 1988, notadamente no § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, adotou a multiplicidade das entidades familiares, portanto alargou as relações de parentesco entendidas como caracterização das múltiplas relações humanas.

O código civil brasileiro ao disciplinar as relações de parentesco, em razão de seus múltiplos efeitos jurídicos na vida das pessoas, notadamente na família da qual decorre a obrigação alimentar que tem como fonte o tópico que analisamos. Para tanto, em seus artigos 1591 a 1595, estabelece que o vínculo de parentesco é constituído em linhas e graus, de importância para se organizar os diferentes efeitos jurídicos e legais que o parentesco pode gerar em todos os âmbitos da vida jurídica do homem. As linhas, que podem ser reta ou transversal, aquela para ascendentes e descendentes e está para os colaterais, estabelece um tronco comum de descendência enquanto que os graus indicam a distância entre as gerações de parentes entre

⁸⁹“O latim família manteve-se no *famille, familie, family*, neolatinos e germânicos, provindo da *famulus, farnel*, criado, servo, fâmulos, serviçal, doméstico, coma raiz de *faama* do sânscrito *d'hāman*, casa, morada, residência, do radical *dhā*, por, pousar, assentar. Seria, visivelmente o conjunto das pessoas sob o mesmo teto, obedientes e dependentes a mesma autoridade e proteção” (CASCUDO, 2004, p. 668).

⁹ Até hoje não se encontrou uma única sociedade humana em que uma qualquer forma de organização familiar não existisse. E nem poderia ser de outra forma, sendo como é o homem um animal que se caracteriza pela fraqueza e pelo abandono dos anos de sua longa infância carente, portanto, do apoio adulto, uma das causas, por certo, de sua sobrevivência como espécie, tendo sido a família. Ela foi com certeza, o primeiro grupo humano, não importa se cercada por outros grupos mais amplos que depois lhe tomaram a palma da primitiva importância social como correu com a *polis* e a *civitas* no mundo greco-romano e com o Estado nacional no mundo atual” (MACHADO NETO, 1987, p. 289)

si. Tudo isso é muito importante no direito de família, como já dito, são os efeitos jurídicos emanados pela relação de parentesco, entre elas a obrigação alimentar.

No sistema jurídico brasileiro, adotou o Código Civil a obrigação alimentar decorrente do parentesco, em que é devida a obrigação entre parentes na linha reta, ascendentes e descendentes, sem limitação de gerações, ou graus, e na linha colateral ou transversal até o segundo grau, nos termos dos artigos 1694 e 1697 do Código Civil de 2002. Portanto, sendo a família e o parentesco dela decorrente ancestralmente a primeira forma de organização social inventada pelo homem, com múltiplas funções como mútua assistência, a mútua proteção, o auxílio mútuo para a caça e a coleta e sobretudo a procriação da espécie, esta primeira organização humana tem seu fundamento na solidariedade do grupo que se consolida pelos laços de afeto.

Farias e Ronsewald (2010, p. 703) pontuam que “também nas relações parentais são devidos alimentos, como concreta expressão da solidariedade (social e familiar) e da dignidade humana. Aqui os alimentos estão desatrelados da relação matrimonial ou convivencial, independendo do estado pessoal dos parentes”. Desta forma, a solidariedade familiar é o fundamento da obrigação alimentar decorrente do parentesco.

1.3 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DECORRENTE DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

O poder familiar no direito brasileiro está estabelecido pelo artigo 1634 do Código Civil ao qual diz que compete aos pais o pleno exercício do poder familiar que consiste em dirigir-lhes a criação e a educação, exercer a guarda unilateral ou compartilhada, conceder ou negar suprimento para casamento, conceder ou negar autorização para viagem ao exterior, conceder ou negar autorização para mudança de residência para outro município, nomear tutor, representá-los e assisti-los judicialmente, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir obediência, respeito e os serviços próprios da idade e condição.

Contida na obrigação de criar, educar e guardar, está a assistência financeira e educacional que constituem a obrigação alimentar. Dias (2005, p. 455) afirma que “a obrigação alimentar dos pais em relação aos filhos menores tem assento constitucional e decorre dos deveres de sustento, guarda e educação, inerentes ao poder familiar”. O instituto tem origem no Direito Romano e nos primeiros tempos significava o conjunto de prerrogativas que o patriarca detinha em relação a todos os membros da família, inclusive os servos. Alves (1997, p. 266) preceitua que:

A princípio, os poderes do pater famílias enfeixados na pátria potestas são absolutos: o pater famílias pode ser comparada ao um déspota. A pouco e pouco porém – e essa

tendência se avoluma decididamente a partir do início do período pós-clássico_, os poderes constitutivos da pátria potestas vão se abrandando, até que, no direito justinianeu - mudado o ambiente social, alteradas fundamentalmente as funções e a estrutura da família romana, e sobrepujado o parentesco agnático pelo cognático-, a pátria potestas se aproxima do conceito moderno de pátrio poder (poder educativo e levemente corretivo).

Era um direito de vida e morte sobre todos os membros da unidade familiar, detendo o pater famílias um direito potestativo sobre os membros da família. Rizzardo (2006, p. 600) pontua o seguinte trecho:

O pater famílias alçava-se na posição de senhor absoluto do lar. Nem o Estado limitava seus poderes no âmbito familiar. Era a única pessoa *sui juris*. A esposa, os filhos, os demais dependentes e os escravos não tinham nenhum direito. Nesta condição consideravam-se *personae alieni juris*.

A forte mudança que se deu em relação ao poder familiar dos primórdios da família romana deve-se ao aparecimento e disseminação do cristianismo e de suas práticas religiosas instituindo o casamento novos papéis à mulher e aos filhos nesta nova família. O advento do Código Civil Napoleônico institui em relação ao poder familiar o costume, dominando em relação ao poder familiar a temporalidade de seu exercício, a possibilidade de ser exercido pela genitora na falta do genitor e a possibilidade dos filhos terem bens. Entre nós, o direito português manteve o traço patriarcal absoluto, situação que somente sofreu mudança com o advento do Código Civil de 1916.

Atualmente entende-se o poder familiar como um *múnus público* que deve ser exercido pelos pais em favor de seus filhos, desta forma, mais do que um poder imperativo sobre os filhos e seus patrimônios, o poder familiar é um encargo decorrente da paternidade e da relação de filiação. Desta forma, em decorrência deste encargo que a paternidade e a relação e filiação constitui com o exercício do poder familiar, os pais tendo a obrigação de criar, educar e assistir os filhos devem socorrê-los com o fornecimento do necessário para a sua manutenção física e psicológica, com os bens materiais necessários a uma vida digna. Esta é a segunda fonte da obrigação alimentar que é devida aos filhos menores de idades e os nascituros, no caso dos alimentos gravídicos.

1.4 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DECORRENTE DO DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA

A terceira e última fonte da obrigação alimentar decorre do casamento e da união estável, em face da obrigação de mútua assistência que a constituição destas entidades familiares estabelecem como dever/direito entre cônjuges e companheiros. Até o advento da Constituição Federal de 1988 o casamento era a única entidade familiar juridicamente

reconhecida, a família era matrimonializada, não havendo reconhecimento e proteção jurídica para relacionamentos fora do matrimônio, inclusive em relações a filhos denominados adúlteros.

Na época do Império, o casamento no Brasil era um sacramento, sua realização e seu registro ficam exclusivamente a cargo da Igreja Católica, uma vez que não havia separação entre religião e o Estado e a religião oficial do Estado brasileiro era a católica. Carneiro (2017, p. 26) afirma que:

Pelas regras do direito canônico, o casamento católico era contrato e sacramento ao mesmo tempo e, durante muito tempo, foi a única forma de união legalmente prevista no país. Era direito a igreja regular e julgar as condições e existência do casamento, com a anuência do poder Estatal. As questões referentes a sua anulação por sua vez, eram de competência do juízo eclesiástico.

Esta realidade muda com advento da República em novembro de 1888, quando então separa-se o Estado da Religião, que passa ser laico e não ter mais preferência sob uma determinada religião, permitido a seus cidadãos o direito de escolha e a liberdade de professar o credo que melhor lhe convier. Com isso, o Estado brasileiro passa a exercer o monopólio sobre a realização e o registro dos casamentos, como um instituo de direito civil, não reconhecendo mais validade no ato somente de cunho religioso.

O artigo 1566 do Código Civil brasileiro estabelece que são deveres de ambos os cônjuges fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência e o sustento, guarda e educação dos filhos. Não sendo um cônjuge parente do outro, ali não se encontrava o fundamento legal da obrigação de alimentos entre marido e mulher (CAHALI, 2009).

A mútua assistência compreende o auxílio econômico que passa a existir entre os cônjuges com o casamento, a realização de uma comunhão plena de vida passa necessariamente por auxílios mútuos, seja de ordem afetiva e moral, mas sobretudo de ordem financeira e econômica. O dever de mútua assistência que fundamenta a obrigação alimentar entre os cônjuges, não se limita a esta obrigação, é muito mais ampla, nesse sentido Rizzardo (2006, p. 765) pontua:

A expressão mútua assistência ostenta uma dimensão bem mais vasta que o simples ato de fornecer alimentos. Deve-se inserir o significado que se dá no casamento: a união ou identificação de todos os interesses, esforços, trabalho, patrimônio e atendimento ou socorro em todas as necessidades e adversidades da vida. Mais no sentido literal, a mútua assistência abrange os cuidados que um cônjuge está obrigado a devotar ao outro, tanto na doença, nas adversidades, no âmbito afetivo, como no setor material, concentrando-se o cuidado nos alimentos, que abrangem a alimentação o vestuário, o transporte, os medicamentos, a moradia e até as doenças.

A vida é cheia de fases, umas melhores do que as outras, outras bem piores do que as anteriores, a comunhão plena de vida com o auxílio mútuo, de todas as ordens, constitui-se em apoio fundamental para a entidade familiar superar as dificuldades e os percalços da existência. Esta em *ultima ratio* é o que sustenta uma vida a dois com o compartilhamento de planos e sonhos de toda uma existência. Cahali (2009, p. 145) define:

Nesse contexto, a unidade de vida conjugal e familiar produz a unidade do orçamento doméstico: não se distinguem despesas relativas a um dos cônjuges daquelas relativas ao outro, mas se confundem numa categoria única de despesas familiares como ônus do matrimônio.

Este mesmo sustentáculo do casamento constituído pela mútua assistência também se aplica a união estável. O artigo 1724 do Código Civil brasileiro estabelece que as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Portanto, a mesma assistência mútua que cônjuges têm como dever/direito, os tem os companheiros.

O concubinato já era reconhecido em Roma, convivendo a época com o casamento, para posteriormente ser proibido por Augusto com a *Lex Julia de Adulteris*. Constantino admitiu o concubinato como uma forma inadequada de casamento (*inaequale coniugium*) submetidas a determinadas condições. O cristianismo e a igreja católica combateram o concubinato na medida em que o casamento passou ser um sacramento com características divinas. Entre nós somente com a Constituição de 1988 a união estável foi inserida no ordenamento jurídico como entendida familiar sob a proteção do Estado na mesma proporção do casamento. Desta forma, a obrigação alimentar como fonte no dever de mútua assistência vincula cônjuges e companheiros.

1.5 A EXECUÇÃO DA DÍVIDA ALIMENTAR

Uma vez constituída a obrigação alimentar, ela deve ser cumprida e satisfeita pelo alimentante que é o devedor nesta relação de crédito e débito. Quando a obrigação é cumprida e satisfeita de forma voluntária não teremos problemas de nenhuma ordem, o credor recebe a obrigação e satisfaz a suas necessidades que levaram a constituição da obrigação na forma em que foi fixada. O problema decorre quando da insubmissão do credor, que embora obrigado a satisfazer as necessidades do credor, não o faz de forma voluntária. Daí ocorre a execução da obrigação alimentar, mediante meios coercitivos que obrigarão o devedor a cumprir com a obrigação fixada, conforme pensamento de Cintra, Grinover e Dinamarco (1976, p. 272) o processo de execução “visa a uma prestação jurisdicional que consiste em tornar efetiva a

sanção, mediante a prática dos atos próprios da execução forçada. A lide, na execução é configurada pela pretensão insatisfeita, que não deixa de ser uma pretensão resistida”.

Portanto, a obrigação alimentar deverá ser executada, cobrada de forma forçada se houver resistência do credor em satisfazê-la voluntariamente. E para esta cobrança forçada o credor deverá ter em suas mãos o título executivo, que nada mais é do que a constituição da obrigação alimentar após o regular processo de conhecimento para a fixação da obrigação. Alvim (2016, p. 355) pontua a respeito da execução:

A execução se realiza através de atos consistentes em medidas coercitivas, por vias das quais se transforma a situação e fato existente, na situação ordenada pelo título executivo, formando, para tanto, uma relação jurídico processual cujos sujeitos principais são as partes (exequente e executado) e o juiz.

É cediço que o título alimentar ao final do processo de conhecimento para ser executável deve obedecer aos requisitos legais de exequibilidade, ou seja, deve ser certo, líquido e exigível. Haverá situações em que a obrigação alimentar fixada carecerá de liquidação em razão de sua natureza, como na obrigação alimentar própria em que o credor quando da fixação da obrigação alimentar compromete-se a satisfazer as necessidades do alimentando fornecendo-lhe diretamente os meios a satisfação de sua necessidade, fornecimento de medicamentos ou de material escolar.

Nessa situação a obrigação alimentar deverá passar pela fase da liquidação, de apuração de sua extensão e valor. De regra, como já falamos, a obrigação alimentar deve ser satisfeita de forma imprópria pelo alimentante, fornecendo ao alimentado os valores suficientes à satisfação de suas necessidades. Esta é preferência da lei de regência e da Lei 5.478/68, em seu artigo 25, devendo nas obrigações alimentares líquidas recaírem os descontos diretamente em folha de pagamento do credor alimentante, sendo ele funcionário público ou privado com relação formal de emprego.

Tal preferência é claramente manifestada pela constituição de tipo penal pelo artigo 22 da Lei 5.478/68, de crime contra a administração da justiça com pena de detenção de seis meses a um ano e com suspensão do emprego ao empregador do devedor da obrigação alimentar ou do funcionário público que ajude o devedor a eximir-se ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada ou se recusa ou procrastina a executar ordem de descontos em folha de pagamento expedida pelo juiz competente.

Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil, no § 3º do seu artigo 529, estabelece que sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser

descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada¹⁰. Com esse olhar tem-se o seguinte:

A primeira técnica arrolada pela legislação para a execução alimentar (art. 529 do CPC) é o desconto dos alimentos da remuneração recebida pelo seu devedor. A efetividade da medida reside na circunstância de que o devedor praticamente não tem como inadimplir a prestação alimentar, já que o valor devido é descontado na sua própria folha de pagamento (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016, p. 1092).

Tal possibilidade de descontos em folha de pagamento garante o efetivo cumprimento da obrigação para a satisfação das necessidades do credor alimentando sem a necessidade de se recorrer ao processo executivo. O problema ocorre quando não há folha de pagamento para ser feito desconto, quando não há relação formal de emprego do alimentante para os devidos descontos com a satisfação voluntária da obrigação. É com o devedor autônomo, sem vínculo formal de emprego ou com atividade liberal que se tem a maior dificuldade da cobrança forçada da obrigação alimentar mediante sua execução.

De forma que para as situações em que não há o pagamento voluntário da obrigação, prevê o Código de Processo Civil duas formas de execução da obrigação alimentar do devedor inadimplente. Uma das formas é a expropriação dos bens do devedor da obrigação alimentar na forma tradicional da expropriação de bens que garante todas as dívidas decorrentes de obrigação de pagar quantia certa, mediante a penhora de bens do devedor com sua alienação, se a penhora não recair em dinheiro, revertidas ao credor alimentado. É efetivamente a forma menos gravosa, menos onerosa para o devedor. A outra forma é a prisão, a prisão civil como meio de coerção a obrigar o devedor a satisfazer a dívida alimentar, a ela nos dedicaremos no próximo item.

Apresentada a execução da obrigação alimentar não paga, o juiz a requerimento do credor exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para em três dias pagar o que deve, provar que já pagou o que está sendo cobrado ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. Decorrido o prazo dado ao executado sem a prova do pagamento ou sem qualquer justificativa, ou ainda com uma justificativa apresentada não aceita, o juiz mandará protestar o valor decorrente da decisão executada e decretará a prisão do devedor pelo prazo de um a três meses. Esta opção de execução, pela prisão civil não é obrigatória, estando a escolha a critério do credor nos termos do § 8º do artigo 528 do CPC. O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença na forma do artigo 523 do CPC, caso em que não será admissível a prisão do executado.

¹⁰ “Até aqui nada de novo. A (boa) novidade está na inclusão no § 3º que traz a possibilidade expressa de se proceder ao desconto em folha de pagamento não só das prestações vincendas como também das prestações vencidas, solução, que, sob a égide do CPC/73, diante do silêncio da lei, não encontrava respaldo jurisprudencial” (WAMBIER, 2015, p. 882).

1.6 A PRISÃO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS E SUAS ALTERNATIVAS

Neste tópico analisaremos a prisão civil do devedor da obrigação alimentar somente pelo aspecto material e processual da legislação civil brasileira, sem perquirirmos os aspectos da prisão civil à luz dos direitos humanos e de suas consequências no âmbito da dignidade da pessoa humana, que será abordado no próximo capítulo.

A prisão civil do devedor da obrigação alimentar no direito brasileiro tem matiz constitucional, o inciso LXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal de 88 dispõe que não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar e do depositário infiel. Atualmente um dos mais graves problemas que afetam a imagem do Brasil no exterior relativamente ao desrespeito aos direitos humanos está ligado a questão penitenciária brasileira.

O caos das prisões, o sistema medieval ainda imperante e a total incapacidade do Estado brasileiro em gerir a questão penitenciária, é foco constante de críticas do Brasil no exterior e em condenação em organismos multilaterais tanto no âmbito global como regional, tais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA). A par desta questão, considerada sob o aspecto da prisão civil, nosso ordenamento jurídico como já dito prevê dois tipos de prisão civil, a do depositário infiel e do inadimplente de obrigação alimentar.

Estes presos, embora não possam ser considerados presos criminais, pois a natureza de sua detenção é civil, não raramente eram colocados encarcerados juntamente com presos do sistema criminal, ou seja, com criminosos comuns condenados pela justiça criminal ou aguardando o julgamento pela justiça criminal. Trata-se evidentemente de uma disfuncionalidade do sistema judiciário. Sempre foi muito polêmica a questão da prisão civil, tanto do depositário infiel como do inadimplente da pensão alimentícia, tal como disposto por Queiroz (2004, p. 115):

[...] revela a priori dificuldades que surgem em torno dessa questão deveras polêmica e delicada, já que atinge um direito de personalidade tão importante como a liberdade, que não poderá jamais ser suplantada por outro direito, mas material, como o é a propriedade.

A prisão do depositário infiel no Brasil acabou sendo resolvida com a manifestação do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional a prisão de tal devedor civil¹¹, pois contrária ao Pacto de São José da Costa Rica, prevalecendo o entendimento que os tratados

¹¹ Edição de Súmula 25 com efeito vinculante, vale dizer, aplicação obrigatória pelos demais tribunais do país.

internacionais assinados pelo Brasil possuem valor supralegal. O fato é que em 16 de dezembro de 2009 o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 25¹² extinguindo a prisão do devedor pelo depósito, remanescendo no Brasil a prisão do devedor de alimentos como a única possibilidade de prisão civil.

De forma que ainda temos encarceramento de devedores de dívida civil, com todas as consequências de sua execução na liberdade e na dignidade da pessoa humana pelo estigma que tal medida acarreta. Cahali (2009, p. 742) pontua que:

Assim, a prisão do alimentante relapso não é pena, mas meio e modo de constrangê-lo ao adimplemento da obrigação reclamada, cuja conotação social é por demais evidente. Contudo, constitui triste reminiscência dos tempos em que o devedor respondia corporalmente pelas obrigações inatendidas, o que, no Direito Romano, cessou com o advento da Lei *Paetelia Papiria*.

A prisão civil é medida odiosa, devendo ser repelida no estado democrático de direito (FARIAS E ROSENWALD, 2010). Existe um fundamento a autorizar a perda da liberdade como medida coativa para forçar o pagamento do débito alimentar, não sendo a prisão um fim, mas um meio para que o devedor honre com sua obrigação frente ao credor alimentando. É, pois, forma de coação para que se atinja o fim do recebimento da obrigação do devedor inadimplente. Nesse olhar Farias e Rosenwald (2010, p. 774) afirmam o seguinte:

Não tenciona sancionar aquele que deixa de pagar os alimentos, mas, diversamente, tende a coagi-lo ao pagamento da prestação tão importante para a subsistência do alimentando. Ou seja, é mecanismo disponibilizado pela *lex mater* para que o devedor seja compelido a cumprir o dever alimentar, sem caráter sancionatório, pois interessa que não seja descumprida, em particular, a obrigação de prestar alimentos.

Trata-se desta forma de meio a alcançar certo fim, que comporta alternativas a fim de mitigar a prisão e suas consequências, dentro de uma visão de utilidade destas alternativas a fim de melhorar a situação dos envolvidos no pagamento do crédito alimentar, no seu recebimento e pelo próprio Estado quanto aos efeitos da execução desta medida de exceção em um ordenamento jurídico democrático e humano.

A alternativa que se apresenta a prisão por dívida alimentar pode ser encontrada nos artigos 282 e 319 do Código de Processo Penal com a aplicação de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, recolhimento domiciliar e monitoração eletrônica e também no próprio Código de Processo Civil. Tais medidas alternativas são cautelares descaracterizadoras da prisão que, como na justiça criminal, podem ser usadas na justiça civil quando da aplicação da sanção ao inadimplente da pensão alimentar.

¹²É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Assim como na justiça criminal, onde é travada uma intensa discussão entre intervencionistas (punitivistas) e não intervencionistas (minimalistas), tal debate acerca da prisão excessiva, injusta e até mesmo abusiva, pode ser levada ao campo da prisão decorrente da inadimplência da pensão alimentícia. A aplicação de medidas alternativas a prisão civil decorrente do inadimplemento da pensão alimentícia constitui-se em verdadeiro movimento não intervencionista na justiça civil quando falamos de prisão por dívida. Gomes (2012, p. 31) afirma que:

As medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas. Não são penas. Elas existem para assegurar a aplicação da lei penal ou a eficácia do processo penal ou da investigação ou para evitar novas infrações penais. O processo penal serve para a tutela da liberdade, assim como parte da efetivação do direito de punir do Estado. O velho conflito entre liberdade e castigo também está presente nas medidas cautelares. As medidas cautelares constituem um meio para que a jurisdição alcance suas finalidades. Nenhuma medida cautelar pode cumprir o papel da pena.

Desta forma, a aplicação na justiça civil quanto ao inadimplente da pensão alimentícia, das medidas cautelares do processo penal e também de alternativas existentes no processo civil, a fim de evitar a prisão, não tem por objetivo tomar o lugar da prisão como solução para o recebimento da dívida, mas oferecer alternativas a esta prisão, no sentido de que a dívida possa ser paga sem que o devedor seja submetido aos seus deletérios efeitos.

A prisão para o devedor de alimentos deve ser entendida como a *ultima ratio* em um sistema que lhe permita antes de ser preso, através de medidas como a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a prisão domiciliar ou até mesmo a monitoração eletrônica, a fim de evitar o encarceramento possibilitando ainda meios ao pagamento da dívida alimentar. Evidentemente que a aplicação destas alternativas a prisão do devedor de alimentos inspiradas nas medidas cautelares penais e civis, assim como estas, deve ser pautada na sua aplicação pelo princípio da proporcionalidade, que trataremos com mais profundidade nos próximos capítulos.

CAPÍTULO II

2 DIREITOS HUMANOS E TRATADOS INTERNACIONAIS

2.1 NOÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Qual a origem do valor direitos humanos? Em que momento o homem e a humanidade passaram a se dar conta deste valor e a se preocupar com ele? Foi uma longa caminhada, e durante esta caminhada a humanidade, através de suas dolorosas experiências, foi acumulando valores que podemos dizer se aglutinaram em consciência coletiva com caráter permanente e definitivo.

Ocorre que determinados valores, uma vez elevados à consciência coletiva, tonam-se como que entidades ontológicas, adquirindo caráter permanente e definitivo. São os que denominamos invariantes axiológicas ou constantes axiológicas, como os valores da pessoa humana, o direito à vida, a intangibilidade subjetiva, a igualdade perante a lei (isonomia), a liberdade individual etc., que constituem o fundamento da vida ética. A eles correspondem os chamados direitos fundamentais do homem (REALE, 2002, p. 182).

Tais valores que se transmudam em entidades ontológicas acompanham o caminhar da humanidade, desde o momento que o ser humano desceu das árvores na savana até os dias de hoje.

Os seres humanos desde sempre tiveram que lutar pela própria sobrevivência, uma luta contínua e permanente na busca por alimentos, na procura de abrigo e proteção, na manutenção da espécie pela procriação e na evolução constante no aparecimento das novas tecnologias, sejam descobertas ou inventadas.

Não se pode negar que a existência humana, desde os primórdios, é sinônimo de muita violência, de muito sangue e de grande sacrifício. Descer das árvores, descobrir o fogo, domar a natureza domesticando animais e manipulando as plantas com a introdução da agricultura, até a formação de vilas, cidades, cidades estados até a formação do Estado Nacional.

Muito abuso e desrespeito com a figura humana permeou este caminho. Da vingança pura e simples, para depois termos o talião como evolução, até a vingança estatal, passou-se por muitas fases de abusos e violência, com torturas, maus tratos, humilhação e crueldade na relação de humanos com humanos.

Até que em determinado momento ocorre uma virada, o ser humano passa a ser sujeito de direito, passa a ser considerado na sua individualidade, sendo que a preocupação com seu bem-estar passa a tomar o centro das posições nas relações humanas.

Questionam-se execuções públicas, métodos cruéis e degradantes, a humilhação e o suplício físico e moral, ocorre um deslocamento da autoridade pública de caráter religioso para um caráter individual interior.

Os corpos ganharam um valor mais positivo quando se tornaram mais separados, mais senhores de si mesmos e mais individualizados durante o desenrolar do século XVIII, enquanto as violações dos corpos provocavam mais e mais reações negativas (HUNT, 2009, p. 82)

A humanidade desperta do período medieval com o renascimento, dando origem ao iluminismo e por sua vez uma nova ideia sobre o homem, sua personalidade, sua individualidade e seu corpo. Boécio definiu o ser humano como a substância individual da natureza racional¹³ no século VI, definição adotada por São Tomás de Aquino de que a substância é a característica própria de um ser.

Foi de qualquer forma, sobre a concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante a ocorrência de todas as diferenças individuais e grupais, de ordem biológica ou cultural. E é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas (COMPARATO, 2015, p. 32).

Com o homem passando a ser o centro do mundo, não cabem mais as práticas absolutistas na política, a tutela e o monopólio de uma única religião e os castigos cruéis e degradantes sobre o corpo como castigo.

Cessare Beccaria questiona o sistema de penas medievais até então vigente, “uma pena, para ser justa, precisa ter apenas o grau de rigor suficiente para afastar os homens da senda do crime” (BECCARIA, 1983, p.47).

Ao ser protagonista de sua própria existência, os seres humanos se rebelam contra regimes absolutos, levantam-se contra o cervilismo e a escravatura, questionam métodos cruéis, humilhantes e degradantes de pena e castigo.

Surge então a invenção dos direitos humanos na feliz expressão de Lynn Hunt quando as pessoas passam a sentir a dor das outras pessoas, quando surge a empatia, a capacidade de colocar-se no lugar do outro. Aprender a sentir empatia abriu o caminho para os direitos humanos, mas não assegurava que todos seriam capazes de seguir imediatamente esse caminho (HUNT, 2009, p. 69):

¹³*Persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia.*

A despeito disso, é muito disseminado o preconceito geral que se tem quando falamos de direitos humanos, imediatamente associado a defensores de bandidos em detrimento das pessoas honestas e trabalhadoras, quando na verdade os direitos humanos são inerentes a todas as pessoas.

[...] todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirma-se superior aos demais (COMPARATO, 2015, p. 1)

Dessa forma, direitos humanos são direitos fundamentais da pessoa humana. São aqueles direitos mínimos para que o homem viva em sociedade (SIQUEIRA JÚNIOR E OLIVEIRA, 2016, p. 42). São direitos fundamentais porque sem eles os seres humanos não são capazes de existirem e de se desenvolverem em forma plena, na medida em que o homem é um fim em si mesmo.

E possuem este caráter universal, valem para todos os seres humanos sem qualquer tipo de diferenciação ou discriminação, também possuindo o caráter da atemporalidade, vale para todas as épocas.

Os direitos humanos, portanto, valem para todos os povos e em toda as épocas, são cláusulas mínimas que todos os seres humanos possuem em face do ambiente social em que faz parte. Já os direitos fundamentais são o conjunto de direitos jurídicos reconhecidos e vigente pelo aparelho estatal, são geralmente expressos na norma fundamental dos Estados.

Trata-se de expressão afeta à proteção interna dos direitos dos cidadãos, ligada aos aspectos e matizes constitucionais de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Cartas Constitucionais contemporâneas. São direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (MAZZUOLI, 2017, p. 27).

Por sua vez, direito dos homens são o conjunto de direitos individuais da pessoa, nas quais estão inseridos os direitos de cidadão, os direitos de cidadania, os direitos civis e os direitos políticos.

A diferença entre direitos civis e direitos políticos corresponde a distinção entre a sociedade e o Estado. Ora, os direitos civis são reconhecidos a todos aqueles que estão sob o manto protetor do Estado. Os direitos políticos são inerentes ao cidadão, ou seja, àquele que participa da vida política do Estado (SIQUEIRA JÚNIOR E OLIVEIRA, 2016, p. 49).

Ainda inseridos no rol dos direitos fundamentais temos os direitos de personalidade e os direitos subjetivos públicos. Todo ser humano possui um conjunto de características próprias, tais características constituem-se em direitos de personalidade sem os quais esta pessoa não pode existir, são, portanto, os direitos de personalidade, atributos da pessoa humana.

A tese prevalecente considera que são direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral (BITTAR, 2015).

Os direitos subjetivos públicos por sua vez, indica a posição da pessoa na esfera da relação jurídica com o Estado, podendo exercê-los em face ou contra o próprio Estado. São direitos da liberdade, “tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou oposição contra o Estado” (BONAVIDES, 2009, p. 563)

Portanto, os direitos humanos mais do que um conjunto de normas ou valores universais que garantam igualdade entre as pessoas, sem qualquer tipo de discriminação, deve passa pelo sentimento das pessoas entre si mesmas, deve passar pela empatia, pelo se colocar no lugar do outro.

Não obstante todo o caminho percorrido até hoje, há muito a ser conquistados, corações e mentes para que direitos humanos não sejam sinônimo de “direito dos bandidos”. Nesse sentido, Bobbio (2000, p.481) afirma que:

Desde a sua primeira aparição no pensamento político dos séculos XVII e XVIII, a doutrina dos direitos do homem avançou muito, embora entre conflitos, confutações, limitações. Mesmo que a meta final, uma sociedade de livres e iguais, não se tenha cumprido, foram percorridas várias etapas, em relação as quais já não será possível retroceder tão facilmente.

A invenção dos direitos humanos, não obstante todo o longo caminho a percorrer e todas as dificuldades a serem enfrentadas, podemos firmar, é uma conquista da humanidade que não tem mais volta.

2.2 BREVE EVOLUÇÃO E CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Como já dissemos, com o aparecimento do homem sobre a terra teve início a sua jornada até os dias de hoje, com acúmulo de experiência que o levaram a formar uma consciência coletiva de caráter permanente, duradouro e universal.

Evidentemente que para chegarmos onde chegamos muita água passou por baixo da ponte da história, e muita água ainda haverá de passar até que se alcance o desejado. Para autores as primeiras noções de direito da pessoa humana reportam-se ao antigo Egito, passando pela Mesopotâmia, pela Grécia, por Roma até o advento do Cristianismo.

É inegável que todos os direitos até então conquistados pelo homem individualmente ou pela humanidade de forma coletiva é fruto de um constante processo de conquistas históricas.

A liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam fazer por si mesmos (BOBBIO, 2000, p. 5).

E estas conquistas levaram a uma confrontação dos homens com poder estabelecido, foi uma luta do homem como indivíduo em face do poder, do governante, do Estado em última análise. O reconhecimento dos direitos humanos é resultado de um processo histórico que coincide com a própria formação da sociedade moderna que conforme Hunt (2009, p. 214) “assim, a noção dos direitos humanos trouxe na sua esteira toda uma sucessão de gêmeos malignos. A reivindicação de direitos universais, iguais e naturais estimulava o crescimento de novas e as vezes fanáticas ideologias de diferença”.

E esta evolução histórica tem como marco a Inglaterra medieval, onde surgem os primeiros instrumentos de proteção dos direitos do homem como indivíduo quando da luta dos nobres ingleses contra o Rei João Sem Terra, forçando-o a se submeter a um instrumento jurídico que garantisse a nobreza certas liberdades políticas e proteção a ingerência indevida da coroa. Este documento foi posteriormente denominado de Magna Carta.

A Magna Carta constitui uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pelas quais se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais. Os contratos de senhorio eram convenções pelas quais se atribuíam poderes regalianos, individualmente, a certos vassallos; não se tratou de delegações de poderes reais, mas sim do reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais que beneficiavam todos os integrantes das ordens privilegiadas (GUERRA, 2016, p. 08).

A Magna Carta deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o rei achava-se vinculado pelas próprias leis que editava (COMPARATO, 2015, p. 91). Este documento é historicamente considerado como pioneiro na introdução do constitucionalismo moderno, uma de suas cláusulas mais importantes é o artigo 39 que determina que "nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra" (COMPARATO, 2015, p. 91).

Profundas mudanças sociais e políticas na Europa dos séculos XII e XIII, impulsionadas por descobertas, invenções, mudança de sistema econômico mercantilista para capitalista e sobretudo pelo aparecimento de uma nova classe de pessoas denominadas de burgueses, que

por conta de interesses econômicos passam a lutar contra a concentração de poder político da idade média e pressionam de forma definitiva os governos absolutistas e autoritários.

Ocorre no mundo ocidental um renascimento, e com este renascimento o aparecimento do Iluminismo, em franca oposição ao absolutismo. Teve como ideia central a razão como a única fonte de legitimidade e autoridade e pregava a liberdade, o progresso, a tolerância, a fraternidade, a separação da Igreja do Estado e um governo constitucional, subordinado à lei.

Foi um movimento filosófico que dominou o mundo do século XVIII, também conhecido como século das luzes ou da ilustração. Na esteira deste renascimento social, político e econômico, dois eventos vieram abalar o mundo de então e seus conceitos, com impactos profundos na visão do homem para consigo mesmo e do homem para com as estruturas de poder.

O primeiro evento ocorre com o movimento da independência das treze colônias americanas que se materializa no ano de 1776, advindo daí as Declarações de Direitos de Virgínia, a Declaração da Independência e a própria Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, fazendo surgir o Estado Liberal preconizador da igualdade das pessoas perante a lei.

A declaração de Virgínia proclama o direito à vida, a liberdade e a propriedade e também expressa outros direitos fundamentais como o princípio da legalidade, o devido processo legal, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa.

A Declaração de Independência Norte-Americana estabelece um novo tempo para a proteção das pessoas, pois é o primeiro documento a estabelecer princípios democráticos na história política dos povos. O povo, pela Declaração de Independência, passa a ser o principal responsável e detentor do poder político que sempre deverá se submeter ao consentimento dos governados.

Com efeito, a riqueza do texto norte-americano encontra-se nesse ponto, ou seja, é o primeiro documento de natureza política que reconhece a soberania popular, a existência de direitos que se aplicam a todas as pessoas sem que haja distinção de sexo, cor ou qualquer outra manifestação social (GUERRA, 2016, p. 11).

O segundo evento que abala as estruturas do poder vigente na Europa com consequências para todo o mundo é a revolução francesa, inspirada nas ideias de liberdade, igualdade e fraternidade que seduziu uma geração de pessoas por todo o mundo fomentado diversos movimentos libertários por todo o planeta.

A Revolução Francesa desencadeou a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até então. Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. A liberdade, para os homens de 1789, consistia justamente na

supressão de todas as peias sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofícios. E a fraternidade, como virtude física, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios (COMPARATO, 2015, p.148).

Após a deflagração do movimento com a convocação da Assembleia Geral pelo Rei Luiz XVI, em agosto de 1789 foi promulgada A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, formalizando a ruptura da nova ordem com o regime absolutista e inaugurando uma nova etapa do regime político francês calçado em elementos constitucionais para o exercício da autoridade.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, representa nas palavras de Fábio Konder Comparato a declaração de morte do Ancien Régime, rompendo com o absolutismo e o sistema de privilégios da nobreza.

A declaração de 1789 foi, aliás, em si mesma, o primeiro elemento constitucional do novo regime político. Pelo fato de ter sido publicado sem a sanção do rei, houve quem a interpretasse, de início, como simples declaração de princípios, sem força normativa. Mas em pouco tempo a assembleia aceitou as ideias expostas por Sieyès em sua obra famosa e reconheceu que a competência decisória por ela exercida emanava diretamente da nação, como poder constituinte, e que o rei não passava de constituído, cuja como subsistência como tal, de resto, dependia ainda de uma aprovação explícita da assembleia, no texto constitucional a ser votado (COMPARATO, 2015, p. 163).

Portanto, a noção de Estado de Direito aparece como consequência direta das Revoluções Americana e Francesa, criando condições para o aparecimento do estado liberal dos séculos XIX e XX e todos os problemas políticos, econômicos e sociais que surgiram com a consolidação da revolução industrial que neste momento já estava em curso.

As inovações tecnológicas e a produção em massa também geram grandes mortandades nos permanentes conflitos que dominam a existência humana no planeta. Primeiramente na guerra civil americana, onde inovações tecnológicas no campo militar causaram uma grande perda de vidas naquele conflito, posteriormente na primeira grande guerra mundial no início do século XX, onde a perda de vidas aliado ao sofrimento causado pelo uso de novas tecnologias militares deixaram o mundo assustado.

A segunda guerra mundial, com seu início em 1939 e término em 1945, ampliou exponencialmente as perdas e a destruição material, expondo a luta que se estabeleceu entre doutrinas liberais e totalitárias de governo, estas baseadas em superioridade de raça que resultaram além das perdas humanas de soldados, da destruição das infraestruturas dos países envolvidos, do envolvimento de populações civis especialmente de mulheres, crianças e idosos,

em uma perseguição de grupos minoritários por regimes totalitários de direita e de esquerda¹⁴, caracterizando verdadeiros genocídios.

Ao final da segunda grande guerra a humanidade desperta de uma realidade aterrorizante que tem sua expressão máxima nos campos de concentração de judeus que foram sendo descobertos a medida que o leste da Europa ia sendo libertada pelas forças aliadas contra o eixo. Os horrores perpetrados pela segunda guerra mundial serviram de impulso para a reafirmação dos direitos humanos (SIQUEIRA JÚNIOR E OLIVEIRA, 2016, p. 68). De acordo com Piovezan (2017, p. 206):

No momento em que seres humanos se tornaram supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral.

Logo após o término do conflito, em junho de 1945, cinquenta e um países assinam na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos da América, a carta de fundação das nações unidas também conhecida como a Carta das Nações Unidas, seguindo-se logo em seguida, em dezembro de 1948, da edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na III Sessão Ordinária da Assembleia Geral da Nações Unidas.

Este documento constitui-se no instrumento de reconhecimento dos direitos humanos no século XX, pautando a ideia de direitos humanos em dois fundamentos basilares, na limitação da atuação estatal e na dignidade da pessoa humana.

A declaração de 1948 foi a forma jurídica encontrada pela comunidade internacional de eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano. Trata-se de um libelo contra o autoritarismo. Seus 30 artigos têm como objetivo principal evitar que o homem e a mulher sejam tratados como objetos descartáveis (BITTAR E ALMEIDA, 2016, p. 726)

A partir de então podemos classificar os direitos do homem com base em critérios de reconhecimento constitucional em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.

A evolução histórica dos direitos humanos e a respectiva classificação doutrinária em direitos humanos de primeira, segunda e terceira geração não trazem em si nenhuma

¹⁴ Hitler eliminou seis milhões de Judeus. Stalin levou a fome e a morte quatro milhões de ucranianos em razão de uma coletivização forçada do campo, além de ser responsável pela morte de vinte e quatro milhões de cidadãos soviéticos mandados para os famosos gulags (campos de concentração) na Sibéria. Houveram massacres de Armênios por Turcos Otomanos, houve a perseguição de ciganos e populações errantes da Europa e o terror imposto pelos japoneses nos países da Ásia por eles ocupados antes da deflagração da Segunda Grande Guerra Mundial.

hierarquia entre os direitos humanos. Em tese, não existe escalonamento dos direitos humanos, nenhum direito apresenta primazia entre os demais, no sentido de que uns devem ser garantidos em primeiro plano. O estado democrático tem o dever de implementar todos os direitos previstos na constituição (SIQUEIRA JÚNIOR E OLIVEIRA, 2016, p. 68).

Esta divisão em três gerações de direitos humano, segundo Bittar (2015), encontra relação e guarda consonância com as três palavras símbolos da Revolução Francesa: igualdade, liberdade, fraternidade.

A primeira geração de direitos são aquelas relativas aos direitos civis e políticos, denominam-se de prestações negativas do Estado, que deve se abster de agir no sentido de manter a liberdade individual das pessoas, o Estado serve as pessoas e não as pessoas devem servir ao Estado.

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2009, p.564).

A limitação dos poderes do Estado contra os indivíduos foi a bandeira da Revolução pela Independência Americana e da Revolução Francesa, marcando uma nítida separação entre Sociedade e o Estado, com direitos que valorizam o ser humano em sua singularidade.

A segunda geração dos direitos humanos relaciona-se aos direitos sociais, econômicos e culturais, dizem respeito a ações positivas do Estado em relação aos indivíduos, pois destinam-se a satisfazer as necessidades dos indivíduos nas esferas econômicas, sociais e culturais.

É a garantia pelo Estado de um rol mínimo de direitos para que as pessoas possam exercer na plenitude seus direitos individuais, somente com a garantia de acesso a meios de subsistência econômica, ao acesso da educação e da cultura, a moradia, a direitos trabalhistas entre outros direitos é que a pessoa humana pode se realizar na plenitude.

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se pode separar, pois fazê-la equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os estimula (BONAVIDES, 2009, p. 564).

Já os direitos humanos de terceira geração dizem respeito aos direitos coletivos, aos direitos de toda uma coletividade. Direito ao meio ambiente, direito a paz, direito dos consumidores estão entre os direitos coletivos desta terceira geração de direitos humanos.

A origem desta terceira geração de direitos humanos está relacionada com o aparecimento dos países do chamado terceiro mundo, bloco de nações que não pertenciam ao conjunto e países desenvolvidos do ocidente e tampouco ao bloco de países socialistas da cortina de ferro sob a tutela da União Soviética.

É esta primeira divisão que originou o termo três gerações de direitos, segundo Bittar (2015) por conta de uma situação histórica específica que foi a guerra fria¹⁵. Hodiernamente já se fala em uma quarta geração de direitos humanos por conta da globalização após o fim da União Soviética e da guerra fria, o resultado da globalização leva a exigência de direito a democracia e a informação, sobretudo por conta do aparecimento da internet e da massificação dos meios de comunicação que passaram a ser instantâneos.

2.3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A partir de 1964 o Brasil entrou em um período de exceção constitucional, o regime democrático inaugurado com a constituição do pós-guerra de 1946 entre nós foi interrompido. Foi imposto à nação pelo regime militar que se instalou após 1964 uma abertura política lenta e gradual que culminou com a devolução do poder político aos civis e com a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte no ano de 1987, advindo daí a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A nova ordem constitucional brasileira encontrou um mundo em plena efervescência política, com a eminente queda da bipolaridade gerada pela guerra fria. E novembro de 1989 caía o muro de Berlim, simbologia máxima da divisão do mundo em dois modelos econômicos, capitalismo e comunismo, sendo que pouco mais de um ano depois a própria União das Repúblicas Socialistas Soviéticas se desintegraria.

Marcada por uma nova era de distensão dos conflitos ideológicos entre direita e esquerda, surge o novo constitucionalismo brasileiro, inspirada em constituições europeias de países que saíram da guerra derrotados e foram submetidos a regimes autoritários¹⁶.

¹⁵ Guerra fria é a expressão que denomina a bipolaridade política e ideológica que separou o mundo em duas esferas de influência, uma comandada pelos Estados Unidos da América do Norte e outra pela União das Repúblicas Socialistas Soviética, originando daí a divisão do mundo em primeiro, segundo e terceiro mundo.

¹⁶ A Alemanha experimentou os horrores do regime racista e genocida nazista. A Itália passou pelo regime fascista de Mussolini. A Espanha ficou longos anos submetido ao regime ditatorial inaugurado por Francisco Franco após a guerra civil espanhola e Portugal também experimentou longos anos de ditadura sob o regime de Antônio Salazar que findou com a revolução dos cravos em 1974.

A inspiração dos constituintes brasileiros nos anos de 1987 e 1988 foram os textos constitucionais europeus, as Constituições da Alemanha, da França, da Itália e sobretudo da Espanha e de Portugal.

O constitucionalismo europeu do pós-guerra sofre fortíssima influência do neoconstitucionalismo, que por sua vez acabou influenciando o processo constituinte não só brasileiro, mas como de todos os países da América do Sul¹⁷.

Esta nova ordem constitucional passa ser reconhecida como entre aquelas ordens constitucionais denominadas de dirigentes ou extensas, que não se limitam a estabelecer competências e a separar os poderes públicos, mas que, muito além disso passam a conter normas materiais que condicionam a atuação do Estado por meio de fins e objetivos a serem alcançados em um verdadeiro catálogo de direitos fundamentais.

Passamos, portanto, de um texto constitucional formal para um texto constitucional material.

As constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nem sempre tiveram as constituições objeto tão amplo. Este vem estendendo-se com o correr da história. A cada etapa desta, algo de novo entra nos textos constitucionais cujo conteúdo histórico é variável no espaço e no tempo, integrando, na expressão lapidar de Bergson, a multiplicidade do uno das instituições econômicas, jurídicas, políticas e sociais na unidade múltipla da lei fundamental do Estado. A ampliação do conteúdo da constituição gerou a distinção, já vista, entre constituição em sentido material e constituição em sentido formal (SILVA, 2009, p. 224).

Esta nova estrutura constitucional também denominada de constitucionalismo dos direitos, na lição de Sanchis “constitucionalismo de los derechos, o si prefere, Constituciones materiales y garantizadas” (2002, p.47). Este novo constitucionalismo dos direitos, agora denominado neoconstitucionalismo está fundamentado em valores e princípios e em oposição ao direito positivado.

A expressão surge de um grupo de professores italianos da escola da cidade de Gênova, entre eles Suzana Pozzolo, a autora da expressão, de Maurizio Barbiere que posteriormente redefine a expressão e de Ricardo Guanastini, Paulo Comanducci e Tecla Mazarese que elaboram novo conceito e refazem as análises teóricas dos argumentos apresentados para a novel teoria constitucional.

¹⁷ Em meados dos anos 80 quase todas as ditaduras militares na América do Sul estavam em processo de transferência do poder militar para o civil. A Argentina, o Chile, o Brasil, o Paraguai, o Uruguai e a Bolívia passam de regimes militares para um estado constitucional de direito.

Para Barroso (2013, p.09), a teoria neoconstitucionalista ou pós-positivista surge não como um meio termo entre o jusnaturalismo e o positivismo, mas como a superação do primeiro pelo segundo em razão do fracasso do positivismo, conforme explanado a seguir:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O póspositivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico são inspiradas por uma teoria de justiça, mas podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana (BARROSO, 2013, p. 09).

Este novo panorama constitucional não gira somente em torno do direito positivado, mas, sobretudo, dos valores e princípios de uma constituição que se faz através da interpretação dos juízes e de seus tribunais.

La constitucion marco que permita el juego de las mayorias en sede legislativa vendria a ser suplantada por una Constitucion dirigente, donde por su alto grado de indeterminacion, terminam sendo los jueces quienes tienen la ultima palabra sobre todos los asuntos (SANCHIS, 2002, p. 217).

A nova realidade constitucional confronta as duas formas de Estado de Direito a qual se refere Ronald Dworkin, um centrado em textos legais e outro centrado nos direitos, sendo este último a concepção do neoconstitucionalismo ao estabelecer a supremacia dos valores e dos princípios sobre o direito legislado e positivado.

Chamarei a segunda concepção do Estado de Direito de concepção centrada nos direitos. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio dos tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública, a concepção precisa dos direitos individuais. Não distingue como faz centrada no texto legal, entre o Estado de direitos e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal de Direito que o texto legal retrate os direitos morais e o aplique (DWORKIN, 2000, p. 7).

Portanto, é uma nova forma de ver a estrutura jurídica destes Estados modelados por uma nova ordem constitucional em que o valores e princípios morais prevalecem sobre a regra material positivada nas leis e nos códigos.

Regras são as normas que exigem algo determinado. Eles são comandos definitivos. Sua forma de aplicação se dá pela subsunção. Em sentido contrário, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, eles exigem que algo seja realizado na maior amplitude possível, consideradas as possibilidades jurídicas e de fato (ALEXY, 2008, p. 18).

Esta prevalência de valores e princípios morais sobre o texto positivado, cria uma força normativa do texto constitucional deslocando a supremacia do legislativo para o Poder Judiciário com os inegáveis conflitos que esta nova ordem causam.

No paradigma neoconstitucionalista, para utilizar-se da expressão de Sarmento (2013), a lei cede espaço e importância para a Constituição, que passa a integrar o centro do sistema jurídico, e irradiar força normativa aos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), cuja vinculação constitui verdadeira condição de possibilidade à democracia (RAUPP, 2016, p. 73).

De sorte que esta força normativa da Constituição, decorrente deste novo ambiente constitucional que se instala na maioria das democracias ocidentais, significa em reconhecer que o Poder Judiciário, em face dos controles de constitucionalidade, é o detentor da última palavra.

O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais- princípio até então desconhecido - que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado (HESSE, 1991, p. 28).

De forma que este movimento neoconstitucionalista surge como uma necessária reformulação do constitucionalismo no mundo do pós-guerra e do reconhecimento das gerações de direitos da pessoa humana.

Entre nós, após a volta da normalidade constitucional e a implantação plena do Estado de Direito pelo advento da promulgação da Constituição de 1988, consagrou-se o modelo de Estado Democrático Social e Liberal.

O texto Constitucional de 1988 dá uma ênfase expressiva aos direitos e garantias individuais, ressaltando extraordinariamente os direitos fundamentais.

No Brasil, o processo de redemocratização iniciado em 1985, após 21 anos de regime de exceção, instaurado com o golpe militar de 1964, culminou com refazimento do pacto político-social, resultando na promulgação da Constituição de 1988, que serve de marco jurídico do reencontro da nação com a democracia. A atual Carta da República não só institui um regime político democrático, como também promove inegável avanço no campo dos direitos e garantias fundamentais. Os direitos humanos assumem extraordinário relevo na nova ordem constitucional, sem precedentes na história do constitucionalismo brasileiro (SIQUEIRA JÚNIOR E OLIVEIRA, 2016, p. 153).

O texto de 1988, ao simbolizar a ruptura com o regime autoritário, empresta ao direitos e garantias constitucionais ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais

avanzado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do País (PIOVESAN, 2017).

A nova Constituição tem seu conteúdo inicial com a previsão dos direitos e garantias individuais ao tratar da pessoa humana individual e coletiva em seu artigo 5º, da primeira geração de direitos ao estipular as liberdades clássicas da ação negativa do Estado. Trata da pessoa social no artigo 6º ao dispor sobre liberdades concretas, os chamados direitos sociais, prestações positivas do Estado da segunda geração. No artigo 12 dispõe sobre a pessoa nacional, estipulando a liberdade política, o vínculo jurídico do cidadão com o Estado. E por fim, no artigo 14 a liberdade política e de participação política, o vínculo político do cidadão e da cidadania no exercício de seus direitos político em face do Estado.

Na nova ordem constitucional brasileira inaugurada com a Constituição de 1988, os direitos estão em disposições declaratórias enquanto que as garantias são os elementos assecuratórios.

A Constituição de 1988 institui um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional na solução pacífica das controvérsias.

Tem entre seus fundamentos estipulados no seu artigo 1º, a soberania nacional, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Surge então a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, essencial ao alicerce do próprio Estado Democrático de Direito e elemento básico e expressão máxima a uma função democratizadora, incorporando exigências de justiça e de observância de valores éticos.

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular (PIOVESAN, 2017, p. 102).

A dignidade da pessoa é um valor supremo da democracia, é a mais cristalina ideia de justiça na medida em que o homem é visto como ser dotado de razão e sentimento, prioritário e fundamental na construção de um Estado Democrático de Direito.

Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade

humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido (PIOVESAN, 2017, p. 105).

Portanto, com fundamento neste superprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana é que podemos defender que se aplique medidas alternativas à prisão civil do devedor de alimentos. Que a prisão civil por dívida, em pleno século XXI, ofende a dignidade da pessoa humana.

Ainda que se tenha do outro lado o credor, que de qualquer maneira, permanece sem receber a verba alimentar, pois a prisão não será garantida do recebimento da verba alimentar necessária a sua subsistência, pelo contrário, poderá ser um empecilho a satisfação do débito.

Desta forma, em uma análise de proporcionalidade entre o valor a ser recebido pelo credor da obrigação alimentar, e a satisfação da obrigação pelo devedor, que não está garantida pela prisão, nesta circunstância como medida coercitiva ofende a dignidade da pessoa humana, o que nos motiva a apresentar alternativas a mesma.

2.4 SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

O sistema internacional de direitos humanos contemporâneo, já dissemos, estabelece-se com a criação da Organização das Nações Unidas logo após o fim segunda guerra mundial com a derrota dos países do eixo pelos aliados no ano de 1945, estabelecendo uma Assembleia Geral de Nações com base em uma declaração universal de direitos do homem no ano de 1948.

Todavia, experiências anteriores precedem ao aparecimento da Organização das Nações Unidas, após a primeira grande guerra mundial que teve seu início em 1914 e término em 1918, tentou-se a criação de um fórum internacional de nações com o objetivo de manter a paz e evitar a guerra, para tanto foi criada a Liga das Nações em Genebra.

As circunstâncias do fim da primeira guerra e os latentes conflitos entre nações europeias já consolidadas e outras que surgem após o término da primeira guerra mundial, fazem com que a ideia da Liga das Nações fracasse, sobretudo porque não conseguiu lidar com os novos regimes autoritários, tanto de direito quanto de esquerda que surgiam na Europa Continental.

Entretanto, a Liga das Nações e também a Organização Internacional do Trabalho, organizada inicialmente como uma agência da Liga das Nações após o Tratado de Versalhes, são precedentes deste arranjo internacional para a manutenção da paz e a colaboração e

relacionamento entre as nações do pós grande guerra com base em tratados internacionais a serem observados pelos seus membros signatários.

O grande impacto internacional da Declaração Universal de 1948 diz respeito à sua qualidade de fonte jurídica para os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, ela tem servido de paradigma e de referencial ético para a conclusão de inúmeros tratados internacionais de direitos humanos, quer do sistema global como dos contextos regionais. Foi exatamente a partir de 1948 que se formou, portanto, a criação de tratados referentes aos direitos humanos, a começar (no sistema regional europeu) pela Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950, seguida de uma série de preâmbulos de tratados a ela concernentes (MAZZUOLI, 2017, p. 97).

Tratados no direito internacional são entendidos como acordos de vontade entre sujeitos de direito internacional que vão gerar efeito jurídicos entre estes sujeitos. Por sua vez estes tratados regem-se pelos princípios de direito internacional geral que foram consolidados na carta das Nações Unidas tendo como fundamento princípios internacionais que deve ser adotados por todos, entre eles igualdade de direitos, livre determinação dos povos, o princípio da igualdade soberana e da independência de todos os Estados, o princípio a não ingerência em assuntos internos dos Estados, o princípio da proibição de ameaça ou de uso da força, o princípio da proibição de ameaça ou do uso da força, o princípio do respeito universal aos direitos humanos e as liberdades fundamentais de todos e o princípio da efetividade destes direitos e liberdades.

Portanto, a carta das Nações Unidas estabelece um sistema mundial de proteção dos direitos que ela mesmo reafirma em seus princípios, através dos vários tratados internacionais que dela se originaram.

O sistema global, por sua vez, viria a ser ampliado com o advento de diversos tratados multilaterais de direitos humanos, pertinentes a determinadas e específicas violações de direitos, como o genocídio, a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças entre outras formas específicas de violação. Daí a adoção da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, Da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, da Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outros (PIOVESAN, 2017, p.248).

Os tratados internacionais de direitos humanos, ao contrário dos tratados internacionais tradicionais, que visam estabelecer limites aos diversos interesses entre os Estados, tem por escopo e finalidade de garantir o exercício de direitos e liberdades dos indivíduos.

Com a adoção destes tratados a nível internacional, gerando efeitos jurídicos entre os diversos estados membros da sociedade internacional de nações, cria inevitavelmente choques de interesses e também jurídicos entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna dos países signatários destes tratados.

Qualquer estado ao firmar um tratado internacional de direito humanos passa a adotar, em seu sistema jurídico interno, os meios necessários para a execução dos objetivos e dos compromissos assumidos, de forma que ao firmar um tratado o Estado signatário passa a contrair obrigação de ordem internacional decorrente deste tratado que firmou.

De forma que disposições jurídicas internas não podem ser usadas como justificativa para a não execução e cumprimento do tratado. Surge duas correntes doutrinárias a respeito da soberania jurídica do Estado signatário, a monista e a dualista.

Pela doutrina dualista as normas decorrentes dos tratados internacionais em nada podem interferir no direito interno de um Estado em face de sua soberania, decorrendo daí que são ordenamentos jurídicos distintos e separados. Para a doutrina monista, que tem como seu teórico Hans Kelsen, a validade do direito interno de um país deve advir de seus tratados internacionais, ou seja, o direito interno de um país não pode ir de encontro aos termos de um tratado firmado por este país.

A nossa Constituição de 1988, estabelece nos §§ 2º e 3º, do seu artigo 5º que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos princípios que a Constituição adota ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil firmar e ainda que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo Congresso Nacional, serão equiparados a emendas constitucionais.

De forma que entre nós, o constituinte de 1988, adotou a doutrina monista na esfera dos direitos humanos. Deste sistema global de proteção dos direitos humanos, através das Nações Unidas, deriva instituições multilaterais regionais, entre estados vizinhos com proximidade geográfica, cultural e histórica.

No âmbito regional, cada sistema de proteção (europeu, americano e africano) apresenta uma estrutura jurídica própria, ou seja, no plano europeu apresenta-se a Convenção europeia de Direitos Humanos, no continente americano a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e, por fim, a Carta Africana de Direitos Humanos de 1981, que estabelece mecanismos próprios no âmbito do continente africano (GUERRA, 2016, p. 97).

Entre nós americanos temos a Organização dos Estados Americanos como o sistema regional de relações internacionais decorrente deste sistema tratados regionais de proteção dos direitos humanos.

A organização dos Estados Americanos foi fundada no ano de 1948, sendo o organismo regional mais antigo do mundo, tendo seus países signatários se comprometido a defenderem os interesses do continente americano e a buscarem soluções pacíficas para o desenvolvimento cultural, social e econômico do continente Americano.

O sistema de proteção internacional dos direitos humanos no continente americano abarca os procedimentos contemplados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Isso porque o sistema americano, num primeiro momento, atribuía uma série de competências para todos os Estados-membros, por força da carta da Organização dos Estados Americanos e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Posteriormente, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, os procedimentos e instrumentos ali previstos são aplicados tão somente aos Estados-partes do referido tratado internacional. Por essa razão é que costuma se afirmar que no âmbito americano existe um sistema duplo de proteção dos direitos humanos: o sistema geral, que é baseado na Carta e na Declaração e o sistema que abarca apenas os Estados que são signatários da Convenção, que além de contemplar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como no sistema geral, também alcança a Corte Interamericana de Direitos Humanos (GUERRA, 2016, p. 27).

Nesse contexto aparece o Pacto de São José da Costa Rica que é a denominação da Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 22 de novembro de 1969, na cidade de São José, capital da Costa Rica, e que entrou em vigor no ano de 1978.

Tratado é gênero do qual a convenção, a declaração, o pacto e o protocolo são espécie do gênero que já definimos como acordo de vontades celebrados por Estados sob as regras do direito internacional.

Convenção é o tratado que cria normas gerais; declaração é usada para os acordos que criam princípios jurídicos ou afirmam uma atitude política comum; pacto é um tratado solene; e protocolo é um verdadeiro tratado em que são criadas normas jurídicas, complementando um tratado anterior (MELLO, 2000, p. 200).

Ao conceberem o Pacto de São José da Costa Rica, os Estados signatários reafirmam o propósito de consolidar no continente americano um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais (GUERRA, 2016, p. 106).

O pacto de São José Costa Rica, em seu Capítulo II que trata dos direitos civis e políticos, em seu artigo 7º estipula o direito à liberdade pessoal, sendo que no item 7 dispõe que ninguém deve ser detido por dívidas, mas este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Não obstante o pacto de São José da Costa Rica estipule que não deve haver prisão civil por dívidas, excepciona a possibilidade da prisão para os inadimplentes da obrigação alimentar.

Todavia, ainda assim, esta prisão por dívida, em pleno limiar do século XXI, ofende a dignidade da pessoa humana, devendo ser usado somente como *ultima ratio* em um sistema jurídico que deva limitar a prisão civil a uma excepcionalidade.

Já é uma exceção, inegavelmente, todavia nossa proposta como já dito, a torna a *ultima ratio*, excepcionando a exceção, para que somente ocorra, quando tenha que ocorrer, naquelas situações em que todos os recursos para a satisfação do débito da obrigação alimentar

tenham sido esgotados, uma vez que não podemos deixar de considerar que do outro lado temos o credor que necessita da obrigação alimentar para a sua própria manutenção existencial.

Na ponderação dos interesses do credor e do devedor a justificar a prisão civil do devedor de alimentos, ou as alternativas para que a mesma somente ocorra em último caso, como exceção dentro de uma regra que já é de excepcionalidade, invoca-se o princípio *pro homine* que neste conflito de direitos faz uma ponderação entre estes dois direitos privilegiando os direitos e garantias individuais da pessoa humana, que será explorado com mais detalhes no decorrer de nosso trabalho.

CAPÍTULO III

3 A PRISÃO CIVIL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

3.1 A PRISÃO CRIMINAL E A PRISÃO CIVIL

Nosso ordenamento jurídico prevê dois tipos de prisão, uma de natureza criminal e outra de natureza civil que constitucionalmente tem previsão para o depositário infiel e para o inadimplente de pensão alimentícia, sendo que para o depositário infiel o Supremo Tribunal Federal em controle de convencionalidade afastou a possibilidade de tal prisão em face do Pacto de São José da Costa Rica.

A prisão de natureza criminal é invenção recente, enquanto o direito penal confunde-se com a própria história da humanidade, a ponto de Magalhães Noronha afirmar que a história do direito penal é a história da humanidade, a prisão como pena é instituto moderno que passa a ser defendida com os ideais iluministas dos séculos XVII e XVIII, sobretudo por Cessare Beccaria em sua famosa obra *Dos Delitos e das Penas*, quando já afirmava que a prisão à sua época era um suplício e não um meio de deter um acusado.

Antes da privação de liberdade como sanção, a prisão era uma medida cautelar, prendia-se para posteriormente aplicar outras penas de natureza corporal como o enforcamento, o empalamento, o desmembramento, a guilhotina entre outras formas de execução corporal punitiva.

Nas suas raízes, a prisão no Direito, não mostra o caráter próprio de sanção que hoje a caracteriza. A prisão traduzia, puramente, um meio para a realização de um determinado fim. Visava, simplesmente, possibilitar ou conduzir a execução de um castigo. Este, segundo o caso, e dependendo da cultura e organização social de cada povo, era a morte, por forma mais ou menos cruel, o suplício físico, a expulsão do território, a escravidão do condenado, ou os trabalhos forçados. A prisão, como pena, vem do século VVI, tão somente. Sua introdução como modalidade de execução penal teria sido o resultado da evolução da pena capital, das penas corporais, da escravatura e seu equivalente, a transportação ou ida para as minas (RABELLO, 1987, p. 29).

Portanto, claro objetivo da prisão era de resguardar e manter o corpo do acusado para a futura aplicação da pena. A pena capital era a pena criminal imposta para os casos mais graves e outras penas de natureza corporal sem ser a capital para os casos menos graves.

Na previsão de conter os maus pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo obedecia, só, ao critério da utilidade. Assim a pena capital era aplicada com mão larga, abundavam as penas infamantes, como o açoite, a marca de fogo, as galés, e com a mesma severidade com que se punia a heresia, a

blasfêmia, a apostasia e a feitiçaria, eram castigados os que, sem licença de El-Rey e dos Prelados, benziam cães e bichos, e os que penetravam em mosteiros para tirar freiras e pernoitar com elas. A pena de morte natural era agravada pelo modo cruel de sua aflição; certos criminosos, como os bigamos, os incestuosos, os adúlteros, os moedeiros falsos eram queimados vivos e feitos em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura pudesse haver memória. Coma volúpia pelo sangue, negação completa do senso moral, dessa lei que na fase de Cícero, é in omnibus difusa, naturae, congruens, constant, eram supliciados os réus de lesa-majestade, crime tão grave e abominável, e os amigos sabedores tanto o estranharam, que os compararam à lepra, porque, assim como essa enfermidade enche o corpo, sem nunca mais se poder curar, assim o erro da traição condena o que comete, e empece a infama os que da sua linha descendem, posto que não tenham culpa (PIERANGELLI, 1987, p. 7).

Portanto, a prisão é uma medida pré-existente a pena de privação de liberdade como instituto, prendia-se o criminoso enquanto aguardava para receber o seu destino final.

A prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos. A forma prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixa-los e distribuí-los espacialmente, classifica-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registros e anotações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho precioso sobre seu corpo, criou a instituição prisão antes que a lei a definisse como a pena por excelência (FOUCAULT, 1987, p. 207).

De forma que o encarceramento servia tão somente como uma garantia para a aplicação da pena corporal enquanto o acusado aguardava o seu destino, posteriormente, o aparecimento do iluminismo e o inconformismo com a aplicação das penas cruéis e degradantes que eram as penas corporais, passou a instituto penal a ser a própria pena a ser aplicada como castigo e posterior medida de recuperação social conforme iam evoluindo as doutrinas penais a respeito do assunto.

A prisão civil, ao contrário da criminal, decorre de um ilícito não definido como crime e seu objetivo histórico é o pagamento de uma dívida. Em Roma, passou-se da escravidão à prisão como coerção ao pagamento de dívidas, para ao final do período evoluir-se a um sistema em que o patrimônio do devedor satisfaz os seus credores com o advento da *Lex Poetelia Papiria*. Houve um recrudescimento na prisão por dívida na Idade Média chegando-se até a idade moderna com a possibilidade de se prender civilmente por dívidas.

A prisão de natureza civil no Brasil tem previsão constitucional no inciso LXVII que dispõe não haver prisão civil por dívida salvo nos casos do depositário infiel e do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

A prisão do depositário infiel e do inadimplente de pensão alimentícia, embora tenham a mesma natureza, ainda assim eram distintas, muito embora não fossem penas em sua

finalidade, mas tão somente meio de coação para a consecução de um objetivo específico, ou receber o bem dado em depósito de volta ou receber a obrigação alimentar devida.

O depósito voluntário é conceituado pelo artigo 627 do Código Civil brasileiro como a entrega de um objeto móvel a alguém para guarda até que o depositante o reclame, havendo ainda a possibilidade do depósito necessário, nos termos do artigo 647 do Código Civil quando o que se faz em desempenho de obrigação legal ou o que se efetua por ocasião de alguma calamidade, como o incêndio, a inundação, o naufrágio ou o saque. Ambos sujeito a prisão nos termos do artigo 652 do Código Civil.

De forma que a função prática do depósito e sua marca é a disponibilidade, ou seja, ser restituído quando solicitado ou reclamado. Nunca teve natureza de pena, mas de medida compulsória de natureza civil ou administrativa liberando-se o depositário da cominação da prisão com a exibição da coisa ou sua substituição pelo correspondente valor em dinheiro.

Como já dito, não prevalece mais a prisão do depositário infiel por conta e controle de convencionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal declarando inconstitucional a prisão do depositário infiel face ao artigo 11 do Decreto 592, de 06 de julho de 1992 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) que dispõe que ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual e pelo artigo 7, item 7, do Decreto 678 (Pacto de São José da Costa Rica) que estipula que ninguém deve ser detido por dívida, exceto no caso de inadimplemento de obrigação alimentar.

A dignidade da pessoa humana erigida a status de princípio constitucional, não permite que se detenha alguém por dívida ou por descumprimento contratual. Resta desta forma somente a prisão do devedor de alimentos como prisão civil por dívida em nosso ordenamento jurídico. Esse mesmo argumento em tese não caberia e não se aplicaria ao devedor de alimentos em face do conflito que se estabelece entre o direito do alimentante devedor dos alimentos e do alimentado credo dos alimentos.

No que diz respeito ao não cumprimento da obrigação alimentícia não cabem tais argumentos, uma vez que se terá, in casu, dois direitos fundamentais contrapondo-se, de um lado a liberdade do devedor alimentante, do outro a vida do credor alimentado. Isso sem dúvida faz toda a diferença, levando-se a admitir-se nesse único e exclusivo caso a privação da liberdade daquele que, podendo e sem justificar, não paga o que deve ao credor necessitado de alimentos. Cerceia-se a liberdade de alguém para viabilizar a vida de outrem (QUEIROZ, 2004, p. 122).

Portanto, estamos diante de uma dicotomia entre vida e liberdade, a vida do credor e a liberdade do devedor, dois direitos fundamentais que em choque acabam por justificar a

existência da prisão por dívida para o devedor da obrigação alimentar ainda em pleno Século XXI.

3.2 A PRISÃO DO DEVEDOR ALIMENTAR COMO EXCEÇÃO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Resta então no sistema jurídico brasileiro somente a prisão do devedor da obrigação alimentar como causa de prisão civil por dívida no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, inciso LXVIII excepciona a possibilidade da prisão do devedor da obrigação alimentar. O artigo 526 do CPC estipula que o cumprimento da sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em três dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo, sendo que se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º do artigo 526, do CPC, decretará a prisão do devedor pelo prazo de um a três meses. Também o artigo 19 da Lei de Alimentos dispõe que 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 a decretação da prisão do devedor até 60 dias.

Estando o alimentante em débito para com o alimentado e provando ele alimentante que não tem condições de efetuar o pagamento da dívida ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, sua prisão civil se justifica¹⁸.

¹⁸ PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. AFERIÇÃO DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE DO WRIT E AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA ILEGALIDADE APONTADA. CONSTATAÇÃO DA CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. PRECEDENTES. DESEMPREGO E NASCIMENTO DE OUTRO FILHO, POR SI, NÃO SÃO SUFICIENTES PARA JUSTIFICAR O INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Não é admissível a utilização de habeas corpus como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível. Precedentes. 2. A deficiência da instrução do writ e a inexistência de provas pré-constituídas de que não tem condições financeiras de adimplir a obrigação alimentícia para com a filha e de que sobrevive apenas com a ajuda de familiares e amigos impossibilitam a aferição da ilegalidade apontada do decreto de prisão. 3. A teor da jurisprudência desta eg. Corte Superior, a real capacidade financeira do paciente não pode ser verificada em habeas corpus que, por possuir cognição sumária, não comporta dilação probatória e não admite a análise aprofundada de provas e fatos controvertidos. Precedentes. 4. O STJ já consolidou o entendimento de que a ocorrência de desemprego do alimentante e o nascimento de outro filho não são suficientes para justificar o inadimplemento da obrigação

Nessa linha, tendo caráter apenas compulsivo, a prisão não pode ser transmutada em corretiva, a pretexto da advertência para não se repetirem impontualidades ou como sanção de impontualidades passadas. Aliás, não sendo pena, não se sujeita aos prazos prescricionais do Código Penal, se não cumprido o mandado respectivo. E, em função de sua excepcionalidade, como meio coercitivo que se dirige contra a liberdade do indivíduo, não se admite a prisão civil por alimentos senão em virtude de norma expressa (CAHALI, 2009, p. 753).

De forma que é uma excepcionalidade que deve ser aplicada restritivamente considerando-se tratar de uma legislação especial e de uma medida extremamente drástica.

Entre todas as técnicas destinadas à execução da obrigação alimentar a prisão civil é a mais drástica e a mais agressiva ao devedor, de modo que sua adoção somente é possível quando não existem outros meios idôneos à tutela do direito. Isto pelo simples motivo de que os meios de execução se subordinam às regras do meio idôneo e da menor restrição possível (MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, 2016, p. 1094).

No conflito de dois direitos fundamentais, vida e liberdade, ainda assim o direito à vida do alimentado não é absoluto, e cede em favor da liberdade do alimentante se este justificar a impossibilidade do pagamento da obrigação alimentar que lhe é cobrada.

Sempre, ainda que existam dois direitos fundamentais em jogo, haverá que se fazer uma necessária ponderação entre direitos fundamentais, entre vida e liberdade para justificar esta medida extrema que é a prisão para o devedor da obrigação alimentar.

A prisão é medida drástica, sobretudo a prisão civil por dívidas na modernidade, e como posto atualmente quando somente é cabível por ato voluntário e não justificado pelo seu pagamento, podemos concluir que se trata de uma *ultima ratio* do sistema jurídico contra o devedor.

alimentar, devendo tais circunstâncias ser examinadas em ação revisional ou exoneratória de alimentos, justamente em razão da estreita via do habeas corpus. 5. Habeas corpus denegado.

(STJ - HC: 462458 SP 2018/0195343-7, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 18/09/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/09/2018). CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DESEMPREGO DO ALIMENTANTE. LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. JUSTIFICATIVA INVÁLIDA. 1. A alegação de desemprego do devedor não constitui justificativa válida para o inadimplemento do encargo alimentar. Conclusão nº 46 do CETJRS. 2. O desemprego do devedor não é causa extintiva da obrigação, nem afeta a higidez do título executivo, que permanece sendo líquido, certo e exigível, e corresponde ao último valor pago ou devido pelo alimentante quando estava empregado, pois os alimentos foram fixados em percentual sobre os ganhos dele na ocasião. 3. Somente a impossibilidade momentânea e absoluta de adimplir o encargo alimentar, é que constitui justificativa ponderável, não sendo o caso dos autos. 4. O critério de correção pretendido não está previsto no título judicial, motivo pelo qual deve ser afastado do cálculo a correção monetária, mas há incidência dos juros moratórios. Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 70079606034, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/02/2019).(TJ-RS - AC: 70079606034 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 27/02/2019, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/03/2019).

Tanto é uma *ultima ratio* diante da excepcionalidade da medida, que o próprio legislador prevê a possibilidade do protesto como medida a impedir o inadimplemento voluntário da obrigação alimentar como medida alternativa a prisão do devedor.

O caráter público da restrição do direito de crédito do devedor pelo protesto é uma medida alternativa que poderá impelir o devedor ao pagamento impedindo e evitando assim a sua prisão.

O protesto tem natureza jurídica de interpelação e como função constituir o devedor em mora quanto à dívida líquida e exigível que emana do título judicial. A notícia pública do protesto impõe ao devedor, principalmente, ao comerciante e ao empresário, restrições que podem contribuir para que ele se apresse em efetuar imediatamente o pagamento da dívida. É reforço ao poder de execução do credor (NERY JUNIOR, 2015, p. 279).

Mas não só o protesto como medida a evitar a inadimplência do alimentante devedor e a sua prisão. O artigo 529 do Código de Processo Civil estabelece que quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o credor alimentado poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia. Desta forma, existem outras medidas alternativas previstas pela própria lei para que a prisão seja um último recurso ao devedor inadimplente da obrigação alimentar.

Quando o devedor dos alimentos for funcionário público afasta-se qualquer risco da necessidade da prisão pelo simples desconto da obrigação alimentar mensal diretamente de seu órgão empregador, ou seja, o desconto é feito diretamente dos vencimentos do alimentante, sendo a responsabilidade do desconto e do repasse do órgão empregador. O mesmo ocorre quando o devedor alimentante é empregado sob as normas da Consolidação das Leis Trabalhistas, onde o mesmo sistema é adotado transferindo-se o desconto e o repasse da obrigação alimentar ao empregador do alimentante, afastando assim a prisão.

São medidas que visam garantir ao credor alimentado o recebimento dos alimentos e a afastar o inadimplemento da obrigação pelo devedor e sua prisão. Ainda assim existem situações em que o devedor alimentante não honra com sua obrigação atrasando ou deixando de pagar a dívida alimentar que vai levar a sua prisão, que não é a garantia do recebimento pelo credor alimentado. A privação da liberdade do devedor alimentante por si só não garante a vida do alimentado credor.

A (duvidosa) eficácia da prisão no plano prático, pois o devedor pode cumprir a pena e continuar inadimplente, e o futuro da prisão civil por dívida de alimentos, que atenta contra a dignidade da pessoa humana, só aumenta o abismo moral e afetivo nas relações familiares rompidas. Não se trata de, simplesmente extinguir o vetusto mecanismo de punição corporal, nem de eximir o devedor de sua responsabilidade, mas de propor mecanismos ou caminhos alternativos à efetividade do cumprimento

do dever de alimentar, resguardando o complexo balanço entre o direito a vida do alimentário e o direito à liberdade do alimentante (GRISARD FILHO, 2016, p.2).

O nosso legislador constituinte, optou pela sobrevivência à liberdade do indivíduo conforme pensamento de Gomes (2012), entretanto, não deixou de considerar que esta solução como meio para o cumprimento da obrigação alimentar é um meio extremo e excepcional que somente deve ser usado em última instância quando a obrigação alimentar não for honrada.

Para tanto, estabeleceu prazo para a prisão, que não se mantém enquanto se mantiver a dívida. Decorrido o prazo estabelecido pelo decreto de prisão o devedor da obrigação alimentar deve ser posto imediatamente em liberdade.

De forma que a prisão, por si só, ainda que poderoso meio de coação para o recebimento da obrigação alimentar, não garante que a mesma venha ser satisfeita pois decorrido o prazo da prisão, o que vai garantir o pagamento da obrigação alimentar será o patrimônio do alimentante devedor. A legislação prevê dois prazos máximos para o cumprimento da prisão, que demonstra claramente a excepcionalidade da medida e a circunstância de ser a prisão uma *ultima ratio* do sistema.

O Código de Processo Civil estabeleceu em seu § 1º, do artigo 528, o prazo da prisão de um a três meses, já o artigo 19 da Lei 5.478/68 (Lei dos Alimentos), estabelece o prazo de prisão de até sessenta dias. Por conta disso estabeleceu-se uma discussão na doutrina¹⁹, que muito caracteriza a excepcionalidade da prisão como meio para o credor alimentado receber a obrigação alimentar do devedor alimentante.

Também reforça a excepcionalidade da prisão e seu fim último para o recebimento da obrigação alimentar é que a jurisprudência sedimentou²⁰ que somente caberia a prisão para a cobrança das três últimas parcelas vencidas, este entendimento jurisprudencial passou a fazer parte do direito positivado com o advento do novo Código de Processo Civil brasileiro que adotou em seu § 7º, do artigo 528, que 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.

Não obstante estarmos tratando de um direito fundamental, que é a vida do alimentante, temos que a prisão por si só não garante o recebimento da obrigação alimentar, é meio poderoso e eficaz ao recebimento, não se contesta tal fato, todavia, para aqueles casos em que todas as

¹⁹ Há um claro desacerto entre a Lei Especial (Lei dos Alimentos) e o Código de Processo Civil, havendo uns que defendem a aplicação do prazo máximo de prisão até sessenta dias da Lei Especial de Alimentos por ser norma especial que prevalece sob a norma de caráter geral, enquanto outros defendem que não obstante tal prazo da lei especial ser mais favorável.

²⁰ Súmula 309 do STJ – 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.

formas de recebimento falharam e se faz necessária a coação pela prisão, ainda assim medidas alternativas poderiam ensejar a oportunidade do pagamento pelo devedor alimentante com a garantia do recebimento pelo credor alimentado.

Além do que, é cediço os efeitos deletérios para as relações familiares a execução da obrigação alimentar, relações essas que já foram rompidas com o divórcio ou separação de fato, e também para as relações parentais em consequência do rompimento destes vínculos familiares, sem que efetivamente o credor alimentado tenha recebido o que lhe é devido para seu sustento pelo devedor alimentante.

Portanto, como exceção e *ultima ratio*, quando todos os meios anteriores de cobrança falharem, e ainda assim a prisão não garantir o recebimento da obrigação, cabe a proposituras de medidas alternativas que visem o recebimento do crédito alimentar sem o comprometimento da liberdade do devedor alimentante.

3.3 A PONDERAÇÃO ENTRE A PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA

Temos então choque de dois princípios constitucionais que devem ser resolvidos, de um lado a vida do credor alimentando, de outro a liberdade do devedor alimentante. A este conflito entre vida e liberdade, entre dois princípios constitucionais garantidos pelo texto constitucional brasileiro que emerge em uma nova ordem mundial, em que as constituições deixam de ser meras cartas formais de organização do estado para serem verdadeiros diplomas garantidores das diversas gerações de direitos das pessoas, há que se fazer uma ponderação entre vida e liberdade a fim de que esta última não pereça por cobrança de dívida, sobretudo quando a perda deste direito não significa a imediata quitação da dívida.

Vida e liberdade são direitos humanos fundamentais, dizem respeito à dignidade da pessoa humana. Quando falamos em dignidade da pessoa humana a ideia que se tem de tal expressão é a de que a todos deve ser garantida uma existência mínima, tal ideia está atrelada à noção de que um ordenamento jurídico justo obrigatoriamente deve garantir a todos os indivíduos um mínimo de condições existenciais que lhes assegurem a possibilidade de autodeterminação.

É evidentemente um conceito que precede até mesmo aos dispositivos de um ordenamento jurídico na medida que é um atributo da pessoa humana que o qualifica enquanto ser humano.

[...] a dignidade humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A minência, transforma-a em um valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil em um estado democrático de direito (SILVA, 2009, p.146).

Todas as pessoas possuem um valor em si mesma que constitui a sua dignidade que se exterioriza pelos direitos humanos antes mesmo que tais direitos viessem ser declarado e reconhecido pelos textos constitucionais.

Historicamente a palavra pessoa traça a linha de demarcação entre a cultura pagã e a cultura cristã. Até o advento o cristianismo não existia nem em grego nem em latim uma palavra para exprimir o conceito de pessoa, porque na cultura clássica tal conceito não existia: essa não reconhecia valor absoluto ao indivíduo enquanto tal e fazia depender o seu valor essencialmente do grupo, do patrimônio familiar e da raça (MOURA, 2002, p. 77).

A expressão dignidade tem origem no latim *dignitas*, que é relativo a respeito, honra, nobreza, merecimento. Portanto é uma qualidade, um valor intrínseco a própria pessoa humana. Os gregos e os romanos a associavam a mérito seja decorrente do dinheiro, da posição social ou da capacidade intelectual. O advento do Cristianismo com a propagação de sua doutrina do amor ao próximo, do homem concebido como imagem e semelhança o criador, a dignidade passa a ser essência de todo ser humano.

O amor ao próximo e a compaixão com a dor, angústia e miséria do outro, seja ele quem for, também tiveram papel importante, despertando na sociedade o sentimento de fraternidade e solidariedade (BARCELLOS, 2002). Segundo o pensamento de Moraes (2013, p.128):

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável a própria vida e que traz consigo a pretensão do respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MOARES, 2013, p. 128).

De forma que sendo um *standart* universal, a dignidade da pessoa humana se constitui em um complexo de direitos inerentes à pessoa humana com o objetivo de garantia de uma existência plena, assegurada pelo respeito da ordem jurídica com a vida, a liberdade, o lazer, a educação, a saúde entre tantos outros direitos.

Portanto, constitui-se a dignidade da pessoa humana em um complexo de direitos e deveres que visam a assegurar e garantir a pessoa as condições existenciais mínimas necessárias para o seu pleno desenvolvimento.

Devemos distinguir entre os direitos do homem como valores éticos e políticos ligados à dignidade da pessoa humana que não estão ou não necessitam estar positivados daqueles que

acabaram e necessitam estar positivados na legislação interna dos países e na legislação externa através dos tratados internacionais.

A positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Não basta qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de fundamental rights colocados no lugar cismeiho das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não são direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (CANOTILHO, 2002, p. 377).

Vida, liberdade e família são preceitos legais positivados, o direito aos alimentos, como direito a própria vida, como também a liberdade, são valores dentro da família que merecem e devem ser ponderados, podemos até falar em direitos humanos da família.

Hodiernamente está a ocorrer uma colisão entre direitos fundamentais nas relações familiares que deve passar por uma técnica de ponderação definindo-se situações em que um deve ter um peso maior do que outro, ou quando a violação de um não significa a satisfação integral de outro, mas a aplicação de um mal por outro mal.

Em pleno século XXI, a prisão por dívida de alimentos emerge como uma clara violação aos direitos humanos da família e a dignidade da pessoa humana quando efetivamente esta prisão não resolve o problema da dívida e cria distanciamentos afetivos irre recuperáveis por conta de seus deletérios efeitos.

No atual contexto normativo, a prisão civil por dívida de alimentos merece uma (re)leitura por violar direitos humanos da família, representado no vínculo pai-filho. Embora a prisão civil seja em muitas circunstâncias a aparente única forma eficaz de obrigar o devedor a saldar sua dívida, ela agride a integridade física e psicológica do devedor. Certamente a inteligência humana deve ser capaz de fórmulas compensatórias as mais próximas da obrigação descumprida, que não importem apenas somar um mal a outro, à efetividade do cumprimento do dever alimentar, como se apresenta na própria doutrina estrangeira (BARUFFI, 2014, p. 115).

A vida efetivamente é o bem maior e como valor e princípio deve em primeira análise prevalecer sobre todos os demais, inclusive sobre a liberdade quando deve prevalecer a vida, todavia quando a perda da liberdade não garante o direito à vida na sua integralidade, a perda da liberdade por si só não deve ser suplantada pela alegação do direito à vida.

Dentro da entidade familiar, a vida tem especial relevância a ponto do artigo 227 da Constituição Federal dispor que é dever da família assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à vida e a assistência financeira para a alimentação e outras necessidades. Como já vimos anteriormente também tais atribuições à família, sobretudo aos pais, decorre do *múnus público* especificado pelo poder familiar que obriga ambos os genitores a educar, criar e assistir aos filhos.

A liberdade por sua vez como direito fundamental de garantia da dignidade da pessoa humana é um valor princípio que merece a proteção tanto do texto constitucional como dos pactos internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário. A convenção Americana sobre os Direitos Humanos, também denominado Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 7º garante a liberdade pessoal que consiste no direito de ir e vir e permanecer, é a liberdade de locomoção. Também está previsto na referida convenção e que também faz parte do texto constitucional brasileiro a garantia legal de que ninguém será preso, senão em virtude de flagrante delito ou por ordem de autoridade judiciária competente.

Tais garantias nos remetem a Declaração Universal dos Direitos do Homem que estipula que ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado e ao Pacto dos direitos Políticos que afirma que toda pessoa tem direito à liberdade e a segurança pessoal e que ninguém poderá ser privado de sua liberdade salvo pelos motivos previstos em lei, ainda a liberdade como direito humano fundamental nos remete a convenção americana sobre Direitos Humanos que estipula que ninguém será privado de sua liberdade física salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados partes e por suas leis promulgadas de acordo com a referida convenção.

Portanto, podemos facilmente observar que em todo o ordenamento jurídico internacional e também no nacional, a regra é a liberdade, a liberdade é um elemento nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana. Nossa Constituição Federal não determina a prisão civil do devedor dos alimentos, ela tão somente é permissiva, permite nas hipóteses legais previstas, caracterizando desta forma que a prisão alimentar, que a perda da liberdade do devedor da obrigação alimentar é uma medida excepcional, *ultima ratio* de um sistema que deve encontrar mecanismo a evitar a perda da liberdade do devedor civil.

A ponderação entre os valores vida e liberdade, com a solução da colisão entre estes dois direitos fundamentais, em visão *pro homine* da questão com a aplicação de outras alternativas a prisão, como propomos, é o começo de uma solução. É sabido que poderão haver situações em que dois direitos fundamentais entrem em colisão, vida e liberdade em determinados momentos, não obstante a prevalência da vida sob qualquer outro direito fundamental, podem entrar em colisão, em conflito.

Os alimentos garantem a vida, a assistência material é fundamental e necessária para a manutenção da existência, a liberdade, como já visto, também é um direito fundamental, e sua restrição pode caracterizar ofensa a este direito fundamental. A prisão por si só não garante o pagamento do débito alimentar, tanto é que após o prazo da prisão do inadimplente da obrigação alimentar o devedor é posto em liberdade com ou sem a satisfação da dívida. As alternativas a

prisão constituem-se um meio de diminuir ou impedir os deletérios efeitos da perda da liberdade.

Neste aspecto, quando a prisão não garante o recebimento dos alimentos pelo credor alimentado, a prisão do devedor alimentante é inútil e ofende um direito fundamental, havendo aí uma colisão de direitos fundamentais, sendo que neste particular o direito à vida deve ceder espaço em relação ao direito à liberdade. Da colisão de direitos fundamentais devemos fazer uma ponderação de interesses, aplicando critérios de proporcionalidade e razoabilidade em uma visão *pro homine* do problema.

Desta inter-relação entre direitos fundamentais e a inevitável colisão entre estes direitos, surgiu a necessidade de construção de toda uma teoria da colisão de conflitos fundamentais a fim de justificar e explicar esta inter-relação e os seus efeitos. Direitos fundamentais, não obstante a dificuldade conceitual, são direitos subjetivos e suas garantias que tenham como objetivo a realização imediata da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, conforme o pensamento de Ferrajoli (2002, p. 65):

Direitos Fundamentais são direitos subjetivos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais – dos direitos de propriedade aos direitos de crédito –, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a todos em igual medida como condição da identidade de cada um como pessoa ou cidadão.

Sempre que nos depararmos com uma situação de colisão entre dois ou mais direitos fundamentais, a melhor técnica é a de delimitar o âmbito da proteção destes direitos fundamentais que estão em colisão.

Determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção – âmbito de proteção da norma – e verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia sofrem de qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria constituição constitucional expressa – ou se a constituição autoriza a lei a restringir esse âmbito de proteção – reserva da lei restritiva (CANOTILHO, 2002, p. 1195).

Desta forma, sempre que nos depararmos com uma colisão de direitos fundamentais, real ou aparente, evitando interpretações literais que nos levam a conclusão equivocada de que um direito fundamental é maior do que outro, quando na verdade ocorre tão somente um erro na aferição correta da circunstância que determina a prevalência de um direito fundamental sobre o outro.

É de ser ressaltado, que entre a vida e a liberdade em relação a alimentos não pagos pelo devedor alimentante, em situações em que a prisão não constitui-se em garantia e certeza do recebimento da obrigação alimentar, caracterizando a perda da liberdade em medida inútil e

ineficaz para o credor. A Constituição Federal não determina a prisão do devedor, pelo contrário, é taxativa em dizer que não haverá prisão por dívida, excepcionando a possibilidade de permitir no caso do inadimplente da pensão alimentícia a prisão como meio de recebimento da obrigação alimentar.

Portanto, quando tivermos colisão de direitos fundamentais, como vida e liberdade, há que se utilizar da ponderação de valores destes direitos utilizando a proporcionalidade e a razoabilidade.

Os direitos fundamentais como já dissemos não são absolutos e ilimitados, podendo em determinadas circunstâncias um direito fundamental invadir o espaço de outro direito fundamental também descrito na Constituição Federal, por serem direitos de força constitucional sofrem restrição tão somente por força de norma constitucional, estando sujeitos aos limites da ponderação dos princípios a que estão estruturados.

Ponderar é algo que não encontra circunscrito somente ao mundo jurídico, todo o instante e todo tempo as pessoas estão a ponderar sobre algo ou alguma coisa. Qualquer decisão humana racional está carregada de ponderação. Portanto, a ponderação quando houver colisão de direitos fundamentais destina-se a solucionar antinomias destes princípios face a determinadas situações da vida cotidiana.

A ponderação exige na sua execução o respeito a três elementos: proporcionalidade, razoabilidade e adequação. Com esse olhar Alexy (2015, p.162) afirma que “as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas de sua concretude”.

A proporcionalidade desta forma, expressa a máxima otimização entre dois direitos fundamentais colidentes, quanto maior for a razoabilidade e a adequação da aplicação de um direito fundamental em relação ao outro teremos então a solução da aparente contradição ou colisão ente os direitos fundamentais em conflito.

Vida e liberdade, como dois direitos fundamentais, ao passarem por uma ponderação em relação a obrigação alimentar e a justificativa de sua prisão, sobretudo quando a prisão não garante o recebimento dos alimentos devidos, a razoabilidade e a adequação penderão em relação às alternativas à prisão que proporemos no próximo capítulo.

CAPÍTULO IV

4 ALTERNATIVAS A PRISÃO ALIMENTAR SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

4.1 CONSEQUÊNCIAS E ALTERNATIVAS A PRISÃO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

Já vimos que a prisão como pena é invenção recente da humanidade, que antes da prisão como resposta a uma conduta criminal contrária à lei, a prisão era uma medida cautelar que servia para a aplicação de outros tipos de pena que incidiam sobre o corpo do condenado, a prisão era uma medida que visava garantir a aplicação deste tipo de pena.

Posteriormente com a humanização do direito penal aquela medida cautelar passa a ser a própria punição ao infrator das leis criminais, a liberdade da pessoa ao invés de seu corpo e vida é que passa a ser objeto da punição, a perda da liberdade é o instrumento usado para dissuadir os infratores da lei penal.

O rigor do castigo faz menos efeito sobre o espírito do homem do que a duração da pena, pois a nossa sensibilidade é mais fácil e com mais constância é atingida por uma impressão ligeira, porém frequente, do que por abalo violento, porém passageiro. Todo ser que tenha sensibilidade está dominado pelo império do hábito; e, como é este quem ensina o homem a falar, a andar, a satisfazer as suas necessidades, também é ele quem inscreve no coração humano ideias morais através de impressões reiteradas. O espetáculo atroz, porém momentâneo, da morte de um criminoso, é um freio menos poderoso para o crime, do que o exemplo de um homem a quem se tira a sua liberdade, que fica até certo ponto como uma besta de carga e que paga com trabalhos penosos o prejuízo que causou à sociedade (BECCARIA, 1983, p. 46).

Portanto, a pena de prisão vem como uma humanização do castigo corporal que era aplicada aos infratores da lei, como uma justificativa superior de eficiência e eficácia na medida em que o infrator pagaria o preço da infração com a perda de sua liberdade, ao contrário da morte, que somente causaria um espanto aos que a vissem executada e que por si só tudo resolveria com o simples desaparecimento do infrator do mundo físico.

Esta humanização da pena e dos rigores da mesma em relação ao infrator criminal também acabou por se estender ao devedor civil, que no começo dos tempos respondia pela dívida com a sua própria vida ou disposição sobre ela, sendo levado a morte ou a escravidão como meio de pagamento pela sua dívida. Egípcios, hebreus, indianos, babilônios, gregos e romanos todos usavam a pena de morte e a escravidão como forma de compensar o credor que não recebia seu crédito civil.

Esta realidade de violência e severos castigos impostos pelo credor ao seu devedor com as lutas de classes entre plebeus e patrícios ocorridos em determinado momento histórico de Roma, culminou com o advento no ano de 326 a.c. a *Lex Poetelia Papiria* que passava a prever que o devedor responderia pela sua obrigação com seu patrimônio, e não mais com o seu corpo.

A *Lex Poetelia Papiria* traz em seu conjunto várias atenuantes aos severos castigos que eram infligidos ao devedor civil, proibindo a morte e o acorrentamento do devedor, substituído pelo pagamento da dívida com trabalhos forçados sem, contudo, levar o devedor a perda de sua liberdade com a escravização.

Alguns retrocessos apareceram na idade média, todavia esta mudança de mentalidade de que o patrimônio do devedor é que deve responder por sua dívida consolida-se no tempo e atinge a idade moderna, marcadamente caracterizada por um avanço político, social, econômico e científico, sobretudo pelo aparecimento das universidades e pela disseminação do conhecimento jurídico.

Em Portugal somente no ano de 1774, na vigência das Ordenações Filipinas é que se limitou a execução dos bens do devedor dentro de seu limite patrimonial, até então o devedor civil podia ser levado a prisão como garantia do pagamento do valor devido ao credor, com exceção do devedor de alimentos.

Na França medieval vigia a *contrainte par corps* que era a legitimação jurídica da prisão do devedor civil e comercial, esta situação somente modificou-se com o advento da Revolução Francesa no ano de 1789 vindo a ser abolida e novamente instituída após o período Napoleônico. Os artigos 2059 a 2070 do Código Civil Napoleônico tinha o título denominado do constrangimento pelo corpo em matéria civil ao dispor que o devedor civil inadimplente poderia perder a liberdade em decorrência de sua dívida civil e comercial.

Os italianos por sua vez tinham como fundamento da prisão do devedor civil o arresto *personali per debit* que somente veio a ser suprimido no ano de 1877, hoje na Itália não existe mais prisão civil de qualquer espécie, inclusive do devedor de alimentos. Na Inglaterra a prisão por dívida somente deixou de existir com o ato da Rainha Vitória no ano de 1869, o denominado *Debtors Act*, que manteve a prisão do devedor civil somente para os casos de insolvência fraudulenta.

O Brasil como colônia de Portugal tinha a prisão civil oriunda do direito português, ao tempo da independência estava em vigência as Ordenações Filipinas, em 1850 entrou em vigor o regulamento nº 737 criando as primeiras disposições processuais do sistema jurídico da nova nação adotando as disposições das Ordenações Filipinas que permitiam a prisão do devedor de alimentos.

As Constituições do Império Brasileiro de 1824 e a primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil nada falaram a respeito da prisão civil por dívidas, a Constituição de 1934 foi a primeira a taxativamente proibir qualquer tipo de prisão por dívidas. Já a Constituição de 1937 foi omissa a respeito do assunto o que autorizou a prisão do devedor civil pela aplicação da legislação processual vigente que a permitia.

As demais constituições que vieram, de 1946 e a Emenda Constitucional nº 17/69, bem como a Constituição de 1988, apesar de não mais admitir a prisão civil, criaram duas exceções, a prisão do depositário infiel e do devedor da pensão alimentícia. Desta forma, afastada a prisão do depositário infiel como já tivemos a oportunidade de ver, restou, como medida de exceção, a prisão do devedor de alimentos.

É se trata de uma exceção porque antes da prisão o próprio legislador ordinário estabelece uma série de alternativas a fim de evitar esta prisão, que por ser uma medida drástica, uma exceção em um sistema que não permite a prisão civil por dívidas como regra. Ainda assim, a prisão do devedor por si só não garante o pagamento da dívida, sendo oportuno lembrar que o objetivo da prisão civil não é o encarceramento, não é a prisão como medida punitiva, ela não é pena, é tão somente um instrumento de coação para que se atinja o fim último colimando, qual seja, receber a obrigação alimentar devida.

Não obstante tais circunstâncias, a prisão do devedor não garante o pagamento da dívida, pois o devedor pode ser preso e será solto ainda que não pague o débito, devendo o patrimônio do devedor responder pela dívida.

Não se nega o efeito e a eficácia da coação pela ameaça da prisão, muitas são as situações em que o devedor salda a dívida e honra seu compromisso alimentar com o credor alimentado tão somente pelo temor da prisão, todavia muitas são as circunstâncias em que o devedor da obrigação alimentar vai preso porque efetivamente não tem condições de cumprir com sua obrigação e a prisão pode em determinadas situações, agravar ainda mais a condição econômica do devedor e sua capacidade de solvência de seu compromisso para com o credor alimentado.

De forma que, em uma visão *pro homine* do problema, justificada por uma ponderação de princípios entre vida e liberdade e orientada pelos elementos da proporcionalidade, da razoabilidade e da adequação, medidas alternativas a fim de evitar esta prisão se justificam. Estas medidas alternativas podem se fundamentar em dispositivos legais do próprio direito civil ou até mesmo emprestados do direito penal a fim de justificar o não encarceramento do devedor da obrigação alimentar.

O importante, no contexto de nossa proposta de medida alternativas impeditivas da prisão do devedor, deixando bem claro que não estamos colocando em dúvida a eficiência e a eficácia da ameaça da prisão para o pagamento da obrigação alimentar, mas que sirvam como medidas a minimizar a possibilidade da prisão orientada por um sistema em que a própria prisão não garante o pagamento e o recebimento da dívida pelo credor alimentado, que a prisão poderá em muitas das vezes piorar a já precária situação econômica do devedor, em um sistema em que a prisão civil é uma exceção.

É a *ultima ratio* na medida em que, em sendo inaplicável todos aqueles meios legais alternativos já previstos, a prisão não resolve o cumprimento da obrigação alimentar, deixando e mantendo a vulnerabilidade do credor(vida)em situação de dificuldade porque não disporá da verba alimentar para satisfazer suas necessidades materiais e levará o devedor à prisão (perda da liberdade), sem que a dívida possa ser satisfeita.

Não defendemos a extinção da prisão ou mesmo que a prisão não seja efetiva na cobrança da obrigação alimentar, mas trazemos uma alternativa ao devedor insolvente a quem a prisão por si só, não é a solução para a satisfação da dívida alimentar que se cobra, resguardando um delicado equilíbrio entre o direito à vida do credor alimentado e o direito à liberdade do devedor alimentante.

4.2 PROPOSTAS DE MEDIDAS ALTERNATIVAS A PRISÃO ALIMENTAR À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Já dissemos que podemos justificar as propostas que apresentaremos tanto no direito civil como no direito penal como alternativas a prisão do devedor da obrigação alimentar à luz de uma visão humanística do problema, conectada com o que existe de mais avançado em relação aos direitos humanos.

Os países ocidentais, notadamente na Europa, estão abolindo completamente a prisão civil, inclusive a do devedor de alimentos, todavia, entre nós, como já visto, a prisão do devedor da obrigação alimentar é uma exceção dentro de um sistema constitucional que não permite a prisão por dívida.

São várias as possibilidades de medidas alternativas a prisão do devedor de alimentos com fundamento no direito civil brasileiro. A título de registro, com o objetivo de fazer com o que o devedor da obrigação alimentar cumpra sua obrigação em relação ao credor dos alimentos, foi instituído na Província de Buenos Aires pela Lei 13.074 o chamando Registro de

Deudores Alimentarios Morosos que tem como função organizar e estabelecer uma lista de devedores da obrigação alimentar, iniciativa essa que já se espalhou pela Argentina²¹.

A inscrição do devedor nesta lista gera como consequência a impossibilidade de abrir contas correntes e obter cartões de crédito; impossibilidade de obter licença, permissão, concessão e habilitações que dependam do Governo (por exemplo, não poderá obter ou renovar a licença para conduzir veículos ou alvará para abrir um comércio); impossibilidade de ser provedor de algum organismo de Buenos Aires; impossibilidade de exercer cargos eletivos, judiciais ou hierárquicos no governo daquela cidade.

O nome do devedor é inserido nesta lista somente com ordem judicial, sendo um serviço de acesso público e gratuito, permitindo deste modo a expedição de certidão, tanto negativa como positiva, aquela como meio coercitivo aos devedores da obrigação alimentar, esta como forma estimuladora do cumprimento da obrigação alimentar. Portanto, é uma medida menos grave do que prisões e penhoras, mas que pode se mostrar extremamente eficaz, por limitar o campo de atuação do devedor em vários aspectos da vida civil.

Semelhante legislação também surgiu no Peru, que “possui lei que criou o referido Registro, onde são inscritos o nome das pessoas que devem três prestações alimentícias, sucessivas ou não, estabelecidas em sentenças judiciais, com qualidade de coisa julgada” (LOUZADA, 2008, p. 101). Destas iniciativas aparecidas na Argentina e na República do Peru, inspirou o legislador brasileiro a apresentar proposta semelhante.

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.585/2007, de autoria do Deputado Regis de Oliveira (PSC/SP), propondo a criação do “Cadastro de Proteção ao Credor de Alimentos”, no âmbito do Ministério da Justiça. Pelo teor do texto do referido projeto de lei, seria inscrito o nome do devedor de alimentos em atraso com suas obrigações, a partir de três prestações sucessivas ou não estabelecidas em liminar, sentença ou homologação de acordo judicial ou extrajudicial.

Uma vez inscrito e enquanto não cancelado, o credor ficaria impedido de prestar qualquer concurso público ou particular de licitações promovidas pela Administração Pública

²¹ PROVÍNCIA DA BUENOS AIRES - Lei 13.074 criou o Registro de Devedores Alimentários Morosos; Decreto 340/2004 regulamentou a lei; CHACO - Lei 4.767 regulamentada pelo Decreto 346/2001; CHUBUT, Lei 4.616, regulamentada através do Acordo 3.238 do Superior Tribunal de Justiça de Chubut; CIDADE DE BUENOS AIRES - Lei 269 modificada pela Lei 510, regulamentada pelo Decreto 320/2000; CÓRDOBA, Lei 8.892, Decreto 297/2003; CORRIENTES, Lei 5.448, Decreto 721/2003; ENTRE RIOS - Lei 9.424; JUJUY - Lei 5.273; MENDONZA, Lei 6.879; MISSIONES, Lei 3.615; NEUQUÉN, Lei 2.333; RIO NEGRO, Lei 3.475; SALTA, Lei 7.151; SAN JUAN, Lei 7.072; SAN LUIS Lei IV-0094-2004; SANTA FE, Lei 11.945; TUCUMÁN, Lei 7.104.

Direta e Indireta, e bem assim, de contratar com o Poder Público ou dele receber qualquer tipo de benefício²².

Portanto, não obstante já existir a possibilidade da inscrição da dívida alimentar em cadastros de restrição de crédito e até mesmo do protesto no competente cartório extrajudicial, a criação e manutenção de um cadastro geral de devedores pode ser uma medida alternativa para o devedor insolvente a fim de evitar a prisão do mesmo.

Outra proposta vem da experiência Espanhola com a lei nº 15/2005, de 08 de julho de 2005, que estabelece um Fundo de Garantia para a cobertura de pensões não pagas a credores menores de idade estabelecidos em acordo judicialmente homologado ou em virtude de uma decisão judicial.

No mesmo sentido uma experiência adotada pela lei nº 75, de 19 de maio de 1998 em Portugal, estabeleceu um Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores que atua quando a pessoa obrigada a prestar alimentos a menores não estiver em condições de fazê-lo o Estado português assegura ao credor alimentado (menor de idade) os valores fixados a título de obrigação alimentar pelos tribunais até que o devedor alimentante possa satisfazê-lo:

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 alimentado na pessoa ou à pessoa cuja guarda se encontre (artigo 5º e seguintes do DL n.º 164/99) e perante o alimentado, no caso de a prestação social não ser suficiente para satisfazer as necessidades deste, mantendo-se, assim, a responsabilidade familiar do devedor (SOTOMAYOR, 1997, p. 155).

Não estando o devedor alimentante em condições de arcar com sua obrigação alimentar, O Estado se sub-roga na relação entre o devedor e o credor dos alimentos, podendo cobrar do devedor quando este apresentar condições de fazê-lo, sem deixar que o credor menor passe por necessidades materiais por falta de assistência em razão das dificuldades econômicas do devedor.

²² O Projeto foi remetido à Comissão de Seguridade Social e Família, onde recebeu parecer pela rejeição, por parte do Deputado Roberto Britto (PP-BA). Segundo o Deputado Britto, já existem "meios bastantes" para obrigar o credor ao pagamento na legislação brasileira, sem que haja a necessidade de se criar um Cadastro. Afirmou ainda no parecer de rejeição, que a criação de tal Cadastro no âmbito de um Órgão do Poder Executivo invadiria a esfera de competência constitucional de outro Poder, ferindo a independência harmônica estabelecida em nossa Magna Carta. Não obstante isso o projeto encontra-se tramitando, sendo possível acompanhar seu andamento pelo site da Câmara dos Deputados.

Trata-se de um mecanismo absolutamente inovador e que em muito diminuirá a gravidade da prisão imposta ao devedor alimentante sem atentar contra sua dignidade humana e preservando a manutenção das atividades cotidianas do menor alimentado.

Não devemos esquecer que este fundo de garantia a fim de assegurar o recebimento da obrigação alimentar pelo credor alimentante está inserido em um contexto de assistência social e garantia de cidadania, em razão dos interesses de menores e hipossuficientes envolvidos. A Lei nº 10.893/04 institui um programa de renda básica para idosos, também a lei nº 10.856/04, também conhecido de bolsa família, disciplinou a transferência de recursos a serem aplicados na saúde, educação e alimentação de famílias brasileira em situação de pobreza, de modo que a criação deste fundo garantindo ao credor alimentado o recebimento da obrigação alimentar, insere-se em um contexto já existente de programas de um Estado de bem-estar social.

Outro amparo jurídico que pode ser usado como alternativa com fundamento na lei civil para a não aplicação da prisão de devedor de alimentos são as medidas autorizadas pelo inciso IV, do artigo 139 do Código de Processo Civil brasileiro. Com o advento do novo Código de Processo Civil, o artigo 139, em seu inciso IV, trouxe como novidade no cumprimento da decisão judicial, a fim de facilitar a efetividade das decisões judiciais, autorizando ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, como já previsto na tutela específica do antigo Código de Processo Civil em seu artigo 461:

A resistência ao cumprimento de ordens judiciais é um fenômeno cultural muito comum e, de certo modo, ligado à indisciplina que, em alguma medida, caracteriza o povo latino e, muito especialmente, o povo brasileiro. Resistimos às ordens. A regra do artigo 461 do CPC/73 representou uma quebra de paradigma bastante expressiva, ao autorizar o juiz a determinar medidas que este inciso agora repete e reforça, isto é, medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, que devem ser aplicáveis às obrigações e fazer, não fazer e entregar coisa (WAMBIER, 2015, p. 264).

Desta forma, aplicação do artigo 139 do Código de Processo Civil, com a utilização pelo juiz de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias pode se constituir em alternativa para que a prisão do devedor insolvente não dificulte ainda mais ao devedor satisfazer sua obrigação para que o credor receba os alimentos tão necessários à sua sobrevivência.

A adoção pelo nosso sistema processual de regras como as da tutela específica, assim como a necessidade de se considerar os limites da violação da dignidade do devedor na busca de meios de realização das obrigações, somadas à transformação da estrutura de verificação e efetivação de medidas judiciais por vias eletrônicas, impõe outra

forma de atuação do juiz na busca pela efetivação das obrigações de natureza alimentar, especialmente quanto a ordem de prisão (CALDEIRA, 2016, p.36).

O direito de família é terreno fértil para a aplicação da tutela específica em razão da natureza pessoal das relações jurídicas envolvidas, devendo o juiz buscar meios alternativos à prisão para o recebimento da obrigação alimentar, recomendando uma ponderação entre o mínimo existencial do credor alimentado e a preservação da dignidade do devedor alimentante.

O sistema processual brasileiro contempla, já algum tempo, mecanismos que impõe ao juiz atuação voltada a efetivar o direito de um sem colocar em risco o direito de outro, o que nada tem a ver com a concepção de ativismo judicial como se poderia imaginar à primeira vista. Sendo o fim primário da execução de alimentos (considerando aqui tanto a via do cumprimento de sentença quanto a execução decorrente de título extrajudicial) a satisfação o crédito de modo a viabilizar a subsistência do alimentando, a prisão com via ordinária de coação ao pagamento, não é suficiente em alguns casos, devendo se restringir àquelas situações em que frustrada a busca por valores pertencentes ao devedor por meio do sistema Bacen-jud. A restrição à liberdade, em qualquer cenário que se imagina, deve ser tratado sempre como via absoluta de exceção e não a regra como se tem optado no modelo processual relacionado a questão de alimentos (CALDEIRA, 2016, p. 37)

De maneira que o juiz de família, ao contrário de imediatamente aplicar a prisão ao devedor da obrigação de alimentos como regra, não considerando que dever ser uma exceção, possui um acervo de medidas que podem ser adotadas no sentido de evitar a prisão do devedor, sobretudo daquele que mesmo preso não terá condições de satisfazer a dívida, piorando ainda mais a situação do credor, constituindo-se a prisão que deveria ser um remédio em um veneno capaz de matar o direito do credor em receber o necessário para a sua sobrevivência.

Podem fazer parte deste acervo de medidas alternativas à prisão com base no artigo 139 do Código de Processo Civil aos devedores da obrigação alimentar insolventes e desprovidos de patrimônio a aplicação de multa, a aplicação de recolhimento domiciliar, a inibição do exercício de certos direitos (proibição de frequentar determinados lugares, de participar de concurso público, participar de licitações, suspensão do cadastro da pessoa física, conta em instituição bancária, passaporte, carteira de motorista entre outros), proibição e invalidação de renúncia a herança ou legado e a transferência de doação ao credor alimentado.

A aplicação de multa ao devedor de alimentos, a denominada *astreinte*, pode constituir-se em poderoso meio de pressão ao devedor insolvente para que cumpra a tempo sua obrigação e para que encontre meios de saldar o débito para com o credor alimentado. É uma coação psicológica de custo econômico adicional ao que já é devido de forma progressiva que vai impulsionar o devedor da obrigação alimentar a saldar a dívida ou, se insolvente e sem condições de quitar a obrigação alimentar, com o devido acréscimo ao saldo do que já é devido

evitar a prisão a fim de possibilitar ao devedor da obrigação alimentar que não sendo preso possa saldar o débito com o acréscimo da multa como forma de compensação ao credor alimentado.

A multa como medida alternativa tem um forte matiz de cláusula penal dos contratos obrigacionais gerais, estimulando o pagamento e evitando o não pagamento com a prisão e compensado o credor alimentado pela espera pelo não pagamento no tempo devido. Já existe precedente jurisprudencial nesse sentido, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de lavra do Desembargador Enio Santarelli Zuliani²³.

De modo que a aplicação de multa ao devedor da obrigação alimentar a fim de que pague em dia o devido ao credor alimentado além de ser um fator a mais a impedir o atraso, é uma medida alternativa à prisão a fim de possibilitar o devedor a honrar com a sua obrigação alimentar compensado o credor pela espera na satisfação da obrigação alimentar em falta.

O recolhimento domiciliar no lugar da prisão também é uma medida alternativa que pode ser aplicada em substituição ao recolhimento celular decorrente do não cumprimento da obrigação alimentar. Esta medida encontra semelhança com o recolhimento celular das medidas cautelares diversas da prisão previstas pelos artigos 282, § 6º e 30, II ambos do Código de Processo Civil.

A prisão domiciliar consiste no recolhimento do acusado em sua residência, não podendo dela se ausentar sem a prévia autorização judicial, nos exatos termos do artigo 317 do Código de Processo Penal, encontrando amparo nas hipóteses do artigo 318 do mesmo diploma. Já o recolhimento domiciliar é medida cautelar diversa da prisão que também pode ser usada como medida alternativa à prisão civil.

Se o recolhimento domiciliar pode ser uma alternativa para a prisão criminal, com mais razão poder ser aplicada como medida a evitar a prisão civil, sobretudo porque já vimos que a prisão do devedor de alimentos não tem caráter punitivo, mas tão somente é um meio de coação para o recebimento da obrigação alimentar.

Já se estabeleceu profundo e acalorado debate quanto ao cabimento ou não da prisão domiciliar como substitutivo do decreto de prisão do inadimplente de pensão alimentícia, com severas críticas da medida como a alegação de Negi Calixto, citado por Yussef Said Cahali “que

²³Alimentos – Atraso no pagamento – Multa – Admissibilidade. É permitido, tal como ocorre com a cláusula penal, de caráter contratual, que o Estado-Juiz estabeleça, como mecanismo de conscientização para a razoável execução do título judicial, a imposição de multa (astreint), um fator de inegável utilidade para a persuasão do devedor de alimentos a cumprir no prazo, o dever de depositar a prestação. Admissibilidade. Estipulação em percentual razoável (15%). Não provimento. (TJSP- Ac 241.020-4/4 – 3ª Câmara de Direito Privado, Rel Des. Enio Santarelli).

a prisão-albergue, domiciliar ou não, seria um simulacro de prisão inábil, desfalcando o conteúdo específico, o teor da coação da prisão civil” (CAHALI, 2009, p. 808).

Não obstante a jurisprudência admitir tal substitutivo²⁴, sempre foi usado como paliativo para situações excepcionais como quando o devedor é portador de graduação e não exista o estabelecimento adequando no lugar do cumprimento da ordem de prisão ao devedor ou seja portador de problemas de saúde que impeça o seu recolhimento celular no estabelecimento para cumprimento da prisão civil²⁵.

Não estamos falando do recolhimento domiciliar como substitutivo a situações excepcionais, mas como alternativa ao recolhimento celular para que o devedor de alimentos insolvente possa durante o dia desenvolver atividade laborativa que lhe permita satisfazer a obrigação alimentar em atraso. O recolhimento a prisão do devedor não vai fazer com que o credor receba a obrigação alimentar devida, já o recolhimento domiciliar permite tal satisfação.

No recolhimento domiciliar o devedor insolvente da obrigação alimentar tem condições de exercer no período diurno alguma atividade econômica que lhe garanta renda para o pagamento da obrigação atrasada recolhendo-se à sua residência à noite e nos finais de semana.

Medida similar ao recolhimento domiciliar, mas inserida na restrição do exercício de direitos, seria a limitação de frequentar determinados lugares, quando o recolhimento domiciliar possa implicar em ônus muito elevado ao devedor da obrigação alimentar impedindo-o de exercer plenamente uma atividade laboral ou econômica que lhe permita obter renda para a satisfação da obrigação alimentar.

Tome-se como exemplo o exercício de uma atividade de taxista ou de motorista de aplicativo (Uber) pelo devedor inadimplente que a restrição do recolhimento domiciliar poderia lhe acarretar na obtenção dos valores necessários ao pagamento da obrigação alimentar com o exercício atividade nos finais de semana ou mesmo à noite.

²⁴“É legal a prisão civil do devedor de alimentos, em ação de execução contra si proposta, quando se visa o recebimento das últimas três prestações vencidas à data do mandado de citação, mais as que se vencerem no curso do processo. 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 da pensão alimentícia” (STJ – HC 44754/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, em 20.09.2005, DJ 10.10.2005, p. 354).

²⁵ “Recurso em Habeas Corpus. Prisão Civil por Dívida de Alimentos. Conversão da Prisão Domiciliar. Excepcionalidade da Medida. Circunstâncias que Autorizam a Substituição. A prisão civil possui função essencialmente coativa, uma vez que busca, por meio de uma técnica de coerção, refrear a eventual renitência do devedor e compeli-lo a adimplir, tempestivamente a obrigação alimentar. A substituição da prisão civil por prisão domiciliar é admitida apenas em situações excepcionais, tal como na espécie, em que o paciente demonstra ter sido acometido por doenças graves – esclerose múltipla, diabetes e poliartrite – que inspiram cuidados médicos contínuos sem quais há risco à sua saúde e integridade física” (STJ – HC 86842/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17.10.2017, DJ 19.10.2017).

Nesse sentido a proibição de frequentar determinados lugares pode ser uma medida alternativa que não atrapalhe a atividade laboral do devedor da obrigação alimentar a fim de que possa satisfazer o direito do credor. Pode-se restringir a atividade do devedor da obrigação alimentar em troca de não ter que recolher-se em casa para qualquer lugar que não esteja relacionado a atividade econômica que exercerá, impedindo sobretudo que frequente lugares a título de lazer e entretenimento.

Outra medida alternativa à prisão do devedor dos alimentos inserida num aspecto de restrição de direitos pode ser a retenção da carteira de motorista ou o passaporte. Em relação a carteira de motorista, trata-se de um direito que pode sofrer uma limitação a fim de incitar o devedor da obrigação alimentar a satisfazer o débito alimentar no lugar da prisão, evidentemente desde que o devedor não tenha atividade econômica ligada ao uso profissional desta permissão de condução de veículos de forma profissional.

Em relação ao passaporte, da mesma forma, não estando este exercício de direito ligado a atividade profissional, pode sua restrição ao devedor insolvente ser um meio alternativo a prisão com força de incentivar o devedor da obrigação alimentar a honrar o débito alimentar.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já tem admitido a apreensão da carteira de motorista como medida que o juiz pode tomar nos termos do artigo 139 do Código de Processo Civil para dar efetividade ao cumprimento das decisões judiciais, não obstante tenha negado a apreensão do passaporte²⁶.

²⁶ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS. CPC/2015. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. SUBSIDIARIEDADE, NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DA CNH. NÃO CONHECIMENTO. 1. O habeas corpus é instrumento de previsão constitucional vocacionado à tutela da liberdade de locomoção, de utilização excepcional, orientado para o enfrentamento das hipóteses em que se vislumbra manifesta ilegalidade ou abuso nas decisões judiciais. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o habeas corpus via processual adequada para essa análise. 3. O CPC de 2015, em homenagem ao princípio do resultado na execução, inovou o ordenamento jurídico com a previsão, em seu art. 139, IV, de medidas executivas atípicas, tendentes à satisfação da obrigação exequenda, inclusive as de pagar quantia certa. 4. As modernas regras de processo, no entanto, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância, poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. 5. Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica. 6. Nesse sentido, para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual. 7. A adoção de medidas de incursão na esfera de direitos do executado, Documento: 83815742 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 4 de 21 Superior Tribunal de Justiça notadamente direitos fundamentais, carecerá de legitimidade e configurar-se-á coação reprovável, sempre que vazia de respaldo constitucional ou previsão legal e à medida em que não se justificar em defesa de outro direito fundamental. 8. A liberdade de locomoção é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as

No caso a restrição do passaporte insere-se em um contexto de restrição de direito, do direito de ir e vir (viagens ao exterior), no sentido de fazer com que o devedor da obrigação alimentar pague o que é devido sem a necessidade de recolher-se a prisão, até porque constitui-se em uma restrição física muito menor do que a prisão, enquanto que a apreensão e a retenção do passaporte constituem-se em uma restrição ao direito de ir e vir ao exterior, a prisão restringe o ir e vir a qualquer lugar.

A restrição da participação em concurso público ou de participação em concorrência pública também pode ser uma alternativa a ser usada como medida a evitar o recolhimento a prisão do devedor da obrigação alimentar, todavia, deve se ter em conta a particularidade do caso concreto para o uso desta restrição de direito como medida alternativa a prisão, na medida em que estamos falando da alternativa ao credor insolvente e que a alternativa a prisão é um meio, uma forma de possibilitar ao devedor da obrigação que em não estando recolhido celularmente, possa desenvolver atividade econômica e laboral para satisfazer a obrigação alimentar em atraso.

Note-se que a aprovação no concurso público ou mesmo o sucesso em uma concorrência pública pode ser a solução para a satisfação do débito alimentar, todavia o caso concreto pode aconselhar a aplicação de tais alternativas quando esta aprovação em concurso público ou quando este sucesso na concorrência pública ainda assim não levar a concreta satisfação do crédito alimentar.

Ainda na seara das restrições de direitos a suspensão do cadastro da pessoa física do Ministério da Fazenda é outra medida alternativa a prisão do devedor da obrigação alimentar, no sentido de impedir que este devedor insolvente possa usar de crédito e da possibilidade de

demaís. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça, compreendendo todas as possíveis manifestações da liberdade de ir e vir. 9. Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária. 10. O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência. 11. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do habeas corpus, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do habeas corpus, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza. 12. Recurso ordinário parcialmente conhecido (STJ – HC 97876/SP – Rel Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 05.06.2018, publicado no DJ em 09.08.2018).

utilizar-se de serviço bancários como a de abertura e movimentação de conta corrente e solicitação e uso de cartões de crédito.

Esta medida também pode impedir os meios necessários à satisfação da obrigação alimentar uma vez que se equivale a uma morte civil de quem não dispõe do cadastro de pessoa física. O caso concreto é que deve ser analisado no sentido de que como alternativa à prisão do devedor da obrigação alimentar, a suspensão do cadastro da pessoa física não importe na total impossibilidade de o devedor encontrar meios econômicos a fim de fazer frente a obrigação alimentar que não foi honrada.

A proibição de renúncia ou a invalidação de renúncia já efetivada pelo devedor da obrigação alimentar inadimplente é outra medida alternativa que pode ser usada para evitar a prisão do devedor dos alimentos. No caso de o devedor da obrigação alimentar ser herdeiro ou legatário e renunciar a herança ou ao legado, esta renúncia não teria efeito em relação ao credor que se sub-rogaria nos direitos do devedor da obrigação alimentar impedindo desta forma a prisão do mesmo.

A qualidade de herdeiro se dá a título legal ou por ato de disposição do autor da herança, o legado se dá também por ato de disposição, nos termos do artigo 1806 do Código Civil, poderá o herdeiro renunciar a herança. Neste caso esta renúncia não afetaria o credor dos alimentos que se sub-rogaria nos direitos do devedor renunciante da herança ou do legado a fim de com o recebimento da parte da herança ou do legado abater ou satisfazer a obrigação alimentar devida como alternativa a prisão.

No mesmo sentido, pode ser usado como alternativa a transferência ao credor dos alimentos de doações feitas em vida ao devedor dos alimentos, passando a doação para o credor até a satisfação da dívida alimentar não paga. Ainda na esfera do próprio direito de família pode ser aplicada como medida alternativa à prisão do devedor insolvente dos alimentos a alteração do regime de visitas ou de convivência e até a mesmo a alteração do direito de guarda.

A guarda decorre do poder familiar, os pais em razão do exercício deste *múnus público* que é o poder familiar exercem o direito de ter os filhos sob sua guarda e companhia, nos termos do inciso II, do artigo 1634 do Código Civil. A guarda pode ser exercida de forma compartilhada, quando os genitores dividem o exercício do poder familiar estipulando um período de convivência em relação a custódia física que deve ser exercida da forma mais equilibrada possível, já na guarda unilateral o poder familiar é exercido com exclusividade por um dos genitores, cabendo ao outro tão somente a fiscalização do exercício deste poder familiar de forma unilateral com a fixação de períodos de visitação.

Como medida alternativa à prisão do devedor da obrigação pode se aplicar alteração da guarda compartilhada para unilateral bem como alterar ou suspender a regra da visitação na guarda unilateral.

Naquelas situações em que a relação afetiva do devedor da obrigação alimentar não foi influenciada com o credor alimentado em razão do não cumprimento da obrigação, esta medida alternativa à prisão pode ser muito eficaz no sentido de coagir o devedor a manter a obrigação em dia ou a procurar satisfazer a dívida quando executado para não perder a guarda compartilhada ou ter seu direito de visita alterado ou até mesmo suspenso.

Por fim, ainda podemos utilizar o direito processual penal para aplicarmos alternativas à prisão civil do devedor de alimentos. O artigo 319 do Código de Processo Penal estabelece um rol de medidas cautelares que tem por objetivo evitar a prisão, sendo elas o comparecimento periódico em juízo, a proibição e acesso e frequência a determinados lugares, proibição de manter contato, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar, suspensão do exercício de atividade pública ou de natureza econômica, internação provisória em caso de inimputabilidade, fiança nos casos admitidos e monitoramento eletrônico.

Assim como na justiça criminal, onde é travada uma intensa discussão entre intervencionistas (punitivistas) e não intervencionistas (minimalistas), tal debate acerca da prisão excessiva, injusta e até mesmo abusiva, pode ser levada ao campo da prisão decorrente da inadimplência da pensão alimentícia por ser uma medida não mais justificável sob os aspectos de uma visão *pro homine*.

A aplicação de medidas alternativas a prisão civil decorrente do inadimplemento da pensão alimentícia constitui-se em verdadeiro movimento não intervencionista na justiça civil quando falamos de prisão por dívida.

As medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas. Não são penas. Elas existem para assegurar a aplicação da lei penal ou a eficácia do processo penal ou da investigação ou para evitar novas infrações penais. O processo penal serve para a tutela da liberdade, assim como parte da efetivação do direito de punir do Estado. O velho conflito entre liberdade e castigo também está presente nas medidas cautelares. As medidas cautelares constituem um meio para que a jurisdição alcance suas finalidades. Nenhuma medida cautelar pode cumprir o papel da pena (GOMES, 2012, p. 31).

Desta forma, a aplicação na justiça civil quanto ao inadimplente da pensão alimentícia, das medidas cautelares do processo penal, a fim de evitar a prisão, não tem por objetivo tomar o lugar da prisão como solução para o recebimento da dívida, mas oferecer alternativas a esta prisão, no sentido de que a dívida possa ser paga sem que o devedor seja submetido aos seus deletérios efeitos, sobretudo quando esta prisão não paga a dívida.

Da esfera criminal podemos usar a monitoração eletrônica prevista no inciso IX, do artigo 319 do Código de Processo Penal, já que as demais medidas previstas no citado artigo da lei processual penal encontram similares com fundamento na esfera cível, como a limitação de final de semana, a proibição de frequentar determinados lugares, a prisão domiciliar entre outros.

O monitoramento eletrônico através da tornozeleira eletrônica é meio alternativo que pode ser perfeitamente usado para os devedores da obrigação alimentar inadimplentes a fim de evitar a prisão deste devedor. Trata-se de um dispositivo eletrônico fixado no tornozelo da pessoa monitorada que controla a localização desta pessoa através do uso do recurso do GPS (*Global Positioning System*) e que ainda possibilita a comunicação com a pessoa monitorada por meio de aparelho celular.

O uso deste instrumento tecnológico pode ser uma ferramenta poderosa para ser restringir a prisão do devedor da obrigação alimentar dentro desta visão de que a prisão civil deve ser um último recurso, permitindo ao devedor inadimplente da obrigação alimentar que sob o monitoramento eletrônico possa desenvolver atividades econômicas que lhe permitam pagar a obrigação alimentar devida ao alimentado sem que seja encarcerado.

4.3 PROPORCIONALIDADE, ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE COMO CRITÉRIOS DE AMPLIAÇÃO DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO CIVIL.

Já afirmamos que vida e liberdade são direitos humanos fundamentais e que tais direitos diz respeito à dignidade da pessoa humana, daí porque quando na obrigação alimentar não satisfeita é necessário fazer uma ponderação com juízo de proporcionalidade, razoabilidade e necessidade no choque destes dois direitos humanos fundamentais que são a vida e a liberdade.

A vida deve prevalecer sobre a liberdade, todavia, em situações como ocorre quando a perda da liberdade por si só não garante a manutenção da vida, a liberdade deve prevalecer. Tal circunstância pode ocorrer quando preso, ainda assim o devedor da obrigação alimentar não consegue pagar os alimentos devidos, devendo desta forma existir alternativas a prisão deste devedor.

A prisão do devedor dos alimentos é uma última razão, e não garante a satisfação do credor, não garante o pagamento da dívida, não garante a manutenção da própria vida. Apresentadas as propostas de medidas alternativa à prisão do devedor dos alimentos, cabe fazer

a ponderação entre os dois direitos fundamentais envolvidos com base na adequação e na necessidade de um em relação ao outro para cada uma das propostas apresentadas.

“No conflito entre princípios, deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha ser excluído do ordenamento por irremediável contradição com o outro” (BRANCO, 2002, p.88). Segundo Robert Alexy, a ponderação é a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, denominada de lei da ponderação, que determina que quanto maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em atender ao outro.

Os princípios da adequação e necessidade referem-se às possibilidades fáticas de otimização relativa. A otimização em relação às possibilidades fáticas consiste em evitar sacrifícios evitáveis. Os sacrifícios, no entanto, são inevitáveis quando os princípios colidem entre si. Ponderá-los, portanto, se torna indispensável (ALEXY, 2008, p. 18).

A ponderação é uma técnica que sua utilização permite a solução de conflitos normativos com a busca do valor colidente que deve prevalecer no sentido de uma amplitude maior da dignidade humana, é como uma balança que deve pender para o valor que melhor garantir o respeito pleno a dignidade da pessoa humana, de uma visão *pro homine* do problema.

Um exemplo bem claro do que propomos aplicar com as medidas alternativas à prisão no embate vida *versus* liberdade deu-se com a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade, que impedia a propositura e uma nova ação que poderia ter um resultado diferente em razão da descoberta de novas tecnologias. Típico caso de colisão de valores constitucionais, de um lado a segurança da coisa julgada, de outro lado a garantia do reconhecimento de um direito personalíssimo de perfilhação e uma busca pela dignidade da pessoa humana em ter sua origem biológica reconhecida foi solucionada por técnica de ponderação pelo Superior Tribunal de Justiça²⁷.

²⁷Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação, doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso Acolhido. Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame de DNA ainda não era disponível, nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. [...] A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a justiça tem de estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade. Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum (STJ – Resp 226.436/PR, Rel. Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, DJU 4.2.2002).

O que pretendo demonstrar é que entre vida e liberdade, com as medidas alternativas da prisão do devedor alimentar em um conflito inevitável de dois princípios fundamentais, se faz necessário fazer uma ponderação de que em determinadas situações a liberdade deve prevalecer sobre a vida porque a vida não estará garantida, e as medidas alternativas propostas são o caminho para afastar a perda inútil da liberdade com a consequente ofensa à dignidade da pessoa humana decorrente da prisão nestas circunstâncias.

Para tanto, em relação a cada uma das medidas alternativas à prisão do devedor da obrigação alimentar, na ponderação entre vida e liberdade, deve ser aplicar a proporcionalidade sob o aspecto da adequação e necessidade. A adequação consiste no meio capaz usado pelo intérprete para atingir o fim previamente proposto e a necessidade que esse meio escolhido entre dois adequados se mostre necessário na medida que intervém de modo menos intenso no princípio escolhido.

A primeira fase é a da adequação. Nela, deve-se mensurar se o meio empregado para a realização do ato em comento foi devidamente adequado para o fim válido buscado pelo Estado. Se a resposta for sim, passa-se a verificação da segunda fase da proporcionalidade. Nesse momento, far-se-á um juízo de necessidade da medida especulada. Aqui não basta que o meio seja adequado, ele deve ser o mais adequado possível, em outras palavras, deve ser o meio mais eficaz e menos danoso para a obtenção do fim auferido. Se, ainda assim, for percebido que há mais de um meio adequado e necessário, chega-se a fase derradeira da máxima da proporcionalidade. A terceira fase, denominada de proporcionalidade em sentido estrito, nada mais é do que um sopesamento realizado entre os princípios que garantem a medida estatal e que a refutam. É o momento em que será feita a ponderação entre os princípios que, *prima facie*, deveriam prevalecer o caso concreto. Essa ponderação é a resposta para se chegar ao esclarecimento do caso concreto. A medida mais proporcional sempre será aquela em que o grau de satisfação do princípio constitucional fomentado justifique o grau de intervenção do princípio constitucional restringido (ALEXY, 2008, p. 660).

O que digo e pretendo demonstrar é que nas situações em que no conflito entre vida e liberdade, quando a prisão não garante a manutenção da vida, o encarceramento é uma medida inútil, daí porque a apresentação de alternativas da prisão em uma visão *pro homine* garantidora da dignidade da pessoa humana.

Sabemos e não refutamos a realidade de que em muitos casos a simples ameaça da prisão faz com que o devedor da obrigação alimentar consiga os valores em atraso e pague o que está devendo ao credor alimentado simplesmente pelo temor de ser recolhido à prisão. Todavia, existem situações que mesmo a ameaça da prisão não é suficiente ao pagamento da dívida, que não estará garantida pela prisão como exaustivamente já falamos, e que em caso de sua execução, pode agravar ainda mais a situação do credor alimentado colocando em risco a sua própria sobrevivência.

De modo que no juízo da adequação, a substituição da prisão pelas medidas alternativas à prisão que propomos se mostra adequada quando a prisão não garante o recebimento do crédito alimentar. Da mesma forma ao impedir o encarceramento desnecessário, possibilitando ainda que o devedor consiga meios para pagar a sua dívida alimentar, as medidas alternativas obtêm um fim adequado pelos meios mais eficazes e menos danosos possíveis de serem arrançados.

Portanto, se a prisão não resolve a dívida, as medidas alternativas são um caminho a fim de evitar uma medida inútil, preservando a liberdade e dando ao devedor a possibilidade do pagamento do que deve ao credor. A lista de devedores como proposta alternativa a prisão do devedor de alimentos revela-se como medida adequada e eficaz ao devedor que preso não consegue satisfazer a dívida com o credor alimentado.

A lista de devedores, a exemplo do que existe atualmente nos países como a Argentina e o Peru, evita uma prisão inútil, traz uma série de dificuldades na esfera civil ao devedor que passa a ter restrições a determinados direitos, que por conta destas restrições procurará satisfazer o que deve ao credor alimentado o mais rapidamente possível, além do que haverá sempre o desconforto de ter o nome inscrito em um cadastro negativo que poderá ser consultado por terceiros.

A lista como medida alternativa possibilita ao devedor da obrigação alimentar meios de prover o pagamento sem ter que se recolher inutilmente ao cárcere onde efetivamente ficará, por noventa dias, sem desenvolver qualquer atividade que possa ajudá-lo a satisfazer a obrigação. Portanto, entre a não garantia do recebimento da obrigação pelo credor(vida)em confronto com a possibilidade de restrições a direitos do devedor sem a prisão(liberdade)esta última solução deve preponderar sobre a primeira.

A crítica que se pode fazer a esta medida alternativa é de que a mesma não garante o pagamento da obrigação alimentar, todavia, a prisão como exaustivamente temos dito também não garante, entretanto, as restrições que o devedor passa ter em sua vida pessoal e, sobretudo a possibilidade de ter seu nome consultado em uma lista pública de devedores de alimentos pode ser uma alternativa viável aos deletérios efeitos de uma prisão que não soluciona o problema do credor alimentado que é o recebimento da pensão devida.

A criação de um fundo de garantia para pagamento de pensões não pagas pelo devedor da obrigação alimentar é outra proposta que se insere no contexto de uma medida alternativa adequada e eficaz no sentido de evitar a prisão do devedor da obrigação alimentar. É adequando no sentido de que este fundo, mantido e gerido pelo Estado (União e Estados membros) com

recursos advindo de impostos ou contribuições sociais²⁸, sub-rogando-se na obrigação do devedor da obrigação alimentar.

Tal medida impediria a prisão do devedor da obrigação alimentar assegurando ao credor alimentado os recursos necessários para a sua manutenção. Trata-se de medida alternativa à prisão de cunho assistencial, de seguridade social, com provisão no artigo 194 da Constituição Federal de 1988 com financiamento previsto no artigo 195 da Magna Carta.

A crítica que se pode apresentar a esta proposta de alternativa a prisão do devedor alimentar é que tal medida tornaria muito fácil a vida do devedor da obrigação alimentar que poderia simplesmente alegar não ter condições de satisfazer a obrigação devida para se escusar ao pagamento, impondo a toda sociedade o peso através do pagamento da obrigação alimentar por meio do fundo constituído por impostos e contribuições sociais que deve ser do devedor alimentante decorrente ou do poder familiar, das relações de parentesco ou até mesmo do dever de mutua assistência no casamento ou na união estável.

Ocorre que o Estado brasileiro já adota políticas semelhantes, em que toda a sociedade é chamada a arcar com os custos da assistência social, através da seguridade social, a uma camada de pessoas da sociedade considerados hipossuficientes, com o pagamento da aposentadoria rural, com o pagamento de benefício mensal a idosos e a deficientes e com a instituição do bolsa família como política de renda mínima.

O artigo 203 da Constituição Federal de 1988 estabelece que a assistência social será prestada a quem dela necessite independentemente de contribuição à seguridade social e tem como objetivo, nos termos dos incisos I e II, a proteção à família, à maternidade, a infância, à adolescência, e o amparo às crianças e adolescentes carentes.

De forma que existe amparo constitucional para a criação deste fundo que seria mais uma ação do já existe rol de ações de assistência social no âmbito da seguridade social praticada pelo Estado brasileiro de um modo geral. Todavia, com a sub-rogação do Estado na dívida do devedor da obrigação alimentar, passa a ser este responsável em quitar a dívida para com o fundo das pensões não pagas, evitando assim a prisão sem que o devedor da obrigação alimentar se exima por completo da dívida que é sua.

A criação deste fundo de garantia para pensões não pagas é medida alternativa à prisão do devedor insolvente da obrigação alimentar, impedindo a prisão do devedor e garantindo a manutenção do credor alimentado. As medidas do artigo 139 do Código de Processo Civil

²⁸Com fundamento nos artigos 145 e 149 combinados com o artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal de 1988 uma vez que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado que assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram.

brasileiro como alternativas à prisão do devedor da obrigação alimentar também se mostram adequadas e necessárias como alternativas a evitar a prisão civil do devedor insolvente, tanto na fixação de uma multa, no recolhimento domiciliar, na limitação de frequência determinados lugares e na restrição de direitos.

A multa com castigo (*astreint*), não se confundindo com a correção da obrigação devida em decorrência a mora, é uma das possíveis alternativas a evitar a prisão do devedor da obrigação alimentar, pois pode constituir-se em medida coativa a impedir que o devedor da obrigação alimentar não seja preso e possa, em liberdade, providenciar os meios necessários a satisfação do crédito de alimentando.

Todavia, a multa como alternativa a prisão, deve obedecer a critérios particulares do caso concreto como a efetiva situação econômica e social do devedor, as condições que terá de satisfazê-la, juntamente com a obrigação principal, caso seja aplicada como alternativa a prisão. Só terá eficácia, portanto, somente será adequada e necessária se a aplicação da multa para evitar a prisão, no caso concreto, tenha o devedor reais condições de providenciar a quitação o débito com o acréscimo da multa que não o faria caso estivesse preso.

Outra alternativa ao recolhimento prisional do devedor dos alimentos é o recolhimento domiciliar, noturno ou em finais de semana. Evita-se a prisão com o recolhimento domiciliar e a possibilidade da manutenção das atividades econômicas do devedor da obrigação alimentar que permitirá ao devedor adimplir sua obrigação que não o faria com o recolhimento celular. Trata-se de uma medida altamente eficaz para profissionais liberais e autônomos em que a prisão além de não permitir uma atividade econômica ao devedor da obrigação alimentar, vai impedir completamente a este devedor que satisfaça sua obrigação.

Tanto a prisão domiciliar como o recolhimento noturno ou em finais de semana é medida alternativa a prisão que deve ser sopesada de acordo com a realidade econômica e social do devedor, sua adequação e necessidade como medida alternativa a prisão reside no ato de que preso não há a possibilidade do devedor da obrigação alimentar auferir renda, recolhido a noite ou aos finais de semana o devedor mantém a possibilidade de manutenção de sua atividade econômica para a obtenção de renda e via de consequência satisfazer a obrigação alimentar devida.

Neste mesmo sentido e com os mesmos fundamentos também pode ser aplicada a limitação e frequência a determinados lugares, sempre levando em consideração as condições pessoais do devedor, para que se aplique tal medida alternativa a prisão, condicionada a possibilidade do pagamento do que é devido pelo devedor dos alimentos.

A restrição de direitos também pode ser uma alternativa a prisão nos moldes da prisão domiciliar e da limitação de frequência a determinados lugares, sobretudo para quem possui atividade autônoma, em que se limita direitos que não influenciarão na atividade econômica do devedor, garantindo-lhe que com a aplicação da medida alternativa tenha condições de pagar o que deve ao credor alimentado, o que não seria possível com seu recolhimento à prisão.

Também podem ser aplicadas como medidas alternativas a prisão do devedor da obrigação alimentar o impedimento da renúncia da herança ou da sub-rogação das doações feitas ao devedor dos alimentos para o nome do credor da obrigação alimentar, evitando assim a prisão.

No âmbito do direito sucessório a medida pode ser aplicada quando já aberta a sucessão impede-se a renúncia com a finalidade de garantir ao credor o recebimento do que lhe é devido sem a necessidade da prisão do devedor. Não obstante a possibilidade de depois de feita a partilha o credor ir buscar junto ao patrimônio do devedor a satisfação do crédito, neste caso a sub-rogação em nome do credor encurta este caminho, evita a prisão, e garante ao credor a satisfação de seu crédito alimentar. O mesmo se dá nas doações com a sub-rogação do direito ao credor da obrigação alimentar.

O regime de guarda e de visitas também pode ser adequando como medida alternativa prisão do devedor da obrigação alimentar na medida em que naquelas relações afetivas não atingidas pela separação dos genitores, a perda ou a restrição do contato do devedor da obrigação alimentar com o credor pode ser uma medida muito mais eficaz do que a prisão, que não vai garantir o pagamento do que é devido, já a possibilidade de ter a guarda compartilhada alterada para unilateral e o direito de visitas alterados, podem mover o devedor a satisfazer a obrigação alimentar.

A crítica que se pode fazer a esta medida é de que atinge mais um direito do credor alimentado quando menor do que o do devedor alimentante, visto que ter contato com os genitores é um direito do menor, todavia o receber os alimentos também é um direito, que está sendo negligenciado e a medida como alternativa a prisão no sentido de fazer o devedor honrar com sua obrigação é um meio disponível para o recebimento desta obrigação sem que o devedor venha ser preso, que não vai garantir a satisfação da obrigação.

Por fim da seara criminal podemos usar como alternativa a prisão do devedor da obrigação alimentar a tornozeleira eletrônica, ou a monitoração eletrônica. Com tal dispositivo evita-se a prisão, restringe-se as atividades do devedor da obrigação alimentar, sem contudo, levá-lo à prisão, possibilitando que o mesmo possa desenvolver suas atividades econômicas a fim de satisfazer a obrigação alimentar.

Assim como as medidas da multa, prisão domiciliar, da restrição de direitos e da limitação de frequência a determinados lugares, o uso da monitoração eletrônica deve levar em consideração as circunstâncias pessoais do devedor da obrigação alimentar, circunstâncias estas que lhe permitirão, ao ser monitorado e não preso, continuar ou buscar a desenvolver atividades econômicas que lhe permitam satisfazer o débito alimentar.

Nesse sentido a medida é adequada uma vez que garante ao credor o recebimento da obrigação alimentar sem que o devedor da obrigação alimentar venha ser privado de sua liberdade. Portanto, estas medidas apresentadas sob a adequação e a necessidade, em um juízo de proporcionalidade, demonstram que em situações em que a prisão não significa o recebimento da obrigação alimentar, as alternativas a esta prisão com a possibilidade do pagamento do débito alimentar pelo devedor constituem-se em alternativa com viés *pro homine* em vista da preservação da dignidade da pessoa humana.

4.4 PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Como fundamento legal a embasar a aplicação das medidas alternativas propostas, dentro deste juízo de proporcionalidade, se faz necessário a criação de normas legais que apresentamos em minutas de alteração legislativa.

Entre estas propostas de *lege ferenda*, apresentamos uma minuta de Emenda Constitucional, e três minutas de Leis Ordinárias. A minuta de Emenda Constitucional trata do acréscimo do parágrafo 9º ao artigo 226 da Constituição Federal de 1988 para instituir o Fundo Nacional de Garantia de Pagamento de Pensões Alimentícia.

Trata-se de alteração constitucional para tornar constitucional tal política de assistência social mediante a criação constitucional do Fundo com o objetivo de garantir o pagamento as pensões que não forem honradas pelos devedores a serem doravante suportadas pelo Estado brasileiro.

Em decorrência desta Emenda Constitucional criando o Fundo Nacional de Garantia de Pagamento de Pensões Alimentícias, se faz necessária a Lei Ordinária instituindo o referido Fundo. Tal lei disciplina os casos de uso do Fundo Nacional de Garantia de Pagamento de Pensões não pagas bem como a origem dos recursos que devem fazer parte deste Fundo, a gestão, fiscalização e execução deste programa de assistência social.

Também apresentamos uma minuta de Lei ordinária instituindo o Cadastro Nacional de Devedores de Alimentos, quem será inscrito no referido cadastro, como se dará a inscrição e a consulta e a regulamentação deste cadastro que será necessária para a sua utilização. Finalmente

uma minuta de Lei Ordinária no sentido de acrescentar ao § 4º do artigo 529 do Código de Processo Civil brasileiro a possibilidade de aplicação pelo juiz na fase da cobrança dos alimentos das medidas alternativas que apresentamos neste trabalho para evitar a prisão do devedor da obrigação alimentar bem como que tratam da mudança da guarda e da convivência e da renúncia à herança e a doação.

CONCLUSÃO

A prisão civil por dívidas em pleno século XXI é algo que gera inquietação e comporta profundo questionamento pela natureza gravíssima da medida coercitiva para recebimento de dívida que ofende a dignidade da pessoa humana.

A obrigação alimentar decorre do poder familiar, das relações de parentesco e do dever de mútua assistência entre os cônjuges no casamento e entre os companheiros na união estável. São as fontes da obrigação alimentar, destas fontes surge o fundamento para a cobrança da obrigação alimentar, sendo que em nosso ordenamento jurídico a cobrança desta obrigação se dá pela satisfação da dívida com a garantia do patrimônio do inadimplente e em uma segunda possibilidade pela prisão do devedor da obrigação alimentar.

Em nosso sistema legal duas eram as hipóteses de cabimento de prisão por dívida, a primeira era a do depositário infiel, e a segunda a do inadimplente da obrigação alimentar. Em relação a prisão do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal, em controle de convencionalidade, entendeu que esta modalidade de prisão contraria a Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, assinada e ratificada pelo Brasil, extirpando tal possibilidade de prisão civil do ordenamento jurídico pátrio com a edição da súmula vinculante nº 25.

Todavia, o próprio Supremo Tribunal Federal confirmou a possibilidade da manutenção da prisão do devedor da obrigação alimentar, pois o Pacto de São José da Costa Rica, ao mesmo tempo em que afirma não ser cabível a prisão de uma pessoa por dívida, excepciona a possibilidade do uso desta prisão para os casos de devedores de alimentos, o inadimplente de pensão alimentícia.

É de conhecimento geral, sobretudo daqueles que trabalham com o direito de família que a ameaça da prisão faz aparecerem os valores devidos pelo devedor da obrigação alimentar ao credor da obrigação alimentar.

Também é de conhecimento público, e esta é uma realidade nacional, decorrente das contínuas e permanentes crises econômicas e de oportunidade de emprego que este país vive, que as varas de família nos tribunais brasileiros estão abarrotadas de ações de cobrança de alimentos com a ameaça da prisão pelo não pagamento da obrigação alimentar.

Nosso trabalho não tem como objetivo questionar a validade e a eficiência desta prisão, a sua constitucionalidade e a sua validade na ordem jurídica o Supremo Tribunal Federal já analisou e confirmou a sua legalidade.

O que o nosso trabalho questiona e procura trazer como solução é aquela prisão que não garante o recebimento da dívida pelo credor alimentado, aquela prisão que além de impedir que o devedor da obrigação alimentar tenha condições de honrar com a sua obrigação, ainda pode atrapalhar a possibilidade deste pagamento, tornando-se inútil, uma vez que a prisão do devedor inadimplente da obrigação alimentar limita-se ao tempo máximo de noventa dias, sendo solto após o decurso deste prazo, com ou sem o pagamento da dívida.

Esta prisão inútil e ineficiente, sem a garantia do pagamento do que é devido ao credor da obrigação alimentar a fim de garantir a sua subsistência, ou em última instância, a sua vida, é totalmente descabida e desnecessária, ferindo a dignidade da pessoa humana com a perda da liberdade sem qualquer resultado.

Portanto, este é o problema que nos move. Se a prisão atinge seu objetivo com o recebimento da dívida pelo credor alimentado, ela é válida e eficaz, se a prisão não atinge o seu objetivo, e ainda que ocorra, o credor da obrigação alimentar não consegue receber a obrigação necessária à sua manutenção, à manutenção de sua existência, a prisão é um sacrifício inútil e desnecessário.

Desta forma apresentamos duas hipóteses em nosso trabalho capaz de resolver a inutilidade e ineficiência de uma prisão que não resolve o problema do recebimento da obrigação alimentar pelo credor alimentado.

A primeira hipótese diz respeito a possibilidade de existência de outros meios menos gravosos para recebimento da obrigação alimentar sem a necessidade da prisão inútil e ineficaz quando com sua ocorrência o credor alimentado não consegue receber a obrigação alimentar.

A segunda hipótese diz respeito a proposição, inclusive de proposta de mudança legislativa, de medidas alternativas a prisão do devedor da obrigação alimentar quando esta prisão não for útil e eficaz para o recebimento da dívida, considerando que no sistema jurídico brasileiro esta prisão por dívida é uma *ultima ratio*, além do que pela gravidade desta prisão que atinge diretamente a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional primeiro de nossa ordem jurídica, cabe e deve se ter uma visão *pro homine* do problema e de sua solução.

Estas propostas vão desde a criação de um cadastro nacional de devedores de alimentos, da instituição de um fundo nacional garantidor do pagamento de pensões não pagas, da aplicação de multa, do recolhimento domiciliar, da restrição de direitos e do uso da tornozeleira eletrônica.

Cada proposta foi submetida a um juízo de proporcionalidade com a análise de sua adequação e necessidade justificar que entre uma subsistência (direito a vida) não garantida e a prisão inútil (liberdade), deve prevalecer esta última.

Não há sentido em prender alguém quando esta prisão não traz o resultado esperado, quando esta prisão não garante ao credor alimentado o recebimento a obrigação alimentar não satisfeita e pode inclusive, agravar a situação do devedor alimentante dificultando ainda mais o recebimento da obrigação alimentar pelo credor alimentado.

De forma que demonstramos que as alternativas a prisão do devedor da obrigação alimentar que preso não vai satisfazer a obrigação, constitui-se em medida eficaz e adequada a garantir a dignidade da pessoa humana, evitando-se uma prisão inútil e desnecessária, em uma visão *pro homine*, possibilitando ainda ao devedor da obrigação alimentar que tenha condições de satisfazer sua dívida para com o credor alimentado.

Finalmente, para fechar o objetivo do nosso trabalho de trazer alternativas à uma prisão inútil e desnecessárias, trazemos proposta de *lege ferenda* a estabelecer um fundamento legal a autorizar o juiz a aplicar estas medidas alternativas para evitar esta prisão inútil e desnecessária.

Para tanto trazemos uma minuta de Emenda Constitucional instituindo o Fundo de Garantia para Pensões não Pagas, a minuta de uma Lei ordinária regulamentando o Fundo de Garantia de Pensões não Pagas, uma minuta de Lei Ordinária instituindo o Cadastro Nacional de não Pagadores de Pensão, uma minuta de Lei ordinária acrescentando um parágrafo 4º, ao artigo 529 do CPC, com rol de medidas alternativas à prisão que poderão ser aplicadas pelo juiz.

Portanto, ao concluirmos nosso trabalho esperamos que estas propostas possam ser uma solução para prisões inúteis e ineficientes, levando-se em conta uma visão de direitos humanos e de respeito à dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. 1 ed., Florianópolis: Qualis, 2015.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6 ed., Rio de Janeiro: 1997.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.07, v.01, 2006. Disponível: <<http://www.esdc.com.br>>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gioti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs). *As novas faces do ativismo judicial*, 2 ed., Salvador: Juspodium, 2013.

BARUFFI, Helder; BARUFFI, Ana Cristina. A obrigação alimentar no direito brasileiro e os direitos humanos: uma releitura à luz dos tratados internacionais. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, v. 4, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Hemus Editora, 1983.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 12 ed., São Paulo: Atlas, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

_____. **Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. In MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Hermeneutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CAHALI, Yussef Saide. **Dos Alimentos**. 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CALDEIRA, Adriano Cesar Braz. **NCPC e a necessária renovação dos parâmetros de atuação processual frente as demandas de família**. In: *Processos em Jornadas/Coordenadores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Ricardo de Carvalho Aprigliano, João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e André Ortheman*- Salvador: Jus Podium, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNEIRO, Sérgio Barradas. **Direito das famílias na contemporaneidade – questões controvertidas**. Salvador: Jus Podium, 2017.

CASCUDO, Luis da Câmara. **Civilização e Cultura**. São Paulo: Global, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2005.

DWORKING, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípios**. Tradução Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOULCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento a prisão**. Tradução Lígia Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1987.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luis. **Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo: RT, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e Sua Efetivação Pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KONRAD, Hesse. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Alimentos: Doutrina e Jurisprudência**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008.

MACHADO NETO, Antônio Luis. **Sociologia Jurídica**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Humanos**. 4 ed., São Paulo: Método, 2017.

MELLO, Celso de Albulquerque. **Curso de direito internacional público**. 12 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. **Tratado de direito privado**. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9 ed., São Pulo: Atlas, 2013.

MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa humana e os direitos humanos**. Rio de Janeiro: PUC, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de Família no novo código civil**. In: Cadernos Jurídicos, n. 13. São Paulo, Imprensa Oficial, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica**. Bauru: Javoli, 1980.

PIOVEZAM, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Prisão Civil e os Direitos Humanos**. São Paulo: RT, 2004.

RABELLO, José Geraldo de Jacobina. **Alienação fiduciária em garantia e prisão civil do devedor**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades do voluntarismo à concretização dos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

REALE, Miguel. **Introdução à Filosofia**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 4 ed., Rio de Janeiro: 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SANCHIS, Luis Prieto. **El Constitucionalismo de los Derechos; Teoria do Neoconstitucionalismo**. Ensaio Escogidos. Madrid: Instituto de Investigações Jurídicas, 2002.

SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 5 ed., São Paulo: Método, 2010.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos: liberdades públicas e cidadania**. 4 ed.. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder parental nos casos de divórcio**. Coimbra: Almedina, 1997.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado-direito de família**. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

APÊNDICES

Apêndice A: Minuta de Emenda Constitucional

Acrescenta o parágrafo 9º ao artigo 226 da Constituição Federal para instituir o Fundo Nacional de Garantia de Pagamento de Pensões Alimentícias(FNGPPA).

As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do artigo 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Artigo 1º Acrescentar o parágrafo 9º ao artigo 226 da Constituição Federal que terá a seguinte redação:

O Estado assegurará o pagamento de pensões alimentícias em atraso em decorrência do poder familiar, das relações de parentesco e do dever de mútua assistência através do Fundo Nacional de Garantia de Pagamento de Pensões Alimentícias, a ser instituído por Lei, com a participação paritária dos entes federados.

Artigo 2º Esta Emenda Constitucional entrará em vigo na data de sua publicação.

Apêndice B: Minuta de Lei Ordinária

Institui o Fundo Nacional de Garantia de Pagamento de Pensões Alimentícias (FNGPPA).

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Artigo 1º Institui o Fundo Nacional de Garantia de Pagamento de Pensões Alimentícias.

Artigo 2º O Fundo Nacional de Garantia de Pagamento de Pensões será usado para pagar pensões em atraso em decorrência do poder familiar, das relações de parentesco e do dever da mutua assistência no casamento e na união estável.

Artigo 3º Serão usadas verbas do FNGPPA para pagamento dos três últimos meses vencidos decorrentes de decisão judicial, de acordo judicial homologado em juízo ou de acordo extrajudicial mediante requisição judicial de ordem de pagamento.

§ 1º O pagamento da pensão como uso do FNGPPA sub-roga o fundo nos direitos de cobrança do credor originário.

§ 2º Caberá a União, Estados e Municípios, instituir programas de emprego ao devedores do fundo a fim de que possam ressarcir o fundo com o pagamento das despesas das pensões.

Artigo 3º A gestão, a alocação de recursos e a prestação de contas entre a União, Estados e Municípios se dará no forma do programa Bolsa Família instituído pela Lei 10.836 de 09 de janeiro de 2004, utilizando-se a mesma estrutura de gestão, fiscalização e execução já existente naquele programa.

Artigo 4º Decretos Federal, Estaduais e Municipais deverão regulamentar esta lei unificando a atuação dos entes federados na execução deste programa.

Artigo 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Apêndice C: Minuta de Lei Ordinária

Institui o Cadastro Nacional de Devedores de Alimentos.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Artigo 1º Fica instituído o Cadastro Nacional de Devedores de Alimentos.

Artigo 2º O cadastro Nacional de devedores de alimentos funcionará nos moldes das certidões espedidas pelo Poder Judiciário dos Estados que deverão manter banco de dados com todas as informações dos devedores de alimentos.

Artigo 3º A inscrição e a retirada do nome do devedor dos alimentos no Cadastro Nacional de Devedores de Alimentos se dará exclusivamente por requisição judicial.

Parágrafo único. A inscrição se dará em caso de inadimplência de alimento decorrentes do poder familiar, das relação de parentesco e do dever de mutua assistência no casamento e na união estável.

Artigo 4º A consulta ao Cadastro Nacional de Devedores de Alimentos é publica devendo ser facilitado seu acesso.

Artigo 5º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará a atuação uniforme dos Tribunais Estaduais na instituição e manutenção do Cadastro Nacional de Devedores de Alimentos.

Artigo 6º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Apêndice D: Minuta de Lei Ordinária

Acrescenta o § 4º no artigo 529 do Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105 de 16 de março de 2015).

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Artigo 1º Acrescenta o § 4º ao artigo 529 da Lei 13.205 de 16 de março de 2015 que terá a seguinte redação:

Verificando o juiz, de ofício ou a requerimento do executado, que a prisão do devedor da obrigação não garantirá a satisfação da dívida e pode constituir-se em ônus para o pagamento, poderá aplicar as seguintes medidas alternativas à prisão do executado:

- I. Pagamento da obrigação pelo Fundo Nacional de Garantia de Pagamento de Pensões Alimentícias;
- II. Inscrição do executado no cadastro nacional de devedores de alimentos;
- III. Aplicar multa sobre o valor já devido;
- IV. Recolhimento domiciliar noturno e em finais de semana;
- V. Limitação de frequência a lugares;
- VI. Recolhimento de carteira de motorista, de passaporte, cancelamento do cadastro da pessoa física ou qualquer outra medida restritiva de direito que implique na possibilidade de pagamento da obrigação pelo executado;
- VII. Invalidação com sub-rogação de direito em caso de renúncia de herança ou de doação de bens pelo executado;
- VIII. Alteração das regras da guarda, da visitação e do período de convivência do alimentado;
- IX. Uso de tornozeleira eletrônica.

Parágrafo único. Aplicada a medida alternativa somente será revogada após a quitação integral da dívida, exceto no caso do inciso I em que o crédito alimentar fica sub-rogado ao Fundo Nacional de Pagamento de Pensões Alimentícias.

Artigo 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Apêndice D: Minuta de Lei Ordinária

Acrescenta o § 3º do artigo 1808 da Lei nº 10.206/2002 (Código Civil).

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Artigo 1º Acrescenta o § 3º ao artigo 1808 da Lei 10.206 de 10 de janeiro de 2002 que terá a seguinte redação:

Fica sub-rogado o credor da obrigação alimentar nos direitos sucessórios em caso de renúncia com o objetivo de frustrar o pagamento do débito alimentar.

Artigo 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Apêndice E: Minuta de Lei Ordinária

Acrescenta o § 6º do artigo 1586 da Lei nº 10.206/2002 (Código Civil).

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Artigo 1º Acrescenta o § 6º ao artigo 1586 da Lei 10.206 de 10 de janeiro de 2002 que terá a seguinte redação:

O juiz poderá como medida alternativa à prisão do devedor de alimentos alterar a guarda compartilhada ou unilateral, bem como o direito de visitas e o direito de convivência a evitar a prisão do devedor de alimentos.

Artigo 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Apêndice F: Minuta de Lei Ordinária

Acrescenta o artigo 554-A da Lei nº 10.206/2002 (Código Civil).

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Artigo 1º Acrescenta o artigo 554-A da Lei 10.206 de 10 de janeiro de 2002 que terá a seguinte redação:

Fica sub-rogado o credor da obrigação alimentar nos direitos da renúncia a doação se esta se fizer com o objetivo de frustrar o pagamento da obrigação alimentar.

Artigo 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.