



Universidades Lusíada

Miguêz, Kescianny Sueley de Barros 1989-

A prisão civil do devedor de alimentos no Brasil à luz da instrumentalização do direito penal

<http://hdl.handle.net/11067/3645>

Metadados

Data de Publicação	2014
Resumo	A utilização da prisão civil como um instrumento de afirmação das decisões judiciais na execução da obrigação alimentar gera grande polémica nos tribunais brasileiros. Destarte esta situação, é unívoco o entendimento de que aos menores compreende o direito natural a alimentos, e ao ordenamento jurídico, deve-se respeito às decisões judiciais. A instrumentalização da coercibilidade penal surge desta necessidade de reafirmação e protecção, ultrapassando assim, o crescente esvaziamento executório d...
Palavras Chave	Alimentos (Direito da família) - Brasil, Alimentos (Direito da família) - Disposições penais - Brasil, Pensão alimentar - Brasil
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-15T08:15:38Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA
Faculdade de Direito
Mestrado em Direito

**A prisão civil do devedor de alimentos no Brasil
à luz da instrumentalização do direito penal**

Realizado por:
Kescianny Sueley de Barros Miguêz

Orientado por:
Prof.^a Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa

Constituição do Júri:

Presidente: Prof.^a Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo
Orientadora: Prof.^a Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa
Arguente: Prof.^a Doutora Cristina Manuela Araújo Dias

Dissertação aprovada em: 10 de Outubro de 2014

Lisboa
2014



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

A prisão civil do devedor de alimentos no Brasil à luz
da instrumentalização do direito penal

Kescianny Sueley de Barros Miguêz

Lisboa

Maio 2014



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

A prisão civil do devedor de alimentos no Brasil à luz
da instrumentalização do direito penal

Kescianny Sueley de Barros Miguêz

Lisboa

Maio 2014

Kescianny Sueley de Barros Miguêz

A prisão civil do devedor de alimentos no Brasil à luz da instrumentalização do direito penal

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Prof.^a Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa

Lisboa

Maio 2014

Ficha Técnica

Autora Kescianny Sueley de Barros Miguêz
Orientadora Prof.^a Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa
Título A prisão civil do devedor de alimentos no Brasil à luz da instrumentalização do direito penal
Local Lisboa
Ano 2014

Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa - Catalogação na Publicação

MIGUÊZ, Kescianny Sueley de Barros, 1989-

A prisão civil do devedor de alimentos no Brasil à luz da instrumentalização do direito penal / Kescianny Sueley de Barros Miguêz ; orientado por Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa. - Lisboa : [s.n.], 2014. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

I - SOUSA, Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de, 1957-

LCSH

1. Alimentos (Direito da família) - Brasil
2. Alimentos (Direito da família) - Disposições penais - Brasil
3. Pensão alimentar - Brasil
4. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Teses
5. Teses - Portugal - Lisboa

1. Support (Domestic relations) - Brazil
2. Support (Domestic relations) - Criminal provisions - Brazil
3. Alimony - Brazil
4. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Dissertations
5. Dissertations, Academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KHD527.M54 2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que abre meus caminhos, e demonstra a todo momento que com perseverança e fé, nada é impossível.

Logo depois, agradeço à excelentíssima Senhora Prof. Doutora. Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa, da qual tenho imensa honra de ter me orientado nesta tese, obrigada por iluminar o caminho a que deveria seguir, pelo incentivo nas horas frágeis, e ainda, por tão iluminadas palavras de amizade.

O meu imenso reconhecimento à Universidade Lusíada de Lisboa, pela atenção e caloroso acolhimento, em especial agradeço à Elisabete, Rosa e Susana pela instrução e calma, vocês me guiaram quando eu mais precisava.

Aos Defensores Públicos, primeiramente, ao Dr. Ubirajara Costa Chaves que aprofundou meus conhecimentos no ordenamento pátrio, nomeadamente na área penal, e ainda, à Dr.^a Nádia Amaral dos Santos, que ensinou-me o quão importante é a missão de acautelar o complexo interesse da família, ampliando assim, meus conhecimentos para novos horizontes. Vocês são meus maiores exemplos de ética e profissionalismo, muito obrigada pelo apoio e aprendizado.

À minha querida e guerreira mãe Marilene Barros, e ao meu irmão Bruno Miguêz, vocês que sempre acreditaram mais em mim do que eu própria, agradeço pela condição, amizade e esforço, somos mais do que uma família, somos parte um do outro, este trabalho é conjunto, pois, sem vocês, tudo não passaria de um sonho.

Meus agradecimentos abrangem ainda à minha Tia Carmen Iêda, e em especial aos meus amigos, vocês são a minha segunda família, obrigada pela calma e conforto que proporcionam ao meu coração em todos os momentos, pois foi com este que eu vos escolhi, e é nele que vos guardo.

“Não me cabe conceber nenhuma necessidade tão importante durante a infância de uma pessoa, que a necessidade de sentir-se protegido por um pai.”

FREUD, Sigmund. (2010) - O Mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias e outros textos. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras.. V. 18 (Obras completas)

APRESENTAÇÃO

A prisão civil do devedor de alimentos no Brasil à luz da instrumentalização do Direito Penal

Kescianny Sueley de Barros Miguêz

A utilização da prisão civil como um instrumento de afirmação das decisões judiciais na execução da obrigação alimentar gera grande polémica nos tribunais brasileiros. Destarte esta situação, é unívoco o entendimento de que aos menores compreende o direito natural a alimentos, e ao ordenamento jurídico, deve-se respeito às decisões judiciais. A instrumentalização da coercibilidade penal surge desta necessidade de reafirmação e protecção, ultrapassando assim, o crescente esvaziamento executório do direito aos alimentos declarado pelos tribunais.

Palavras-chave: alimentos, prisão, instrumentalização, coercibilidade.

PRESENTATION

The civil imprisonment of the maintenance debtor in Brazil face of the orchestration of the Criminal Law

Kescianny Sueley de Barros Miguêz

The use of civil imprisonment as a means of affirming the judgments in the execution of the maintenance obligation generates great controversy in the Brazilian courts. However, it is true in case law the natural obligation of maintenance their children, and, to balance and respect to the domestic legal system, all should respect of judgments. The orchestration of penal enforcement arises as necessary for affirmation and protection, thereby overcoming, the growing failure to execute in case of maintenance judgments rendered by the courts.

Keywords: maintenance, imprisonment, orchestration, enforcement.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

- CC - Código Civil
- CPC - Código de Processo Civil
- CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil
- ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente
- STF - Supremo Tribunal Federal
- STJ - Supremo Tribunal de Justiça
- TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
- TJSC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- TJSP - Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1.	Introdução	19
2.	Da Relação do Direito da Família e o Direito Penal.....	23
3.	Objecto Primário: obrigação alimentar.....	27
3.1.	Visão Histórica.....	27
3.1.1.	No Direito Romano e Justinianeu	27
3.1.2.	No Direito Canónico	29
3.1.3.	Evolução legislativa e doutrinária interna	30
3.2.	No Direito Comparado	32
3.2.1.	Na Argentina e No art. 14 do Código de Processo Civil : Do registro de devedores alimentários Morosos.....	32
3.2.2.	Em Portugal e no Brasil: Da dualidade e possível subrogação do devedor em Portugal.....	34
3.3.	Características da obrigação de se prestar alimentos.....	37
3.3.1.	O art.º 1.707 Código Civil e a estatuição da irrenunciabilidade.	38
3.3.2.	A obrigação de se prestar alimentos como um direito personalíssimo.	39
3.3.2.1.	A intransmissibilidade como corolário da personalidade.	40
3.3.2.2.	Da impossibilidade de se ceder débitos alimentares.....	40
3.3.2.3.	Da impossibilidade de compensação por outra dívida e imprescritibilidade.....	41
3.3.2.4.	Da preferência da obrigação alimentar e sua irrepitibilidade.	42
3.4.	Da dúplice modalidade de prestação de alimentos.	43
3.5.	A prestação de alimentos como uma obrigação natural.....	44
3.6.	Sujeitos e legitimidade à prestação alimentar	45
3.6.1.	Dos possíveis alimentados.....	46
3.6.1.1.	A legitimidade dos filhos com prova pré-constituída da relação parental: Dos filhos tradicionalmente legítimos.....	46
3.6.1.2.	A legitimidade dos filhos tradicionalmente ditos ilegítimos: A isonomia dos filhos nos termos do art. 227 § 6º da Constituição Federal	46
3.6.1.3.	A legitimidade dos filhos adoptados.....	49

3.6.1.5.	A legitimidade dos filhos maiores.....	50
3.6.1.6.	Casos de Tutela e guarda de menor.....	51
3.6.2.	Dos possíveis alimentantes.....	52
3.6.2.1.	A efectivação do dever de sustento dos genitores.....	52
3.6.2.2.	Da subsidiariedade da responsabilidade dos avós (alimentos avoengos)	52
3.7.	Possibilidade e Necessidade como requisitos na determinação do “ <i>quantum</i> ”.....	53
3.8.	Alimentos provisórios, provisionais e antecipados.	56
3.9.	Traços gerais da acção e execução de alimentos.....	56
3.9.1.	A Acção de alimentos como concretização da obrigação alimentar.	56
3.10.	Características da sentença determina prestação de alimentos.....	60
3.10.1.	Das execuções directas:.....	63
3.10.1.1.	Execução através de desconto em folha.	63
3.10.1.2.	Execução de alimentos provisionais e por quantia certa: Art.º 732 e 735 do Código de Processo Civil.....	63
4.	Da execução indirecta: A prisão Civil do devedor de alimentos.....	65
4.1.	Evolução histórica.....	65
4.1.1.	Primeiros indícios.....	65
4.1.2.	Evolução legislativa: A pré-codificação brasileira.	66
4.2.	No Direito Comparado	67
4.3.	A prisão civil do devedor de alimentos e outros diplomas.....	68
4.3.1.	Constituição.	70
4.3.2.	Lei 5478/68 Alimentos.....	71
4.4.	A importância da Convenção Americana de Direitos Humanos.	72
4.5.	Da Colisão de direitos Fundamentais.	74
4.6.	O art.º 733ºCPC: Uma análise da pena imposta.	76
4.6.1.	Do inadimplemento voluntário e inescusável: A Exigibilidade De 3 Meses para aplicação do 733:.....	77
4.6.2.	Da má utilização do termo pena para a prisão civil: O art. 733 § 2º.....	79

5.	A instrumentalização da coercibilidade Penal como forma de cumprimento da obrigação de alimentos.....	83
5.1.	A coação e o Poder coercitivo.....	84
5.2.	Do sujeição à sanção assumida pelo inadimplente.....	86
5.2.1.	O inadimplente face ao risco de aplicação da norma.: A consequência da caracterização como mandamental.....	87
5.2.2.	A dupla possibilidade do alimentário face omissão: escolha ou cumulação da Execução pelo art. 733 com o crime de abandono material art. 244 Código Penal Brasileiro.....	88
5.3.	Do controle social exercido pelo direito penal.....	90
5.3.1.	O Direito penal como ultima ratio.....	90
5.3.2.	A instrumentalização do Direito Penal.....	91
5.4.	Da instrumentalização do direito penal na assistência ao menor.....	93
5.5.	A prisão civil nos tribunais brasileiros.....	95
5.6.	Da fiscalização das despesas do alimentando como importante instrumento de tutela do menor.....	97
6.	Considerações finais.....	99
	Referências.....	101
	Bibliografia.....	105

1. INTRODUÇÃO

O especial interesse da doutrina e jurisprudência por institutos declarativos deixou uma enorme fenda em matéria de execução. Esta desídia acarretou falhas na defesa dos interesses dos particulares, e em consequência, gera uma forte necessidade de se recorrer a tratados e princípios que cedam força aos ditames dos tribunais na tutela dos direitos dos particulares.

Desde logo, determinou-se assim, a necessidade de reformular e utilizar mecanismos mais rígidos para melhor aplicação do direito. O art.º. 5º inciso LXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 revela um exemplo desta situação, ao estabelecer a excepcional possibilidade da prisão em caso de dívida alimentar.

Neste ceara torna-se importante a abordagem do método de execução da prestação alimentar que se alicerça no limite entre público e privado, entre o que se é moral e o que é penalmente relevante, bem como, a demonstração a mais-valia penal nesta forma de coerção.

Seria um caso simples em que se subsume a maior parte dos diplomas contemporâneos, onde os *média*, alguns operadores do direito, e também os responsáveis por políticas públicas, clamam institutos jurídicos que cubram desvios morais para atender a interesses de determinadas classes, e o legislador, que se encontra pressionado por estes, emite respostas imediatistas a estes problemas?

Muito se discute e se aplica a respeito da condição dos menores. Estes que se vêem muitas vezes desolados, sem as bases fundamentais de uma família estável, e ainda, inseridos em uma sociedade que tudo se torna tão facilmente superficial, instantâneo e descartável, vêem muitas vezes, nos comportamentos desviantes, o único caminho a seguir.

Esta observação e a emergente protecção, tem, em princípio, responsáveis naturais, a família, o primeiro e mais importante núcleo na vida de todos nós seres humanos. Esta é responsável pela determinação do nome, nutrição, forma de vida e molde da personalidade primária de cada um, protegendo e não deixando-os subjugados.

Inicialmente era de fácil entendimento a subordinação dos sujeitos ao pater familii sendo este responsável por todos que se viam debaixo de seu poder, mas após uma gradativa manutenção da equiparação dos cônjuges, contemplamos a igualdade jurídica dos pais na manutenção e educação dos filhos e nas prestações a eles

devida. Em detrimento destas mudanças o Direito buscou ao longo de todo este percurso alcançar uma eficácia razoável ao caso concreto, mas o que se viu com estas mudanças foi a degradação da instituição familiar, e em contrapartida, a necessidade do aparecimento de institutos que resguardam os sujeitos mais frágeis desta situação, os filhos e as mulheres.

Relativamente à mulher encontram-se vários institutos que as acolhem, seja em âmbito geral tal como o art.º 129 do Código Penal Brasileiro, ou em âmbito especial como a Lei Nº 11.340, de 7 de Agosto De 2006, mais conhecida como “Lei Maria da Penha” que pretende coibir actos de violência doméstica.

Mas este trabalho encontra-se no outro polo, o da busca pela defesa da dignidade dos menores preservada pelo Estado de Direito que se encontram inseridos e tutelados.

É praticamente inadmissível nos dias de hoje, a incontestabilidade da prisão e estabelecimento de regras especiais para um marido/companheiro que agride a sua mulher, e não ser também tão repugnante e aceitável, a prisão daquele que não cumpre o mandamento judicial de prestar o alimento suficiente para a nutrição do seu sangue.

A execução de alimentos representa a acção que mais tramita nas varas da família, urge-se daí, a sua grande importância tanto para a doutrina, quanto para a jurisprudência, como forma de melhor entendimento do porquê da escolha pelo instituto da prisão civil, para o melhor entendimento da sua inserção e eficácia no contexto do ordenamento pátrio.

Grandes passos foram dados, tais como maior rigidez na aplicação da pena de abandono material prevista no art.º 244 do Código Penal Brasileiro que pretende acautelar a incúria dos que estão obrigados à assistência familiar. Mas em concreto, no nosso ordenamento isto não é suficiente. A prática demonstra que mediante a inversão do ónus no artigo supra citado para a parte autora vários são aqueles que não cumpriam com sua obrigação causando o efeito reverso à finalidade da prevenção geral.

A busca pela organização deste desequilíbrio seguiu a visão do utilitarismo das penas introduzido no século XVIII por Beccaria, e neste viés, o fim último do art. 733º do Código de Processo Civil não é exclusivamente punir, como veremos, o indivíduo pelo delito, mas sim, coagi-lo a não inadimplir a prestação alimentícia.

O Direito acolhe os fragilizados, através da racionalização de institutos eficazes para protecção destes, mas com a preocupação de não perder de vista, o equilíbrio para com os direitos de outros cidadãos

A coerção que assombra os indivíduos que não se interessam em prestar o mínimo de subsistência aos seus, é a última saída encontrada para acautelamento desta situação que, como veremos, contém o conflito entre, de um lado o mínimo de dignidade que deverá ser proporcionada ao menor, e do outro a liberdade do indivíduo que abandona seu descendente à própria sorte.

Considera-se de forte relevo a importância do estudo nesta área¹, e, para melhor objectividade decidiu-se dividir em três partes o tema proposto: Caracterização da obrigação alimentar, posteriormente a definição do instituto da prisão civil, e ainda, como cerne da questão, a determinação da instrumentalização da coercibilidade penal nesta situação em especial.

Coloca-se ainda a questão, de que se esta é de facto a melhor, ou a única saída encontrada no contexto cultural tupiniquim em que se insere. E ainda, a análise da prisão civil como uma questão formalmente cível ou também poderá ser considerada como cível substancialmente, desmistificando sua inclusão apenas na esfera criminal.

Analisar-se-á a partir da visão histórica, doutrinária e legislativa a saída encontrada pelo legislador para se acautelar a situação da constante fuga dos devedores à execução tradicional da prestação de alimentos, tão importante para os menores.

Por fim, ressalta-se a ciência de que o produto desta dissertação não tem a pretensão de exaurir todos os fatos, nem esgotar tal matéria que por si desenvolve ao longo dos anos à partir de considerações jurídicas, culturais, sociais e psicológicas, mas sim, analisar e contribuir com este instituto tão diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro, e para reafirmação da sua importância na defesa dos menores.

¹ Verificado empiricamente durante estágio na 1ª Vara Criminal da Defensoria Pública de Teófilo Otoni-Minas Gerais, e ainda, nas actuação e aprendizagem, também com a população hipossuficiente na 1ª

2. DA RELAÇÃO DO DIREITO DA FAMÍLIA E O DIREITO PENAL

Em princípio, e em ordem de razão, observa-se que a família detém um lugar cativo de supremacia, e protecção no direito brasileiro. Depreende-se isto, da importância das normas contidas na Constituição Federal Brasileira de 1988², que demonstram expressivamente a predominância dos seus principais institutos no direito pátrio, como oportunamente extrai-se do *caput* de seu art.º 226: “A família, base da sociedade, tem especial protecção do Estado.”(Brasil,CF/88)

No citado artigo, evidencia-se a preocupação do Estado na persecução da protecção da entidade familiar. Percebemos ainda, em relação ao pátrio poder, a preocupação advinda da declaração da entidade estatal, da falta de possibilidades dos institutos sociais face à enorme demanda de alimentos e bem de família. Neste viés a Lei e o Estado, tentam evitar o desamparo total destes entes, equalizado com sua falta de possibilidades, obrigando assim os responsáveis naturais e mais próximos destes entes fragilizados a ajudarem-se mutuamente, e vedando ainda no ordenamento pátrio, a possibilidade do único imóvel da família.³

Destacando a protecção de que gozam os menores, oportuno assim se torna, ressaltar o “princípio da prioridade absoluta” preconizado no art.º 227 da CF/88⁴ que determina em seu *caput*:

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

Este princípio demonstra a elogiável afirmação da prioridade absoluta deste grupo social, de uma forma tão enfática, que não se observa a nenhum outro grupo constitucionalmente protegido⁵.

² BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado,

³ CORNELIUS Castoriadis (2002), em sua obra, A democracia como procedimento e como regime. In : As Encruzilhadas do Labirinto. A ascensão da insignificância. Vol. IV. Rio de Janeiro, Paz e Terra, p, 265, afirma que , a esfera privada é o sítio no qual, deve-se interter, assim: “A *oikos*, a casa-família, a esfera privada, é o campo no qual, formalmente e em princípio, o poder não pode nem deve interter. Assim como as demais questões deste campo, mesmo isso não pode e não deve ser tomado em sentido absoluto: a lei penal proíbe atingir a vida ou a integridade corporal dos membros da família e a instrução das crianças é obrigatória até mesmo nos governos mais conservadores.(...)”.

⁴ Redacção estabelecida pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010.

⁵ Ao nível inconstitucional, o que torna a protecção apenas como sendo ordinária e não constitucional, portanto menos ampla, encontra-se também especial protecção aos idosos pela Lei nº 10.741, DE 1º de outubro de 2003.

Como normas inseridas em esfera privada que são, o Direito da Família situa-se no extremo liame entre o público e o privado. Em pauta, cumpre-nos observar, que em cirúrgica análise ao Direito do Menor, verifica-se que este integra uma destas situações, edificado em âmbito cível, mas essencialmente localizado e protegido por institutos Públicos. Relativamente ao especial interesse do estado na protecção dos seus futuros cidadãos, e em ordem de razão, infere-se condizente noção os ensinamentos do professor Thomas Marky, em seu livro curso elementar de Direito Romano⁶:

“Por outro lado, examinando as classificações sistemáticas, encontramos a distinção entre direito público e direito privado. O primeiro regula a atividade do Estado e suas relações com particulares e outros Estados. O direito privado, por sua vez, trata das relações entre particulares: *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet* (Inst. 1.1.4 - D. 1.1.1.2). Relacionada ainda com esta distinção é aquela de *ius cogens* e de *ius dispositivum* (direito cogente e direito dispositivo).

Cogente é a regra que é absoluta e cuja aplicação não pode depender da vontade das partes interessadas. Tem que ser obedecida fielmente; as partes não podem excluí-la, nem modificá-la. Neste sentido os romanos diziam: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (D. 2.14.38): o direito público não pode ser alterado por acordo entre particulares. Assim, para que houvesse compra e venda, precisava-se do acordo das partes sobre a mercadoria e preço. As partes não podiam alterar essa regra, celebrando compra e venda sem estipular o preço, por exemplo. O direito dispositivo, por sua vez, admitia uma autonomia de vontade dos particulares: suas regras podiam ser postas de lado ou modificadas pela vontade das partes. Assim, na compra e venda, o vendedor respondia pelos defeitos da coisa vendida. Essa era uma regra dispositiva, pois, por acordo expresso, as partes podiam excluir essa responsabilidade do vendedor”

Neste viés, a Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, norma de importantíssimo valor em solo pátrio, demonstra claramente a pertença da protecção dos menores à esfera do Direito Público⁷, e inda, como se nota, desvelar-se em norma cogente, não podem os particulares alterarem suas questões essenciais, apenas as manipula em zonas externas que imperam a autonomia da vontade

Como consequência e respaldo em sede ordinária no art.º 4 da ECA, o princípio da prioridade absoluta afunila-se, e estabelece, no parágrafo único do citado artigo em sua letra c) a garantia da compreensão da prioridade na “preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas”, auferindo a defesa deste princípio, ao

⁶ MARKY, Thomas. Curso elementar de Direito Romano. p, 12

⁷ A determinação relativa à enorme intervenção e fiscalização de algumas das várias intervenções pelo Ministério Público efectiva o entendimento da forte proximidade dos institutos relativos aos menores em zonas que substancialmente pertencem ao Direito Público.

Ministério Público que como defensor da Constituição que é tem, nos termos do art.º 127 CF/88 a legitimidade para propor acção civil pública que defenda esta prioridade dos menores.

O conjunto de normas que postulam o Direito Penal ⁸, e sua consequente jurisprudência, não poderiam ser alheios a esta influência, visto que, seu objectivo imediato é preservar o bem-estar da sociedade, através da protecção de bens jurídicos fundamentais.

Ademais, o Direito da família, sobressai em relação ao Direito Civil em que esta inscrito, pela predominância de normas imperativas e assentamento de direitos indisponíveis ou irrenunciáveis, tal como, a declaração das consequências da filiação, do nome, e em especial análise, a inferência dos alimentos.

A partir destas observações, impõe-se esmiuçar o instituto da prisão civil, pois este demonstra, através do interessante ponto de visível ligação entre o Direito Penal e o Direito da Família, a instrumentalização daquele na questão da defesa do Direito à vida e à dignidade dos menores, que , por ordem de razão pertence a este.

⁸ In troduzido em nosso ordenamento jurídico em 1940 pelo Decreto-Lei nº 2.848, DE 7 de Dezembro de 1940.

3. OBJECTO PRIMÁRIO: OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

3.1. VISÃO HISTÓRICA

3.1.1. NO DIREITO ROMANO E JUSTINIANEU

O Direito contemporâneo tem na sua origem a quebra de paradigma introduzido pelo Direito Romano, esta importante forma de ordem social, vigorou por mais de doze séculos e, ainda hoje, se faz presente na maioria dos institutos nacionais.

Em princípio, sobreleva a questão de que a prestação alimentícia não é logicamente, um pensamento actual, visto que, para além da vivência natural em família, iniciaremos sua análise do registro nas leis romanas com sendo uma obrigação do *pater* para com a família.

A família romana erguia-se em torno do *pater familiae*, sendo que, neste indivíduo, se concentrava todos os direitos sem qualquer obrigação para com seus dependentes. Para além desta questão, tais dependentes não poderiam exercer nenhuma intenção patrimonial⁹ contra o titular da *pátria potestas*.

Tenha-se presente a existência de três categorias de filhos no Direito Romano, que são os *iusti* ou *legitimi*, os vulgo *quarsiti* ou vulgo *concepti* e os *naturales liberi*:

Em ordem de razão, temos que os primeiros entendem os de *iustae nuptiae*, os adoptivos e os legitimados existindo entre si relações que independem da *pátria potesta*, entre eles e seus pais; entre ambos, reciprocamente, havia direito a alimentos.

Os vulgo *quaesiti* são aqueles que eram gerados de união ilegítima não tem juridicamente pai não existindo a possibilidade do pai natural reconhecê-los ou legitimá-los duas são as regras que se lhes aplicam sendo elas os pais serem estranhos a ele não havendo portanto quaisquer direitos ou deveres.

Quanto aos *naturalis liberi* são aqueles nascidos das relações de concubinato, este surgindo apenas no direito pós-clássico e entende o poder de através da *legitimatio*, tornar-se filhos legítimos, estavam sujeitos a regime especial que decorria entre pai e

9 ORESTANO, Ricardo,(1937)“ *Alimenta*”, *nuovo digesto Italiano*, Torin o: Utet, 1937 I p. 328;

naturales liberi há reciprocamente direito a alimentos e direito restrito de sucessão *ab intestato* (Moreira, 2012, p. 293),¹⁰.

Por sua vez, os nascituros, detém o direito de receber alimentos do pai desde o colo materno por aplicação da máxima *infans conceptus*, assim, até que a acção de alimentos lhe são fornecidos na pessoa de sua mãe que nutre o seu sangue; a obrigação alimentar, assim vinculada por força de simples presunção de paternidade, não prejudica a questão de estado já existente, pois, o direito é exercido instrumentalizando a sua genitora.

No polo ativo, o Digesto, apud José Carlos Moreira, enuncia a obrigação de alimentos como sendo do *parens*¹¹ e não do do *pater*, e do polo passivo ligado à *cognatio* ou seja parentesco de sangue mesmo em relação ao filho saído do pátrio poder por emancipação. Com o tempo a evolução jurídica fez com que a obrigação de alimentos fosse retirada da estrita ligação com o pátrio poder e se vinculasse à filiação, ao sangue e ao afeto tal como adoptado por Ulpiano (D. XXV, 3,5,1.) o que resultaria no dever de sustento do pai de origem mesmo que o sujeito fosse adoptado por outrem. (*idem*, 2012 p. 234),

Segundo Ramón Bonet¹², posteriormente:

“No Direito justinianeu reconheceu-se o dever de prestar alimentos entre ascendentes e descendentes em linha reta ao infinito, paternos e maternos na família legítima, e entre ascendentes maternos, pai e descendentes na família ilegítima, excepto incestuosos¹³, e muito provavelmente pertence a esse período a extensão da obrigação alimentar em linha colateral”.

Estabeleceu-se assim, o início de um novo entendimento desta prestação para com os cônjuges ascendentes e descendentes, irmãos e irmãs elaborada pelos glosadores e comentadores¹⁴.

Assim, o dever que anteriormente era de cariz moral transformou-se em obrigação jurídica de assistência socorro. Ademais, Nas relações extraconjugais estáveis, havia o que denominava-se *concubinatum* que nesta época ao contrario da actualidade, não resultava em nenhuma consequência jurídica. Os filhos não eram subordinados à

10 MOREIRA, J. C., (2012). Direito Romano, II, p.317

11 D. XXV, 3, 5, pr. Deagnoscendis et alendis liberis, 5, pr. Si quis a liberis alo desideret, vel si liberi, ut a parente exhibeantur, iudex de ea re cognoscet; D. XXV, 3,5,1. Sed utrum eos tantum líberos, qui sunt in potestate, cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos, vel ex alia causa sui iuris constitutos, videndum est;

12. BONET, Ramón, (1991) Derecho de Familia, n.155, p.693

13. “ex nefariis vel in cistis vel damnatis complexibus”

14. *Obr. Cit* p.74

pátria potestas do pai, recebiam a denominação de *liberi naturales*, não podiam ser adotados pelo pai e eram considerados quase como indignos.

Para além da forte e inegável influência, dos germânicos no sistema brasileiro, temos ainda, a herança prestada pelos visigodos que trouxeram a afectividade para onde a família é o centro do afeto e cuidado dos entes mais novos

Mas, relativamente aos institutos principalmente codificados, para além da influência do Direito tal como *jus civilis* e *jus gentium* Romano Privado, nas estruturas fundamentais do o Direito Civil Ocidental, temos como outra importante quebra de paradigma, o Direito Canónico.¹⁵

3.1.2. NO DIREITO CANÓNICO

Com origem na Idade Média, o Direito Canónico contou com toda sua legislação compilada no “*Corpus Iuris Canonici*”¹⁶ pelo Concílio de Basileia(1431-1443) e influenciou veemente as instituições do Direito da Família e Direitos Reais.

Insta logicamente, uma perene procura de sempre aproximar a lei, da utópica e tão sonhada justiça através da interpretação do evangelho, e dinamização deste, com Direito da Família.

Ao contrário da tradição romana que negava o vínculo alimentar, parental e sucessório entre filhos adulterinos e incestuosos deve-se a igreja o direitos destes a terem alimentos como explicita o Monóquio de Prasmptionibus, L. VI, Prae. 54, n. 9 “*Contra haec tamen hodie stat pontificium ius, quod ab omnibus creditur plurimum illegitimis filiis faverem eis que alimenta saltem a parentibus concedere.*”¹⁷

Nestes termos demonstra o ilustre jurista Jorge Miranda:

É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem acepção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados a imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus, que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir. (Miranda, 2000, p. 17):

Em ordem de razão, tal como Dalmo de Abreu Dallari, que partilha a afirmação de que:

¹⁵ *Obr. Cit.*

¹⁶ O Direito Canónico está nos decretos compilados por Gracin ano na “ Concordia discordantium canonum”, nos Decretall de Gregório IX, no Liber sextus” de Bonifácio VII e no Liber septimus Decrtalium de João XXII

¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira (2012), Direito Romano, II, n.293, p.317

No final da Idade Média, no século XIII, aparece a grande figura de Santo Tomás de Aquino, que, tomando a vontade de Deus como fundamento dos direitos humanos, condenou as violências e discriminações, dizendo que o ser humano tem direitos naturais que devem ser sempre respeitados, chegando a afirmar o direito de rebelião dos que forem submetidos a condições indignas. (Dallari, 2000, p. 54),

Por fim, cumpre-se esclarecer uma questão complementar, que indica como possível a origem de obrigação alimentar com fundamento, tanto pelo o vínculo institucional com a Igreja, como pelo Monastério, clero e patronato, e também pelo elo espiritual entre padrinho e afilhado batizado.

3.1.3. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E DOUTRINÁRIA INTERNA

O assento de 9 de abril de 1772 é um marco histórico ao firmar com força de lei às exceções da determinação de que “cada um deve alimentar-se sendo estes aos descendentes legítimos e ilegítimos; ascendentes, transversais, irmãos legítimos e ilegítimos, primos e outros consanguíneos legítimos, primos e outros consanguíneos ilegítimos”.

Estes princípios vem a ser posteriormente reproduzidos por Teixeira de Freitas¹⁸ na sua obra de “Consolidação as Leis Civis” como se extrai:

- 1º Se contra eles haviam cometido os filhos alguma ingratidão pela qual pudessem ser deserdados,
- 2º Se, sem justa causa, abandonassem a casa dos pais, faltando-lhes com os obséquios e respeitos devidos,
- 3º Se casassem contra a vontade dos pais, não tendo sido a falta do consentimento suprida pelo juiz. Para os irmãos, cessava a obrigação alimentar quando o alimentado se retirava da casa do irmão a quem tinha pedido alimentos, e também quando casava sem autorização dos pais comuns. (Freitas, 2003, Art. 170 § 3º 4º e 5º)

O texto desta época mais aclamado no meio doutrinário, está inserido nas Ordenações Filipinas¹⁹, e afirma que:

Se alguns órfãos forem filhos de tais pessoas, que não davam ser dados por soldados, o Juiz lhes ordenará o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado, e tudo mais em casa um ano. E mandará escrever no inventário, para se levar em conta a seu Tutor, ou até a idade de 12 anos. E daí em diante lhes ordenará sua vida de ensino segundo a qualidade de suas pessoas e fazenda

Neste passo, com a emergente sociedade moderna, a verificação de novos ditames e necessidades da classe burguesa, para além, da centralização do poder político,

¹⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003

¹⁹ ORDENAÇÕES, Filipinas (1595). Título LXXXVIII Dos Juizes dos Órfãos, livro 1. In: FREITAS, Augusto Teixeira de (2003). Consolidação das Leis Civis. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial.

introduziram enormes modificações na estrutura social e legal, onde o direito passa a ser o mesmo para todos dentro do reino, sem as inúmeras fontes de comando que caracterizavam o medievo; uma mudança de mentalidade, os fenômenos passa a ser explicada cientificamente, através da razão e não apenas através de uma visão religiosa, ocorrendo portanto uma mundialização da cultura. (Martínez, 1999, p. 115-127)

Outra questão relevante é ao nível jurisprudencial, onde verificou-se uma evolução de conceitos, e a necessidade de unificação das leis extravagantes, retirou do meio jurídico a antiga visão da obrigação alimentar como sendo um efeito jurídico do casamento, estabelecendo-a como dever dos cônjuges para com a prole.

Até o Código de 1916, o direito civil era uma legislação avulsa formada pelas Ordenações Filipinas, alvarás, avisos e leis extravagantes.²⁰ Mas, no Código Civil de 1916, a adoção de um sistema liberalista e racional, não autorizava o reconhecimento dos filhos nascidos fora do casamento.

A mulher *desquitada* deveria manter a sua moral inalterada, pois esta era uma das condições para receber alimentos, assim, caso quisesse exercer a sua liberdade sexual a mulher deveria sofrer a perda deste direito²¹. Introduziu-se o binómio necessidade-possibilidade e o direito a alimentos pode não ser exercido, mas a ele não se pode renunciar. (Beviláquia. Direito de Família, 1930, p. 386)

Nesta ordem, posteriormente, a Lei 6.515 conhecida como “Lei do Divórcio” determinou, em seu art.º 19º a obrigação de alimentar como sendo recíproca entre os cônjuges.

Mas, apesar deste avanço, estabeleceu-se ainda que o cônjuge responsável pela separação judicial prestaria ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar. Tal determinação criou, assim um problema ainda maior em relação à barreira aos pedidos de separação, e ainda, problemas de prova pois ao autor da acção cabia o ónus de determinar a necessidade da prestação alimentícia, a sua inocência, e a culpa do cônjuge na separação.

O Código Civil de 2002 trata da obrigação de alimentar, optando por não fazer qualquer distinção dos tipos de filiação, inclusive, nas situações em que advierem da relação de parentesco, do rompimento do casamento ou da convivência.

²⁰. Beviláquia, Clóvis.(1930), Direito de Família. p. 387

²¹. Assim, a castidade in tegrava o suporte fático do direito a alimentos. Para fazer jus a eles, a mulher precisava provar não só sua necessidade, mas também sua castidade” (Dias,2005, p.445).

A ausência de qualquer diferenciação quanto à natureza desta obrigação tem gerado sérias controvérsias na doutrina actual.

3.2. NO DIREITO COMPARADO

Outro não é o escólio, se não de uma visão comum, dos ideais de justiça partilhados em todos ordenamentos deste planeta. Mas, em sua vez, o que torna único cada um, são os vários sentimentos que marcam sua história, resultando assim, no peso e na medida da importância estabelecida a determinadas acções dos sujeitos como passíveis ou não de punibilidade.

Nestes termos, não se deixa suprimir o modo como enxergam a obrigação alimentar nos países civilizados, em que uns se verifica o embasamento geral para execução de sentenças declarativas, e em outros, como no caso brasileiro, existe a necessidade de criar legislação especial para maior eficácia de questões urgentes e específicas.

A prática demonstra, a inutilidade da cópia de institutos alienígenas que demonstram ser eficazes, sem que o terreno interno seja fértil para colher resultados sólidos e duradouros. Cabe ao legislador e aos demais operadores do direito analisar para além da boa vontade do norte evolutivo que está a seguir, caso contrario, cairá na escassez e hipertrofia de leis que não cumprem o melhor para seu povo.

O estudo do direito comparado nos dá uma visão do que há de bom e mau internamente e externamente, o que deve ser aceite ou rejeitado, devendo ser feita uma leitura apenas para a compreensão do direito pátrio e enquadramento deste no contexto internacional.

Passemos à análise daqueles que são, na nossa opinião, tal como o ordenamento tupiniquim, os sistemas executórios a par dos convencionais, onde os ordenamentos tiveram de procurar alternativas distintas pra tutela dos menores.

3.2.1. NA ARGENTINA E NO ART. 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL : DO REGISTRO DE DEVEDORES ALIMENTÁRIOS MOROSOS

Inicialmente, cabe-nos ressaltar a extendida garantia de alimentos que, em princípio , decorre até os 21 anos, nos termos do artigo 3º da lei 26.579 , e ainda, pelo art 265 do Código Civil Argentino como se extrai :

Art.265.- Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos

E acrescenta em subsequente artigo:

Art.267.- La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad.

Com fundamento na Lei 269/1999, e sua posterior alteração pela Lei 13.074/2003, (norma surgida na província Buenos Aires Lei 269/2000, Chaco (Lei 4.767/2000), Córdoba (Lei 8892/2000), Mendoza (Lei 6879/2001), dentre outras) e ainda o Perú bem como, com a regulamentação pelo Decreto 340, de 08 de Março de 2004, criou-se o Registro de Devedores Alimentários Morosos com o objectivo de obter o adimplemento dos alimentos aos filhos menores.

Nestes termos, desde que ocorre a determinação ou homologação em sentença da prestação de alimentos e o sujeito deixa de pagá-la, o juiz ou a parte interessada, pede a inscrição do devedor em uma lista organizada na qual estão todos que devem todo ou em parte três cotas alimentares seguidas ou cinco alternadas, determinadas ou homologadas por sentença com vista a constranger a mora na prestação através de restrições pessoais, comerciais e bancárias ²²

Neste viés, e em proveito, demonstra-se a idêntica saída no ordenamento pátrio, relativamente ao art.º 14 no ordenamento pátrio que postula:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.(Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Brasil, Planalto, 27.12.2001)

²². Trata-se de sancionar a conduta morosa por meio de diversas restrições, que condicionam as atividades pessoais, comerciais e bancárias dos devedores recalcitrantes. Todo aquele que desejar realizar diversas atividades, como trâmites bancários (obtenção de crédito, abertura de conta corrente, cartões de crédito), obtenção ou renovação de licença para dirigir, habilitação para abertura de comércio ou indústria, concessões, licenças ou licitações, ocupar cargos públicos ou diretivos de pessoas jurídicas, postular cargo eletivo deverá obter previamente um certificado de que não é devedor registrado, cujo título tem validade por 30 dias. Também deverão exigir o certificado os leiloeiros, os colégios de profissionais, o conselho de magistrados para todos que postulem à magistratura ou servir como funcionários judiciais, as juntas eleitorais, o registro de veículos e de adoptantes

Ao estabelecer a multa a ser paga, demonstra-se claramente a provável equipação a que nosso ordenamento está a fazer rumo aos entendimentos do país vizinho, esta saída demonstrando assim, um viés que apesar de não racionalizar a coerção no sentido de acautelar a coercibilidade para o objecto imediato de prestação de alimentos, tem certa qualidade coercitiva ao determinar outra forma de restrição.

Na doutrina, os críticos entendem quão controverso é este instituto, que tal como o pátrio, resulta da restrição nomeadamente da privacidade e intimidade ao transformar o inadimplemento em uma questão pública dentre outros direitos do devedor, face aos direitos menor.

Em suma, entende-se que no ordenamento Argentino, e a partir da descoberta deste instituto no ordenamento pátrio, não estamos perante uma privação da liberdade mas sim, uma cassação de alguns dos direitos civis, como forma complementar de se assegurar o cumprimento da obrigação alimentar, bem como o cumprimento da decisão proferida.

3.2.2. EM PORTUGAL E NO BRASIL: DA DUALIDADE E POSSÍVEL SUBRROGAÇÃO DO DEVEDOR EM PORTUGAL.

No ordenamento jurídico Português temos traços marcantes que demonstram a sua estrita e importante influência para a tradição jurídica brasileira.

Em tela, temos que, os alimentos abrangem tudo o que se é indispensável para o sustento, habitação, vestuário, instrução e educação do menor de 18 anos, e caso não tenham completado a sua formação profissional, manter-se-á a obrigação alimentar em tempo razoável para se exigir aos pais este cumprimento.

É neste viés que o Código Civil determina as características da obrigação alimentar no seu art.º 2003, indicando como alimentos tudo o que se é “indispensável ao sustento, habitação e vestuário”, e completa em seu nº 2 que também compreendem “a instrução e educação do alimentado no caso de este ser menor. (Bastos, 2008,p. 621)”²³

Em consonância com o *fumus bónus iuris*, até a fixação dos alimentos definitivos, serão fixados os alimentos provisórios que não serão restituídos em nenhuma circunstância, mesmo que não advenha como favorável ao possível alimentando, a presente acção.

²³ Bastos, Jacinto rodrigues (2008), Código Civil Português-Anotado, p. 621

Ainda, como questão de fundamental importância e consequência, é a fixação da prestação, esta, tal como no ordenamento pátrio, respeita o binómio necessidade e possibilidade, como se extrai do seu art.º 2004 nº 2 demonstrando que “na fixação dos alimentos atender-se-á, outrossim, à possibilidade de o alimentando prover à sua subsistência.” (Bastos, 2008,p. 623)

Esta é uma das partes da dualidade a que este ordenamento se subsume, deve-se isto, à também possível tutela penal para efectivação do direito de sustento dos menores, tal entendimento extrai-se da seguinte disposição do art.º 250 no Código Penal vernáculo:

Nº. Quem, estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação no prazo de dois meses seguintes ao vencimento, é punido com pena de multa até 120 dias.

Nº2. A prática reiterada do crime referido no número anterior é punível com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.(Pizzarro, 2008, p.520)²⁴

Assim, o indivíduo quem violar obrigação legal de alimentos, sofrerá inicialmente multa, mas logo após a reincidência, recairá sobre a possibilidade de multa ou a decretação de prisão por não ter adimpliu-a.

No Brasil, ocorre tal possibilidade, sendo que passaremos à melhor análise em hora oportuna, cumprindo-nos demonstrar neste momento que a dualidade surge da protecção cível e da protecção penal determinada no art.º 244.

Em retorno à análise da esfera Cível lusitana, caso o sujeito obrigado não pague a prestação de alimentos no prazo de dez dias ocorrerá Dez dias ocorrerá a execução nos termos tradicionais, ou seja, a ingerência nos direitos patrimoniais do alimentário²⁵

Em outras situações, também é possível recorrer ao processo de execução especial por alimentos nos termos do art.º. 1118º e seguintes do Código de Processo Civil (Mesquita, Código de Processo Civil, p. 712).²⁶

²⁴ PIZZARRO, Carlota de Almeida, Vilalonga, José Manuel (2008), Código Penal, p. 520

²⁵ Art.º244: 1- Quando a pessoa judicialmente obrigada a prestar alimentos ou a pagar a pensão ou encargos do in ternoamento não satisfizer as quantias em dívida dentro de dez dias depois do vencimento, observar-se-á o seguinte:

a) Se for funcionário público, ser-lhe-ão deduzidas as respectivas quantias no vencimento, sobre requisição do tribunal tutelar dirigida à entidade competente;

b) Se for empregado ou assalariado particular, ser-lhe-ão deduzidas no ordenado ou salário, sendo para o efeito notificada a respectiva entidade patronal, que ficará na situação de fiel depositária;

c) Se for pessoa que receba rendas, comissões, percentagens, emolumentos, gratificações, participações ou rendimentos semelhantes, a dedução será feita nessas prestações quando tiverem de ser pagas ou creditadas, fazendo-se para tal as requisições ou notificações necessárias e ficando os notificados na situação de fiéis depositários.

2. As quantias deduzidas abrangerão também os alimentos que se forem vencendo, e serão directamente entregues a quem deva recebê-las.”

Para além desta dualidade, existe outra possibilidade, que é deveras interessante, sendo esta, a situação em que é a possível subrogação do devedor como extrai-se da brilhante explanação do Sr. Relator, Dr. Jacinto Meca, do 2º Juízo do Tribunal Judicial de Anadia que passamos à análise:

FUNDO DE GARANTIA DE ALIMENTOS DEVIDOS A MENORES (FGADM)
CONDIÇÕES DE FIXAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS A FAVOR DE MENOR
SUB-ROGAÇÃO DO FGADM .

Uma leitura integrada dos artºs 1º da Lei nº 75/98, de 19/11, e 3º do D. L. nº 164/99, de 13/05, permite concluir que o FGADM assegura o pagamento da prestação de alimentos a menores até ao início do cumprimento da obrigação por parte de pessoa judicialmente obrigada a fazê-lo, desde que se verifiquem os seguintes requisitos: - a pessoa judicialmente obrigada a prestar alimentos não satisfaça as quantias em dívida pelas formas previstas no artº 189º da OTM; - os rendimentos líquidos do menor sejam inferiores ao salário mínimo nacional, e não beneficie dessa medida de rendimentos de outrem a cuja guarda se encontre. (grifo nosso)

A responsabilidade do Estado pelo pagamento das prestações devidas a menores tem natureza autónoma e subsidiária em relação à anteriormente fixada ao progenitor/incumpridor, sendo o seu pressuposto a não realização coactiva da prestação através de alguma das formas previstas no artº 189º da OTM, ou seja, pressupõe a fixação prévia da obrigação de alimentos e a inviabilidade da sua cobrança coerciva.

E acrescenta:

A preocupação do legislador em conceder às crianças carecidas de alimentos o acesso a condições de subsistência mínimas não inviabiliza que possa ser paga pelo FGADM uma prestação superior ao valor devido pelo obrigado a alimentos.

Se fixada no âmbito do processo de incumprimento uma prestação superior à fixada no processo de regulação do exercício do poder paternal, a sub-rogação que o FGADM

²⁶ BRASIL,(2002) Decreto-Lei nº 44 129 de 28-12-1961,Código de Processo Civil, LIVRO III - Do processo, TÍTULO IV - Dos processos especiais, CAPÍTULO XIV - Da execução especial por alimentos, Artigo 1118.º - (Processo para a execução por prestação de alimentos) I. A execução por prestação de alimentos segue os termos do processo sumário, qualquer que seja o valor, com as seguintes especialidades:

a) A nomeação de bens à penhora pertence exclusivamente ao exequente, que a fará logo no requerimento inicial;

b) Só depois de efectuada a penhora é citado o executado;

c) Os embargos em caso nenhum suspendem a execução;

d) O exequente pode requerer a adjudicação de parte das quantias ou pensões mencionadas nas alíneas

e) e f) do n.º 1 do artigo 823.º que o executado esteja percebendo, ou de rendimentos a este pertencentes, para pagamento das prestações vincendas a partir da adjudicação. Esta adjudicação faz-se independentemente de penhora.

2. Se o exequente requerer a adjudicação das quantias ou pensões a que se refere a alínea d) do número anterior, o juiz ordenará a notificação da entidade encarregada de as pagar ou de processar as respectivas folhas, para entregar directamente ao exequente a parte adjudicada.

3. Se o exequente requerer a adjudicação de rendimentos, indicará logo os bens sobre que há-de recair e o juiz ordená-la-á relativamente aos que julgue bastantes para satisfação das prestações vincendas, podendo para tanto ouvir o executado.

À adjudicação proceder-se-á nos termos do artigo 880.º, com as necessárias adaptações.

venha a exercer contra o progenitor/incumpridor será apenas parcial e até ao limite da condenação deste último.²⁷

Nestes moldes, verifica-se a oportunidade do cumprimento desta obrigação, para os menos providos, sendo que o Estado chama para si a obrigação de se ente feita pela inscrição no Fundo de Garantia de Alimentos Devidos Aos Menores e pagamento a estes pelo instituto de seguridade social.

3.3. CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO DE SE PRESTAR ALIMENTOS

Indubitável, o dever moral e legal dos pais de sustentarem os filhos menores, esta é uma lei natural, e abrange fornecer, de forma igualitária, entre seus descendentes, alimentação, abrigo, vestuário, educação, bem como, tudo o que seja essencial para a sobrevivência e dignidade dos mesmos.

Os pressupostos do ónus alimentar estão previstos no art.º 1.695 do Código Civil²⁸, estabelece como

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 reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento
§ 1º do art. 1.694, complementa que “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Doutrinariamente existem duas formas de obrigações alimentares: as que resultam do pátrio poder que tem sua origem no dever de assistência aos menores, e outra, que se fundamenta no dever para com os parentes mais próximos. Em relação aos filhos menores, o pátrio poder tem como conteúdo a guarda, sustento e educação dos filhos, e ainda atribui, certos poderes e direitos aos pais para que seja facilitado o cumprimento dos deveres²⁹.

A obrigação de prover alimentos fundamenta-se no princípio da solidariedade, previsto pela Constituição, e encontra respaldo nos artigos 206, 1.694 e 1.710 do Código Civil e no artigo 22 do ECA³⁰, além de estar previsto em outras leis residuais. Seu descumprimento acarreta prisão por dívida, conforme autorizado pelo artigo 5º, inciso

²⁷ PORTUGAL, (2008) Jurisprudência do TRC, [consult. 12.01.2014] Disponível em WWW URL: < <http://www.trc.pt/index.php/jurisprudencia-do-trc/outros/112-movimento-judicial-ordinario-julho-2008-sp-17017> >

²⁸ Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002

²⁹ O art. 1.566, in c. IV, do Código Civil determina que a obrigação alimentar dos pais com relação aos filhos bem como no art.º 1.566, c. IV tal direito do menor como sendo dever de ambos os cônjuges

³⁰ *Obr. Cit.*

LXVII, da Constituição, bem como, possibilidade de se subsumir sanção penal prevista do artigo 244 CP.

A necessidade desta prestação não cessa ao se confrontar com a precariedade da situação económica dos genitores, o que irá mudar será o *quantum* prestado. A exoneração só ocorrerá ,como adiante veremos quando, a parte interessada demonstre a falta de necessidade do seu descendente.

Para uma análise mais cirúrgica deste instituto categoriza-se as suas principais características como sendo um direito pessoal, irrenunciável, intransmissível, não retroactivo e irrepetível, sendo que, passemos a analisa-las.

3.3.1. O ART.º 1.707 CÓDIGO CIVIL E A ESTATUIÇÃO DA IRRENUNCIABILIDADE.

A intenção subjacente ao instituto da obrigação alimentar é o de sustentar os que se vêem jogados à própria sorte, nestes termos, este interesse passa a ter carácter público, ficando assim, protegido pela falta de possibilidade de ser renunciado por seu titular nos termos do art.º 1.707 do Código Civil que abaixo se transcreve: Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.³¹

Neste artigo entende-se que o titular pode renunciar o exercício do direito, mas este, fica resguardado em possibilidade, de se peticionar alimentos no futuro.

Neste viés é de especial relevo os ensinamentos do ilustre jurista Orlando Gomes:

“O que ninguém pode fazer é renunciar a alimentos futuros, a que faça jus, mas aos alimentos devidos e não prestados o alimentando pode renunciar, pois lhe é permitido expressamente deixar de exercer o direito a alimentos; a renúncia posterior é, portanto válida” (2001, p. 329)³²

A súmula 379 do STF³³ estabelece que:

“No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais”. Desta forma afirma-se a impossibilidade da desquitada renunciar alimentos exopto os futuros.”

Por sua vez, Outra questão que se confunde como sendo renúncia ao direito de se receber alimentos, é o caso da desistência do recebimento das que se encontram em

³¹ *Obr. Cit.*

³² GOMES, Orlando (2001). Direito de família. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. p.329.

³³ BRASIL,(1964), SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Brasília, DF.

atraso. Segundo a jurisprudência o que ocorre é a falsa “dispensa” das parcelas vencidas que ocorre devido à inércia do titular, e não, ao contrário do que muitos defensores pensam, a exoneração da prestação dos alimentos ao menor.³⁴

3.3.2. A OBRIGAÇÃO DE SE PRESTAR ALIMENTOS COMO UM DIREITO PERSONALÍSSIMO.

Matéria assente em relação à prestação alimentar é a sua ligação a um direito de personalidade baseado no vínculo familiar que une o credor ao seu titular³⁵, decorrendo assim, a intransmissibilidade de sua titularidade por qualquer tipo de convenção.³⁶

Convém notar, que o princípio da pessoalidade da obrigação alimentar desdobra-se em importantes princípios que passamos a observar:

34 Este entendimento é ressaltado pela decisão da Quarta Câmara de Direito Civil de Blumenau, Santa Catarina a e ainda acrescenta que se trata de uma forma de protecção aos menores: AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL DO PROGENITOR DECRETADA. IN ADIMPLÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES ALIMENTARES. NÃO HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO ENTABULADO ENTRE ALIMENTANTE E ALIMENTANDO. PREJUÍZO AOS INTERESSES DO MENOR. RENÚNCIA DE PARCELA CONSIDERÁVEL DA DÍVIDA ALIMENTAR. IRRENUNCIABILIDADE DOS ALIMENTOS. DIREITO IN DISPONÍVEL. DECISÃO MANTIDA EM SUA INTEGRALIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-SC - Agravo de Instrumento AI 430324 SC 2008.043032-4 TJ-SC 01/06/2010) "Corretamente não homologado pelo Juízo o acordo celebrado entre o devedor e a genitora, porque contrário aos interesses do menor" (STJ, RHC 18306/SC, rel. Min . Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 18-10-2005)

35. Bonet Ramón, Derecho de Família, n. 157, p.695 “ es personal, como baseado en el vínculo familiar que une al credor com el deudor

36. A propósito, Rolf Madaleno *in* Curso de direito de família. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 840-841) ressalta que “E este caráter pessoal dos alimentos deriva de alguns pontuais aspectos. Em primeiro lugar, é personalíssimo enquanto pessoal é o vínculo familiar entre o devedor e o credor que compõem os pólos da relação obrigacional. O crédito e a dívida são inseparáveis da pessoa porque estão baseados em determinada qualidade que não é transmissível. Em segundo plano são pessoais porque surgem de uma situação concreta das possibilidades de um e das necessidades do outro e os alimentos só podem ser reclamados por quem está em estado de necessidade e só são devidos por quem tem meios para atendê-los. Em terceiro lugar, a finalidade dos alimentos não tem caráter patrimonial, pois o seu estabelecimento e a sua fixação têm em mira assegurar a conservação da vida, do cônjuge, companheiro ou parente, atendendo suas necessidades de cunho material e espiritual, qual seja, a satisfação de uma necessidade essencialmente pessoal”.

O ilustre Acórdão da Segunda Câmara de Direito Civil de Florianópolis reafirma esta posição: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DÍVIDA ALIMENTAR EXECUTADA. RITO DO ART. 732, DO CPC. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DEFERIDA NA PESSOA DA PROGENITORA DO EXEQUENTE FALECIDO NO CURSO DA LIDE EXECUTIVA. PRESTAÇÃO ALIMENTAR LIGADA AO PODER FAMILIAR ENTRE PAI E FILHO. CARÁTER PERSONALÍSSIMO DA OBRIGAÇÃO. IN SUSCETIBILIDADE DE SUA TRANSFERÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. EXTINÇÃO DA AÇÃO EXECUTIVA. RECURSO PROVIDO. 1 Do poder familiar do pai nasce o seu dever de prestar sustento aos filhos, com a assistência paterna sendo traduzida, quando não estiverem os menores sob sua guarda, pela prestação de pensão alimentícia, obrigação que tem como escopo garantir a subsistência dos mesmos. 2 O caráter personalíssimo do alimentos não permite que seja ele transmitido ou cedido a outrem, posto derivarem eles do vínculo singular existente entre pai e filho, sendo inseparável essa relação obrigacional. (grifo nosso) 3 Com o falecimento do alimentário, desfaz-se tanto o poder familiar como a relação obrigacional existente entre credor e devedor da prestação alimentícia, resultando na extinção da execução. (Apelação Cível n. 2012.006683-0 de nº 20120066830 SC 2012.006683-0 de 07/08/2013

3.3.2.1. A INTRANSMISSIBILIDADE COMO COROLÁRIO DA PESSOALIDADE.

De acordo com a tradição italiana e francesa, o direito brasileiro adoptou o entendimento lógico e condizente com o regime interno das sucessões, de que, apesar da transmissibilidade dos direitos e deveres do *de cujos* aos herdeiros, a obrigação alimentar extingue-se com a morte daquele, devido ao carácter personalíssimo tanto do polo passivo, como activo dessa relação jurídica.

Obsta excepção a este entendimento, na ocorrência dos chamados alimentos pretéritos, quando estes já estejam com soma determinada, devido ao facto de ser um direito adquirido do alimentado³⁷.

Tal *situação excepcional* não fere a intransmissibilidade da prestação de alimentos, consagrando-se assim a *inter vires hereditaris* nos termos do art.º 23 da “Lei de Divórcio” que remete para o art.º 1796 do CC; não é a relação que originou a obrigação alimentar, mas sim, as prestações que se constituíram em vida do alimentante, entrando como dívida até o limite das forças da herança. Extinguiu-se assim algumas situações de injustiça face ao filho que não teria direito aos alimentos devidos, nem à herança inflacionada com os atrasos de parcelas alimentares.

Resolve-se assim a questão da falta de liberdade dos herdeiros em pagar ou não as prestações vencidas devido ao facto de que, como o que responde são os bens, estes serão debitados antes de serem transmitidos.

Destarte o acima tecido, algumas decisões já se fundamentaram na doutrina do pensamento do legislador³⁸, estas decorrem de uma forte corrente doutrinária que não adopta a posição “*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, entende-se que o art. 23 da Lei de Divórcio busca a defesa do que era dantes o *apanágio do cônjuge sobrevivente* e sendo este alimentado herdeiro, não haverá porquê do seu quinhão hereditário ser maior pelo facto de integra-lo alimentos pretéritos devidos³⁹.

3.3.2.2. DA IMPOSSIBILIDADE DE SE CEDER DÉBITOS ALIMENTARES.

Mediante a sua especial finalidade de satisfazer as necessidades do alimentando, a obrigação alimentar é um instituto que não aceita desvios à

³⁷ E assim já consta como parte do seu património como indica o ilustre jurista Pontes de Miranda MIRANDA, Tratado de Direito Privado, IX, 1.007, p. 238

³⁸ BRASIL, (1983) Tribunal de Justiça de São Paulo, 2.ª Câmara Cível., apud, *obr. Cit.*

³⁹ VARELA, J. M. Antunes (1980). Dissolução da sociedade conjugal. Rio de Janeiro: Forense. n. 49. p. 114-115

impossibilidade de se ceder débitos alimentares, sob pena da possível desconstituição de sua essência.

Assim sendo, as prestações passadas poderem ser objecto de cessão por conterem em si carácter reparatório ⁴⁰, o sujeito que necessita deste auxílio logicamente imediato, descaracteriza esta urgência ao cede-lo para o futuro e desrespeita o preceito contido no art.º 1.707 do Código Civil.⁴¹

Neste sentido a doutrina espanhola e adopta nos termos do citado artigo 151 Código Civil Espanhol: “Aunque no es transmisible a un tercero el derecho a los alimentos futuros, podrá transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandar las pensiones alimenticias atrasadas.”

3.3.2.3. DA IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO POR OUTRA DÍVIDA E IMPRESCRITIBILIDADE.

Como obra fundamental que á para o sistema português, bem como para nosso ordenamento pátrio, as Ordenações Filipinas⁴² previam que:

“Nem haverá lugar, quando a alguma pessoa forem devidos alimentos, posto que consistam em quantidade, quer por contrato, quer por testamento, ou por outro qualquer modo, porque a dívida de alimentos é tão favorável, que não sofre ser-lhe oposta compensação por outra dívida, ainda que seja de quantidade (MENDES, Candido; COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida, 1870, p.894)”⁴³.

Neste viés, até os dias de hoje, o Código Civil proclama o princípio da não compensação da verba alimentar no citado art.º 1.707⁴⁴.

⁴⁰ Processo:AG 994092465284 SP, Décio Notarangeli, 27/01/2010, 9ª Câmara de Direito Público, 03/02/2010. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - Cessão de crédito.

1. Existindo na norma específica no processo executivo fica afastada a aplicação subsidiária das normas do processo de conhecimento (art. 598 CPC). 2. O cessionário pode promover a execução, ou nela prosseguir, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos (art. 567, II, CPC). 3. Não há confundir crédito de natureza alimentar com o direito a alimentos fundado no parentesco e no princípio da solidariedade familiar (art. 1.694 CC). Somente não pode ser cedido o direito a alimentos futuros. Crédito constituído por pensões alimentares vencidas é considerado crédito comum. 4. Crédito decorrente de condenação judicial. Verba de natureza alimentar dado o carácter reparatório. Precatório. Possibilidade de cessão (art. 78 ADCT). Decisão reformada. Recurso provido

⁴¹ Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora

⁴² Filipinas, Ordens; in :MENDES, Candido; COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida (1870). Ordenações Filipinas, p.894

⁴³ *Ibid*, Liv. IV Tit. LXXVIII, “ Das compensações, parágrafo 3º.

⁴⁴ EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DA PENSÃO. COMPENSAÇÃO DE ALIMENTOS IN NATURA UNILATERALMENTE. IMPOSSIBILIDADE. A PENSÃO DEVE SER PAGA DA FORMA COMO ESTIPULADA. - A cada um compete a prova do que lhe interessa, ou do que lhe acarrete vantagens -- é a regra processual. - Os

Esta regra tem a exceção criada pela ressalva doutrinária relativamente aos casos em que possa haver enriquecimento sem causa do alimentando.

Relativamente à imprescritibilidade, esta tem sua origem na influência italiana não se estabelece no Novo Código Civil um prazo prescricional para se ajuizar acção de alimentos.

Mas relativamente àquelas convencionadas ou arbitradas judicialmente o art.º 206 do Código Civil parágrafo 2º “em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem”

3.3.2.4. DA PREFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E SUA IRREPETIBILIDADE.

Inicialmente, denota-se a preferência da obrigação de alimentos face às demais, com fundamento no art. 277 CF/88 e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente Lei. 8.069/90, isto pelo facto, destes artigos expressarem claramente a defesa da prevalência das acções que tenham por objecto interesses dos menores descritas como tendo prioridade absoluta

O princípio da preferência da obrigação alimentar tem fundamento na sua nobre finalidade de saciar necessidades urgentes dos menores, a prestação de alimentos determina sua preferência em relação às outras que o alimentante venha a ter como determina o art.º. 100, §1º, CF/1988:

Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência

embargos à execução são uma acção como outra qualquer, na qual o autor assume o dever de comprovar suas alegações (CPC , art. 330 , I), não tendo o apelante, in casu, dele se desincumbido. - Quem melhor tem condições de gerir o valor da pensão é aquele que detém a guarda, de forma a equilibrar o orçamento sem prejuízo do sustento da família como um todo, e, ipso facto, não é permitida a compensação dos alimentos in natura, de forma diversa da estipulada

sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo⁴⁵. (BRASIL,CF/88,2009).

Por fim, confessa-se que, infelizmente, por outro lado, os princípios da exoneração e da modificação criariam no sujeito que pagou indevidamente a prestação alimentícia o direito de ser restituído do que prestou seja a título provisional ou definitivo, mas inexistia a possibilidade de se exigir devido a prescrição dos citados artigo.

É jurisprudencialmente aceite a irrepetibilidade do que foi pago, tradição esta, também explicitada no art.º. 2.007 nº 2 do Código Civil português que determina relativamente aos alimentos provisórios: “Não há lugar, em caso algum, à restituição dos alimentos provisórios recebidos.”⁴⁶

3.4. DA DÚPLICE MODALIDADE DE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS.

De acordo com Washington de Barros⁴⁷ em sua obra Direito da Família, a obrigação de alimentos pode ser cumprida mediante uma parcela pecuniária ou em espécie configurando uma prestação imprópria, ou, mantendo-o em sua casa o que caracterizar-se-ia uma parcela própria excluindo assim, o dever de se prestar pecuniariamente. (2001, p.324)

Para a prestação pecuniária entende-se que deve ser cumprida de forma periódica seja mensal, trimestral, semestral ou anual e suas formas de execução serão tratadas mais adiante.

Relativamente à parcela não pecuniária, o legislador determinou art.º. 1.701⁴⁸ donde resulta que o juiz irá fixar a prestação mediante as circunstâncias, pois deve se ter em consideração como resulta do Código Civil Mexicano o entendimento de que caso a permanência do alimentando resultar algum inconveniente para este não lhe convindo à saúde, ou contrário aos seus interesses este não se faz obrigado a consentir com tal situação.

⁴⁵ BRASIL,(2009), Emenda Constitucional nº 62, de 9 de Dezembro de 2009, [Consult. 22 de Jan. de 2014] Disponível em WWW: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc62.htm#art4 >

⁴⁶ *Obr. Cit.*

⁴⁷ Lopes Herrera, Derecho de Familia, n.25, p.124; Washin gton de Barros Monteiro, Direito de Família, p. 304.

⁴⁸ Art. 1.701. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor. Parágrafo único. Compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação

Ademais, como se extrai da “Lei 5478/68 em seu art.º 25, que a prestação não pecuniária estabelecida no Código Civil, só será determinada caso o alimentando capaz a autorize.

3.5. A PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS COMO UMA OBRIGAÇÃO NATURAL

Já dizia o velho brocardo de Loysel: “Qui fait l'enfant doit le nourrir” demonstrando a obrigação natural dos que trazem um novo ser a este mundo. Contém ainda, o dever de tornar o sujeito auto-suficiente e lhe dar condições de viver com dignidade e ter descendentes.

Neste sentido, é de se dizer, que pátrio poder é actualmente uma das fontes da obrigação de alimentos, e divide-se nos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos. Contemporaneamente seu conteúdo representa uma grande protecção aos menores que está cravado no art.º 1.630 do Código Civil, em virtude, diverso do que era no Direito Romano, onde era entendido mais como um estado, ou seja, a submissão à autoridade do *pater*.

Sob esta égide, a assistência dos genitores é genérica, não cessando mesmo que este possua bens, mas sim, nos termos do art.º 41. do ECA⁴⁹ que ocorre pela adopção do filho por terceiro e caso atinja a maioridade como se extrai:

“Art. 41. A adopção atribui a condição de filho ao adoptado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”

Caso o sujeito atinja a maioridade o dever de sustento não se funda no pátrio poder mas sim nos termos do art.º 1.694 CC⁵⁰. Este preceito diz respeito aos filhos maiores que por incapacidade ou enfermidade, não estiverem em condições de se sustentarem representando assim um acautelamento à situação de estado de necessidade alimentário capaz de continuar a ser suprida pelo alimentante.

Relativamente à capacidade económica ela é crucial como veremos a necessidade do alimentante nos termos do art.º 1694 §1º para determinar a imposição aos genitores enquadrando a situação se o dever de sustento que se extingue com a maioridade, ou converte-se em uma prestação de alimentos instigada pela necessidade da prole e variável mediante a possibilidade do genitor.

⁴⁹ *Obr. Cit.*

⁵⁰ *Obr. Cit.*

“Este direito do filho ao qual corresponde a obrigação dos pais perdurará até a morte⁵¹” (Santos, Código Civil, p. 168), pois esta, com a ressalva de não se poder utilizar a via da prisão civil como meio de execução, pode ultrapassar a maioria nas situações em que o sujeito não trabalha e cursa ensino superior.⁵²

3.6. SUJEITOS E LEGITIMIDADE À PRESTAÇÃO ALIMENTAR

Uma das questões irrenunciáveis que o Direito da Família descreve, é a circunstância que ocorre na dissolução da sociedade conjugal, ou em caso de nulidade do casamento, pois como apresentado anteriormente, há muito que se desligou a visão do instituto da tutela dos menores, com a questão em apreço. Importantes e evidentes são os entendimentos acerca dos polos activos e passivos que integram as lides no âmbito da família devido à correta e individual aplicação das sanções a quem a realmente subsume.

Fácil seria, o entendimento da simplicidade das partes activa e passiva, os pais e filhos respectivamente, mas infelizmente na determinação destes polos, apelaram-se a outros elementos que assegurem esta importante prestação todas estas, resguardadas pelo princípio da reciprocidade do dever de alimento entre pais e filhos⁵³.

51. Carvalho Santos, Código Civil, VI, p. 168.

52 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ALIMENTANDO QUE APESAR DE TER ATINGIDO A MAIORIDADE CIVIL AINDA DEMONSTRA A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DOS ALIMENTOS A FIM DE CONCLUIR O ENSINO SUPERIOR. OBRIGAÇÃO ESTABELECIDA NA RELAÇÃO DE PARENTESCO. ALIMENTANTE QUE NÃO APRESENTA PROVAS SOBRE ALTERAÇÃO EM SUAS CONDIÇÕES. ÔNUS QUE LHE INCUMBE. A obrigação do genitor de adimplir os alimentos em favor do filho que atingiu a maioria civil está estabelecida na relação de parentesco, razão pela qual enquanto ficar comprovada a presença do binômio necessidade/possibilidade a manutenção do pensionamento é medida mais adequada ao fim a que se destina. Pedido alternativo de diminuição da verba alimentar. Possibilidade de redução em demanda exoneratória. Entendimento consolidado por esta corte de justiça. Análise das condições econômicas do alimentante e do alimentando que não evidenciam qualquer alteração do binômio necessidade/possibilidade. Quantum alimentar mantido. Ainda que se trate de demanda com pedido de desobrigação do pagamento de alimentos, em ações dessa natureza, é permitido ao magistrado o reexame do quantum alimentar, por tratar-se de pedido implícito, porquanto o pleito maior abrange o menor. Recurso conhecido e desprovido. TJ-SC - Apelação Cível : AC 20110841118 SC 2011.084111-8)

53 O Princípio da reciprocidade do dever de alimentos está previsto no Art. 1.696. do Código Civil sendo: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”

3.6.1. DOS POSSÍVEIS ALIMENTADOS.

3.6.1.1. A LEGITIMIDADE DOS FILHOS COM PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA RELAÇÃO PARENTAL: DOS FILHOS TRADICIONALMENTE LEGÍTIMOS.

A acção de alimentos estabelecida na Lei 5.478/68, terá o que se considera objecto de prova pré-constituída nos termos do art.º 2º, pois será necessário indicar apenas o seu parentesco juntamente com as demais qualificações de ambas as partes.

Frisa-se como remate, o ensinamento do ilustre jurista Yussef Cahali que ensina:

"Em linha de principio, `são devidos alimentos pelo pai ao filho menor quando no assento de nascimento, a paternidade foi reconhecida', assim, se o filho nascera durante a separação de fato do casal, e foi registrado como filho havido na constância do casamento, prevaleceria a presunção de legitimidade e o conseqüente dever de sustento imposto ao pai, ainda que este já tivesse ajuizado ação negatória da paternidade com vistas ao posterior cancelamento do registro de nascimento do menor: relega-se para a ação própria o desate da lide, não podendo ser negado durante a mesma o direito do menor à prestação de alimentos pelo indigitado genitor; com efeito, a simples anulabilidade do registro civil em que se funda a ação de alimentos não pode ser reconhecida incidentalmente; o registro, prima facie, vale, até que seja anulado pela vias regulares; de tal modo que, `enquanto não for provado o erro na certidão de nascimento quanto à paternidade, a filiação é legítima [v. art. 227, § 6º, CF] e ninguém poderá vindicar estado contrário ao que resulta do registro com a finalidade de eximir-se da obrigação de prestar alimentos', aliás, do mesmo modo, na pendência da ação negatória de paternidade, não cabe a suspensão de alimentos, que permanecem até solução final do processo." (CAHALI, Dos Alimentos, p. 367,368)⁵⁴

Disto retira-se que mesmo em caso de separação de facto caso haja registo, prevalece esta presunção de legitimidade.

3.6.1.2. A LEGITIMIDADE DOS FILHOS TRADICIONALMENTE DITOS ILEGÍTIMOS: A ISONOMIA DOS FILHOS NOS TERMOS DO ART. 227 § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A denominação de filhos ilegítimos iniciou desde Hipócrates com a presunção *pate ris est quem nuptiae demonstrante* que se estrutura em duas ficções: A existência de relações íntimas entre os cônjuges e a presunção da fidelidade da mulher.

Os filhos ditos ilegítimos, podem ser naturais quando pressupõe-se a inexistência de impedimento matrimonial entre estes e o genitor, ou podem ainda ser, espúrios que subdividem-se em incestuosos quando existe impedimento matrimonial previsto em lei de relação entre os cônjuges, ou adúlteros que pressupõe a existência de

⁵⁴ CAHALI, Y. S.. Dos Alimentos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, 5ª Ed., revisada, atualizada e ampliada, p. 367,368

impedimento de contracção de matrimónio por no mínimo um dos genitores ser casado.

O Código Civil de 1916⁵⁵ traçou novos rumos mais restritivos, e determinou que somente os filhos naturais entre ilegítimos, poderiam ser reconhecidos devido como constava do seu art.º 358: “Os filhos incestuosos e os adúlterinos não podem ser reconhecidos.”

Assim impossibilitava o reconhecimento dos incestuosos e adúlterinos resultando apenas alimentos nos termos do art.º 405 como se extrai do citado diploma de 1916⁵⁶:

O casamento, embora nulo, e a filiação espúria, provada quer por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escrita do pai, fazem certa a paternidade, sómente para o efeito da prestação de alimentos. nos casos em que houvesse declaração escrita do pai e por sentença irrecorrível não provocada pelo filho.⁵⁷

A saída do retrocesso até mesmo das Ordenações Filipinas⁵⁸ que estatuiu o reconhecimento do filho ilegítimo encarregando-se a mãe de criá-lo de leite até três anos e o pai de cobrir todas as despesas admitindo-se ainda a sucessão testamentária,

Com a introdução na Constituição de 1937 em seu art.º 126º de uma modificação importantíssima evoluiu-se em 1988 para o actual período de equiparação dos filhos de qualquer condição jurídica no art. 227 §6º⁵⁹. Desapareceu a distinção entre filiação *incidenter* e a *principaliter*, e junto com ela a discriminação que antes, vinha estampada no registro de nascimento.

Assim, acautelou-se o reconhecimento do filho dito ilegítimo, armando-o a partir da Lei 5.478/68, com o poder do exercício da acção especial de alimentos e colocando-o em paridade absoluta com os filhos ditos legítimos.⁶⁰

⁵⁵ BRASIL, (1916) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, LEI Nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. [Consult. em 22 de Jan. 2014] Disponível em : WWW < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm >

⁵⁶ BRASIL, (1916) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, LEI Nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. [, Consulta 14 de Janeiro de 2014] Disponível em WWW < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm >

⁵⁷ *Obr. Cit.*

⁵⁸ *Obr. Cit.*

⁵⁷. Importante também são as leis esparsas tais como:

Antes de 1988 : Lei 6.515/77, Lei 7.250 de 14.11.1984

Após 1988: Lei 7.841 de 17.10.1989 que revogou o art 358 do CC; Lei 8.560 d 29.12.1992 que Regula a in vestigação de Paternidade dos filhos nascidos fora do casamento

⁶⁰ Supremo Tribunal Federal pleno 21.03.1984, maioria RTJ 115/1.231

A sentença que reconhece a paternidade tem como finalidade o reconhecimento ou declaração da condição jurídica de filho do investigante, com eficácia retroactiva até a data da concepção ou nascimento, assegurando-lhe o direito sucessório desde a sua concepção, para além dessa característica declarativa também é condenatória por tornar o sujeito legítimo a exigir prestação alimentícia.

Necessário é lembrar que o art. 5º. Da Lei 883/49, não conflituante com a Lei 5.478/68 e Lei 8.560/92 determinam que, julgada procedente em primeira instância acção investigatória de paternidade existe para o filho dito ilegítimo a segurança da prestação de alimentos provisionais como indica o art. 7º de 92 “sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite”⁶¹.

Serão provisórios os alimentos decretados, até o trânsito em julgado da sentença que determinará a obrigação alimentar, ou até sua extinção com a acção de negação de paternidade proferida em sede recursal.

Assim a jurisprudência afirma no sentido de conceder alimentos provisionais ou antecipatórios nas acções de investigação de paternidade desde que verificados o *fumus bonis jûris* e *do periculum in mora* nos termos do art 854 e 852 II do CPC ou por prova inequívoca petição inicial nos termos do 273 da citada carta.

Mazeaud, conspícuo jurista francês, demonstra o segmento que a maior parte dos países democráticos dão a obrigação alimentar demonstrando que não se é mais aceitável a discussão do dever de sustento imposto aos genitores pois esta fundamenta-se na *paternité de fait* (Lecciones de derecho civil, 1978, p.1000)⁶²

Nestes termos no direito francês estabelece em seu art 342⁶³ que: não é dado aos filhos ilegítimos o status familiae, mas ressalva, a possibilidade do direito a receber

⁶¹ Lei Nº 8.560, DE 29 de Dezembro DE 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

⁶². Mazeaud : “ La jurisprudence a distingué le lien de filiation de fait du lien de filiation de droit, attachant des effet au primer malgré l’absence du second. Cette jurisprudence bénéficie à tout enfant naturel don’t la filiation n’est pas officiellement établie; du moin s est-ce surtout pour les nfants adultérin s et in cestuesux qu’elle présente un in térêt, puisqu’il leus est in terdir d’établir leur in cestueux qu’elle présente un in térêt, puisqu’il leur est in terdir d’établir leur filiation” (*in* MAZEAUD, Henri Leon et MAZEAUD, Jean. Lecciones de derecho civil, volume IV, parte 1, tradução Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, p.1.000)

⁶³ Article 358:L’adopté a, dans la famille de l’adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu’un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre.

alimentos vinculados aos laços de sangue sendo que nesta funda-se a relação alimentícia tal como o art 405 CC brasileiro já assinalava ⁶⁴.

3.6.1.3. A LEGITIMIDADE DOS FILHOS ADOPTADOS.

Tal como nos países que são referência legislativa no contexto mundial, existe a obrigação de se prestar alimentos decorrente de uma tradição que vem desde os primórdios fundamentada no vínculo civil de adoção e legítima, inclusive, a mútua prestação de alimentos entre adoptante e adoptado.

Os filhos adoptivos têm os mesmos direitos dos filhos naturais, esta previsão está contida no artigo 1.596 do Código Civil: “Os filhos, havidos ou não na relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação ⁶⁵”.

Neste sentido, lecciona a professora Maria Helena Diniz ⁶⁶ :

“Como se extingue, na adoção, o parentesco natural, os pais consanguíneos do adoptado não são obrigados a prestar-lhe alimentos, se o adoptante não tiver recursos, e o adoptado também não deverá alimentar os pais naturais se eles precisarem. O filho adoptivo terá, portanto, direito a alimentos contra os parentes do adoptante, pois nessa hipótese o parentesco abrange os demais membros da família adoptiva”

Em virtude destas considerações, entende-se, a transferência do pátrio poder, e este novo sujeito, a obrigação de prover os alimentos ao filho, pois nesta relação, existe os mesmos sentimentos e fundamentos da paternidade fundamentada no sangue, colocando o adoptado na mesma posição dos filhos legítimos ou legitimados.

3.6.1.4. A legitimidade do nascituro (infans conceptus)

O ser que está a se formar no ventre materno precisa ser alimentado, e através de sua genitora o sangue é nutrido.

Deste entendimento Pontes de Miranda em sua ilustre obra Tratado de Direito Privado⁶⁷ contribui entendendo que “ a obrigação de alimentos pode começar antes do nascimento e depois da concepção nos termos do art.º 397 CC e 4º, pois antes de nascer existem despesas que tecnicamente se destinam à protecção do concebido e o

⁶⁴ Direito Romano, II, n.293, p.317

⁶⁵ *Obr. Cit.*

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5: Direito de Família, 18. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei no. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002

⁶⁷. MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, IX, § 1.001, p.215.

direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidariamente estabelecidas em exigências de pediatria”.

Assim, e com fundamento no art.º. 4º do Código Civil a mãe pode pedir alimentos para o nascituro sendo a critério do juiz determinar as despesas cabíveis à protecção da vida que se estar a gerar.

Neste contexto, a ECA protege o nascimento completo e com vida, e a gestante, com o reforço da Lei nº 11.804/2008 que disciplina os “alimentos gravídicos” que determina no seu art.º 6º que à partir dos indícios de paternidade apresentados perante o juiz, este poderá fixar alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança.⁶⁸

Em consonância com o acatado, verifica-se que, apesar do esforço doutrinário a favor dos nascituros, entendeu-se que a acção de investigação de paternidade cumulada com de alimentos são acções privativas do filho, podendo ser promovidas desde que ele exista, sendo a futura mãe parte ilegítima nos termos da lei 8.069/90 cujo art.º 27 entende este tipo de acção como um direito personalíssimo nos termos anteriormente determinados.

3.6.1.5. A LEGITIMIDADE DOS FILHOS MAIORES.

A relação do genitor com o filho maior é mais ampla e tem como fundamento o parentesco nos termos do art.º 1.696 Civil Código. Entendido como o fundamento de uma obrigação típica denominada de alimentar, distingue-se do dever de sustento enunciado para os filhos menores e decorre da maioridade e da extinção do pátrio poder sendo recíproco e não detém prazo para se extinguir desde que estes não tenham bens, nem possam se prover pelo seu próprio trabalho.

Neste sentido conceitua Yussef Said Cahali, ao citar Lourenço Prunes ,explana que:

A instrução e educação não são privilégios dos menores, como pretendem alguns autores; isso seria o retrocesso às Ordenações, que mandavam ensinar a ler até a idade de doze anos (Liv. I, Tít. 88 § 5.º) a despeito do fato de que, em direito romano, a instrução e educação já se incluíam genericamente, entre os alimentos (quae ad studia et disciplinam pertinente); assim, mesmo maiores podem e devem em certas circunstâncias, ser intruídos e educados às custas dos pais⁶⁹

⁶⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. READEQUAÇÃO. Não havendo indicações de despesas extraordinárias com o sustento da gestação, mostra-se adequada a fixação dos alimentos gravídicos em 02 salários mínimos. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70052740131, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 21/03/2013

⁶⁹ CAHALI, Yussef, in: Decisão: 1.ª Camera Cível, TJPR,, 12.05.1992 rel. Oto Luiz Sponholz, JB 171/156

Isto ocorre, exepcto, pelo casamento antes dos 21 e encerramento do dever alimentar.

É determinada de acordo com o art.º. 399 do CC “ fica o pai obrigado de prestar alimentos ao filho que atingiu a maioridade e que vinham sendo prestados por força de sentença homologatória de acordo em atenção à maioridade do filho

Esta obrigação que depende da capacidade monetária dos genitores e da necessidade do indivíduo não é fundamento suficiente para se decretar prisão civil.⁷⁰

3.6.1.6. CASOS DE TUTELA E GUARDA DE MENOR.

Não é incompatível a obrigação legal do guardião que concorre com a do detentor do pátrio poder.

Segundo Yussef Cahali:⁷¹

a importância do instituto da guarda, dispõe que relativamente à guarda do menor, a ECA aprimora a situação das crianças que estão sob guarda de terceiro e determina que esta não pressupõe a perda ou suspensão do pátrio poder, ainda no seu art.º 33 obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente ressaltando ao guardião estes deveres de forma precária nos termos do 384 I e VII do Código Civil.

O tutor deve nos termos do art.º. 1740 Código Civil defender, dirigir a educação e prestar alimentos conforme os seus haveres e condições. Nestes termos os alimentos prestados serão descontados do património do menor quando este tiver podendo ainda caso este não os tenha ser exigido de parentes ou às suas expensas, sendo que ressalva como última hipótese a possibilidade de reconlher o menor em estabelecimento adequado.

⁷⁰ Tal como decidido pelo ilustre Tribunal Ementa: TJ-SC - Apelação Cível : AC 469064 SC 2008.046906-4 – 05/08/2009) AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - FREQUÊNCIA ASSÍDUA A CURSO SUPERIOR DEVIDAMENTE COMPROVADA - DEPENDÊNCIA FIN ANCEIRA - CARACTERIZADA - DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS AO FILHO UNIVERSITÁRIO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. Os pais, em virtude do poder familiar, têm a obrigação de alimentar os filhos enquanto perdurar a menoridade, sendo que esta se extingue com a maioridade civil do alimentando. Todavia, a obrigação de prestar alimentos persiste em razão do parentesco, quando devidamente comprovada a necessidade do alimentando. Havendo provas nos autos de que o alimentando está devidamente matriculado e freqüentando curso superior, aliado a dependência financeira desse, deve ser mantido o pagamento de pensão alimentícia.)

⁷¹ *Obr. Cit.*

3.6.2. DOS POSSÍVEIS ALIMENTANTES.

3.6.2.1. A EFECTIVAÇÃO DO DEVER DE SUSTENTO DOS GENITORES.

Pelos fundamentos anteriormente descritos, os genitores são responsáveis pela prestação de alimentos.

Na constância do casamento, e pelo simples facto deste decorrer um dever de ambos os cônjuges de sustento, guarda e educação dos filhos que compete ao marido salvo as exceções do art.º 226, §5º, CF/88 enunciada nestes termos pela lei 4.121/62 em seu art.º 233, determina que o marido é o chefe da sociedade conjugal, mas que a mulher irá colaborar com esta situação no interesse do casal e dos filhos.

Ademais, várias são as ficções que se tornam pressupostos para pleitear acção de alimentos depois de dissolvida a sociedade conjugal, mas o genitor ,também dispõe de recursos para sua defesa, e após acção de alimentos pleiteada anteriormente em seu desfavor, poderá provocar acção negatória de paternidade.⁷²

3.6.2.2. DA SUBSIDIARIEDADE DA RESPONSABILIDADE DOS AVÓS (ALIMENTOS AVOENGOS)

Os pais são os principais responsáveis pela nutrição dos seus filhos, mas como resultado de uma longa tradição do respeito para com os avós como sendo “segundos pais”, a lei entende-os, como subsidiariamente responsáveis pela prestação alimentícia dos seus descendentes.

Isto só se torna possível, mediante a subsidiariamente e diante da impossibilidade temporal ou permanente do genitor para que o menor não fique subjugado à sorte, assim, é possível chamar a tal responsabilidade estes entes, possibilitando assim o adimplemento das prestações inicialmente devida pelos genitores e que situação escusável o impede de cumprir com seu dever legal.

Como requisito essencial tem-se a necessidade de determinar que o genitor não tenha capacidade de prestar os alimentos, bem como, a demonstração desta capacidade por parte dos avós, neste sentido encontra-se a colenda decisão:

⁷² CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. SUCESSÃO PROCESSUAL DOS PAIS DO AUTOR. ADMISSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VOLUNTÁRIO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. INESCUSÁVEL. SÚMULA 301/STJ. PRESUNÇÃO RELATIVA. RECUSA APRECIADA EM CONJUNTO COM DEMAIS ELEMENTOS PROBATORIOS. INTERPRETAÇÃO EM PREJUÍZO DO MENOR. IMPOSSIBILIDADE. STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1272691 SP 2011/0121319-6 (STJ) 08/11/2013

APELAÇÃO CIVIL. ALIMENTOS. AVOENGOS. SUBSIDIARIEDADE DESCABIMENTO A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS AVÓS É SUBSIDIÁRIA E COMPLEMENTAR A DOS PAIS, SÓ SE JUSTIFICANDO NA IMPOSSIBILIDADE DE AMBOS OS GENITORES ARCAREM COM AS NECESSIDADES BÁSICAS DOS FILHOS, CONSOANTE CONCLUSÃO N. 44 DO CENTRO DE ESTUDOS TJ/RS. RECURSO DESPROVIDO.(Apelação Cível Nº 70040135055, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 27/04/2011)

Desta acertiva opinião perfilia o ilustre jurista Yussef Said Cahali:

“ A prova da impossibilidade, neste caso, deve ser robusta, pois, “enquanto o obrigado mais próximo tiver condições de prestar alimentos, ele é o devedor e não se convoca o mais afastado” (CAHALI, *idem*, p. 704).⁷³

3.7. POSSIBILIDADE E NECESSIDADE COMO REQUISITOS NA DETERMINAÇÃO DO “QUANTUM”.

A determinação do “quantum” da prestação é de importante para o estabelecimento da sensação de justiça tão importante para o efeito da coercibilidade que recairá ao predisposto inadimplente, a par disso, ensina Marcelo Guerra:

(...) Caso a tutela específica, por qualquer razão, não possa mais ser obtida, ou se a multa não revelar pressão psicológica sobre a vontade do devedor (de modo a induzi-lo a cumprir a prestação devida), a medida deve ser revogada. e no caso dos alimentos, deverá ser revista. (GUERRA, *Execução indireta*, p. 203)

Questão esta a ser tratada oportunamente, verifica-se o pensamento corrente de se pautar na idade do possível alimentário para determinar que o direito à prestação alimentícia, e isso é aceitável mediante a determinação do art.º. 5º do Código Civil que descreve o momento em que cessa a menoridade é aos “dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”⁷⁴

Mas ao contrário do que se pensa, Para além de fatos jurídicos geradores dessa pretensão, outras circunstancias influenciam na determinação da medida e da sua proporção.

⁷³ TJ-SC - Agravo de Instrumento : AG 20130374211 SC 2013.037421-1 (Acórdão). DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS INTENTADA CONTRA OS AVÓS PATERNOS. DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. INSURGÊNCIA DO AUTOR. ALEGADA A FURTIVIDADE DO GENITOR NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. CARÊNCIA DE PROVAS NESSE SENTIDO. ALIMENTADO QUE TENTOU, UMA ÚNICA VEZ, A CITAÇÃO DO PAI EM DEMANDA EXECUTIVA. FATO NÃO DEMONSTRATIVO DA AUSÊNCIA DO ALIMENTANTE. DEVER APENAS SUBSIDIÁRIO DOS AVÓS PATERNOS DE GARANTIR O SUSTENTO DOS DESCENDENTES EM SEGUNDO GRAU. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS MEDIDAS JUDICIAIS CABÍVEIS CONTRA O GENITOR ANTES DO SURGIMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. INOCORRÊNCIA NA HIPÓTESE. INTERLOCUTÓRIO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO.(*Id.*, *ibidem*, 2013)

⁷⁴ *Obr. Cit.*

A necessidade é uma das condições que determinam para além do vínculo familiar a legitimidade para se exigir alimentos. O sujeito que não pode se manter e está impossibilitado de seguir a regra de que cada pessoa deve prover-se, está elucidado da seguinte forma no Código Civil:

Art. 1.695. 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 reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Esta impossibilidade poderá ter origem física ou mental e a quanto dos filhos menores deverá ser crucial a observação da sua incapacidade etária para o labor. Ademais deve-se ter em atenção que ninguém poderá ser sacrificado em função de outrem, observando-se que concorrem ambos os cônjuges para manutenção do alimentário como entende o art.º. 1.566, também do Código Civil, que o ressalta no art. 1.566 inciso IV - sustento, guarda e educação dos filhos.

Assim, da mesma forma que relevará para o que presta alimentos a circunstância de por exemplo a mulher ter um bom salário, não poderá este bom salário ser o fruto do maior labor para esta suprir as necessidades dos filhos em detrimento da negligência do ex-cônjuge.

Relativamente ao outro lado, a possibilidade do alimentante se auferir também com fundamento no supra citado artigo, sendo que ao sujeito que prestará tais parcelas não poderá ser privado do necessário a sua própria manutenção. Seria completamente desproporcional, desumano e ilógico privar um ser em razão de outro.

Temos assim, duas situações dinâmicas que devem ser apuradas para que o juiz analise e estabeleça a pensão alimentícia moldando-a ao caso concreto. O quantum é determinado mediante as condições do alimentário, idade, lugar, saúde e ainda situações de contingência, ou seja, questões extrínsecas relativas a capacidade financeira do alimentante.

Estabelece a importância da aparência de riqueza do alimentante no caso de possíveis fraudes relativas a profissionais liberais, situação que será oportunamente aborestabelecida.

Outro critério jurisprudencial de fixação é o estipulado em um terço dos rendimentos do alimentante quando este detenha remuneração fixa e também em percentagem dinâmica sujeita a reajuste consoante a melhoria dos rendimentos, mas qualquer que seja o critério devida ser estipulado em razão do que melhor acautelará a situação em concreto.

O percentual deverá incidir sobre o vencimento, salários ou proventos, 13º salário ou gratificação natalina, insalubridade e adicional noturno, pois todos estes integram a remuneração do sujeito segundo o art.º 457§1 e 2 ⁷⁵Consolidação das Leis Trabalhistas (BRASIL,1953) não incidindo apenas nas gratificações pagas sem carácter usual

Tal como dito anteriormente e em tradição ao direito italiano, a obrigação alimentar decorre do que se entende no direito Romano como tudo o que seja necessário para a comida bebida a criação e as coisas em geral inclusive segundo Labão a roupa.³¹ , não abrangendo as dívidas do alimentado para com terceiros ⁷⁶

Devido ao facto do art.º 1.635 do citado Código estabeleceu a maioria como uma das causas de extinção do poder familiar, estes alimentários são bombardeados com acções relativas à exoneração de alimentos. Mas deve-se atenção ao binómio citado e à produção de provas do fundamento da prestação ter sido por portar algum tipo de impossibilidade física ou mental, ou, nos casos mais comuns dos filhos que se encontram a estudar e não possui rendimento próprio.

Nestes termos, este sodalício Tribunal de Justiça já se pronunciou:

PROCESSUAL CIVIL E FAMÍLIA. ALIMENTOS. SUPERVENIÊNCIA DE TERMO EXTINTIVO DO DEVER DE SUSTENTO DO FILHO UNIVERSITÁRIO. EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA.. REQUERIMENTO FEITO POR SIMPLES PETIÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DO PROCESSO EM QUE FOI FIXADA A VERBA ALIMENTAR. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE AÇÃO EXONERATÓRIA.(TJSC, 2002)⁷⁷

Isto também ocorre à título de curiosidade e para demonstrar a força dos princípios da proporcionalidade e necessidade no direito dos filhos prestarem alimentos aos pais não só nos casos em linha reta, mas também na linha colateral até o 4º grau com a ressalva dos mais próximos excluírem os mais distantes.

Conclui-se que o princípio da proporcionalidade presente artigo 1.694 do Código Civil é de extrema importância pois se torna a base neste *quantum* imputado ao sujeito posteriormente a culpa da não prestação das parcelas e possível prisão civil.

⁷⁵ CLT - Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

§ 1º - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador. (Redação dada pela Lei nº 1.999, de 1.10.1953)

76L. 5§16, Fr. De agnosc. Et aleud, lib. . . Trató du Mariage, n. 53, p. 59.

⁷⁷ FREYESLEBEN ,Luiz Carlos,(2002), TJ-SC - Agravo de Instrumento : AI 138059 SC 2002.013805-9

3.8. ALIMENTOS PROVISÓRIOS, PROVISIONAIS E ANTECIPADOS.

Os vocábulos provisórios e provisionais podem ser vistos como sinónimos em qualquer dicionário da língua portuguesa. No direito, poucas são as diferenças entres estes institutos, cingindo-se basicamente no procedimento adoptado.

Alimentos provisionais são aqueles arbitrados provisionalmente em processo cautelar, os provisórios são concedidos em decisão interlocutória nos autos da acção principal. Há também uma diferença de regramento jurídico: os provisórios permanecem até o trânsito em julgado da sentença e os provisionais podem ser modificados ou revogados.

Actualmente os alimentos provisionais encontram-se em desuso, uma vez que é possível obter a mesma pretensão em sede de tutela antecipada nos autos da acção principal, sendo, portanto, economicamente mais viável.

Certo é, que são duas medidas temporárias. Os provisórios, fixados de plano na acção de alimentos, podem ser alterados em qualquer fase de uma ou outra e devem vigorar até a sentença nesta proferida. Os provisionais cessam com a sentença estabelecida na acção principal que fixa os alimentos definitivos.

O art. 4º da “Lei de Alimentos” impõe o estabelecimento já no despacho inaugural dos alimentos provisórios, salvo se o alimentando declarar que deles não necessita. Os provisórios serão pagos até a sentença, quando normalmente serão convertidos em definitivos, podendo ser majorados ou diminuídos, dependendo das impressões que o juiz obteve no decorrer da instrução processual.

3.9. TRAÇOS GERAIS DA ACÇÃO E EXECUÇÃO DE ALIMENTOS.

3.9.1. A ACÇÃO DE ALIMENTOS COMO CONCRETIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.

Acção de alimentos está inserida no capítulo referente aos Direitos Patrimoniais TÍTULO II no Livro da Família⁷⁸, e é descrita como uma acção de estado onde quando a parte interessada é um menor, quem detém sua guarda tem também a carga consigo a legitimidade para propor a acção de alimentos em favor do filho.

⁷⁸ Da Lei nº 10.406, De 10 De Janeiro De 2002 – Institui o Código Civil

Deve-se manifestar as suas necessidades do futuro alimentando através de fatos e em também o parentesco ou obrigação do sujeito, bem como a possibilidade deste de efectuar as prestações.

Questão debatida mas já assente, é a aceitação da legitimidade do ministério público para propor acção de alimentos de menor de dezoito anos de idade nos termos do art.º 2º do ECA que esteja sob a guarda de outrem mas poderá intervir como fiscal da lei intervir nos termos do 82 CPC

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: I - nas causas em que há interesses de incapazes; II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade ⁷⁹

Para recorrer da acção, com o fundamento em violação de direito subjectivo que crê estar a ser violado, mas esta intervenção ocorre logo no pedido preambular e deverá respeitar os parâmetros contidos nos arts. 2º e 3º da Lei de Alimentos⁸⁰, *in verbis*:

Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.

Art. 3º. O pedido será apresentado por escrito, em 3 (três) vias, e deverá conter a indicação do juiz a quem for dirigido, os elementos referidos no artigo anterior e um histórico sumário dos factos independentemente do interesse das partes. ⁸¹

⁷⁹ *Obr. Cit.*

⁸⁰ BRASIL, Lei Nº 5.478, De 25 De Julho De 1968, Presidência da República,

81.TJ-BA - APELAÇÃO : APL 31482005 BA 0000314-8/2005. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA O GENITOR DOS MENORES, QUE SE ACHAM SOB A GUARDA MATERNA. DIREITO FUNDAMENTAL IN DISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET . IN TELIGÊNCIA DOS ARTS. 201, III, DO ECA E 127 E 227 DA CF. MENORES QUE COMPLETARAM A MAIORIDADE NO CURSO DO PROCESSO. NECESSIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA. IN TELIGÊNCIA DO ART. 13 DO CPC. SENTENÇA EXTIN TIVA REVOGADA PARA DETERMIN AR A REGULAR TRAMITAÇÃO DO FEITO, DEVENDO SER OBSERVADA, CONTUDO, A NORMA IN SERTA NO ART. 13 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PROVIDO. O art. 201, III, do ECA, dispõe expressamente que é de competência do Ministério público “promover e acompanhar ações de alimentos”. Por outro lado, a CF, em seu art. 127, atribui ao Ministério Público o papel de defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, enquanto no art. 227 dispõe que é dever da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Tais dispositivos, aliados ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, conferem plena O art. 201, III, do ECA, dispõe expressamente que é de competência do Ministério público “promover e acompanhar ações de alimentos”. Por outro lado, a CF, em seu art. 127, atribui ao Ministério Público o papel de defensor dos

Poderão ser fixados alimentos provisionais se verificados os requisitos da necessidade e possibilidade determinando a forma de pagamento, cabendo agravo desta decisão, mas não existe contraditório prévio pois este princípio erigido constitucionalmente é neste âmbito a importância das informações prestadas pelas partes devendo pois, prudência por parte do juiz.

O chamamento do réu à ação é feito juntamente com o despacho que fixa alimentos provisionais. A contradita poderá ser apresentada na data fixada pelo juiz ou nos termos do art 5º da lei 5478/68 até a data da audiência de conciliação e julgamento, caso não a apresente, e mesmo sendo devidamente citado, não comparecer à audiência, será decretada revelia.

A regra da citação ainda mais com a força da lei 8.710/1993 é a citação postal mas também pode ser feita por mandado, precatória e ainda é admissível a por edital no caso de serem frustrados os meios cabíveis tais como o meio principal que é pelo correio.

A audiência de conciliação e julgamento tem lugar no artº 6º e 7º da Lei de Alimentos 5478/68 estabelece que deverão estar presentes o autor e o réu, bem como o não comparecimento do primeiro importa arquivamento e do segundo determina a revelia e a confissão quanto à matéria de fato. Os demais artigos demonstram como deverá ocorrer na audiência. A fase preliminar de conciliação e acordo vem de herança da Lei 968/49 e só depois de ser impossível resolver por consenso será despachada a inicial.

Relativamente a prova da relação familiar, esta compete ao autor da ação, bem como, o pressuposto da sua necessidade. Na ação de alimentos, de acordo com o renomado tratadista Silva Pacheco em sua obra Direito Processual Civil “não constitui constrangimento ilegal a determinação do juiz a alguém para que preste testemunho em juízo”⁸² (p. 532, 1976). Assim, poderá ser requisitada informações do alimentante referentes ao seu salário utilizando seu poder de coerção junto à sua entidade empregadora ou a decretação de perícia contábil em livros de sociedade se este fizer parte de alguma.

in teresses sociais e individuais disponíveis, enquanto no art. 227 dispõe que é dever da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

⁸² PACHECO, José da Silva,(1976), Direito Processual Civil, Saraiva.

A sentença que declara o direito aos alimentos é determinada como dispositiva e tem efeito retroactivo até a data da propositura da acção. Trata-se de uma dívida de valor que se transforma em quantia certa analisados todos requisitos para sua fixação que não poderá nunca ser para além do que se é pedido na petição inicial pois a decisão deve ser balizada pela necessidade do que se é solicitado na inicial.

O termo inicial da prestação alimentícia como ensina Savigny (TRAITÉ, 6º,244) tem início com a sentença que as concede com efeitos *ex tunc*⁸³ tornando definitivos os alimentos provisórios que tenham sido decretados.

Em sede de recurso terá efeito devolutivo e suspensivo pois terá efeito devolutivo a sentença que condenar aos alimentos e quando esta é julgada improcedente terá ambos os efeitos nos termos do art.º 520 do CPC pois o juiz na pendência do recurso não pode cessar os alimentos provisionais concedidos pois estes são devidos até a decisão final. A apelação tem efeito suspensivo, tudo isso para resguardar os alimentos provisórios até o término do julgamento dos recursos.

Mas isto não atrapalha sua característica de não transitar em julgado deixando em aberto a possibilidade de exoneração ou modificação. Logo, ela sempre estará sujeita a permanente revisão através da acção previsional de alimentos.

Esta acção, tem por objecto, demonstrar e redução ou inadequação da sentença proferida com a possibilidade do devedor e deve ser ajuizada preferencialmente no foro da acção anterior salvo se o alimentando não mais residir naquela localidade.

Cada vez mais correntes nos tribunais, são os casos de acordo extrajudiciais homologados à partir da iniciativa do alimentante, estabelecida nos termos do art.º 24 da lei 5.478 sendo que será caso de conexão a acção proposta posteriormente pela outra parte e não caso de litispendência acarretando reunião de processos nos termos do 105 CPC.⁸⁴

O art.º 24 da lei nº 5.478/68 prevê ainda, a possibilidade do responsável pelo sustento da família pedir em juízo a fixação de alimentos através da acção de oferta de alimentos cujo pedido deve seguir os mesmos preceitos da acção de alimentos.

O recurso de agravo nos termos do art.º 522 do CPC, tem a função de actuar nos casos de despachos e decisões interlocutórias e, utiliza-se a apelação nos termos do

83. De acordo com a Súmula 226, do STF.

84. São Paulo, Tribunal de Justiça, 2ª grupo de Câmara Cível, 15.10.1982, maioria, RT 571/65.

art.º 513 com efeito devolutivo nos termos do art.º 13 da “Lei de alimentos” para os casos de procedência ou improcedência da acção.

No cálculo das prestações devidas deve-se atender ao art.º 732 CPC, pois condena não só o pagamento das vencidas mas também das vincendas. A jurisprudência determina a desnecessidade de instaurar processo autónomo e a competência do juízo da acção principal. Em se tratando de pensão alimentícia, cujos pagamentos devem ser periódicos, não é necessário o ajuizamento de outra execução depois de depositados os alimentos em atraso devendo prosseguir nos mesmos autos, até porque é medida de economia processual.

3.10. CARACTERÍSTICAS DA SENTENÇA DETERMINA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

A preocupação perene com mecanismos eficientes que atendessem aos interesses das particulares nas mais diversas relações sociais, fizeram com que, desde os primórdios da vida em sociedade, houvesse uma extrema esforço de racionalizar o Direito e instrumentaliza-lo de forma a atender as necessidades contemporâneas.

As vias tradicionais do Código de processo civil estipuladas nos art.º 732, 734 e 735 são executivas, mas para escolha de uma destas vias, a sentença deverá ser, para além de declarativa determinando os contornos de certeza exigibilidade e liquidez, a sentença que determina alimentos também é condenatória

A partir da Lei 11.232/05⁸⁵, numa tentativa de tornar mais célere a satisfação dos credores, deixou de existir a acção de execução de títulos executivos judiciais, sendo que, torna-se importante a caracterização do 732 para efeitos de execução de sentença por quantia, pois assim, não é necessário o processo de execução, bastando apenas dirigir pedido ao tribunal para que esta se faça cumprir no próprio processo de conhecimento.

Outra característica da sentença que determina os alimentos, extrai-se do entendimento constante do art. 733º CPC, tendo-a como uma sentença de cariz mandamental.

⁸⁵ LEI Nº 11.232, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2005. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências.

Na origem do instituto mandamental temos nomeadamente, ao que a doutrina determina, de *Contempt of Court*⁸⁶, que nada mais é do que algo como um “desacato à Corte”, sendo que, este instituto operava mediante o sujeito desacatar uma ordem da Corte (Juiz).

Transcreve-se por derradeiro, o ensinamento do professor Araken de Assis⁸⁷, informando que existem, consoante cada área, diferentes formas de Contempt:

“o contempt criminal consiste na ofensa à dignidade e à autoridade do tribunal ou de seus funcionários, gerando obstáculo ou obstrução ao processo, tornando-o mais moroso. Por via de conseqüência, o ato provocará má reputação do órgão judiciário. Pode ocorrer em processos civis ou penais, independentemente do procedimento concreto adoptado. Exibe nítido carácter punitivo, a um só tempo reprimindo o autor da ofensa e dissuadindo a ele ou a outras pessoas de comportamento similar.

(...) o contempt civil consiste na omissão de certo comportamento prescrito pelo tribunal, a favor de uma das partes. Em síntese, é o mau comportamento, idôneo a prejudicar, impedir ou frustrar o direito alheio, a exemplo do que acontece com a desobediência a injuction.(...) Legitima-se a parte atingida a requerer a aplicação da respectiva sanção, mas nada inibe a atuação ex officio do juiz.

(...) No contempt direto, o desacato se dá na presença do tribunal. Caracteriza esta espécie, portanto, seu inequívoco carácter imediato e o lugar da infração. (...) Assim, representam casos de contempt direto: o falso testemunho; a recusa de responder à pergunta admitida pelo juiz; o distúrbio na sala de audiências.

(...) Por sua vez, o contempt indireto, conquanto também obstrua ou desafie a autoridade judiciária, ocorre fora do Trial. Em geral, emprega-se o adjetivo indireto para os casos de desacato tácito, abrangendo todas as condutas possíveis, exceto a publicação de matérias na imprensa.”(ASSIS, O contempto of cout no direito brasileiro, 2003, p. 21)

Assim, e em traços gerais, no que tange ao *contempto of court*, tem-se que o sujeito ao recusar cumprir uma ordem judicial, está conscientemente sujeito a sofrer uma sanção, seja esta pecuniária ou restritiva de liberdade⁸⁸, isto, com a tentativa de coagir o sujeito a cumprir a decisão.

Nessa vereda, a sentença que obriga à prestação de alimentos caracteriza-se ainda, pela imposição da prática ou abstenção de uma ordem proferida, ordem esta, no sentido que actua directamente na vontade do indivíduo e pressiona-o psicologicamente a executar a prestação devida.

⁸⁶ Instituto que tem como especial finalidade a tentativa de evitar a procrastinação das decisões dos tribunais, reprimindo assim, os sujeitos processuais que detém má-fé

⁸⁷ ASSIS, Araken. O Contempt of court no direito brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: Editora ,Revista dos Tribunais, nº 111, julho/setembro 2003, p. 21.

⁸⁸ Relativamente às alternativas de que dispunha a corte para a sanção, Araken de Assis ensin a que: “No tocante à multa, avultam os poderes de discricção do juiz, que deve fixá-la de acordo com a gravidade da ofensa. Há duas espécies de multa: a condicional e a definitiva. No primeiro caso, exhibirá nítido carácter coercitivo, in duzin do o destin atário ao cumprimento da ordem judicial; no segundo, a nota repressiva predomina. (...) Fin alidade análoga à da multa preside a prisão. Ela não visa a castigar o atin gido, mas a compelir o desobediente ao cumprimento da ordem judicial, seja positiva, seja negativa.”

Em relação à sentença condenatória, apesar de aparentemente idênticas, tem como especial diferença a questão de não ter apenas a função de reconhecer o direito determinando a existência deste, mas também, tem a função de buscar a concretização do declarado com maiores garantias através da imposição de medidas de constrição judicial. Como se nota a verdadeira concretização da finalidade última da lide será proferida no processo de execução posteriormente instaurado nos termos do 732,734 e 735 do CPC.

O fundamento da maior exequibilidade da sentença mandamental que determina a prestação de alimentos, está nos seus contornos face aos direitos fundamentais que ela busca proteger, sendo que estes, são também constitucionalmente auto-executáveis, o que conforta os traços mais agressivos de sanção da sua transgressão.

A ordem de prestação de alimentos ao descendente detém uma consonância tão assente no ordenamento jurídico⁸⁹ que ao ser confrontado com o pedido de execução de alimentos fundado pelo art.º 733 CPC tem o aval de prescindir de instauração dos processos executivos menos gravosos.

O pedido de execução coercitiva estipulado pelo art 733º CPC deve descrever os fundamentos da escolha pelo modelo de execução coercitiva, e a demonstração desta, como sendo o meio mais hábil à satisfação dos interesses do menor, ainda deve-se alegar, com fundamento na sentença que determina a possibilidade do devedor e a necessidade do menor, a questão da inadimplência voluntária e inescusável que exposta em concreto pelo lapso temporal de 3 meses.

Os instrumentos executivos utilizados em concreto serão orientados de acordo com a ocasião e situação em que for promover a execução de sentença e nos termos do art.º 591 CPC que indica o dever de cumprir as obrigações, com todos os bens do devedor sejam presentes ou futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Assim podem ser utilizados como meio hábil para se obter a satisfação deste crédito a execução através de desconto em folha, execução provisória, execução por quantia certa e a prisão do devedor de alimentos.

⁸⁹ tal como determinado pela evolução do pensamento alimentar ao longo dos séculos

3.10.1. DAS EXECUÇÕES DIRETAS:

Execuções directas são todas aquelas que tem seu fim tradicionalmente descrito como persecução imediata da prestação pecuniária a que o sujeito esta adstrito, nomeadamente através de instrumentos que atinjam o seu património pessoal.

3.10.1.1. EXECUÇÃO ATRAVÉS DE DESCONTO EM FOLHA.

De acordo com o disposto nos artigos 16 da Lei 5.478/68 e art.º. 734 do CPC tem-se que:

"Art. 734 - Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia.
Parágrafo único. A comunicação será feita à autoridade, à empresa ou ao empregador por ofício, de que constarão os nomes do credor, do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração."

O desconto em folha de pagamento das prestações alimentares vencidas desde que esta prestação não atrapalhe a própria subsistência do devedor.

O que ocorre é o pagamento coactivo da dívida determinada no título executivo. Após a apreensão de bens do devedor, e logo após a sua transformação em dinheiro e entrega do fruto deste ao exequente.⁹⁰

3.10.1.2. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS PROVISIONAIS E POR QUANTIA CERTA: ART.º 732 E 735 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

No art.º 17 da lei de alimentos determina um dos meios pelo qual o executado pode lograr êxito a execução por quantia certa e o pedido de prisão do devedor insolvente. Esta determinação é estatuída nos art.º. do CPC 732 e 733.

Art.º 735 Se o devedor não pagar os alimentos provisionais a que foi condenado, pode o credor promover a execução da sentença, observando-se o procedimento estabelecido no Capítulo IV deste Título.

Ou seja, ocorrerá nos termos da execução por quantia certa contra devedor insolvente:

Art. 732. A execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título.
Parágrafo único. Recaindo a penhora em dinheiro, o oferecimento de embargos não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

⁹⁰ Art. 646. A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591)

Independentemente da discussão doutrinária, a jurisprudência⁹¹ demonstra que a determinação da prisão do devedor pode ocorrer mesmo que o credor pudesse assistir a via executória por quantia certa. Isto ocorre pelo fato da execução por quantia certa não oferecer ao alimentário a necessária rapidez do recebimento dos alimentos em atraso.

91 2ª T., RHC nº 56.108-RS, Rel. Min . Djaci Falcão, em 28,03,1978, RT, vol. 553, p.75.

4. DA EXECUÇÃO INDIRECTA: A PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

4.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

4.1.1. PRIMEIROS INDÍCIOS.

É de se verificar que, inicialmente com os egípcios, tem-se a coercibilidade face ao peso da dívida resultante do medo da justiça divina, como consequência da atribuição aos Deuses, da qualidade de testemunhas das dívidas. Posteriormente na Babilônia tornou-se mais severa a abordagem, com a introdução do Código de *Hamurabi* onde estava inscrita a prisão e morte do devedor inadimplente, bem como, a morte ou escravidão de sua família por determinado período.⁹²

Na Índia, o Código de *Manu* também seguia estas directrizes, autorizando para além da morte, torturas. Na Grécia as Leis de *Dracon* também previam a escravização e morte, mas, tais práticas foram relativizadas pelas Leis de *Sólon* (Queiroz, 2004, p.116).

Em Roma, a Lei das XII tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*) criada 450 anos a.C, foi a legislação que originou o Direito Romano, e permitiu a execução pessoal do devedor através da inscrição em sua tábua terceira IX determinando que: “Depois do terceiro dia de feira, será permitido dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quanto forem os seus credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro”.

Após tal período, vários dispositivos ergueram-se contrários à tal crueldade e em 428 a.C surge a *Lex Poetelia Papiria* proibindo-se a *manus injectio* e com “o estabelecimento de que o inadimplemento passaria a ensejar não mais a execução pessoal, mas tão somente a execução patrimonial do devedor, com exceção do inadimplemento das dívidas provenientes de delitos, que permitia a execução da própria pessoa”⁹³ (Azevedo, 1993, p. 18)

Com o advento da *Lex Iulia* em 17 a.C. pelo imperador Octaviano Augusto, a prisão civil tornou-se uma pena mais branda, sendo abolida, nestes casos, a pena de morte estabelecendo-se que este instituto passaria apenas ao condicionamento escravo. (*idem*, p.38)

⁹² CAVALCANTI, C. P. (2001) *Prisão civil*. apud . *Revista Jurídica Consulex*. Ano V, n ° 113. Brasília, p. 46

⁹³ AZEVEDO, A. V.(1993). *Prisão Civil por Dívida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 18

Em Portugal as Ordenações Afonsinas determinavam que a mesma prisão só seria concretizada após a condenação judicial definitiva do devedor. (Queiroz, 2004, p. 117). Nesse caso, havendo essa condenação, o juiz determinava a execução dos seus bens, que ficava “retendo-o como preso”, na audiência, até que se quitasse a dívida.⁹⁴ . Ademais, ainda coloca-se a questão da fraude a despeito de ter bens, “sendo este preso e devendo pagar na cadeia”

As Ordenações Manuelinas (1521) não inovaram em relação a este instituto, mas as Ordenações Filipinas (1603), cuja vigência no Brasil foi determinada pela Lei Imperial de 1823, determinava a prisão do devedor caso este não tivesse condições de efectuar o pagamento após o trânsito em julgado do procedimento, e, segundo Odete Queiroz:

O devedor inadimplente sem condição de efectuar o pagamento, conquanto não tivesse praticado ato ilícito, não seria preso até sua condenação com o trânsito em julgado, ressalvada a hipótese de temida fuga. Sua prisão só se efectivaria após tal procedimento e não havendo bens ou se insuficientes fossem. (*Idem*, 2004, p.117)

4.1.2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA: A PRÉ-CODIFICAÇÃO BRASILEIRA.

O regulamento 737 de 1850 que inicialmente regia questões comerciais, estabelecia a prisão civil dos devedores, dentre outros institutos, nos seguintes termos :

Art. 275. Si o réo nada allegar dentro das 48 horas, autoada a petição inicial com, a conciliação, escriptura ou escripto de deposito, fé da citação, juramento do equivalente, nos casos em que tem logar, e certidão do Escrivão de haverem decorrido as 48 horas sem contestação, serão os autos conclusos, e o Juiz mandará passar mandado de prisão ao qual nada obsta senão o deposito do equivalente (Brasil, Planalto, 1850)⁹⁵

A constituição Brasileira de 1934 proibia a prisão civil por dívidas, sem ressalva expressa, no Capítulo II, onde também se encontravam regulados, os Direitos e Garantias Individuais.

Art.º 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: nº 30. Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas. (*Idem*, 1934)⁹⁶

Somente com a promulgação do Código Civil em 18 de Setembro 1946, que profundas modificações foram estabelecidas neste instituto, introduzindo-se as exceções

⁹⁴ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro (2004). Prisão Civil e os Direitos Humanos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 117.

⁹⁵ BRASIL, Planalto, Regulamento 737 de 1850, Consult. 15 de Jan.2014, Disponível em WWW. <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>

⁹⁶ Obr. Cit., (1934)

relativamente ao depositário infiel e devedor de alimentos. Art.º 141 § 32 - Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei. (Ibidem, 1946)

Posteriormente em 1999, e com as reformas pontuais introduzidas por Sálvio Figueiredo Teixeira, Athos Gusmão Carneiro e Ada Pellegrini Grinover, a prisão civil ficou assente, bem como, a tentativa de evitar a tradição de procrastinação das decisões cíveis.

4.2. NO DIREITO COMPARADO

A valorização da liberdade implementada na maioria dos ordenamentos, teve muitas consequências em vários institutos, que de alguma forma, reprimiam este direito fundamental. A prisão civil foi praticamente abolida em muitos dos países europeus, devido à falta de espaço e necessidade, para o legislador ordinário actuar.

Na França em 1274 no reinado de São Luís, havia a possibilidade da prisão civil somente nos casos de dívida fiscal. Anos mais tarde, e por forte influência do pensamento católico, este instituto volta a imperar no reinado de Felipe. Assim, as pessoas que quisessem, poderiam dar seu próprio corpo para garantir uma dívida; caso não houvesse o adimplemento, o devedor viraria escravo do credor até saudá-la. Contudo após esse período voltou a vigorar na França a expressa proibição à prisão por dívidas, sendo exceptuada a hipótese de inadimplemento da obrigação alimentícia. Contudo, insta ressaltar, que em 1804 este instituto foi totalmente proscrito na França, com Código Civil Napoleónico, onde passou a ser terminantemente proibida a prisão por dívida, (Gravanozzi, 2002, p. 136).

Na Itália, existia a prisão civil até ser extinta em 1942. No Direito inglês desde a Magna Carta de 1215, o pagamento da dívida delineava um grau de crueldade, pois "o credor de uma obrigação inadimplida teria sido autorizado pelo juiz a cortar uma libra de carne do corpo do devedor em função do débito." Na Argentina, a Lei n.º 514 aboliu a prisão, salvo nos casos de falência e insolvência civil originárias de fraude ou dolo por parte do inadimplente. (Idem, p. 138)

A ZPO⁹⁷ alemã, cuja eficácia inspira vários ordenamentos inclusive o brasileiro, exclui algumas prestações que não podem ser forçadas, e inclui a possibilidade da prisão civil nos casos das obrigações de não fazer. Destarte o pesar das obrigações

⁹⁷ Zivilprozessordnung – Código de Processo Civil Alemão

decorrentes da Alemanha ser signatária em 1966 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁹⁸, verifica-se no âmbito cível a prisão como meio executivo donde se extrai no citado diploma em §888 e §890, as *Zwangsstrafn*.

O oficial de justiça, ali determinado como *Gerichtsvollzieher* detém, a importante tarefa de defesa do credor e, ao não encontrar bens que satisfaçam a execução, poderá intimar o executado, requerendo assim um inventário sob *Eidesstattliche Versicherung* (jurando) não ter omitido nada, caso contrário sofrerá uma prisão nos termos do § 913 do ZPO.

4.3. A PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS E OUTROS DIPLOMAS.

Como forma de execução indirecta que é, e nomeadamente, instituído para ser um meio coercitivo de satisfação do credor, a prisão civil pode ser entendida como “um instrumento de coercibilidade, utilizado na jurisdição civil, de cunho eminentemente económico, previsto em lei, com o objectivo de compelir o devedor, seja depositário ou de alimentos, a cumprir o seu dever de obrigação” (Rabello, 1987, p. 46)⁹⁹

Actualmente, como regra geral, o ordenamento jurídico vincula ou responsabiliza o património do devedor por suas dívidas. Nesse sentido, faz-se oportuno o ensinamento sobre a regra geral do mestre Liebman¹⁰⁰ :

O objecto sobre o qual opera a sanção executiva, não é pessoa do devedor, mas os bens que se encontram no seu património. O órgão do Estado, usando do poder de que é investido, pode lançar mãos sobre os bens do devedor e destiná-los à satisfação do credor, pelos modos e com os efeitos estabelecidos na lei. (LIEBMAN,(1986). p. 126)

Portanto, a regra geral é a de que não haverá prisão civil por dívidas, a qual, comporta as seguintes excepções descritas no art. ° 5 LXVII: “a prisão civil poderá ser decretada no caso de depositário infiel e na hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar.”

Neste ceara, Marmitt perfila a ideia de que:

“A prisão existente na jurisdição civil é simples fator coercitivo, de pressão psicológica, ou de técnica executiva, com fins de compelir o depositário infiel ou o devedor de

98 No Brasil seu texto foi aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991; e depositada em 24 de janeiro de 1999

99 RABELLO, J. G. J. (1987). *Alienação Fiduciária em Garantia e Prisão Civil do Devedor*. São Paulo: Saraiva, p. 46

100 LIEBMAN, Enrico Tullio (1986). *Processo de Execução*, 5A. ED , , SARAIVA, p. 126 e 127

alimentos, a cumprirem sua obrigação. Insere-se na Constituição Federal como exceção ao princípio da inexistência da constrição corporal por dívida. Sua finalidade é exclusivamente econômica, pois não busca punir, mas convencer o devedor relapso de sua obrigação de pagar. É sempre consequência da aplicação de um processo coercitivo, com o fito de despertar o inadimplente, de conscientizá-lo dos compromissos que assumiu, para que ele satisfaça o quantum que lhe é exigido, ou devolva a coisa que lhe foi confiada”. (Marmitt, 1989, p. 7).¹⁰¹

Relativamente às possibilidades tradicionais de adimplemento descritas no CPC, não oferece dúvida sobre a prevalência das formas menos gravosas de execução. Tais como o desconto em folha de pagamento penhora de salários¹⁰², o pagamento de aluguéis e rendimentos dentre outros.

Mas, caso estes não sejam eficazes, aplicar-se-á o art. 733 CPC, sendo que, este instituto deve ser cirurgicamente aplicado, devido a possibilidade de recolhimento de indivíduos em cárcere. Seu carácter estritamente privado, resulta de uma das suas possíveis visões, que é a do pagamento das prestações dos alimentos aos menores e sua visão pública, remete-nos à idéis de prisão..

A Revolução Gloriosa, esta vinculada a própria evolução histórica de reconhecimento de direitos aos ingleses, e de limitação do poder real que ocorria, desde a Carta Magna sendo, portanto, uma evolução pragmática, uma continuação de conquistas anteriores e não uma ruptura com o Antigo Regime, tal como foi, a Revolução Francesa (Martinez, 1999, p. 148).¹⁰³

José Joaquim Gomes Canotilho partilha do seguinte entendimento:

“A colocação do problema – boa ou má deixa claramente intuir que o filão do discurso subsequente – destino da razão republicana em torno dos direitos fundamentais – se localiza no terreno da história política, isto é, no locus globalizante onde se procuram captar as idéias, as mentalidades, o imaginário, a ideologia dominante a consciência coletiva, a ordem simbólica e a cultura política. (CANOTILHO, 2004, p. 9)¹⁰⁴

Em seu texto, a Declaração dos Direitos Humanos e também a Constituição Federal da República Brasileira, o direito à vida é o mais valioso dos direitos fundamentais; seguido, neste caso, pelos direitos à liberdade e à intimidade, sendo esta ordem valorativa a sutil precedência e possibilidade da ordem de restrição de uns em detrimento de outros.

¹⁰¹ MARMITT, Arnaldo (1989). Prisão Civil por Alimentos e Depositário Infiel: de acordo com a nova Constituição. Rio de Janeiro: Aide, p. 7

¹⁰² Conforme preceitua o art 649, parágrafo 2º do CPC

¹⁰³ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba (1999). Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid ., *apud*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, p. 148.

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2004). Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, p. 9.

Os princípios da ponderação e interpretação evolutiva, demonstram que o direito à alimentos ressalva para além da vida, a dignidade de muitos menores determinando quem sobressai desta frontal colisão de direitos. Devido a esta cautela, a jurisprudência derogou uma das exceções que não demonstrava seu fundamento prioritário, relativamente à restrição de liberdade imposta pela prisão civil do depositário infiel.

Conclui-se, que é extremamente clara a determinação do fim a que a norma constitucional objectiva, sendo esta, a demarcação da prisão civil no caso da excepção declarada, ou seja, na dívida voluntária e inescusável de alimentos.

4.3.1. CONSTITUIÇÃO.

A Constituição Federal valida a possibilidade da consolidação das suas normas por outros textos normativos, nomeadamente o Código de Processo Civil, ao declarar a sobreposição da dignidade de pessoa humana, face à liberdade dos que agem de má-fé no cumprimento das prestações de carácter alimentar aos menores.

A Magna Carta pátria em seu artigo 5º, assegura a garantia de inviolabilidade do direito à liberdade do homem: "Art. 5º, CF - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".¹⁰⁵ (*Idem*)

Em seguida, no seu inciso LXVII, o referido dispositivo prega que não haverá prisão civil por dívida. Contudo, o seu texto traz duas exceções: "Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".(grifo nosso)

A regra geral, é que ninguém poderá ser preso por dívida, mas o inciso LXVII determina a excepção relativamente ao depositário infiel¹⁰⁶ e ao devedor de alimentos conforme descreve o texto constitucional em análise.

¹⁰⁵ BRASIL,(1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, [Consult. 18 de Jan. de 2014] Disponível em WWW: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >

¹⁰⁶ Relativamente ao depositário infiel, revogado pela Súmula 619 do STF

4.3.2. LEI 5478/68 ALIMENTOS

O dever de se prestar alimentos entendido por muitos como uma prestação com cariz moral, se concretizou através da Lei 5.478/68 que dispõe sobre a acção de alimentos ,em um dever jurídico de tal forma, que demonstra o descrédito aos meios tradicionais e a necessidade da nutrição do alimentando.

As regras contidas no citado diploma, relacionam-se no sentido do esclarecimento de actos especiais, a efectivação das prestações alimentícias antes que se expeça o mandato de prisão determinando, desta forma, a tentativa de adimplemento voluntário do devedor de alimentos.

Insta a importância do art.º 620, do Código de Processo Civil, que consagra o princípio da menor onerosidade para devedor: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE - ART. 620 DO CPC - SÚMULA 7 DO STJ. 1. A fim de que o princípio da menor onerosidade tenha aplicação, é necessário que o juízo tenha alternativas diante de si, de modo que possa eleger uma medida que seja capaz de resguardar os interesses da parte exequente sem onerar desnecessariamente a parte executada. 2. Sopesar a onerosidade alegadamente excessiva, bem como a viabilidade de outro procedimento, dependeria necessariamente da apreciação de circunstâncias fáticas da causa, cujo exame é inviável no âmbito do recurso especial, a teor do entendimento firmado na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".3. Recurso especial não conhecido. (Brasil, Planalto,2013)¹⁰⁷

A execução observar-se-á mediante o respeito ao procedimento estabelecido nos termos do art.º 16 ao 18¹⁰⁸ do citado diploma. Inicia-se com a verificação do preenchimento dos requisitos de desconto em folha de pagamento, posteriormente os da penhora de bens, e caso esta não seja possível ou suficiente para se atender à finalidade prescrita, culminar-se-á na prisão do devedor, nos termos do art. 19 do citado diploma:

¹⁰⁷ BRASIL; Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Especial, 17 de Set. de 2013

¹⁰⁸ Art. 16. Na execução da sentença ou do acordo nas ações de alimentos será observado o disposto no artigo 734 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil.

Art. 17. Quando não for possível a efectivação executiva da sentença ou do acordo mediante desconto em folha, poderão ser as prestações cobradas de alugueres de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos directamente pelo alimentando ou por depositário nomeado pelo juiz.

Art. 18. Se, ainda assim, não for possível a satisfação do débito, poderá o credor requerer a execução da sentença na forma dos artigos 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil.

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 de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias. (*Idem*)

Assim, e como demonstração da cautela em concreto da aplicação do instituto da prisão civil, tem-se nestes moldes, a importante análise da situação fáctica para a determinação dos moldes adoptados para satisfação da prestação de alimentos.

4.4. A IMPORTÂNCIA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

O artigo 4º, II da Constituição Federal de 1988, deixa clara a forma pela qual a República Federativa do Brasil rege suas relações internacionais no que tange à “Prevalência dos direitos humanos”¹⁰⁹.

A partir desta prevalência, tornou-se necessária a determinação do seu alcance, instituindo-se o limite preceituado no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição que estabelece a hierarquia dos tratados internacionais: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adoptados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (Brasil, CF/88)

A Emenda Constitucional nº 45 de 30 Dezembro de 2004, assegura a defesa da dignidade humana e a prevalência dos Direitos Humanos. Isto se deve ao facto da inclusão do parágrafo 2º e 3º ao artigo 5º da Carta Magna, de modo a determinar os moldes da adesão aos tratados internacionais, mediante a matéria da qual este trate.

Nestes termos, caso o tratado internacional verse sobre Direitos Humanos, este deve ser aprovado por quórum qualificado de 3/5 em votação bicameral pelas casas legislativas, e vigorar com poder de emenda constitucional.¹¹⁰

Em sua obra Direitos Humanos e Direito Constitucional a ilustre jurista Flávia Piovesan ensina:

Assim, com advento do parágrafo 3º do artigo 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de protecção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e

¹⁰⁹ Artigo 4º, II da CF/88

¹¹⁰ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. *In* BRASIL, (2004), Emenda Constitucional nº 45, de 30 de Dezembro de 2004, [Consult. 12 de Jan. de 2014] Disponível em WWW: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>

b) os material e formalmente constitucionais. Frisa-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do parágrafo 2º do artigo 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do parágrafo 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal” (Piovesan, 2006, p. 71 a 74).¹¹¹

A Convenção Americana de Direitos Humanos, ou como comumente chamado, Pacto de São José da Costa Rica, foi incorporado ao sistema jurídico brasileiro pelo Decreto 678, de 6 de Novembro de 1992, trazendo consigo, importantes reafirmações na visão de que o Direito do Homem que é um Direito conexo ao natural e ademais, uma previsão expressa da prisão civil.¹¹²

Cria mecanismos para que os Estados, qualquer do povo, grupo de pessoas e entidades dos Estados integrantes, possam peticionar contra actos que reprimam direitos fundamentais, bem como, determinar os limites aceitáveis de compressão de direitos fundamentais face a outros.

Isto ocorre, como por exemplo no Direito à Liberdade pessoal elencado no Artigo 7º com a expressa restrição que interessa ao tema proposto elencada em seu parágrafo 7º: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Em consideração ao ilustre diploma patrocinado em 1966 pela Organização das Nações Unidas, donde o Brasil se tornou signatário em 1990, e ainda, em consideração à Declaração Americana de direitos da Pessoa Humana de 1948 o Supremo Tribunal Federal reduziu os casos passíveis de prisão civil, impossibilitando-os, nos casos do depositário infiel, mas em relação ao inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia, sendo que, esta decisão mantém-se.

¹¹¹ PIOVESAN, Direitos Humanos e o Direito Constitucional ... e o Direito Constitucional, Internacional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 71-74)

¹¹² BRASIL, Tribunal Regional Federal, (2007) Habeas Corpus nº2007.05.00.006190-3 .Sergipe. Diário da Justiça - Data: 19/04/2007 - Página: 586 - Nº: 75. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEVEDOR FIDUCIÁRIO. EQUIPARAÇÃO A DEPOSITÁRIO IN FIEL. IMPOSSIBILIDADE. IN FRIN GÊNCIA AO PRIN CÍPIO DA RESERVA LEGAL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. PRISÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. Dentre as hipóteses de prisão civil não está elencada a prisão de devedor fiduciário, constituindo em infringência ao princípio constitucional da reserva legal a sua equiparação a depositário in fiel. O Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica que veda a prisão civil por dívida, não cabendo interpretação extensiva de outro instituto para manter custodiado o paciente. Configura coacção ilegal, sanável pela via escolhida, a prisão do devedor fiduciário. Ordem concedida.

No art.º 11 do Pacto Internacional de Direitos Civiis e Políticos, temos como restrição à prisão civil, a questão do sujeito não poder cumprir o pagamento desta obrigação legal.

Ademais, no citado diploma no art.º 1 nº 4, temos uma relação com o art.º 5 CF/88, admitindo a prisão civil quando houver “desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei”. Assim se o país não rectificou o protocolo da convenção, poderá ter prisão por dívidas sem que infrinja norma internacional referente a direitos fundamentais.(DJIK, 1998, p. 420)¹¹³

Ressalta-se assim, que de todos estes textos o que se extrai como maior restrição à decretação da prisão civil é a questão da boa-fé do devedor e nos termos do pacto a atitude constituir crime autónomo susceptível de ser condenado penalmente em decorrência da desobediência.

4.5. DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A colisão de Direitos fundamentais é normalmente o centro das questões descritas pela jurisprudência, mas apesar de aparentemente antagónicas, as questões relativas à dignidade da pessoa e o direito à vida em detrimento à privação da liberdade do indivíduo são assentes na maioria das decisões proferidas pelos tribunais.

O Artigo 6º da Constituição Federal, após a EC 064/2010, ficou com a seguinte redação:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

Por um lado temos o direito à vida do alimentando, que é intrínseco à condição humana e também o mais basilar dos direitos fundamentais. O Estado na sua exerce sua função de defesa deste direito através de directrizes racionais e evolutiva ao assegura-lo o mais plenamente possível.

A Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional , Nº 11.346 de 15 de Setembro de 2006, transforma o acesso à alimentação em um direito fundamental estabelecido logo ao art. 2º.

¹¹³ DJJK, P. van e Hoof, G. J. H. Van.(1998) Theory and practice of the european convention on human rights, Kluwer Law international, Third Edition.

“A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população”(Losan, 2006, nº 11.346)

Desta forma, esta lei resguarda um lugar primordial na protecção à alimentação, instituindo-a como um direito fundamental, e atribui ao legislador o dever de implementar medidas eficazes que garantam a sua prestação.

Posta assim a questão, e como demonstrado,¹¹⁴ a obrigação alimentar é cuidadosamente delimitada como sendo imprescritível, irrenunciável, inviolável, pois ele será o objecto e fundamento para possível responsabilização, civil e até mesmo a prisão do inadimplente.¹¹⁵

Em outro polo, abstrai-se que a liberdade da pessoa física, pode ser entendida como “a possibilidade jurídica que reconhece a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade e de locomoverem-se desembaraçadamente dentro do território nacional” (SILVA, 2008, p.237).

Portanto é correto o entendimento do STF, de que no Brasil só é permitido ferir este princípio em área cível, através da prisão Civil do devedor de alimentos, com a devida restrição, de presumir-se que a necessidade de sobrevivência do alimentando (direito à vida) prevalece sobre o direito à liberdade, do devedor-alimentante.

Ressalta-se a clara tentativa de equilíbrio deste instituto, ao lidar de forma séria com o princípio da escolha, por parte do alimentante, pela forma de execução menos gravosa:

“Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação trabalhista” será descontado em folha de pagamento. Na impossibilidade do desconto, as prestações alimentícias poderão ser cobradas de alugueres ou de quaisquer outras rendas do devedor (*Idem*, artigo 17).

O ato decisório que decreta a prisão civil deve ser fundamentado, demonstrando a motivação deste, caso contrário, sofrerá de nulidade, como resulta do artigo 93, inciso IX:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir,

¹¹⁴ In cap 1

¹¹⁵ “ In clusive o Estatuto da criança e do adolescente demonstra no Art.º. 33 que estabelece : “ A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, in clusive aos pais

limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes (CF/88)

Neste segmento, as sentenças devem ser fundamentadas, ainda que de modo conciso, como indica o artigo 165, do Código de Processo Civil: “Não pode cingir-se a mero despacho ordenando o pagamento sob pena de prisão”

HABEAS CORPUS. DECRETO DE PRISÃO CIVIL. DÉBITO ALIMENTAR. DECISÃO DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO JUIZ SOBRE AS JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS PELO DEVEDOR. ORDEM CONCEDIDA. 4º artigo 734 e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil. Por sua vez, tal dispositivo determina que o valor da prestação (Brasil, 2009) ¹¹⁶

Mesmo assim, não sendo possível a satisfação da dívida, o artigo 18 da Lei de Alimentos autoriza o credor a requerer a execução da sentença na forma dos artigos 732, 733 e 735, do Código de Processo Civil.¹¹⁷

Conforme entendido, para além da lógica natural de que todos devemos ser nutridos para dispormos da nossa vida, o próprio ordenamento brasileiro colocou a alimentação adequada como importante condição para que se efective a dignidade de cada um.

Como mecanismos para tal, criou rigorosos padrões e estabeleceu princípios na determinação da prestação alimentícia, sendo que esta, caso não ocorra pelo não pagamento voluntário, surge o ponto de partida para escolha do melhor instrumento executivo, não furtando assim, qualquer ilegalidade no resultado da colisão de direitos proposta entre dignidade e vida do alimentando e a liberdade do alimentante.

4.6. O ART.º 733º CPC: UMA ANÁLISE DA PENA IMPOSTA.

A “Lei de Alimentos” em seu art.º. 19, subsume os termos para o controle na aplicação da prisão civil nos moldes do art.º. 733 do CPC, e, como demonstrado anteriormente, contém o intuito de protecção do que se vêem menos protegidos do resultado da frontal colisão de direitos.

¹¹⁶ BRASIL,(2009) Supremo Tribunal de Justiça, Terceira Turma, HABEAS CORPUS : HC 129207 SP 2009/0030878-0

¹¹⁷ CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedin a, 1993, p. 528. O dispositivo mencionado pelo expoente doutrinador é da Constituição da República Portuguesa, art. 16/1 que esclarece: "Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional." Assim, a Constituição lusitana também admIRANDA, J. Manual de Direito Constitucional. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 260, e HESSE, K. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 22 in PIOVESAN, F. Ob. Cit., p. 89-90

Passemos a análise da sanção prevista para melhor entendimento, ou seja, do que poderá sofrer o polo passivo, e da tentativa de desfazer pré-conceitos e moralismos a respeito do tema proposto.

4.6.1. DO INADIMPLEMENTO VOLUNTÁRIO E INESCUSÁVEL: A EXIGIBILIDADE DE 3 MESES PARA APLICAÇÃO DO 733:

Preliminarmente, insta demonstrar que a “pena” estabelecida no art 733 § 1º apresenta uma característica crucial em defesa do alimentante, ela é condicional, este entendimento extrai-se de que o “§1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1(um) a 3 (três) meses” (*Idem*, 1977)

É importante assinalar, que somente se aplica concretamente, no caso de descumprimento e desobediência à todos os anseios legais e de ordem instrutória. Os 3 meses são importantes na determinação do lapso temporal que o sujeito deixou de prover o sustento do menor, sendo negligente para com a lógica natural da necessidade alimentária.

Caso sejam devidos mais meses, somente 3 serão contabilizados para efectivação da prisão civil, os mais antigos, serão cobrados pela execução de quantia certa.

É importante pois o sujeito deve efectuar o pagamento desta quantia para que deixe o estabelecimento em que está a cumprir a pena, caso contrário seria restringir à demasia o seu direito à liberdade, desde que, a dívida de todas as prestações fosse cobrada para tal.¹¹⁸.

Em virtude dessas considerações, a jurisprudência é coesa ao aceitar a execução prevista no art.º 733, § 1º, CPC, como forma de cobrar o débito para que o devedor possa se liberto do decreto prisional deverá fazer pagar as três parcelas vencidas, que foram objecto da execução e também para além da que venceram durante o processo e até o dia do pagamento.

Neste viés, o Superior Tribunal de Justiça, por sua 2ª Seção, editou a Súmula n.º 309 que fixa como assente o entendimento de que "O débito alimentar que autoriza a

¹¹⁸ 733 § 3º: Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

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" ¹¹⁹

Apesar de aparentemente arbitrária, era necessária uma conciliação entre os entendimentos pretéritos, fixando o tempo em que demonstra a o inadimplemento voluntário e inescusável e o perecimento e urgência dos alimentos devidos aos menor. Os débitos anteriores aos 3 meses, não recai esta visão de urgência, para tanto não recaindo necessariamente a coerção pessoal, equilibrando assim, o direito à vida do credor e o direito de liberdade do devedor, o que é bastante razoável perante a importância do bem que se busca tutelar.

Outra questão que surge, é a clara falta de economia processual relativamente à necessidade do desmembramento, em duas petições dirigidas ao mesmo juízo, uma referente aos 3 últimos meses pedindo a prisão civil, e outra, em relação aos demais meses, peticionando a execução por quantia certa.

Não representa uma medida económica do ponto de vista processual. A solução mais condizente com o citado artigo, seria a aplicação, pelo juiz, de medida coercitiva em relação às prestações recentes e o rito da execução por quantia para o crédito pretérito, tudo dentro do mesmo processo. No entanto, em razão da diversidade de procedimentos previstos na lei processual, tem sido comum a ordem de desmembramento.

O direito fundamental do credor, continua a ser tutelado por meio da possibilidade de prisão pelos débitos recentes. Este direito, de exigir a prisão civil do devedor, pode ser exercido perfeitamente, mas não de forma ilimitada a prisão continua a ser admitida, como um instituto sabidamente eficaz para vencer a resistência do alimentante.

Em consonância com o acatado, se após 3 dias da citação do devedor, este não comprovar que pagou, ou que teve a impossibilidade de o fazer por força maior, ou caso fortuito será decretada a sua prisão nos termos do art 733 caput e § 1º, ou seja, não inferior a 1 mês nem superior a 3 meses.

Os requisitos da prisão civil, são de ordem objectiva, e desde que ocorra o seu preenchimento e caracterização, o credor terá o poder de peticionar face à inércia do

¹¹⁹ STJ Súmula nº 309 - 27/04/2005 - DJ 04.05.2005 - Alterada - 22/03/2006 - DJ 19.04.2006, [Consult. 15 de Jan. de 2014] Encontrada em WWW. < http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0309.htm >

inadimplente, sendo que, para tanto, a privação da liberdade ocorre como instrui a colenda Corte superior nacional:

“Permanecendo a inadimplência do executado no curso da execução estabelecida no art.733 do CPC, legítimo se afigura o aprisionamento em virtude do não pagamento das prestações anteriores à execução e que foram seu específico objeto, não obstante o pagamento das três últimas vencidas antes do depósito. A natureza do débito não se altera em virtude do inadimplemento do devedor. A dívida de alimentos continua sendo de alimentos. O decurso do tempo não retira o caráter alimentar da prestação que, não satisfeita oportunamente, repercute no padrão de subsistência do alimentando (Brasil, 2000)¹²⁰.

Não obstante tal entendimento, encontra-se respeitável doutrina defendendo a tese contrária, como a de Arakem de Assis:

Os alimentos pretéritos não deixam de constituir ‘alimentos’ com o decurso do tempo. Erra a jurisprudência alinhada, passível de grande crítica, partindo da inflexível pressuposição de que o devedor, em atraso há muito tempo, jamais ostentará recursos para pagar a dívida de uma só vez. Exame prudente do meio executório inculcado no art. 733, principalmente dos efeitos da defesa do executado, indica que nenhuma das classes de alimentos, em princípio se exclui do seu âmbito.(ASSIS,1994, p. 112-113)¹²¹

Destarte ser o entendimento de certeza no prosseguimento da pretensão sancionatória, acontece que, pelo facto do prazo de três meses não estar descrito expressamente na própria Constituição, cada juiz poderá decretar a prisão civil de acordo do que se observa em concreto.

4.6.2. DA MÁ UTILIZAÇÃO DO TERMO PENA PARA A PRISÃO CIVIL: O ART. 733 § 2º.

Entendido como um espírito de vingança, e ligada inicialmente a punição pelo crime de homicídio, a pena (*Poinê*), é uma personificação da retaliação e actualmente, o principal fundamento para os adeptos da justiça retributiva, face à restaurativa.

No ordenamento jurídico brasileiro temos três tipos de sanções impostas aos que praticam alguma infracção penal, e estas estão estabelecidas nos termos do artº. 32 do Código Penal.

As penas privativas da liberdade estão previstas em abstracto, nos termos do §2º, e podem ser de reclusão, detenção e prisão simples. Numa breve explanação, a

¹²⁰ BRASIL, (2000), Supremo Tribunal de Justiça, Habeas Corpus, 4ª Turma, HC 11.163-MG, rel. Min. Cesar Rocha, j.11.4.00, denegaram a ordem, v.u., DJU 12.6.00, p. 112

¹²¹. ASSIS, Arakem de (1994). Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor, 2ª ed., RT, São Paulo, p. 112-113.

reclusão requer o cumprimento da pena em regime fechado, semiaberto ou aberto, a detenção em semiaberto ou aberto, prisão simples nos casos de contravenção penal com decorrente regime aberto e semiaberto (Jesus,2012, p. 102)¹²²

O Art.º 733 do CPC determina em seu § 2º que “o cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.”

Na doutrina de Yussef Said Cahali perfila a opinião de que “ a prisão civil não deve ser vista como uma pena, tampouco com o fim de punir o executado pelo fato de não ter pago a prestação, mas sim de servir como meio coercitivo para que o executado satisfaça a obrigação alimentar.” (Ibidem, 2007, p. 740)

Nestes termos, o parágrafo 2º, do art. 733, do CPC faça menção ao termo “pena”, na verdade, não há possibilidade de tratar tal prisão como sanção, de modo a pretender o seu cumprimento em regime de prisão domiciliar, aplicando, por analogia, instituto de Direito Penal, qual seja, regime de cumprimento de reprimenda, a tema de natureza civil.

Desta forma, o termo utilizado relativamente a “prisão” é, de certa forma errôneo, pois a só se denomina como prisão, àquela sanção que é decretada quando se decorre da prática de um ilícito definido como delito. A finalidade da prisão é forçar o devedor a cumprir uma obrigação através da coerção, que intervêm frente ao sujeito que é omissor.

A prisão do devedor de alimentos possui caráter meramente coercitivo, e não punitivo. Essa constrição opera-se como meio de coerção, previsto inclusive em legislações alienígenas praticamente de todos os povos cultos, para compelir o devedor recalcitrante a cumprir com os deveres de ordem moral e legal, e pagar aquilo que, injustificadamente se nega a fazer.

Vários exemplos temos da não caracterização da prisão civil como uma medida com caráter sancionatória ao sujeito, mas sim como forma de coagir ao pagamento impondo a obediência e força à determinação legal declarada, como se extrai da decisão da magnânima Suprema corte brasileira a impossibilidade de se decretar *habeas corpus* para tal situação:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. ANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PAGAMENTO PARCIAL. PRISÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.1. **O habeas corpus não é a via adequada para o exame**

¹²² JESUS, Damásio, E. de, (2012), Código Penal Anotado, 22º Ed., Saraiva Jurídicos, p. 102

aprofundado de provas a fim de averiguar a condição econômica do devedor, a necessidade do credor dos alimentos e o eventual excesso do valor dos alimentos. Precedentes.2. O pagamento apenas parcial dos valores devidos a título de alimentos não afasta a possibilidade de decretação da prisão civil do devedor conforme já reiteradamente decidido pelo STJ.3. Ordem denegada.¹²³ (grifo nosso)

Outro exemplo é a impossibilidade de se decretar o regime aberto para a prisão do sujeito como se extrai:

HABEAS CORPUS. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INADIMPLEMENTO RECONHECIDO PELO PACIENTE. MAIORIDADE DOS EXEQUENTES QUE NÃO O EXONERA AUTOMATICAMENTE. DEMAIS INSURGÊNCIAS QUE NÃO COMPORTAM ANÁLISE NESTE RESTRITO ÂMBITO. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO, SOB PENA DE DESVIRTUAMENTO DE SUA FINALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. LEGALIDADE DO DECRETO EXPEDIDO. LIMINAR INDEFERIDA. ORDEM DENEGADA. A ordem de habeas corpus é um remédio constitucional colocado à disposição do indivíduo para salvaguardar sua liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder. Se o ato restritivo da liberdade é imposto dentro dos limites da legalidade, a ordem deve ser denegada, propiciando-se, dessa forma, o alcance da sua finalidade que é a de coagir o devedor a honrar a obrigação alimentar(*Idem*, 2012).¹²⁴

¹²³ BRASIL,(2013) Habeas Corpus, 245804 MS 2012/0122924-8, Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, 12/11/2013, T4 - QUARTA TURMA DJe 26/11/2013

¹²⁴ BRASIL,(2011) Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Habeas Corpus : HC 363085 SC 2011.036308-5, 5ª Câmara de Direito Civil

5. A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA COERCIBILIDADE PENAL COMO FORMA DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS.

A conhecida lei de talião inscrita no Código de Hamurabi–1700 a.C. cuja própria denominação vem do latim *talionis* que significa idêntico, igual, traduz a real determinação deste preceito que é a reciprocidade do crime para com a pena tal como se extrai do seu parágrafo 196 –“Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.”

A partir de uma análise histórica até os dias actuais, podemos ver resquícios desta ideologia nos ensinamentos da justiça retributiva, juntamente com o predomínio no da crescente evolução da “Teoria das Penas”, ou seja, as diversas formas de reacção aos actos ilícitos passou de apenas uma imposição estabelecida nas leis, para um instrumento de controle social.

O ilustre jurista e filósofo do sec. XVIII Cesare Beccaria é importantíssimo nesta nova fase de racionalização do Direito Penal e da noção utilitarista das penas. Em sua obra “Dos delitos e das penas” consegue sistematizar que a paz social cada vez mais estava a se tornar cada vez mais utópica a partir de punições extremistas e imediatas, para melhor eficácia na manutenção da ordem pública deveriam ser implementadas sanções que atendessem ao ordenamento jurídico como um todo funcionando não somente para aqueles que já cometeram, mas também para os que pretendiam subestimar o poder punitivo.¹²⁵

O objectivo da pena deixa de ser imediatista, não podendo ser a punição pela punição, e se torna uma forma de manutenção da ordem pública. Este entendimento é clarificado na afirmação de que “a finalidade da pena não é o de atormentar e afligir a um ser sensível, nem o de desfazer um crime já cometido.” (obra citada, Capitulo XV, Da suavidade das penas)

O autor defende a idéia de que a pena deve ter antes do carácter punitivo, um teor preventivo e a partir desta concepção vários outros doutrinadores e juristas evoluíram o pensamento criminal, criando assim, tipos criminais mais complexos, mas mais eficazes face aos novos ditames sociais.

Registra-se a importante contribuição evolutiva dos ensinamentos do jurista italiano Piero Calamandrei, em relação aos do seu percussor, indicando que “não mais se pune porque se pecou, mas sim pune-se para que não se peque”. não mais ‘punitur

¹²⁵ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Martin Claret, 2001

quia peccatum', senão que 'punitur ne peccetur'." (Calamandrei, 1978, p. 77). E não só ele mas, a evolução esta que se nota na evolução legislativa em vários ordenamentos democráticos de todas as partes do mundo seguiram este norte.¹²⁶ (Agudelo, 1990, p. XLVIII)

Convém ressaltar, que a mudança de paradigma da visão das penas leva ao entendimento de que a prisão civil não tem a função punitiva como fim último, mas sim, detém a pretensão de coagir o devedor ao adimplemento voluntário da prestação, bem como, desestimular aos demais sujeitos induzindo-os a não se omitirem na ajuda aos seus.

Indubitável é a aceitação da prisão civil pelos mais sérios operadores do direito nacional e pela jurisprudência como o mais precioso instrumento de manutenção alimentar dos menores fruto de crescentes relações atordoadas.¹²⁷

O que torna o tema adverso, e fundamenta as críticas a este instituto, é o carácter externo da prisão civil, ou seja, a privação da liberdade dos inadimplentes mediante a imposição de maior força a uma decisão urgente, sub-rogando, no que antes era praticamente uma questão de valor moral de sustento da prole intrínseco ao homem de bem.

Posta assim a questão, é de se dizer que o Direito Penal, e as normas que versam sobre os bens penalmente ressaltados, não podem ter como fim último a pena, nem serem tão imediatistas quanto defende a teoria da retribuição, e, em consonância com o acatado, tem-se a defesa deste instituto que apresenta resultados eficazes no estímulo ao acompanhamento dos pais negligentes para com o desenvolvimento dos seus.

5.1. A COACÇÃO E O PODER COERCITIVO.

No dizer expressivo do iluminado jurista e filósofo do direito Rudolf von Ihering, tem-se que " O Direito sem coacção é um fogo que não queima; uma luz que não ilumina". (IHERING, in, NADER, 2004, p.86).

A coercibilidade e a coacção são qualidades da norma, sendo estas, racionalizadas, e utilizadas como formas de controlo social para que se obtenha polícias criminais mais

¹²⁶ A exemplo na Colómbia ensin a Agudelo, "Para decirlo en brocardos latin os, la teoría de la retribución castiga quia peccatum est, la teoría de la prevención castiga ne peccetur..."

¹²⁷ in . <http://www.ibge.gov.br/home/default.php>. Em 2011, teve a maior taxa de divórcios das ultimas décadas desde 1984, chegando a 351.153, mais 45,6% face à 2010, onde registrou-se 243.224 .

eficazes. Alguns entendem coação e coerção como sinónimas pois remetem ao uso da força, e da ingerência psicológica do cumprimento do preceito. Mas, por ordem de razão, perfila-se a importante ideia temporal a seguir desenvolvida.

Cumpre examinarmos neste passo, que a coercibilidade é uma intervenção psicológica anterior à aplicação da norma, e ela a completa, na concepção de que a pena é um castigo aplicado a um mal comportamento, tendo por função, criar no indivíduo que tenha propensão à prática de algum ilícito, um sentimento de repulsa a este

Em consonância com este acatado o indivíduo manipula atitudes diversas das que possivelmente teria, com o receio de ser coagido a sofrer imposições pré-estabelecidas. Em ordem de razão ensina o ilustre jurista Paulo Nader (idem, p. 86): “[...] coercibilidade quer dizer possibilidade de uso da coação”. E em ordem de razão Reale (1999, p.69), leciona que: “[...] pela palavra coercibilidade entendemos a possibilidade lógica da interferência da força no cumprimento de uma regra de direito”.

Por sua vez, a coação, é o poder estatal aplicado no momento actual da execução do sujeito que transgrediu a norma. Extrai-se dos ensinamentos de Telles Júnior (2002, p. 88) que:

“[...] a coação é uma ação efetiva, uma ação atual. Ela é a execução do ato de coagir”, ou seja, para aqueles que não cumpriram, ou não deixaram de agir, de forma voluntária as condutas descritas preestabelece uma coação proporcional. E ainda completa, “[...] a coatividade não é coação. Ela não é ação; logo, não é a ação de coagir. Como a própria palavra já o revela, a coatividade é algo que existe antes da ação de coagir, e que, de certa maneira, a condiciona. Ela não é o exercício da coação, mas a possibilidade de exercê-la. É a faculdade de coagir.”

Aos adeptos da teoria ortodoxa do coactivismo este é o principal elemento e sem o qual ele não existiria, mas para outros é quase risório pensar em um ditame legislativo que age ou reage contra o indivíduo¹²⁸, pois se pensarmos assim a todo momento estaríamos a ser moldados pelos diversos diplomas legislativos existentes e nossa liberdade não existiria.

O que há de mais assente, é a extrema importância destes preceitos para a aplicação do Direito, e sua íntima ligação com a finalidade de paz social que este objectiva. Sem

¹²⁸ Outros doutrinadores, entretanto, fazem críticas ferrenhas a tal afirmação. Diniz (2004, p.373), por exemplo, afirma categoricamente que a: [...] norma não exerce nenhuma pressão sobre o indivíduo, apenas lhe indica o caminho que deve seguir. Realmente, como poderia a norma por si mesma tomar um indivíduo pelo braço e forçá-lo a fazer ou a não fazer isto ou aquilo? A norma não age. Logo, não coage, apenas prescreve a conduta daquele que pode exercer a coação

estas, haveria uma grande desídia do Estado para com aqueles que cumprem veemente suas decisões.

5.2. DO SUJEIÇÃO À SANÇÃO ASSUMIDA PELO INADIMPLENTE

À luz das informações contidas, revela-se importante a demonstração da coercibilidade, ou a falta desta, nas declarações emitidas pelas tribunais comuns. Esta análise é de especial importância para a pretensa reflexão da instrumentalização da coercibilidade penal em âmbito cível como *ultima ratio* diante das falhas executórias tradicionais no ordenamento pátrio.

A prisão civil, como demonstrado anteriormente ¹²⁹ é uma forma de sanção, sendo que esta, é estatuída nos moldes da pretensão de coagir o indivíduo a determina determinação legal de pagamento “voluntário” da prestação de alimentos anteriormente fixado, tornando-se assim uma faculdade ou não do indivíduo como se extrai:

REsp 182934 CE 1998/0054414-3, Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, 05/11/1998, T6 - SEXTA TURMA. RESP - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA. - O Direito é relação bilateral, cujas normas se caracterizam pela coercibilidade. E toda relação jurídica decorre de - fato. Encerra, por sua vez, direitos e deveres contrapostos, denominados - conteúdo. O fato, por seu turno, constitui, ou desconstitui o vínculo; outrossim, enseja modificação, ou mera declaração. A ação declaratória tem por objeto evidenciar projetos, caracterizar relação jurídica. E o interesse dos autos poderá limitar-se a tanto. Não é obrigado, quando disponível o direito, fazer valor a coercibilidade. (Diário da Justiça, 14.12.1998 p. 322)

Os moldes desta prestação são rigorosamente fixados de acordo com o caso em concreto ¹³⁰ bem como a ressalva legislativa demonstrando a legalidade e constitucionalidade desta dinamização com vista à defesa da dignidade dos menores.

Em resposta à necessidade de protecção da visão do ordenamento jurídico como eficiente, bem como, da estabilidade do pensamento social à respeito da efectivação da coacção normativa, muitos ordenamentos internacionais procuram acrescentar no seara constitucional, institutos que por um lado confortam os que agem com retidão, e por outro, repelem a desídia e a tendenciosa procura por artimanhas normativas.

Artigo 27.º nº 3. Exceptua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:

f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente

129 in 3.3.2

130 (in . 2)

Com efeito, é assertiva a ilustre colocação comparada entre Brasil e Portugal feita pelo jurista Elton Venturi¹³¹:

“(…) diferentemente do sistema constitucional de Portugal, que expressamente prevê a possibilidade da medida de detenção “em vistude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente)(art. 27.º, nº3/f), nem o sistema constitucional, nem tampoco o sistema infraconstitucional brasileiro prevêem (ao menos expressamente) medida similar (prisão), de âmbito civil ou administrativo, como meio de coerção objectivando o combate ao desacato e o efectivo cumprimento dos provimentos judiciais. Dai a utilidade e a necessidade de se especular, de *lege ata*, a respeito de possível interpretação que permita o uso excepcional da prisão civil em casos de desatendimento de decisões judiciais mandamentais em tutela da subsistência humana”

5.2.1. O INADIMLENTE FACE AO RISCO DE APLICAÇÃO DA NORMA.: A CONSEQUÊNCIA DA CARACTERIZAÇÃO COMO MANDAMENTAL

O artigo 733 do CPC dispõe claramente sobre o carácter mandamental da declaração de alimentos ao determinar que:

“Na execução da sentença ou de decisão que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três (3) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um (1) a três (3) meses”

Convem ponderar, que esta característica resulta da possibilidade de se aplicar a prisão de 1 (um) a 3(três) meses caso o sujeito não cumpra a ordem judicial de pagamento desta, e isto independe de processo de execução para ser observada

Definida como mandamental, a sentença ao não ser efectivada voluntariamente pelo sujeito, gera a possibilidade de se pedir a execução por esta via, mas a jurisprudência estabeleceu como plausível o prazo de 3 meses de inadimplemento voluntário e inescusável para ser efectuado o pedido de prisão civil expressa na norma supra citada. O que demonstra a tentativa expressa de alertar, juntamente com a citação de três dias, quais a possíveis sanções a que está adstrito

Consoate a noção cediça, remete-nos à relação entre o dolo eventual e a negligência consciente. De acordo com a conhecida 2ª fórmula de Frank, no dolo eventual, o agente sabe da possibilidade do resultado ocorrer, mas o aceita, caso venha,

¹³¹ Da prisão civil como instrumento coercitivo para cumprimento de provimentos judiciais no Brasil: Por uma releitura da prisão civil por in adimplemento de dever alimentar.

realmente, a ocorrer¹³² Neste caso existe a consciência de que o menor ficará sem os alimentos necessários para seu provimento, e destarte isto, existe a consciência dos moldes a sancionatórios a que está adstrito.

A omissão do devedor é pressuposto para aplicação deste instituto como indica o disposto no art.º 5º inciso LXVII da CF/88 que haverá a prisão deste caso seja responsável “pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar e a do depositário infiel”.

Caso o sujeito não preste os alimentos, a coercibilidade entendida como o temor face à prisão, não cumpriu a sua função, passando assim para a coacção demonstrar a força da ordem declarada reestabelecendo a ordem determinada¹³³

O processo deve ser visto como uma forma de actuação efectiva, e o seu resultado deve ter efeito em concreto. Hodiernamente, contudo, a falta de crédito nas instituições do Estado brasileiro contemporâneo, faz necessária a utilização de mecanismos de áreas afins para maior eficácia de suas decisões em uma área tão importante quanto esta de protecção dos menores

5.2.2. A DUPLA POSSIBILIDADE DO ALIMENTÁRIO FACE OMISSÃO: ESCOLHA OU CUMULAÇÃO DA EXECUÇÃO PELO ART. 733 COM O CRIME DE ABANDONO MATERIAL ART. 244 CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.

O ordenamento pátrio contém ainda, a possibilidade de se peticionar para além da vara cível, na vara criminal a falta do sujeito que deixa de prestar alimentos para seu descendente.

Os indícios mais concretos da defesa contra o abandono matéria encontram-se descritos no Código de Menores¹³⁴ estatua em seu artigo 34 a punibilidade dos que eram omissos em sua responsabilidade alimentar nos seguintes termos:

“Negar, sem justa causa ao filho legítimo, natural ou adoptivo, menor de 16 anos de idade os alimentos ou subsídios, que deve em virtude de lei, ou de uma convenção ou decisão de autoridade competente; deixar de pagar tendo recursos, a sua manutenção, estando ele confiado a terceiro com essa obrigação; recusar-se a retomá-lo; abandonar, embora não o deixando só, quando ele se achar em perigo de morte, ou

¹³² in Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, 4ª Edição, vol. I, tomo II, Editora Forense, 1958, página 113 a 118.

¹³³ Com a devida ressalva de que o exercício do ius puniendi deve ser estabelecido na medida exata em que não se torne antidemocrático e punitivista.

¹³⁴ Decreto nº 17.493-A de 12 de Outubro de 1927

em perigo grave e iminente para sua saúde. Pena de prisão celular de vinte dias a dois meses e multa de CR\$ 20,00 (vinte cruzeiros).”

Atualmente o abandono material encontra-se previsto no art.º 244 do Código Penal Brasileiro:

“Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acoestabelecida, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:¹³⁵

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País”¹³⁶

Insta demonstrar em ordem de paralelismo, o crime de abandono material, face ao que está estatuído no art 733, pois apesar de aparentemente idênticos, cada um tem um tipo específico de protecção e ainda, cominações diferentes sendo a penal passível de maior pena., não admite tentativa e não depende de consumação material.

O dolo do agente, é mais restrito no caso penal do que no cível, visto que, “o que se define através do artigo acima citado, é a possibilidade de o devedor que ignora o mandado judicial realizado através de audiência e devidamente acoestabelecida, ser preso após a sua citação, caso não ofereça uma defesa plausível ou justificável.” (GONÇALVES, 2010).

O Crime de abandono material tem como conduta típica a ausência de suprimento ao filho menor ou incapaz, caracterizando-se assim, como uma conduta omissiva praticada por sujeito próprio, que para ser punível não é escusável.

Nesta vereda, sobreleva a jurisprudência no sentido de que passível de punição criminal a :

APELAÇÃO CRIMINAL.ABANDONO MATERIAL (ART. 244, CAPUT, DO C.P.B.).Preliminar rejeitada. Não houve prejuízo material à defesa para amparar a preliminar suscitada, pois as medidas administrativas adoptadas no Juízo deprecado apenas visavam a favorecer o réu. Condenação mantida. Caso em que a existência do dolo vem estampada na completa ausência de iniciativa do apelante em prover o sustento da filha, quando, mesmo após a redução da pensão, continuou inadimplente, bem como não se fez presente para ser ouvido nos autos. PRELIMINAR REJEITADA. UNÂNIME. APELO DESPROVIDO. MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70053347795, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 12/07/2013) (Diário da Justiça do dia 04/09/2013)

¹³⁵ Redação estabelecida pela Lei nº 10.741, de 2003.

¹³⁶ Redação estabelecida pela Lei nº 5.478, de 1968.

Esta imputação criminal não exclui a possibilidade de cobrança dos débitos na área cível nos termos já descritos pelo não cumprimento de sentença que no caso cível trata mais propriamente de uma cobrança coercitiva do que a punibilidade da omissão de se prestar alimentos.

5.3. DO CONTROLE SOCIAL EXERCIDO PELO DIREITO PENAL.

5.3.1. O DIREITO PENAL COMO ULTIMA RATIO.

O Princípio da intervenção mínima ou como é entendido em latim ultima ratio tem a especial missão de delimitar o poder de punir do estado, direccionando-o apenas para os bens jurídicos de maior expressão que não estão a ser bem tutelados por outras áreas do direito.

Sob tal ambulação lecciona Claus Roxin¹³⁷:

"só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não seja simplesmente pecaminoso ou imoral. À conduta puramente interna, puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente -, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção pena

O Direito penal se preocupa com os bem jurídicos mais relevantes na sociedade. O legislador por meio de critérios políticos variam como mais e menos relevantes determinados bens jurídicos, desde que, se verifique que outros ramos do direito não são suficientes para tutela daqueles bens que obsta proteger.

O contrário também é possível, assim que um ramo do direito se mostra eficiente e eficaz para tutela de determinados bens jurídicos, estes passam por um processo de descriminalização. Assim, a partir destas constatações, escolhem-se de condutas, positivas e negativas quais receberão, ou deixarão de ter, a tutela penal.

Na doutrina sobreleva a lição do sábio jurista e filósofo alemão Hans Welzel:

"Na função dos tipos de apresentar o "modelo" de conduta proibida se põe de manifesto que as formas de conduta seleccionadas por ele têm, por uma parte, um carácter social, quer dizer, são referentes à vida social, ainda, por outra parte, são precisamente inadequados a uma vida social ordenada. Nos tipos, encontra-se patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: indicam as formas de conduta que se separam gravemente dos mandamentos históricos da vida social"

¹³⁷ BATISTA, Nilo , In tradução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, Editora Revan, 2007,p. 91

A par da questão, resta-nos o entendimento, da grande relevância social que o direito penal tem para com a repressão de actos lesivos, que comprometem a ordem social como um todo.

5.3.2. A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

A partir da frustração oriunda de procrastinações e manipulação do Direito Penal, e pelo crescente descontrole social que generaliza leis cada vez mais punitivas à partir da Teoria do sistemas de Niklas Luhmann, Jakobs define e evolui seus pensamentos até a concepção da sua Teoria do “Direito Penal do Inimigo”

Como se pode notar, de acordo com Gunter Jakobs¹³⁸ o funcionalismo sistémico surge da concepção de que a Direito Penal tem a finalidade de garantir a eficácia da ordem social e seus subsistemas, independentemente do modelo de Estado ou de sistema político-social¹³⁹.

A política criminal da actualidade segundo Cândia Meliá tem as características principais do que ele denominou como “expansão do Direito Penal, cuja obra escrita conjuntamente com Gunther Jakobs¹⁴⁰ pontualiza características importantes do Direito penal moderno e a ampliação dos seus âmbitos de intervenção:

- 1) Hipertrofia legislativa irracional (caos normativo)
- 2) Instrumentalização do Direito Penal;
- 3) Inoperatividade, selectividade e simbolismo;
- 4) Excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo);
- 5) Descodificação
- 6) Desformalização (flexibilidade das garantias penais, processuais e executivas);
- 7) Prisionização (explosão carcerária)

No mesmo sentido Hereche¹⁴¹ ressalta que a pena forense, não pode ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade, mas deve ser sempre contra o culpado pela simples razão de haver delinquido: porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem contado no numero das coisas como objeto de direito real

¹³⁸ JAKOBS. GUNTHER (2003). Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal, in Coleção de Estudos de Direito Penal. V1. São Paulo: Manole, Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, p.5

¹³⁹ Resumindo assim, que a teoria dos fins da pena serviria para manutenção da realidade social

¹⁴⁰ JAKOBS, Gunter E Meliá, Manuel Cancio, (2012) Direito Penal do inimigo noções e críticas, editora livraria do advogado

¹⁴¹ HERECHE, Gamil Foppel El. A Função da Pena na Visão de Claus Roxin. Rio de Janeiro: forense, 2004, p-16

Neste liame paradigmático entre a determinação da instrumentalização do Direito Penal pela norma processual civil do artº.733, tem-se que é importante a distinção entre o dolo cível e o dolo criminal. Verificado nas diferenças aludidas pelos citados artigos 732,734 e 735.

Segundo Maria Helena Diniz¹⁴² perfilando a concepção de Beviláqua, cita que para o prestigiado jurista entende que:

“ocorre uma correspondência entre a vantagem auferida pelo autor do dolo e um prejuízo patrimonial sofrido pela outra parte, há, virtualmente, um prejuízo moral pelo simples fato de alguém ser induzido a efetivar negócio jurídico por manobras maliciosas que afetaram sua vontade”.

Sobreleva ainda, a indubitável posição de Venosa :

“O elemento básico do negócio jurídico é a vontade. Para que essa vontade seja apta a preencher o conceito de um negócio jurídico, necessita brotar isenta de qualquer induzimento malicioso. Deve ser espontânea. Quando há perda dessa espontaneidade, o negócio está viciado. O induzimento malicioso, o dolo, é uma das causas viciadoras do negócio”.¹⁴³

Cumpre-nos ressaltar que nas causas em que estejam em lide obrigações descritas em normas cíveis, o há um temor de modificação do status *a quo* em se encontra o indivíduo, demonstrando assim que a coercibilidade cível recai nomeadamente sobre o património do indivíduo. Tal evidencia-se, nos casos de execução de alimentos através do desconto em folha de pagamento e da execução por quantia certa, pois o dolo aqui, é visto como um “vício de consentimento” onde se concretiza na intenção do sujeito de prejudicar ou manipular outrem, existindo assim má-fé.

Por outro lado, nas causas criminais, este temor recai sobre a possível aplicação de medidas que restrinjam a sua liberdade em todas suas formas de exercício.

O princípio da legalidade determinado no inciso XXXIX do art.º 5º da CF/88 é o princípio mais importante do sistema penal, tanto que o Código Penal Brasileiro o esculpe em seu art.º 1º

Na origem do pensamento fecundo de tantos diplomas do sec. XIII tais como a Carta Magna Inglesa de 1215 e posteriores códigos (tais como o Código Criminal do Império de 1830, a reforma geral do Código de 1940 e posteriores normas corolárias)

¹⁴² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 417

¹⁴³ *Obr. Cit.*

emcontra-se a teoria de VON LISZT que tece o entendimento do Código Penal como sendo a "Carta Magna do delinqüente".

À partir deste pensamento, houve a crescente evolução no sentido do *princípio da nulla poena sine lege*¹⁴⁴ ser uma questão que a pena é nula caso não exista determinação legal que a criminalize.

Iniciada com Welsel e posteriormente aprimorada a Teoria finalista da acção, o dolo do agente é visto comoum dos elementos da conduta que compõem o fato típico. Caracteriza-se pela vontade livre e consciente de querer praticar uma conduta descrita em uma norma penal incriminadora.¹⁴⁵

Para além do dolo, é necessário que se preencha os requisitos penais de imputação da conduta ao sujeito que não pode estar amparado por nenhuma causa de exclusão da ilicitude e este seja culpável.

Nestes temos extrai-se do artigo 18, inciso I, do Código Penal Brasileiro a determinação de que o crime doloso é aquele entendido "quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo,"¹⁴⁶

Neste diapasão, ensina o mestre Damásio de Jesus:

Não existem delitos senão aqueles definidos; os delitos são cunhados em tipos e não há atitude humana que não seja ou ato lícito ou delito. Se a conduta dos homens não se adapta à descrição típica do legislador, deve ser considerada como lícita, repudiando-se, então, a ideia de delito. Não existem delitos por extensão, nem delitos por analogia; o que existe é uma atitude antijurídica; e se esta última não é característica e não foi objeto de uma previsão expressa em lei penal, não há delito e prevalece a liberdade¹⁴⁷

5.4. DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL NA ASSISTÊNCIA AO MENOR.

Após análise e definição dos diferentes tipos de coercibilidade que recai sobre os indivíduos, bem como, dos tipos específicos de dolo que distinguem as causas cíveis e criminais evidencia-se que, em cirúrgica análise ao art.º 733 ao utiliza-se da exceção

¹⁴⁴ Máxima no direito penal é o conhecido prin cípio da Nullum crimen, nulla poena sin e lege scripta, stricta e certa

¹⁴⁵ CAPEZ, Fernando: Curso de direito penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120) - 12. ed. de acordo com a Lei n.11.466/2007. - São Paulo: Saraiva, 2008.)

¹⁴⁶ Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984

¹⁴⁷ Damásio de Jesus JESUS, Damásio E. de. Direito penal: parte geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010,p.158

permitida pela Magna Carta no seu art.º 5 LVIII, tal instituto instrumentaliza meios coercitivos disponibilizados no sistema penal.

Isto ocorre pela falha existente no ordenamento e necessidade de se acautelar o interesse supremo que é a vida, e direito aos alimentos equiparado aos direitos fundamentais pétreos.

Convém ressaltar o oportuno entendimento lógico do filósofo alemão Hegel¹⁴⁸:

“Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real, a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ele consigo mesma mediante a supressão da violação do direito”

Neste diapasão, no dizer expressivo de Boaventura de Souza Santos¹⁴⁹ expressa que:

No ordenamento pátrio a não aplicação da lei, a sua aplicação selectiva, a instrumentalização da lei para fins diversos dos oficiais, a não-regulamentação de direitos constitucionais e a ausência de dotação de meios humanos e financeiros para a implementação de políticas públicas implica a total desvalorização dos direitos sociais, da Constituição e do Estado democrático de Direito sendo esta uma “técnica informal que rectifica a eficácia da lei

A falha existe na falta de instituto constitucional que dê maior força às decisões cíveis, pois apesar da existência do art. 14 CPC, este não é visto como eficaz como resulta de procura jurisprudencial efectiva, bem como, na aplicação e consentimento de maior poder aos juízes cíveis nestes casos.

Da análise do crime de desobediência descrita no art. 330 do Código penal temos que, postula-se pena de “detenção de quinze dias a seis meses e multa” o sujeito que “desobedecer a ordem legal de funcionário público:”

Temos assim, uma tentativa próxima de aplicação do instituto que por sua denominação¹⁵⁰ deveria ter tal função de maior força e diminuição do esvaziamento das decisões mandamentais como se observa :

¹⁴⁸ HEGEL, George Wilhelm Fredrich. Prin cípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martin s Fontes, Trad. Orlando Vitorin o, 1997, p.87

¹⁴⁹ Santos Boaventura de Souza, O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1998); Afrontamento (1990) in , CAPILONGO, O Direito... p.62

¹⁵⁰ tal como o artigo 27 nº3/f da CRF determina: Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal

No caso em apreço tem-se que o crime de desobediência à ordem do tribunal para se prestar alimentos está configurado de maneira muito ampla no art.º 330 do Código Penal Brasileiro que indica:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. PROCESSO CIVIL. ASTREINTES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUIZ DA VARA CÍVEL. DÍVIDA CIVIL.1. Não tem competência o juiz cível para decretar a prisão que não sejam as hipóteses previstas pelo legislador, como a do depositário infiel e do devedor da prestação alimentícia.2. É consolidado o entendimento na doutrina e no STJ, no sentido de que a tipicidade do crime de desobediência só se manifestará quando não prevista outra sanção legal para aquela hipótese. No caso, tendo cabimento a fixação das astreintes para forçar o cumprimento do decisum, é ilegal a cumulação com crime capitulado no art. 330 do CP.3. Ordem concedida. (TJ-ES - Habeas Corpus : HC 100010005732 ES 100010005732) (DJ,2006)S

Mas, o art.º 733 demonstra claramente este poder que é entregue ao juiz cível que, pelo bem jurídico que se obsta à protecção, abre-se uma fenda na concepção de incompetência para a câmara cível julgar a reclusão, mesmo que seja por um tempo, ou para atender a fins coercitivos, do inadimplente de alimentos.

Logo, como corolário imediato da possibilidade da prisão civil, esta o da competência da câmara cível, que caso seja peticionado em câmara criminal sofre de incompetência para julgar tal situação.

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. ORDEM REQUERIDA COM ESCOPO DE EVITAR PRISÃO CIVIL. INCOMPETÊNCIA DA CÂMARA CRIMINAL, EM FACE DO ART. 97, VI, DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REMESSA DO AUTOS AS TURMAS CÍVEIS. RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA. (TJ-BA - HABEAS CORPUS : HC 4772172008 BA 47721-7/2008) (D.j.03/03/2009)

Em linhas gerais, o que estamos diante é da protecção do menor, demarcando assim maior, rigor na obediência à sentença de alimentos, e não somente, sub-rogando obrigações morais dos genitores, pois o Direito deve acolher os mais frágeis e da colisão de direitos inerentes a estes e aos que recaem o especial dever de cuidado aos

5.5. A PRISÃO CIVIL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.

A eficácia da prisão civil é evidente em seus termos pois, como não se trata de uma pena, mas sim, de uma coacção para o cumprimento de uma obrigação, o sujeito, mesmo que seja decretada a permanência por 30 dias por exemplo, poderá sair no dia seguinte, desde que cumpra o estipulado.

Pode ainda ser exceptuada , conforme indica a constituição no art. 5º, caso se faça a prova de que o inadimplemento foi involuntário ou escusável. Esta ressalva é muito aplicada, como se extrai da decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DECISÃO INDEFERITÓRIA DO PEDIDO DE PRISÃO CIVIL. DESEMPREGO INCONTROVERSO. JUSTIFICATIVA IDÔNEA.1. Havendo justificativa para o descumprimento do dever de prestar alimentos, lastreada no desemprego do alimentante, impõe-se a manutenção do decisum que indeferiu o pedido de decretação da prisão civil, pois a medida extrema só é cabível em caso de mora voluntária.2. Recurso conhecido e improvido (SANDOVAL OLIVEIRA, 13/03/2007, D.J.U)¹⁵¹

Sobre a proporcionalidade das sanções impostas, ensina Beccaria, que “o Estado deve criar mecanismos para que o sujeito seja punido por sua atitude dolosa quando fraudulento, enquanto o que não tenha meios não pode sofrer sanção pois é barbara a pretensão de colocar um inocente na prisão por não termos de pagar o débito” (BECARRIA, ob. cit., pag 76-78)

Cumpre-nos ressaltar, outra questão de importante verificação no ordenamento jurídico tupiniquin que é a forte impotência deste instituto para a alimentação dos menores hipossuficientes devido à uma visão emotiva da obrigação de alimentos ,só efectuam o pagamento desta prestação logo que se é citado para efectuar o pagamento no prazo de 3 dias , ou seja, pelo medo da eminente decretação da prisão cumprindo assim a sua finalidade e eficácia que é o de coagir o sujeito a cumprir com a decisão de prestação de alimentos.

Logo existe uma situação eminente que é a prisão do sujeito por desobedecer sentença, e outra de cunho substantivo do Estado perante os menores que é o da protecção da vida e dignidade deste, como se pode verificar da acertiva decisão:

HABEAS CORPUS DECRETO DE PRISÃO CIVIL - INADIMPLEMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - PACIENTE EMPREGADO ATUALMENTE APÓS MUITO TEMPO SEM EMPREGO FIXO - PREVALÊNCIA DO INTERESSE DOS MENORES - VISLUMBRADA A INEFICÁCIA DA PRISÃO CIVIL - MEDIDA EXTREMA - MANTIDA A LIMINAR DEFERIDA - ORDEM CONCEDIDA DEFINITIVAMENTE. 1 - Apenas agora é que o paciente logrou êxito em sua busca por um emprego, o que possibilitará o cumprimento de sua obrigação. Este fato deixa evidente que, caso a prisão civil decretada se perpetue pelo prazo estipulado pela magistrada de piso, o alimentante certamente perderá seu emprego, uma vez que restará impossibilitado de comparecer ao seu local de trabalho. 2 - O interesse dos alimentados deve ser privilegiado em relação à prisão civil do alimentante, uma vez que estando devidamente empregado, o paciente poderá quitar as prestações alimentícias, não se vislumbrando a eficácia da prisão civil nesta hipótese dos autos. 3 - A prisão civil do devedor de alimentos não tem

¹⁵¹ TJ-DF - AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 135481920068070000 DF 0013548-19.2006.807.0000

propriamente o objetivo de cercear a liberdade do indivíduo, mas de compelir o alimentante a cumprir a sua obrigação alimentar, consistindo em medida extrema. 4 - Liminar confirmada e ordem concedida definitivamente.(Tribunal de Justiça, 14/04/2008) ¹⁵²

5.6. DA FISCALIZAÇÃO DAS DESPESAS DO ALIMENTANDO COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO DE TUTELA DO MENOR

Insta ainda observar que o juiz cível será capaz de induzir, não apenas patrimonialmente, o indivíduo a exercer uma maior participação na vida do filho, isto ocorre, pela declaração da regulação ao direito de visita e a fiscalização das despesas do alimentado, o que demonstra a preocupação de que junto com a dissolução da união conjugal, desfaçam-se pois os laços do pátrio poder ao menor.

Ainda que o outro cônjuge venha a contrair novo casamento, de acordo com a Lei 6.515/77, art. 27, parágrafo único e 1588 Código Civil, existe outra tutela ao menor, que é o possível desvio e má aplicação das prestações de alimentos por parte do genitor que detém a guarda do menor.

No ensinamento da ilustre Desembargadora Nanci Mahfuz em seu trabalho publicado na revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro 54/22

“O direito de fiscalização não decorre o direito à exigir a prestação de contas, mas como na gestão de negócios estas contas devem ser prestadas às menores e o genitor não tem a legitimidade para obter a prestação de contas. A lei reconhece apenas o direito à fiscalizar e não à prestação de contas, caso tenha certeza de que existe uma má aplicação dos rendimentos poderá pleitear judicialmente uma correta administração dos bens e valores pertencentes à prole redução das prestações ou modificação da guarda.O art 15 da referida lei determina que o juiz deverá fixar as visitas e as visitas do genitor que não tenha a guarda e ainda fiscalizar a sua manutenção e estudos 1589. Com este poder discricionário do juiz analisará os casos de aceitação e recusa, sendo que esta, será fundamentada, como afirma Faria Coelho 21 “nas situações de moléstia contagiosa que possam pôr em perigo a saúde do filho, ou de comprovada influência maléfica no espírito do visitado, ainda assim, a medida extrema só deve ser adotada depois de frustrada uma regulamentação do que por via de providências cautelares teria afastado aqueles riscos”

Moldar-se-á tais preceitos ao concretos com a intenção de não ocorrerem mais casos de alienação parental como havia nos acordos, o que acarretava nos obstáculos criados pelo ex-conjuge que não fora culpado pela separação afastando os menores do seu genitor confundindo assim a relação entre pais e filhos com a existente entre

¹⁵² BRASIL, (2008). Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Habeas Corpus : HC 100070027998 ES 100070027998.

marido e mulher. Ademais, os contactos periódicos com o genitor, farão com que a criança tenha uma assistência tanto monetária quanto afectiva de ambos genitores.

É de se pensar que o direito às visitas está intimamente ligado à obrigação de prestar alimentos, logo, caso ocorra a inadimplência por culpa do alimentante, este terá o seu direito a visitas suspenso como defende César Peluso.

Mas assim de facto não ocorre pois toda estrutura deste instituto está relacionada à satisfação e livre desenvolvimento do menor, e assim sendo, caso o sujeito não pague as prestações devidas estas deverão ser sanadas com as medidas judiciais próprias para tal pois não está previsto em lei impor a sanção de suspensão ou exclusão do direito a visitas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Ao longo deste trabalho, apresentou-se através de breve revisão histórica, bibliográfica e doutrinária, a instrumentalização da coercibilidade penal no auxílio ao privado, demonstrando ainda, o especial relevo não apenas legislativo, mas também, jurisprudencial do Direito dos Menores no ordenamento brasileiro.

Apesar da tentativa de coerção face ao descumprimento de sentenças mandamentais, a sanção estabelecida pelo art.º 14 inciso V parágrafo único do CPC, relativamente à inscrição da multa atribuída ao devedor de alimentos, e sua posterior inscrição no registro como dívida activa da União, demonstra-se uma óptima e extrema medida de cariz patrimonial, mas, em um sistema jurídico como o nosso, e como demonstrado jurisprudencialmente, não é suficiente para inibir os sujeitos à inadimplência voluntária e inescusável da prestação de alimentos.

Consignando com o previsto, a instrumentalização do direito Penal, juntamente com a descodificação para âmbito cível, tornou a prisão civil, com fundamento na obrigação de alimentos, um exemplo fiel do fenómeno expansionista perfilado doutrinariamente por Cancio Meliá e Gunter Jakos devido a instrumentalização da forma nomeadamente objectiva e substancial, encontradas nos tipos penais.

Segundo o respeito pelo princípio da execução menos gravosa, o legislador ao estatuir os arts.º 732, 734 e 735 no Código de Processo Civil Brasileiro, buscou formas mais brandas de se verificar o adimplemento do alimentando omissis, mas infelizmente, e pelo forte cariz emocional das relações de família, estas vias correntes não se demonstraram eficazes.

A constituição brasileira, em seu artigo 5º LXVII, regula a possibilidade excepcional da prisão civil do devedor de alimentos, em uma manifestação expressa da adequação da coercibilidade criminal às causas cíveis. Coloca-se este entendimento em pauta, devido a susceptibilidade de aferição não apenas do património do devedor, mas também de ingerência em sua liberdade.

Assim, exclui-se uma das questões mais correntemente alegadas à respeito da prisão do devedor de alimentos, que é a pretensão de adjectivar tal instituto como uma questão imediatista, visto que, este instituto é racionalizado desde a antiguidade, como forma de cumprimento de obrigação estabelecida, ou sentença determinada, bem como, o cariz especial do Direito dos Menores e sua fragilidade como fonte de aceitação colectiva.

Desmistifica-se também o seu cariz de aparente redução das garantias dos particulares face a autoridade estatal, devido às mais diversas formas de demonstração atribuídas ao indivíduo para demonstrar que não se trata de um inadimplemento inescusável e voluntário por parte deste.

A predominância da dignidade do menor, e seu direito à vida em detrimento da liberdade do indivíduo, tem na sua aplicação nos tribunais brasileiros de forma efectiva, o que em determinados casos, conduz a uma maior proximidade entre pais e filhos, e ainda, a um aumento da garantia de igualdade entre os filhos entendidos, como anteriormente se denominava-se, dentro e fora do casamento.

Neste sentido, deve-se dizer que no ordenamento em que se vê inserida, a prisão civil que de facto não é inconstitucional, antes pelo contrario, demonstra ser de a melhor, e mais plausível saída encontrada no contexto cultural tupiniquim em que se insere, visto que, o artigo que deveria ser mais utilizado relativo expressamente à desobediência, não tem quaisquer efeitos práticos no nosso ordenamento.

Ista ainda observar que ainda não alcançamos a condição de para arcar com a demanda alimentícia dos menores nacionais tal como ocorre em Portugal, sendo a subrogação, a forma mais próxima da utopia de perfeição da prestação de alimentos nos estados democrático- paternalistas.

Além da preservação da vida através do desenvolvimento físico e psicológico que os alimentos prestados proporcionam, existe ainda, efectivamente, o acautelamento da maior dignidade na visão do sujeito para com seu genitor, o que à longo prazo, reduz a sensação de abandono por parte deste, perante ele mesmo e também. Face ao meio social em que vive. a sociedade como um todo

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira (2012). Direito Romano, II, 15.ed. n.293, p.234.
- ALVES, José Carlos Moreira (2012). Direito Romano, II, n.293, p.317.
- ASSIS, Arakem de (1994). Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor, 2ª ed., RT, São Paulo, p. 112-113.
- BEVILÁQUIA, Clóvis (1930). Direito de Família. p. 387.
- BONET, Ramón (1959). Derecho de Familia, n.155, p.693.
- BONET, Ramón (1959). Derecho de Familia, n.157, p.695.
- BRASIL (2002).Código Civil. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro: Forense.
- BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, [Consult. 18 de Jan. de 2014] Disponível em WWW: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >
- BRASIL. Código Penal (2008). Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva.
- BRASIL, (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado.
- BRASIL, (2004). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de Dezembro de 2004, [Consult. 12 de Jan. de 2014] Disponível em WWW: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>
- BRASIL, (2009). Emenda Constitucional nº 66, de 13 de Julho de 2010, [Consult. 16 de Dez. de 2013] Disponível em WWW: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/art_93_.shtm >
- BRASIL. Estatuto do idoso (2004)._Lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos.
- BRASIL, (2006). Súmula Vinculante 309, DJ 19/04/2006 p. 153 - RSTJ vol. 190 p. 646 - RSTJ vol. 200 p. 603.
- BRASIL,(2009) Supremo Tribunal de Justiça, Terceira Turma, HABEAS CORPUS : HC 129207 SP 2009/0030878-0
- BRASIL, (2009). Supremo Tribunal de Justiça Quarta Turma, HABEAS CORPUS 11.163-MG, rel. Min. Cesar Rocha, j.11.4.00, denegaram a ordem, v.u., DJU 12.6.00, p. 112.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal,(2007). Habeas Corpus nº2007.05.00.006190-3 .Serjipe. Diário da Justiça - Data: 19/04/2007 - Página: 586 - Nº: 75
- CAHALI, Y. S. (2006). Dos Alimentos. 5ª Ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1988). Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3 ed. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J. J. G. (1993). Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2004). Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, p. 9.

CARVALHO SANTOS, João. Manoel De (1940). Código Civil interpretado. vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

CORNELIUS Castoriadis (2002). A democracia como procedimento e como regime. In: As Encruzilhadas do Labirinto. A ascensão da insignificância. Vol. IV. Rio de Janeiro, Paz e Terra, p, 265.

DALLARI, Dalmo de Abreu (2000). A Luta pelos Direitos Humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP: 1934-1999. São Paulo: Universidade de São Paulo.

DIAS, Maria Berenice (2005). Manual de Direito das Famílias. 2ª ed. São Paulo: RT. p.445.

DINIZ, Maria Helena (2002). Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 5: Direito de Família, 18. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei no. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva.

DIJK, P. van e Hoof, G. J. H. Van. (1998). Theory and practice of the european convention on human rights, Kluwer Law international, Third Edition.

FREITAS, Augusto Teixeira de (2003). Consolidação das Leis Civis. Ar. 170 §§ 3º 4º e 5º. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial.

GOMES, Orlando (2001). Direito de família. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. p.329.

GOMES, Wenceslau Braz P.; SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. Planalto. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. [Consult. 14 Jan. 2014]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>.

MADALENO, Rolf (2011). Curso de Direito de Família. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 840-841

MARKY, Thomas (2008). Curso elementar de Direito Romano. p, 12.

MARMITT, Arnaldo (1989). Prisão Civil por Alimentos e Depositário Infiel: de acordo com a nova Constituição. Rio de Janeiro: Aide, p. 7.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba (1999). Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, p. 148.

MENDES, Candido; COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida (1870). Ordenações Filipinas, p.894

MIRANDA, Jorge (2000). Manual de Direito Constitucional Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora.

MIRANDA, Pontes de (1983). *Tratado de Direito Privado*, t. IX, 4ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, § 1.007, p. 238-242

MONTEIRO, Washington de Barros (1986). *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 25. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva.

OLIVEIRA, Allan Helber de; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (2005). Processo Civil 2: Processo de Execução. Ed. Saraiva.

ORESTANO, Ricardo (1937). “Alimenta”, *nuovo digesto Italiano*, Torino: Utet, 1937 I p. 328; In: Alexandre Correia, Manual de Direito romano, I, 56, p. 107.

PENE VIDARI, Gian Savino (1972). Ricerche sul Diritto agli Alimenti “p.74.

PIOVESAN, (2006). Direitos Humanos e o Direito Constitucional ... e o Direito Constitucional Internacional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva.p.71-74.

RABELLO, J. G. J. (1987). Alienação Fiduciária em Garantia e Prisão Civil do Devedor. São Paulo: Saraiva, p. 46.

TULLIO, Enrico (1986). Processo de Execução, 5A. ed , SARAIVA

VARELA, J. M. Antunes (1980). Dissolução da sociedade conjugal. Rio de Janeiro: Forense. n. 49. p. 114-115

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. (1992) - Era dos Direitos. Tradução portuguesa por Carlos Nelson Coutinho. 9ª ed. Rio de Janeiro: Campus.

BONAVIDES, Paulo. (2000) - Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Malheiros.

BRASIL. Projeto de Lei 674 de 2007. Intitulado o Estatuto das Famílias. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575>. Acesso em 20.02.2014.

CAPEZ, Fernando. (2008) - Curso de direito penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120) - 12. ed. de acordo com a Lei n.11.466/2007. São Paulo: Saraiva.

CARNEIRO QUEIROZ, Odete Novais. (2004) - Prisão Civil e os Direitos Humanos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CAVALCANTI, C. P. (2001) - Prisão civil. In. Revista Jurídica Consulex. Ano V, nº 113. Brasília.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. (1996) - Contribuições Previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, 'D', da Lei n. 8.212/91 – Inconstitucionalidade. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros.

COELHO, Fábio Ulhoa. (2006) - Curso de Direito Civil. Vol.1. 2. ed. São Paulo: Saraiva.

COSTA JR., Paulo José da. (2010) - Curso de direito penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva.

DINIZ, Maria Helena. (2004) - Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil. 21. Ed. São Paulo: Saraiva.

DINIZ, Maria Helena. (2012) - Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia do direito. 23. ed. São Paulo: Saraiva.

FREUD, Sigmund. (2010) - O Mal estar na civilização, novas conferências introdutórias e outros textos. Vol. 18. Obras Completas. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. (2008) - Resumo de Direito Civil. 36. Ed. São Paulo: Malheiros Editores.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. (1982) - Constituição Dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. (1993) - Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina.

GOMES, Orlando.(1978) - Direito de Família. 3ª e. Rio de Janeiro: Forense.

GOMES, Orlando. (1999) - Direito de Família. 11ª ed., atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Revista Forense.

GONÇALVES, Carlos Roberto. (2005) - Direito Civil Brasileiro. Vol.1. 2. Ed. São Paulo: Saraiva.

GONÇALVES, Carlos Roberto. (2009) - Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil. Vol. 4. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. (2008) - Novo Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. São Paulo: Saraiva.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. (2006) - Direito Penal: Parte Geral. 12ª edição. Editora Saraiva.

HESSE, Konrad. (1991) - A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor.

JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel. (2005) - Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

JESUS, Damásio E. de. (2009) - Direito Penal, VII. 29ª E.d. São Paulo: Saraiva.

KELSEN, Hans. (2009) - Teoria Pura do Direito. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes.

LOPES, João Batista. (1980) - Perspectivas atuais da responsabilidade civil. RJTJSP, 57:14. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. (2007) - Curso de Processo Civil – Execução. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. (1962) - Curso de Direito Civil. Vol.1. 4. Ed. São Paulo: Freitas Bastos. LOPES, Miguel Maria de Serpa. (1962) - Curso de Direito Civil. Vol.1. 4. Ed. São Paulo: Freitas Bastos.

MADALENO, Rolf. (2011) - Curso de direito de família. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. MALISKA, Marcos Augusto. (2001) - O Direito à Educação e a Constituição. Porto Alegre: Fabris.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. (2009) - Direito Penal: Parte Geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense.

MIRANDA, Jorge. (1991) - Manual de Direito Constitucional. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. MIRABETE, Julio Fabbrini. (2004) - Manual de Direito Penal: Parte Geral. 21. ed. Editora Atlas. JESUS, Damásio E. de. (2010) - Direito penal: parte geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva.

MONTENEGRO FILHO, Misael. (2009) - Curso de Direito Processual Civil. 5. ed. Vol. 2. São Paulo: Editora Atlas.

NADER, Paulo. (2012) - Introdução ao Estudo do Direito. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense.

NUCCI, Guilherme de Souza. (2006) - Manual de Direito Penal: Parte Geral/Parte Especial. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Editora RT.

NIETZSCHE, Friedrich (2003) - A Gaia Ciência. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras.

NIETZSCHE, Friedrich (2004) - Aurora: Reflexões sobre os problemas morais. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras.

NIETZSCHE, Friedrich (2006) - Crepúsculo dos Ídolos ou como se filosofa com o martelo. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras.

NIETZSCHE, Friedrich (2001) - Ecce Homo – Como alguém se torna o que se é. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras.

NIETZSCHE, Friedrich (2000) - Genealogia da Moral – Uma polêmica. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras.

ONFRAY, Michel. (1999) - A razão gulosa: filosofia do gosto. Trad. de Ana Maria Scherer. Rio de Janeiro: Rocco.

ONFRAY, Michel. (1990) - O Ventre dos Filósofos – Crítica da razão dietética. Trad. de Ana Maria Scherer. Rio de Janeiro: Rocco.

PIOVESAN, Flávia. (1997) - Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad.

QUEIROZ, Paulo. (2011) - Direito Penal, Vol. 1: parte geral. 7ª ed. Completamente Revista e Ampliada. - Rio de Janeiro: Lumen Juris.

RABELLO, J. G. J. (1987) - Alienação Fiduciária em Garantia e Prisão Civil do Devedor. São Paulo: Saraiva.

REALE, Miguel. (2002) - Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo, Saraiva.

RIBEIRO BASTOS, Celso. (1989) - Comentários à Constituição do Brasil. Vol. 2. São Paulo: Saraiva.

RODRIGUES, Sílvio. (1981) - Direito Civil: Parte Geral. São Paulo: Saraiva.

SARLET, Ingo Wolfgang. (1998) - A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SILVA, De Plácido e. (2008) - Dicionário Jurídico Conciso. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense.

SILVA, José Afonso da. (1999) - Curso de Direito Constitucional Positivo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (2008) - Novo Curso De Direito Civil. Vol.1. 10. Ed. São Paulo: Saraiva.

STOLZE, Pablo. PAMPLONA, Rodolfo. (2002) - Novo Curso de Direito Civil – Obrigações. Vol. 2. São Paulo: Saraiva.

SUÁREZ GONZÁLES, Carlos J. (2003) - Derecho penal y riesgos tecnológicos. Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio del siglo. Coordenadores Luiz Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adan Nieto Martín. Coleção estudiosos. Cuenca: Ed. Universidade de Castilla. la Mancha.

THEODORO JUNIOR, Humberto. (2008) – Curso de Direito Processual Civil. 42º ed. Rio de Janeiro: Forense.

THEODORO JUNIOR, Humberto. (2012) - Teoria Geral do Direito Processual Civil I. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense.

VENOSA, Silvio de Salvo. (2008) - Comentários Direito Civil, Parte Geral. 8. Ed. São Paulo: Atlas.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. (1993) - Prisão civil por Dívida. São Paulo: Revista dos Tribunais.