

CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO
UNISAL – *CAMPUS* LORENA

Wallace Marins da Costa

O DIREITO FUNDAMENTAL AOS ALIMENTOS:

O acesso à justiça e a decisão que condiciona a gratuidade de justiça à
renda do representante legal

Lorena

2017

Wallace Marins da Costa

O DIREITO FUNDAMENTAL AOS ALIMENTOS: o acesso à justiça e
a decisão que condiciona a gratuidade de justiça à renda do
representante legal

Dissertação apresentada como exigência parcial
para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo
Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* com área
de concentração em Direitos Sociais, Econômicos
e Culturais à Comissão Julgadora do Centro
Universitário Salesiano de São Paulo.
Orientadora: Prof^a. Dr^a. Maria Aparecida Alkimin.

Lorena

2017

WALLACE MARINS DA COSTA

**O DIREITO FUNDAMENTAL AOS ALIMENTOS: O ACESSO À JUSTIÇA E A
DECISÃO QUE CONDICIONA A GRATUIDADE DE JUSTIÇA À RENDA DO
REPRESENTANTE LEGAL**

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* com área de concentração em Direitos Sociais, Econômicos e Culturais à Comissão Julgadora do Centro Universitário Salesiano de São Paulo.
Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Maria Aparecida Alkimin.

Dissertação defendida e aprovada em 23/06/2017 pela comissão julgadora:

Prof. Dr. Maria Aparecida Alkimin, Centro Universitário Salesiano de São Paulo.

Prof. Dr. José Marcos Miné Vanzella

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira

Dedico este singelo trabalho à minha mãe, mulher de fibra e de valores, exemplo de perseverança e inteligência; à minha companheira, Fabiana Laranjeira, a mulher mais sensível que já conheci; às minhas filhas Wendy, Ana Luiza e Mariana – motivo constante de alegrias e orgulho em minha vida e, razão para nunca desistir. Ser um bom pai é um enorme desafio. Não há fórmula... Aprende-se com os erros... E como as meninas são manhosas...

AGRADECIMENTOS

O primeiro e o maior dos agradecimentos é a Deus, senhor da razão e de todas as coisas. *“E o pó volte à terra, como o era, e o espírito volte a Deus, que o deu”*. (Eclesiastes 12:7).

Agradeço aos professores pela paciência e ensinamentos, especialmente à minha orientadora Prof^a. Dr^a. Maria Aparecida Alkimin pela colaboração, compreensão, infinita paciência e apoio nas discussões acadêmicas envolvidas no processo de elaboração dessa dissertação, bem como por aceitar mais esse ônus ante tão atribulada rotina.

Aos amigos do mestrado que, direta ou indiretamente, colaboraram para a conclusão do presente trabalho, bem como por terem tornado os sábados de aula dias mais alegres – amizade estimada e que jamais será esquecida.

Em tudo que faço já não faço questão de ser reconhecido, mas de me reconhecer naquilo que faço. (BRITTO, Carlos Ayres, 2012).

RESUMO

A ação de alimentos que trata a Lei 5.478/68 compreende instrumento jurídico-processual garantidor do mínimo necessário para se sobreviver dignamente, possibilitando a concretude do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios também assentados na Constituição, pois o alimento é a mais básica das necessidades do homem. A importância da alimentação na vida do homem é de tal relevo que está positivada no rol de direitos fundamentais, precisamente no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, para além de substancial conjunto normativo infraconstitucional a garantir a realização de tal direito fundamental, havendo inclusive a previsão da isenção das custas judiciais – instituto da gratuidade de justiça – para aqueles desprovidos de recursos financeiros, aplicável aos casos nos quais a prestação de alimentos dependa de fixação judicial imposta ao alimentante. Todavia, a realização do direito fundamental aos alimentos, quando tratada pelo Poder Judiciário, vez por outra depende do também fundamental princípio do acesso à justiça, que recorrentemente é vulnerado pelo Estado-Juiz, eis que na prática é possível constatar a prolação de inúmeras decisões, especificamente no Rio de Janeiro, no sentido de condicionar o benefício da gratuidade de justiça, para o autor da ação de alimentos, à comprovação da renda do seu representante. Verificada a relevância do tema, tem-se por finalidade esquadriñar a legalidade dessas decisões, considerado o ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia adotada no trabalho se dará por meio de pesquisa bibliográfica, artigos, periódicos e análise de decisões judiciais sobre a matéria.

Palavras-chave: Alimentos. Direito Fundamental. Dignidade. Justiça. Gratuidade.

ABSTRACT

The action for support order in accordance with the terms of law 5478/68 is a juridical and procedural instrument which guarantees the minimum required to survive with dignity, ensuring the concreteness of the constitutional principle of human dignity, among other principles also settled in the Constitution because food is one of man's most basic needs. The maintenance of human nutrition is so relevant that it is established on the list of fundamental rights, precisely at article 6 of the Federal Constitution of 1988, beyond the substantial normative non constitutional set to ensure the achievement of such a fundamental right, which provides legal exemption from court costs – the institute of free justice - for whoever lacks financial means, applicable in cases in which the maintenance claim depends on judicial determination that is imposed on those who have that obligation. However, the accomplishment of the fundamental right of maintenance, when it is treated by Court System, from time to time depends also on a fundamental principle of access to justice, which is recurrently attacked by the State, because it is possible to observe several decisions in practice, specifically in Rio de Janeiro, in order to condition the granting of free justice to the plaintiff for support order, to the proof of income of the legal representative. Due to the magnitude of the theme, there is the aim to scrutinize the legality of the aforementioned decisions, considering the Brazilian legal system. The work development will take place with bibliographic research, articles, journals and judicial decisions on the matter.

Keywords: Nourishment. Fundamental Right. Dignity. Justice. Gratuity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITOS AOS ALIMENTOS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1 direitos humanos, constituição e direitos fundamentais	12
2.2 dimensões e eficácia dos direitos fundamentais	30
2.3 O direito fundamental à vida, à saúde e à dignidade humana	44
2.3.1 Direito à vida	44
2.3.2 Direito à saúde	47
2.3.3 Direito à dignidade	49
3 ASPECTOS FILOSÓFICOS E HISTÓRICOS DO DIREITO FUNDAMENTAL AOS ALIMENTOS E DO ACESSO À JUSTIÇA	51
3.1 O direito fundamental aos alimentos	52
3.2 Fundamentos filosóficos do acesso à justiça	54
4 A LEGISLAÇÃO DOS ALIMENTOS E DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA	59
4.1 Alimentos – um direito fundamental constitucional	60
4.2 O direito constitucional à assistência jurídica	65
4.3 Os alimentos na legislação infraconstitucional	73
5 ASPECTOS PROCESSUAIS SOBRE A GRATUIDADE DE JUSTIÇA	79
5.1 A gratuidade de justiça no código de processo civil e na lei de alimentos....	79
5.2 A legitimidade ad causam e a representação processual na ação de alimentos	81
5.3 O titular do direito de ação na ação de alimentos	82
6 A DECISÃO QUE CONDICIONA A GRATUIDADE DE JUSTIÇA À RENDA DO REPRESENTANTE LEGAL	84
6.1 Decisões judiciais que condicionam a gratuidade de justiça à renda do representante	84

6.2 Adoção da renda do representante como parâmetro	85
6.3 Consequências práticas da decisão judicial condicionante.....	86
6.3.1 Atraso no início da marcha processual	86
6.3.2 O retardamento da prestação alimentícia	87
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS	93
ANEXOS	
Anexo 1 jurisprudência TJRJ.....	98
Anexo 2 jurisprudência TJRJ.....	99
Anexo 3 jurisprudência TJRJ.....	100
Anexo 4 jurisprudência TJRJ.....	103
Anexo 5 jurisprudência TJRJ.....	104
Anexo 6 Declaração de direitos do homem e do cidadão.....	105
Anexo 7 Declaração universal de direitos humanos.....	109

1 INTRODUÇÃO

É incontestável que sem alimentos não há vida, sendo os alimentos essenciais para a realização da vida humana. No ordenamento jurídico brasileiro tem-se a Lei 5.478/68 (Ação de alimentos) que regula o processo judicial para a fixação de alimentos em favor dos filhos menores e também em favor do cônjuge, contudo na dissertação o objetivo é abordar a questão que toca à fixação dos alimentos em favor dos filhos menores, pois nessa hipótese ocorre a representação processual do filho menor, que é titular do direito de ação, pelo genitor que detém a *guarda de fato* (não decidida judicialmente) ou mesmo por outro responsável de fato, podendo ser um parente (avós, tios etc.) ou mesmo terceiro sem vínculo de parentesco (padrinhos).

A Lei de alimentos, considerado o seu objeto, é diploma legislativo de relevante valor social, pois encerra direito que transcende ao aspecto formal da ciência jurídica, porquanto a obrigação de prestar alimentos aos filhos menores é questão de sobrevivência da própria sociedade, eis que esta, consabidamente, é formada pelo conjunto das famílias. Assim, assegurar a perpetuação da família é por consectário garantir a continuidade da sociedade como a concebemos, bem como inequívoca demonstração do processo evolutivo civilizatório.

O legislador constitucional atento às transformações da sociedade, afinal, *ex facto oritur jus*, para além da proteção já positivada na legislação ordinária pré-constitucional (Lei 5.478/68), positivou na Constituição Federal de 1988 – artigos 6º, o direito social fundamental à alimentação e, igualmente, no artigo 227, tem-se o reforço do mesmo direito à alimentação, assegurando às crianças e aos adolescentes esse fundamental direito. Por esse prisma, considerando a existência desse cenário legislativo protetivo, é de causar estranheza a prolação de decisões de algumas Varas de Famílias do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que condicionam a concessão da gratuidade de justiça, na ação de alimentos titularizada por menores de idade, à comprovação de renda do seu representante processual, sendo que este não é titular da ação. Nessa esteira o problema de condicionar a concessão do benefício da gratuidade de justiça à renda do representante legal será objeto da presente dissertação, usando por método a análise do conteúdo dessas decisões judiciais.

A justificativa do tema está no fato de que uma questão processual (custas e despesas do processo) está sendo capaz de obstaculizar a concretude do direito fundamental aos alimentos, principalmente por não haver embasamento jurídico para tal exigência, ao revés, há determinação expressa em sentido contrário. Entende-se relevante a questão porque suas consequências são demasiadamente gravosas para os menores, que são os destinatários dos alimentos pleiteados.

Na primeira seção será tratado o direito aos alimentos sob a ótica dos direitos humanos, da sua positivação no texto constitucional e o status de direitos fundamentais e, nesse aspecto, as dimensões e a eficácia dos direitos fundamentais e o reflexo noutros direitos constitucionais.

Na segunda seção serão tratados os aspectos filosóficos e históricos do direito aos alimentos e do acesso à justiça, adentrando na temática dos direitos fundamentais resguardados em razão do direito aos alimentos, dos fundamentos filosóficos do acesso à justiça, do direito natural aos alimentos e da dualidade alimentos e dignidade da pessoa humana.

Na terceira seção será tratada a legislação dos alimentos e da gratuidade de justiça, com foco nos alimentos enquanto direito fundamental constitucional, o direito constitucional a assistência jurídica, os alimentos na legislação infraconstitucional e a tutela do menor na lei de alimentos e no estatuto da criança e do adolescente.

Na quarta seção serão abordados os aspectos processuais da legislação sobre a gratuidade, em linha com a gratuidade de justiça no Código de Processo Civil, a legitimidade *ad causam* e a representação processual e a titularidade do direito de ação na ação de alimentos.

Na quinta seção serão tratados os motivos que suscitaram pesquisa, bem como a ausência de dispositivo legal para a adoção da situação financeira do representante como parâmetro e as consequências dessa decisão na vida das pessoas envolvidas.

No desenvolvimento dessa pesquisa foi considerada a legislação pátria e alguns fragmentos do direito comparado (Código Civil português, tratados internacionais etc.), sendo também utilizada a pesquisa bibliográfica, algumas decisões judiciais e a jurisprudência dos tribunais superiores, bem como artigos de revistas especializadas e periódicos.

2 DIREITOS AOS ALIMENTOS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pretende-se demonstrar a essencialidade e a relevância dos alimentos dentro de um contexto que considere a matéria como de relevo singular na perspectiva da natureza humana, no âmbito de proteção da Lei Fundamental do país e pelo viés dos direitos fundamentais, que ostentam tal envergadura ao estarem positivados na Constituição.

2.1 DIREITOS HUMANOS, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma definição primeira de direitos humanos que é possível depreender, se extrai da mera observação do termo em si, sendo possível entender como aqueles direitos básicos inerentes a todos os seres humanos, que deriva da singela e incontestável natureza humana do homem. A convicção da existência de direitos que são inerentes à condição humana, vale afirmar, um espaço privado de integridade e de liberdade que deve ser obrigatoriamente preservado, respeitado e protegido pelo Estado, foi a força motriz das revoluções liberais e justificativa fundante das doutrinas e correntes de pensamento que enfrentaram a monarquia absolutista (BARROSO, 2009, p. 237).

O processo civilizatório pelo qual passou a sociedade não mais permite a coisificação do homem, sendo a pessoa humana detentora de direitos naturalmente essenciais, podendo-se mesmo dizer fundamentais, em razão da sua natureza humana, havendo a possibilidade, inclusive, de reclamar sua observância e cumprimento até em face do Estado, personagem social outrora de atuação e poderes ilimitados.

Regredindo um pouco na história da humanidade, é possível imaginar que a gênese dos direitos humanos tenha fonte no direito natural, conforme registrado na obra de Ronaldo Leite Pedrosa, nestes termos:

A teoria da existência de um direito natural desenvolvida mais contundentemente na modernidade por Hugo Grócio, Samuel Pufendorf, Thomasius, Wolff, entre outros, ajuda a construir o ideário de ser o homem possuidor de direitos que são anteriores a qualquer lei humana. Aliás, mesmo que pensando em outra perspectiva, os contratualistas foram fundamentais por desenvolver uma teoria que

até hoje possui grande destaque e influência, e que entende que anteriormente ao Estado e aos direitos por ele produzidos, existe um estado de natureza. (2008, p.418).

É nítida a compreensão da existência de inegável tangenciamento dos conceitos e das definições acerca dos direitos do homem, que os possui pela elementar condição humana que ostenta, adquirindo-os desde o nascimento.

É ainda possível verificar uma relação muito próxima entre os direitos humanos e o jusnaturalismo, porquanto o termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o direito ao longo dos tempos, com arrimo na concepção da incontestável existência de um direito natural, imanente a condição humana do homem. O eixo básico dessa linha de pensamento consiste no reconhecimento de que há, no universo social, um conjunto de valores e pretensões humanas legítimas, que não decorrem de uma concessão jurídica emanada do Estado, tampouco depende do direito positivo. Esse direito inerente à condição humana tem validade em si, legitimado por uma ética superior, estabelecendo limites e sanções a própria norma estatal (BARROSO, 2009, p. 235).

Assim, os direitos humanos e o jusnaturalismo têm concepções bastante próximas, que inobstante possam aparentar diferenças, têm muito em comum, porque a essência de ambos os conceitos é a condição humana do homem. É possível constatar esse tangenciamento na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pelo povo francês em 1789, conforme excerto a seguir transcrito, *in verbis*: conforme possível confrontar a seguir, *in verbis*: “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional [...] resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem” (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, *sine die*).

Entende-se que a Declaração francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, para além de ter sido fonte substancial da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas, serviu também como inspiração para a vigente Carta Política brasileira, bastando analisar, ainda que superficialmente, a menção aos princípios expressamente elencados no Diploma francês, dentre os quais o princípio da legalidade, o princípio da igualdade, o princípio da representatividade, o princípio da presunção de inocência etc., bem como ao direito de propriedade, da liberdade de expressão, inclusive religiosa, dentre outros. Uma

triste constatação é a existência, já naquela época, da mazela nomeada corrupção, prática dos governantes que tem efeitos deletérios na sociedade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, proclamada em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948, da qual o Brasil é signatário contemporâneo a proclamação, é outro importante documento que dá robustez aos direitos humanos enquanto característica insuperável da condição humana dos homens, consoante se infere em pequeno fragmento transcrito, *in verbis*: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis...” (ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009). É ainda possível extrair da leitura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a existência de outros direitos, umbilicalmente unidos aos direitos humanos, ou mesmo como direitos integrantes da definição maior de direitos humanos, quais sejam, o direito à vida, o direito à liberdade física, o direito a liberdade de pensamento e de expressão das ideias, o direito a igualdade perante a lei, o direito à dignidade e ao valor da pessoa humana, dentre outros igualmente relevantes.

Depreende-se então, que os direitos humanos tem concepção muito maior e mais abrangente que os diversos repositórios podem lhe atribuir, independentemente da positivação em diplomas internacionais ou nas Constituições dos países, contudo é a positivação na Carta Magna de um país que vai adjetivar os direitos humanos, naquele país, como direitos fundamentais. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica dos direitos considerados naturais e inalienáveis do homem. Para que a positivação dos direitos inerentes à condição humana possa qualificar um direito como fundamental é preciso que esteja gravado no cume do ordenamento jurídico das fontes do direito, isto é, nas normas constitucionais. De outro modo, tais direitos não passarão de esperança, aspirações ou ideias, quiçá de mera retórica política (CANOTILHO, 2003, p. 377).

Considerando a assertiva do autor português, faz-se necessário apresentar um conceito de Constituição que sirva ao propósito de possibilitar uma melhor compreensão acerca dos direitos fundamentais, ofertando conceitos e concepções os mais convergentes possíveis, ajustando uma linha de entendimento que, se não uníssona, esteja próxima disso, acerca do conceito de Constituição, pois os direitos fundamentais, como visto, devem ter assento compulsório na Constituição de um

país, em razão da supremacia desse diploma jurídico em relação às demais espécies normativas. Os direitos fundamentais carregam, por si só, densidade suficiente a reclamar justo e válido lapso de entendimento. Ainda que a definição do vocábulo Constituição não seja tarefa das mais simples, há doutrinadores que conseguem bem definir a questão, sem, contudo deixar de registrar a singularidade que é apanágio do tema. É possível verificar tal posicionamento, *mutatis mutandis*, na lição de Celso Ribeiro Bastos, *in verbis*:

Tentar oferecer um conceito de Constituição não é das tarefas mais fáceis de serem cumpridas, em razão de este termo ser equívoco, é dizer, prestar-se a mais de um sentido. Isto significa dizer que há diversos ângulos pelos quais a Constituição pode ser encarada, conforme seja a postura em que se coloque o sujeito, o objeto ganha outra dimensão. Seria como o poliedro que fosse examinado a partir de ângulos diferentes. Para cada posição na qual o observador se deslocasse, facetas diferentes dessa figura geométrica seriam vistas, não lhe sendo possível examiná-la toda de uma só vez. Exatamente assim ocorre com a Constituição. Não se pode dar um conceito único, pois ela varia conforme a ótica a partir da qual se vai visualizá-la. Konrad Hesse afirma que “esta questão não pode ser resolvida recorrendo-se a um conceito de Constituição de aceitação geral ou, pelo menos, majoritariamente admitido. A teoria atual do Direito Constitucional, por mais que nela se encontrem amplas coincidências, não chegou a aclarar o conceito e a qualidade da Constituição até o ponto de alcançar um consenso suficientemente amplo para poder ser tido por uma opinião dominante. (2000, p. 41-42).

Infere-se, pelo registrado do autor, que a definição do termo Constituição, enquanto documento jurídico-normativo está longe de ser alcançada, face às variadas concepções e infinitas possibilidades de observância que possui.

A capilaridade e as inúmeras possibilidades de aplicação do vocábulo é fator que dificulta uma definição mais pacífica da questão, pois o termo constituição significa a maneira de ser de qualquer coisa, sua particular estrutura. Pode-se, por exemplo, tratar da constituição de uma cadeira, de um planeta, do aspecto físico-biológico homem etc. Esta utilização, feita da linguagem comum, nada apresenta de próprio a qualquer ramo científico. Seu uso é atécnico ou acientífico, porque da mesma maneira que se trata da constituição material de um objeto, ou de um organismo vivo, se pode referir a constituição de um ordenamento jurídico, reportando-se ao seu esquema fundamental, a sua estrutura mínima, determinada pelo conjunto de suas principais instituições (BASTOS, 2000, p. 42). O autor exemplifica, de forma superficial, as inúmeras possibilidades de aplicação e

entendimento do vocábulo, restando claro que a definição passa pela capacidade do intérprete e do que realmente se deseja definir.

As inúmeras possibilidades e concepções da palavra constituição são também destacadas por Paulo Roberto de Figueiredo Dantas, nestes termos:

O termo *constituição* tem muitos significados. Em sentido comum, diz respeito à essência, a maneira como algo se organiza. Nesse sentido, que não diz respeito apenas ao direito constitucional, refere-se ao particular modo de ser de alguma coisa, à sua organização intrínseca, que pode referir-se a objetos inanimados ou seres vivos, ou mesmo a entidades abstratas, como é o caso, por exemplo, de um Estado. [...]. Em síntese, podemos definir constituição, *em sentido jurídico*, como a norma jurídica fundamental, quer esteja ela consubstanciada em um documento único, formal e solene – chamado constituição escrita – quer seja formada pela reunião de leis esparsas e também pelos costumes e decisões jurisprudenciais – dita constituição não escrita – que disciplina a organização fundamental do Estado, e que condiciona a edição, interpretação e validade das normas infraconstitucionais. (2014, p. 54).

Depreende-se que o autor, assim como os demais doutrinadores que tratam do tema, registra a infinidade de possibilidades para a definição do termo constituição, indo desde a percepção de objetos inanimados até a concepção enquanto norma fundante de um Estado. Destaca-se ainda a segregação feita para a palavra constituição, pelo viés jurídico, no que toca a classificação de constituição escrita e constituição não escrita. A doutrina, majoritariamente, converge em um ponto, qual seja, a amplitude e as inúmeras possibilidades de definição do termo constituição, podendo ser um objeto ou mesmo o Diploma jurídico maior de um país.

Resta inequívoco que a definição do vocábulo Constituição pode variar conforme o ângulo de análise e o que se deseja definir, nesse prisma, registra José Afonso da Silva, em recente obra, *in verbis*:

A palavra *constituição* é empregada com vários significados, tais como: (a) “Conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a *constituição* do universo, a *constituição* dos corpos sólidos”; (b) “Temperamento, compleição do corpo humano: uma *constituição* psicológica explosiva, uma *constituição* robusta”; (c) “Organização, formação: a *constituição* de uma assembleia, a *constituição* de uma comissão”; (d) “O ato de estabelecer juridicamente: a *constituição* de dote, de renda, de uma sociedade anônima”; (e) “Conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a *constituição* da propriedade”; (f) “A lei fundamental de um Estado”. Todas essas acepções são analógicas. Expressam, todas, a ideia de *modo de ser de alguma coisa* e, por extensão, a de organização interna de seres e entidades. Nesse sentido é que se diz que *todo Estado tem constituição*, que é o simples *modo de ser do Estado*. (2016, p.39).

O doutrinador, assim como os demais autores, não deixa de registrar a pluralidade de percepções e possibilidades, quase infinitas, de emprego do termo, contudo observa que tais possibilidades de compreensão do vocábulo são análogas, exprimindo o modo de ser de alguma coisa.

É inconteste, consoante demonstrado nas transcrições doutrinárias realizadas, que há uma miríade de acepções do termo constituição, contudo o conceito de constituição que se busca é aquele que trata da organização de um Estado, dos seus elementos essenciais, da sua lei fundamental. E, por esse viés, tem-se a definição de José Afonso da Silva, que nesse sentido almejado, escorreitamente registra, *verbum ad verbum*:

A *constituição do Estado*, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado. (2016, p. 39-40).

A definição traçada pelo constitucionalista brasileiro descreve, em linhas gerais, a forma de organização de um Estado, bem como de sua estrutura, a aquisição e o exercício do poder e os limites de sua atuação.

A indeterminação e as múltiplas concepções do vocábulo *constituição* é fato registrado em diversas obras doutrinárias. Contudo, a análise do termo, pelo aspecto jurídico, que é o objeto de interesse da dissertação, tem pequenas variações de um doutrinador para outro, guardando entre todos, a essência do entendimento do termo Constituição enquanto texto jurídico fundador de uma ordem constitucional. A Constituição é a lei maior do Estado, eis que além de dispor sobre sua organização, disciplina também o exercício do poder, os direitos fundamentais e, ainda traça os fins públicos que devem ser alcançados pelos administradores. Deste modo, em sua acepção jurídica o texto constitucional pode ser definido como o conjunto sistematizado, organizado, de normas primárias e estruturantes do Estado e dos seus postulados fundamentais. (VASCONCELOS, 2016, p. 50).

Como já observado as linhas gerais da definição do termo Constituição, enquanto *Lex maior* de uma nação tem pouca variação no conteúdo, mesmo quando definida por autores diversos, mantendo-se um núcleo acerca da estrutura, do funcionamento, dos poderes e da atuação estatal.

O autor discorre sobre a relevância das matérias que verdadeiramente devem estar presentes no Diploma jurídico maior de um país. Entende-se que não deve a *Constituição* tratar de questões menores, podendo e mesmo devendo estas serem objeto da legislação ordinária infraconstitucional.

Afigura-se necessário destacar que uma Constituição, enquanto diploma jurídico maior de um ordenamento deve tratar de matérias verdadeiramente relevantes, de substancial conteúdo e de envergadura constitucional, não tratando de questões de menor importância e que devam ser tratadas na legislação ordinária, conforme ensina Celso Ribeiro Bastos, *in verbis*:

Defini-se a Constituição em sentido substancial pelo conteúdo de suas normas. A Constituição nessa acepção procurar reunir as normas que dão essência ou substância ao Estado. É dizer, aquelas que lhe conferem a estrutura, definem as competências dos seus órgãos superiores, traçam limites da ação do Estado, fazendo-o respeitar o mínimo das de garantias individuais. Em suma, ela é definida a partir do objeto de suas normas, vale dizer, o assunto tratado por suas disposições normativas. Pode-se, segundo esta acepção, saber se uma dada norma jurídica é constitucional ou não, examinando-se tão somente o seu objeto. Se regular um aspecto fundamental da comunidade política, indispensável à sua concepção vou à sua permanência, se tratar da distribuição de poder dentro da sociedade, se versar, enfim, sobre algo que, alterado, abalaria as próprias vigas mestras do ente político, será constitucional, fará parte da Constituição. Se não satisfizer a este requisito de ser norma relativa às relações basilares, fundamentais, entre os órgãos do Estado ou entre estes e os indivíduos, ela não fará parte da Constituição. (2000, p. 43-44).

Entende-se, do ensinamento acima, que para além das formalidades inerentes que guardam uma Constituição, é necessário que esta seja integrada e trate de matérias de importância verdadeiramente constitucionais.

Consigne-se, a título meramente exemplificativo, sem reproche, nódoa ou crítica, uma norma formalmente constitucional, pois está positivada na Constituição Federal, mas que inegavelmente mostra-se de relevância bizantina sua inserção no texto da vigente Constituição, qual seja, o § 2º do artigo 242 da Constituição da República Federativa do Brasil, que assim dispõe: “*O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal*”. Entende-se, reiterando a ausência de valoração acerca do dispositivo constitucional comentado, que não deve ser objeto de uma Constituição Federal normas divorciadas do seu essencial conteúdo.

A constituição do Estado, considerada como sua lei fundamental, é essencialmente voltada para dispor acerca da organização dos seus elementos fundamentais, vale dizer, deve regular a forma do Estado, o seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias, não devendo se ocupar de questões menores, que podem e devem ser reguladas pela legislação infraconstitucionais (SILVA, 2016, p. 39-40).

Possível depreender, ancorado no posicionamento de José Afonso da Silva, que o dispositivo constitucional antes transcrito (colégio Pedro II, na cidade do Rio de Janeiro), ainda que inserido na Constituição Federal não é temática materialmente constitucional, consoante registro realizado em sua obra, mormente pela assertividade consignada na parte final da redação, *in verbis*:

A constituição material é concebida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro, identifica-se com a organização total do Estado, com regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais. Nesse caso, constituição só se refere à matéria essencialmente constitucional; as demais mesmo que integrem uma constituição escrita, não seriam constitucionais. (2016, p. 42).

O excerto acima corrobora a ênfase daquelas disposições verdadeiramente constitucionais, e não só pelo simples fato de estarem positivadas na Carta Magna, mas sim pelo conteúdo que encerra a norma positivada.

Assim, ante a existência de variadas concepções acerca do termo *Constituição*, a depender do ângulo de observação e do contexto no qual se faz, afigura-se adequado e necessário a fixação – pelo viés jurídico, de uma definição para o termo, de modo que possa servir de bússola para as futuras interpretações. Contudo, José Afonso da SILVA adverte que a ideia de constituição estatal, como por ele definida, não está completa, porque concebida de forma desvinculada da realidade social contemporânea a elaboração do texto constitucional, como registrado em sua obra, *ipsis litteris*:

Essa noção de constituição estatal, contudo não expressa senão uma ideia parcial de seu conceito, porque a toma como algo desvinculado da realidade social, quando deve ser concebida como uma estrutura normativa, uma conexão de sentidos, que envolve um conjunto de valores. Mais aqui surge um campo de profundas divergências doutrinárias: em que sentido se deve conceber as

constituições: no *sociológico*, no *político* ou no *puramente jurídico*? (2016, p. 40).

Infere-se que a Constituição Federal de um país, deve conter e tratar de matérias de real interesse e relevo social, regulando primordialmente a estrutura do estado, a aquisição e o exercício do poder estatal, fixando limites objetivos quando das relações com os seus cidadãos e, inegavelmente respeitando os direitos fundamentais, devendo os assuntos de interesses regionais ou de determinados setores da sociedade integrarem outras espécies normativas existentes no mundo jurídico.

E qual seria então a justificativa para a inserção do colégio Pedro II no seio da Constituição Federal, quiçá uma distração dos legisladores constituintes ou mesmo algum inexplicável interesse de determinado grupo social. E, acerca da existência e influência de tais grupos quando da elaboração do texto constitucional, valioso é o registro feito na obra de Ronaldo Leite Pedrosa, nestes termos:

Após intensas e até mesmo extenuantes reuniões, onde a força do *lobby* de variados setores se fez presente, foi concluída e aprovada a atual Carta de 05.10.1988, a Constituição Cidadã a que se referiu ULYSSES GUIMARÃES (1916-1992), na cerimônia de promulgação. A nossa *Lex*, entretanto, encontra-se toda retalhada, quase inteiramente desfigurada, com inúmeras emendas, em um processo doloroso e traumático, exatamente por conter dispositivos em excessos, e não se ter mantido a distância de interesses passageiros de certos segmentos políticos. Esses interesses, por sua vez, invadiram e invadem, na desculpa geral do reformismo, cláusulas pétreas e princípios constitucionais, afetando a espinha dorsal da Lei Maior. (2008, p. 414).

Entende-se assim, com estribo nos valiosos posicionamentos trasladados, que não foi das mais acertadas a inserção da temática do colégio Pedro II, localizado na cidade do Estado do Rio de Janeiro, no texto normativo da Constituição Federal de 1988, porquanto evidentemente que não encerra substância jurídica a lhe assegurar, meritoriamente, lugar na Constituição Federal. Então, uma escorreta compreensão da norma fundamental passa pela consciência do intérprete, devendo este ter em mente que uma Constituição estatal tem por primazia a estrutura de um Estado, mas pode também agasalhar normas de menor relevo jurídico, que verdadeiramente, nem precisariam ali estar positivadas, pois a Constituição deve ser trabalhada em sua concepção maior, enquanto detentora de normas hierarquicamente superiores as demais normas do ordenamento (KELSEN, 1987, p. 240).

Percebe-se da lição acima que as normas constitucionais têm superioridade sobre o ordenamento jurídico no qual estão inseridas, devendo as normas inferiores serem produzidas em conformação e observância das diretrizes emanadas da Constituição. E, até esse ponto, o ensinamento austríaco encontra eco na doutrina pátria, havendo aqui idêntico entendimento quando da observação das normas constitucionais pelo prisma da supremacia da Constituição.

Acredita-se, após a delimitação do conceito de Constituição, enquanto texto jurídico que encerra direitos e garantias fundamentais, que seja possível conceber idônea definição dos direitos fundamentais, tendo em conta que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados em uma Constituição, inobstante as divergentes posições doutrinárias existentes, como comporta a quase totalidade dos institutos jurídicos. É necessário ainda, para um melhor entendimento acerca dos direitos fundamentais no Brasil, consignar algumas considerações conceituais preliminares. A primeira é informar o que são direitos fundamentais. Este conceito pode-se confundir com alguns outros, tais como, direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, dentre outros. Apesar da inequívoca correlação, o que se denomina como direitos fundamentais, pelo menos para efeito de entendimento da dissertação que se apresenta, são os direitos e liberdades acima enunciados, quando alinhados no texto constitucional, isto é, quando são positivados na Constituição (PEDROSA, 2008, p. 416).

No que toca aos direitos fundamentais, importante o foco aspecto histórico desenvolvimento na obra de Ronaldo Leite Pedrosa, *in verbis*:

sob uma perspectiva histórica, a concepção de direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos que são, oponíveis contra o Estado, é um fenômeno que ocorre no âmbito do pensamento iluminista do séc. XVIII, e sua acepção jurídico-política acaba por se estender ao fenômeno que denominamos "constitucionalismo". Procurar a gênese dos direitos fundamentais na Grécia, ou mesmo em Roma, onde o escravagismo imperou como modo de produção, não é apropriado. Certamente que é mais adequado procurar esses conceitos já na modernidade, principalmente a partir de conceitos filosóficos desenvolvidos a partir deste período, que ajudam a compreender o homem como ser individual moralmente autônomo. [...] Essas ideias que até um determinado momento se encontram projetadas apenas no plano teórico vão ganhando corpo e concretizando-se no campo da historicidade. Sob esta perspectiva, um primeiro catálogo de direitos fundamentais pode ser encontrado no denominado *Bill of rights* de 1689, ou Declaração de Direitos, ato assinado por Guilherme de Orange, ao ascender ao trono inglês como Guilherme

III, como o apoio do parlamento e do exército, após a Revolução Gloriosa na Inglaterra. (2008, p. 418-419).

O doutrinador registra em sua obra uma relevante característica dos direitos fundamentais, qual seja, sua oponibilidade em face do Estado, funcionando os direitos fundamentais, sob este prisma, como verdadeiro escudo do cidadão ante o cometimento de eventual arbitrariedade perpetrada pelos governantes. Aponta ainda o *bill of rights* como marco inicial de um elenco de direitos que deveriam ser respeitados por todos, inclusive pelo trono inglês. Essa repartição de parte do poder até então mantido pela monarquia, representou a ascensão da classe burguesa na sociedade inglesa.

No que pertinente, destaca-se que ainda não há consenso acerca da existência de uma só definição que consiga convergir os pensamentos para uma só direção, um só conceito de direitos fundamentais. Os posicionamentos doutrinários ainda não perfilam para a o mesmo sentido. Inobstante tais razões, reputa-se válida toda a tentativa de se conceituar o instituto jurídico dos direitos fundamentais, pois é no debate de ideias que a humanidade alcança a evolução. Assim, é válido o registro do conceito formulado por Clever Vasconcelos, ainda que reconheça o autor sua dificuldade em fazê-lo, *in verbis*:

Não é tarefa fácil apresentar um conceito sobre o que vêm a ser os direitos fundamentais. Numa tentativa simplória, poderíamos conceituá-los como direitos que extraem sua força do princípio da soberania popular e na regência de bens inatos do indivíduo que são essenciais à sobrevivência humana, limitando por consequência a atuação do Estado. É, portanto, a salvaguarda de particulares. (2016, p. 121).

Como reconhece o autor, conceituar o instituto dos direitos fundamentais não é tarefa mezinha, mormente por causa da irrefutável relação com outros institutos de igual importância (direitos humanos, direitos do homem, direitos naturais, direitos subjetivos etc.), que guardam pontos de interseção em suas definições.

Aprofundando um pouco mais, é possível constatar uma relação de causa e efeito entre a positivação dos direitos fundamentais e a ocorrência de fatos sociais históricos e relevantes, que motivaram algumas conhecidas declarações, sendo as principais a Revolução francesa e a americana. É bem verdade que esse reconhecimento dos direitos fundamentais em documentos, de forma expressa, como nas Declarações de direitos é fato recente e há ainda muito por fazer, eis que a cada avanço civilizatório novos direitos são conquistados, e assim como antes,

necessitarão de proteção em face do Estado e mesmo em face dos demais indivíduos, pois sempre que surge um novo direito, surge também uma nova obrigação de tutela desse direito, restando evidente a individualização do homem ante à sociedade e o Estado (SILVA, 2016, p. 151).

Ainda que possa parecer estranha a informação do autor, dando conta do pouco tempo do reconhecimento dos direitos fundamentais, é necessário destacar que o referencial é o direito em sua inteireza, aplicado desde sempre no curso da história da humanidade, por isso é possível tal afirmação. A título informativo, já no prólogo do Código de Hamurabi que data do ano de 1780 A.C. havia uma concepção embrionária, *mutatis mutandis*, do atual direitos fundamentais, *in verbis*: ... *para implantar a justiça na terra, para destruir os maus e o mal, para prevenir a opressão do fraco pelo forte... para iluminar o mundo e propiciar o bem-estar do povo.* (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, *sine die*).

Possível afirmar, na linha dos ensinamentos de José Afonso da Silva, que a primeira declaração de direitos fundamentais, dos tempos modernos, foi a Declaração da Virgínia, que é anterior a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, *in verbis*:

A primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia*, que era uma das treze colônias inglesas na América. Essa declaração é de 12.1.1776, anterior, portanto, à Declaração de Independência dos EUA. Ambas, contudo, inspiradas nas teorias de Locke, Rosseau e Montesquieu, versadas especialmente nos escritos de Jefferson e Adams, e postas em prática por James Madison, George Mason e tantos outros. (2016, p. 155).

Ainda que aparentemente haja uma divergência entre a afirmação de José Afonso da Silva, segundo o qual a *Declaração Virgínia* é a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, e a afirmação trazida à bailha por Ronaldo Leite Pedrosa, que consignou como primeira *declaração de direitos fundamentais* o *Bill of rights*, do direito inglês, verdadeiramente não há tal colisão, pois na Inglaterra foram elaborados Cartas e Estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a *Magna Carta* (1215-1225), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688), mas tais documentos não são declarações de direitos no sentido moderno, que só surgiram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa. (SILVA, 2016, p. 153).

Feito o necessário esclarecimento, de modo a arredar o aparente conflito de informações, entende-se que para além da ordem cronológica das declarações de direitos fundamentais, resta configurada nos registros da história da humanidade a singular relevância da colonização do povo inglês na América do norte, bem como a inelutável importância das declarações de direitos fundamentais advindas das Revoluções francesa e americana.

A Constituição Americana foi aprovada em 17.9.1787, não contendo direitos fundamentais em seu escopo. Contudo, em razão de o sistema político-jurídico americano, desde o seu nascedouro, guardar muitas diferenças do sistema brasileiro, alguns estados-membros só aceitaram aprovar a Constituição (era necessário que nove dos treze estados-membros concordassem), se fosse inserido no texto constitucional daquela soberania, uma *carta de direitos*, garantindo assim direitos fundamentais aos cidadãos americanos, conforme registrado na obra de José Afonso da Silva, *verbum ad verbum*:

A Constituição dos EUA aprovada na Convenção da Filadélfia, em 17.9.1787, não continha inicialmente uma declaração dos direitos fundamentais do homem. Sua entrada em vigor, contudo, dependia da ratificação de pelo menos nove dos treze Estados independentes, ex-colônias inglesas na América, com que, então, tais Estados soberanos se uniriam num Estado Federal, passando a simples Estados-membros deste. Alguns, entretanto, somente concordaram em aderir a esse pacto se se introduzisse na Constituição uma *Carta de Direitos*, em que se garantissem os direitos fundamentais do homem. Isso foi feito, segundo enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison, dando origem às dez primeiras Emendas à Constituição da Filadélfia, aprovada em 1791, as quais se acrescentaram outras até 1975, que constituem o Bill of Rights do povo americano... (2016, p. 157 – 158).

Entende-se fazer abissal diferença o modo pelo qual se deu a conformação jurídico-política dos Estados Unidos da América, pois lá os estados-membros formaram uma federação, abdicando de parte de sua autonomia, porém reservaram para si, boa parte de sua competência, e por tal razão puderam exigir a inserção de uma carta de direitos na Constituição de 1787, pois de outra forma não seria aprovada. Entende-se ser um sistema mais adequado, pois os estados-membros tomam participação efetiva no processo legislativo. Já no sistema brasileiro, que tem conformação originária diversa – a união federal abriu mão de pequena parte de sua competência em favor dos estados-membros, guardando para si o grosso da competência legislativa.

Entende-se correta a corrente de pensamento que entende ter havido forte influência da Declaração da Virgínia (1776) sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), bem como é também acertada a percepção que tanto a declaração americana, quanto à declaração francesa têm a mesma motivação – o absolutismo e o sistema feudal, conforme registro doutrinário de José Afonso da Silva, *in verbis*:

Os autores costumam ressaltar a influência que a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, adotada pela Assembleia Constituinte francesa em 27.8.1789, sofreu da Revolução Americana, especialmente da Declaração de Virgínia, já que ela precedeu a Carta dos Direitos, contida nas dez primeiras emendas à Constituição norte-americana, que foi apresentada em setembro de 1789. Na verdade, não foi assim, pois os revolucionários franceses já vinham preparando o advento do Estado Liberal ao longo de todo o século XVIII. As fontes filosóficas e ideológicas das declarações de direitos americanas como da francesa são europeias, como bem assinalou Mirkini-Guetzévitch, admitindo que os franceses de 1789 somente tomaram de empréstimo a técnica da declarações americanas, “mas estas não eram, por seu turno, senão o reflexo do pensamento político europeu e internacional do século XVIII – dessa corrente da filosofia humanitária cujo objetivo era a liberação do homem esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal. [...]. As declarações são obra do pensamento político, moral e social de todo o século XVIII. A Declaração de Virgínia e de outras ex-colônias inglesa na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração francesa de 1789 é mais abstrata, mais universalizante... (2016, p. 159).

É possível compreender, verazmente, que a origem do clamor por uma virada social na forma até então vivida, era anseio das classes não contempladas pelo poder, que já não mais suportavam viver sob as imposições e domínio do regime absolutista e feudal.

Os direitos fundamentais têm na doutrina pátria e também alienígena, multiplicidade de manifestações, fato que possibilita uma visão bastante ampliada da questão, bem como a ocorrência de eventuais conflitos de pensamentos. Gilmar Ferreira Mendes, em obra por ele capitaneada, lança luz sobre a crescente profusão de vertentes interpretativas dos direitos fundamentais, bem como sobre a dificuldade de definição do tema, ante a sua característica heterogênea, pois o catálogo dos direitos fundamentais vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico, de cada nova conquista da sociedade, porém para esse autor, a classe dos direitos que são considerados fundamentais é heterogênea, fato

que dificulta a formação de uma definição material abrangente e vantajosa que alcance a todos os direitos fundamentais (2016, p.137).

Afigura-se plausível entender a influência histórica, que atua sobre os direitos fundamentais, como fator determinante da compreensão que se é possível extrair de cada direito isoladamente ou mesmo sobre o gênero direito fundamental. O momento social vivido interfere diretamente na percepção e no julgamento que se faz acerca de determinado fato social, pois inegavelmente o Direito fruto dos fatos sociais – *ex facto oritur jus!*

A heterogeneidade dos direitos fundamentais é também registrada em obra de Ingo Wolfgang Sarlet, quando tratando da temática dos direitos sociais, porém com o destaque do autor para os direitos fundamentais, *verbum ad verbum*:

Dada a heterogeneidade das normas de direitos sociais (aspecto, aliás, comum aos direitos fundamentais em geral), resulta ainda mais evidente a necessidade de considerar tal diversidade, especialmente quando da aplicação, aos direitos sociais, notadamente quando compreendidos na sua dimensão positiva, como direitos subjetivos a prestações estatais, da noção de que as normas de direitos fundamentais são – de acordo com a terminologia mais difundida no Brasil – normas de eficácia plena, no sentido de que por mais relevante que seja o papel do legislador infraconstitucional (o que, no caso dos direitos sociais, é de ser ainda mais enfatizado), não se poderá deixar a decisão sobre o conteúdo dos direitos sociais na esfera plena e ilimitada de atuação do legislador. (2014, p. 573-574).

Reconhece o autor a dificuldade da efetividade das normas de direitos sociais, aplicando igual interpretação aos direitos fundamentais, especialmente quando se faz necessário cobrar a realização desses direitos fundamentais diretamente do poder público.

A consciência da dificuldade de harmonizar as muitas concepções leva alguns doutrinadores a recusar utilidade ao estudo do embasamento filosófico dos direitos fundamentais, entendendo que o problema mais premente está na necessidade de encontrar fórmulas para protegê-los, muito em razão de os direitos do homem constituir uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no século XVIII, por exemplo, a propriedade, sofreram substanciais limitações nas declarações contemporâneas, inclusive na vigente Constituição brasileira (função

social da propriedade). E mais, surgiram direitos que as declarações do século XVIII sequer mencionavam, como os direitos sociais, que agora são proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, surgirão novas pretensões que no momento nem podemos imaginar, o que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. (BOBBIO, 2004, p. 18-23).

Compreende-se não ser necessário, ante a multiplicidade de espécies de direitos, do gênero direito fundamental, buscar uma definição absoluta, pois esse conceito é fruto da realidade social em determinado momento histórico, sendo assim mutável com a passagem do tempo e a nova realidade social existente.

Para José Carlos Vieira de Andrade, quando da análise do tema, “o ponto característico que serviria para definir um direito fundamental seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana.” (1987, p. 85, apud MENDES; Gonet BRANCO, 2016, p. 138).

A dificuldade de conceituação uníssona dos direitos fundamentais resta tão manifesta que o reconhecido jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, consigna em sua obra o entrelaçamento do conceito de direitos fundamentais com outros conceitos de direitos também relevantes, como os direitos do homem, consoante se depreende da leitura do registro, *in verbis*:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (2003, p. 393).

Afigura-se transparente, conforme possível se depreender, que uma das variáveis para a ausência de consenso se dá em razão de os direitos fundamentais, com espeque no magistério acima transcrito, derivarem dos direitos do homem, sendo aqueles de maior amplitude, enquanto os direitos fundamentais são os

direitos do homem positivados na Constituição enquanto tais, sendo, portanto, de menor alcance, pois não são todos os direitos do homem que são positivados no texto constitucional.

Outra vertente é o fato de os direitos fundamentais não serem aplicáveis somente às pessoas humanas e suas respectivas dignidades, mas sendo também possível alcançar direitos coletivos ou mesmo direitos não diretamente ligados a dignidade humana. De modo que a Constituição brasileira, a exemplo da Constituição portuguesa, consagra também direitos fundamentais de pessoas coletivas, restando claro que a ideia de dignidade humana não é requisito suficientemente bastante para definir e conformar os direitos fundamentais, havendo outros fatores a se observar quando da tentativa de uma definição conceitual. (MENDES, GONET BRANCO, 2016, P. 138).

Depreende-se, com arrimo no magistério acima, que os *direitos fundamentais* não são aplicáveis somente às pessoas humanas, ainda que estas sejam a acachapante maioria de destinatários da norma, porquanto é possível verificar em nossa Constituição Federal destinatários que não pessoa humana (incisos XXI, XXV e XXVIII). Alinhado com esse raciocínio, destaca-se o entendimento consignado nas lições de Alexandre de Moraes, *verbum ad verbum*:

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os *direitos e garantias fundamentais*, subdividindo-os em cinco capítulos: *direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos*. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero *direitos e garantias fundamentais*: direito e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. (2015, p. 28-29).

Entende-se que a lavra do doutrinador acima transcrita reforça a compreensão segundo a qual os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 são também aplicáveis no aspecto coletivo, transcendendo ao indivíduo enquanto ser observado isoladamente.

Retornando ao ponto da dificuldade de se conceituar os *direitos fundamentais* destaca-se que a questão se dá em razão da multiplicidade de sinônimos utilizados (direitos fundamentais, liberdades públicas, direitos humanos, direitos do homem, ou, ainda, a combinação daquelas denominações, tais como direitos fundamentais do homem, direitos humanos fundamentais e liberdades fundamentais), pelos

autores para tratarem, essencialmente, dos direitos fundamentais, restando manifesta o quão tormentosa é a senda (DANTAS, 2014, p. 308)

Depreende-se aqui o reforço que faz o autor acerca da inexistência de uma conceitual definição do que seriam os *direitos fundamentais*, mencionando algumas possibilidades quanto à confusão da terminologia ordinariamente utilizada.

Bernardo Gonçalves Fernandes, perfilhando o entendimento da maioria, também consigna de maneira cristalina a dificuldade de se conceituar os direitos fundamentais, *in verbis*:

Estabelecer um conceito para os direitos fundamentais não é uma tarefa simples, e isso deve ficar claro bem de início. Diversos manuais traçam propostas de conceituações, mas no geral, como alerta Virgílio Afonso da Silva, o pressuposto teórico que fica no pano de fundo de quem se compromete nessa empreitada fica sem elucidações. A consequência direta disso, é que o conceito acaba ficando preenchido de uma imprecisão dogmática ou, na pior das hipóteses, temos uma repetição estéril de características sem que saibamos o porquê de suas existências. (2010, p. 229).

Constata-se que o autor tem posicionamento idêntico ao externado pela maioria dos doutrinadores quando labora sobre o tema, qual seja, o reconhecimento da dificuldade de se conceituar os direitos fundamentais, incorrendo, assim como os demais, em repetições que nada de novo acrescentam, eis que ausente qualquer novidade.

E, embora a doutrina não esteja ainda alinhada a um conceito capaz de produzir uma força centrípeta para os muitos entendimentos, destaca-se que, mesmo havendo corrente contrária, sobre o fato de os *direitos fundamentais* estarem ligados ao direito da dignidade da pessoa humana, certo é que há pouco dissenso sobre essa ligação subjetiva, pois a passagem da noção de direitos do homem, em uma perspectiva essencialmente jusnaturalista, à ideia contemporânea de *direitos fundamentais* corresponde ao fenômeno de sua *constitucionalização*. É o reconhecimento da primazia humana dentro do contexto jurídico-social. Os direitos do homem e do cidadão, são criações fecundas da era revolucionária, adquirindo status de direitos fundamentais ao serem positivados nos diplomas normativos constitucionais de cada Estado (GORON, 2011).

Destaca-se que os direitos fundamentais é resultado da evolução natural e histórica de outras categorias do direito. Depreende-se que a conquista de uma categoria de direitos diferenciada, como o são os direitos fundamentais, é o

resultado das diversas manifestações sociais que precederam as declarações de direitos.

José Cretella Júnior registra a necessidade da positivação dos direitos e garantias fundamentais na Constituição do país para que haja a sonhada pacificação social, *in verbis*:

Desde 1789, a proteção dos direitos do homem e do cidadão ficou vinculada a existência de uma Constituição. Sem esta, não haveria garantias desses direitos. Ao contrário, se a Constituição os explicita e lhes dá garantia, a tranquilidade da sociedade é fato consumado. Aos poucos outros direitos foram acrescentados à lista dos primeiros. No início, por influências filosóficas e religiosas, os direitos, inerentes à natureza humana, eram superiores ao próprio poder que os outorgava e garantia, destinando-se ao homem e ao cidadão, como tais, e não por pertencerem a categorias, a grupos, a profissões. (2000, p. 202).

Apreende-se do magistério acima reproduzido que desde a Revolução Francesa os direitos fundamentais dependeriam da positivação no texto constitucional para sua efetiva garantia, de outro modo não haveria como assegurar a efetividade de tais direitos. O fortalecimento dos direitos fundamentais representa uma conquista da humanidade, especialmente do homem contemporâneo, pois tais direitos se prestam, para além de outras possibilidades, à proteção da sociedade ante a eventual atuação arbitrária do Estado, funcionando os direitos fundamentais como escudo do cidadão.

E, em que pese possa haver posicionamentos divergentes, comunga-se do mesmo entendimento da linha doutrinária que assevera que os *direitos fundamentais*, em essência, estão relacionados com a dignidade da pessoa humana, sem com isso excluir as outras vertentes da questão, porque não é incomum, pode-se até dizer não ser incorreto, a compreensão de ser o termo *direitos humanos* indissociável do conceito de direitos fundamentais, ou mesmo do direito natural, ou ainda do jusnaturalismo e de outros termos que encerrem a essência dos direitos que são atribuídos ao homem pela simples condição de ser um ser humano.

2.2 DIMENSÃO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O surgimento de *dimensões de direitos fundamentais* se dá em razão de determinados fatos históricos, em consequência de acontecimentos que externam a

evolução das liberdades públicas, emergindo em etapas distintas e bem definidas. Reputa-se necessário uma rápida contextualização, de modo que fique registrada a justificativa pela qual foi feita a escolha pelo termo dimensão de direitos fundamentais e não geração de direitos fundamentais. Existe na doutrina, consabidamente, dissenso a respeito da terminologia mais adequada para se denominar o evento de evolução histórica dos direitos fundamentais, e isto acontece principalmente entre as expressões gerações e dimensões de direitos fundamentais.

Não que a maioria seja detentora da verdade, mas nas obras compulsadas contactou-se ser infinitamente maior o número de autores que defendem ser mais adequado o termo dimensão de direitos fundamentais, em que pese às posições contrárias a esse entendimento. Bernardo Gonçalves Fernandes atribui a Paulo Bonavides, uma leitura do texto constitucional de forma segregada, lendo os direitos fundamentais a partir de um perfil histórico, tendo por premissa a gerações de direitos (2010, p. 235). Inobstante a ideia transcrita seja atribuída a Paulo Bonavides, não é possível cerrar os olhos para o recorrente argumento que combate a opção pelo termo gerações de direitos fundamentais, pois é factível se concluir que em sendo gerações, ao ocorrer o surgimento de uma geração posterior, a geração antecedente deixe de existir. Até porque, pela essência, é a positivação dos direitos fundamentais que insere o anseio da sociedade no ordenamento jurídico, logo o surgimento de uma nova geração, para aqueles que preferem tal termo, não elimina os direitos integrantes da geração anterior, ao revés, os direitos que compõem a geração recém-surgida complementam os direitos da geração precedente, não havendo a eliminação dos direitos já existentes, porquanto se está a tratar de direitos fundamentais.

Reforçando essa linha de raciocínio, entende-se pertinente a contribuição de Clever Vasconcelos, *in verbis*:

Antes de qualquer coisa, devemos analisar o termo “geração”. Em regra, a doutrina utiliza a referida expressão para determinar as fases históricas dos direitos fundamentais, a sua evolução, todavia nos parece que a sua utilização não é a mais adequada e, inclusive, vem sofrendo severas críticas da doutrina especializada. É indubitável que o objetivo aqui é dizer que há projeções dentro de uma mesma ideia, e não uma substituição de direitos, ou seja, os direitos de segunda geração não se sobrepõem aos da primeira geração, e os da terceira não excluem os demais, mas é justamente essa a ideia que se passa quando mencionamos a palavra “geração”, por exemplo, geração de certo modelo de automóvel, console de videogame, processador de microcomputadores, entre outros. Agora

a terminologia “dimensão” atende completamente à ideia que se quer passar, uma vez que corresponde a uma categoria de direitos fundamentais que interagem e se complementam, e justamente por isso os direitos humanos não podem ser divididos, pois eles são inseparáveis e convergentes para a pessoa humana, são projeções sobre a mesma ideia, isto é, produzem seus efeitos concomitantemente. (2016, p. 125).

Depreende-se, conforme o doutrinador, ser mais adequado o termo “dimensão” dos direitos fundamentais, porque bem comporta a definição de complemento de uma dimensão por outra e não de extinção, como passa a ideia de geração.

Gilmar Ferreira Mendes registra em sua obra, que eventual diferenciação entre gerações e dimensões seria que questão de menor relevância, pois tal indagação serviria apenas como marco histórico para identificar o momento temporal no qual surgiram as reivindicações e o seu acolhimento pela ordem jurídica, *in verbis*:

Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais. [...] Pode ocorrer, ainda, que alguns chamados novos direitos sejam apenas os antigos adaptados às novas exigências do momento. Assim, por exemplo, a garantia contra certas manipulações genéticas muitas vezes traz à baila o clássico direito à vida, confrontando, porém, com os avanços da ciência e da técnica. A visão dos direitos fundamentais em termos de geração indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e invisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se a compreensão. (2016, p. 136).

Compreende-se que o autor, defende a existência concomitante dos direitos, mesmo que alçados a categoria de direitos fundamentais em momento social diverso, isto é, advindos de gerações diferentes, isso porque uma dimensão não elimina ou é mais importante que a outra dimensão, ao revés, são complementares, eis que têm a mesma origem, qual seja, o anseio social em determinado lapso temporal. E, outra relevante percepção registrada é que um novo direito, talvez, não

seja tão novo assim, sendo na verdade a adaptação de um antigo direito a uma nova realidade da sociedade.

Destaca-se então, que o termo que será utilizado na redação da dissertação será “dimensão” dos direitos fundamentais, pois tal vocábulo transmite a ideia de maior abrangência e de complemento, e não de superação e esquecimento.

A doutrina pátria trabalha, em regra, com a existência de três dimensões de direitos fundamentais, sendo cada uma delas resultado dos acontecimentos históricos contemporâneos ao seu momento de posituação.

A *primeira geração* de direitos fundamentais tem origem nas Revoluções americana e francesa. O momento histórico era de poder estatal ilimitado, não restando ao cidadão qualquer escudo a lhe amparar. O Estado, na figura dos seus governantes, era o centro de acúmulo e exercício de todo o poder, não dispunha o cidadão de mecanismos capazes de obstaculizar eventual arbítrio do governante quando do exercício do poder, conforme registra Gilmar Ferreira Mendes, *in verbis*:

Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados a todos os homens, ostentado, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e a inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. (2016, p. 135).

Entende-se evidente que os direitos fundamentais de *primeira dimensão* tem por norte o indivíduo, em contraponto ao modelo até então vigente, que tinha o Estado como centro da sociedade.

Os direitos de *primeira dimensão* seriam chamados também de direito de liberdade; direitos civis e políticos; que inauguraram o constitucionalismo ocidental na virada do século XVIII e início do XIX. Os indivíduos são os titulares, ao passo que encontra no Estado a oposição da realização de tais direitos. Há ênfase no aspecto valorativo ser humano (FERNANDES, 2010, p. 55).

Compreende-se de forma patente que os direitos de *primeira dimensão* estão voltados para o indivíduo, protegendo-o da quase invencível força estatal, passando o homem, a partir de então, a dividir o protagonismo social com o Estado.

Os direitos de *primeira dimensão* são aqueles que afirmam as liberdades de índole civil e política, conferindo poder aos cidadãos e impondo limites a atuação do

Estado, devendo o ente estatal, inclusive, assegurar a fruição de tais direitos por parte dos cidadãos, não devendo criar óbices a sua realização, cabendo ao Estado, verdadeiramente, proteger esses direitos, sem qualquer interferência arbitrária (VASCONCELOS, 2016, p. 128).

Os direitos fundamentais de *segunda dimensão* compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais que estão positivados na Constituição Federal (artigos 5º, 6º e 179). A cerca dessa dimensão de direitos fundamentais, registra-se a lição de Clever Vasconcelos, *in verbis*:

São aqueles compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais. Surgiram como reflexo da Primeira Guerra Mundial, período que acarretou uma estagnação social e econômica, intensificando a desigualdade social. Tal evento eclodiu a necessidade de participação do Estado na diminuição dos problemas sociais, na busca incessante à igualdade. Ao contrário dos direitos de primeira geração, os de segunda trabalham com a ideia de uma prestação positiva do Estado. Deste modo, surgiu a obrigação estatal de implantar políticas sociais de saúde, assistência e educação. Como corolário, os indivíduos poderiam exigir as prestações sociais caso o Estado fosse omissivo. Em outras palavras, estamos diante das prestações positivas, ou direito de crédito. O Estado tem que cumprir obrigações sociais (obrigação de fazer), ou seja, implantar políticas sociais de saúde, assistência, educação e igualdades entre as pessoas. (2016, p. 128).

Depreende-se que as consequências do pós-guerra resultaram em um grave desequilíbrio na estabilidade social, agravando ainda mais a desigualdade daquela sociedade. Nessa situação foi o Estado compelido a intervir para trazer o equilíbrio às relações sociais. O Estado, considerando que é o maior e o mais forte de todos os atores sociais, sob o prisma de uma visão individualizada, deve trabalhar para alcançar melhorias úteis e necessárias para amenizar o impacto de tais consequências na vida de seus cidadãos, implantando políticas públicas que atendam os anseios do corpo social.

A Constituição brasileira de 1934, que foi a segunda republicana, trouxe no seu bojo, os chamados direitos fundamentais de *segunda dimensão*, tendo sofrido salutar influência, nesse sentido, da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimer (Alemanha) de 1919 e, também, por vários movimentos: comunismo, anarcosindicalismo (e mesmo fascismo e nazismo), que tratam de uma maior interferência do Estado na esfera de proteção do homem (lembrar que os direitos de liberdade da *primeira dimensão* de direitos fundamentais tratam de exigir

um Estado absenteísta, ou seja, procurando diminuir a interferência do Estado nas relações privadas). Essa *segunda dimensão*, normalmente considerada como a geração dos direitos sociais, na verdade, a eles não se restringe. Mais correto é que se afirme que os direitos de *segunda dimensão*, incluem os direitos econômicos, sociais e culturais. Sob esta linha, vários países (Portugal e Espanha, por exemplo) a eles assim aludem. Por esta razão, considera-se que, sob uma perspectiva classificatória, esses direitos configuram, entre outros, o direito à proteção que deve o Estado velar para que seja alcançado o bem-estar da sociedade, permitindo a coletividade, gozar do direito ao trabalho e a segurança no trabalho, do direito à seguridade social, ao seguro contra o desemprego, o direito a um salário justo e satisfatório, a proibição da discriminação salarial, o direito ao lazer e ao descanso remunerado, a proteção especial para a maternidade e a infância, o direito à educação pública, gratuita e universal, o direito a participar da vida cultural da comunidade e a se beneficiar do progresso científico e artístico etc. (PEDROSA, 2008, p. 424-425).

É possível constatar que estamos a quase um centenário do surgimento dos direitos de segunda dimensão, a considerar Constituição de 1934, pois se a premissa fosse às constituições inspiradoras (México e Alemanha), já se teria alcançado o centenário, e o tema permanece clamando por realização na atual sociedade brasileira.

Destaca-se que, em certa medida, houve um antagonismo com parte da essência dos direitos fundamentais de *primeira dimensão*, pois enquanto esses pugnavam por um Estado mínimo, aqueles reclamavam maior participação estatal para a concretização dos direitos fundamentais de *segunda dimensão*, atuando o Estado como partícipe principal pelo atendimento das necessidades daquela sociedade. Leciona Bernardo Gonçalves Fernandes, acerca do choque de objetivos dos direitos fundamentais de *primeira e segunda dimensões*, *in verbis*:

Pode-se constatar que nos primeiros anos receberam uma baixa normatividade (ou até mesmo uma eficácia duvidosa), uma vez que invertiam a lógica da geração anterior; passava-se, agora, a exigir do Estado determinadas prestações materiais; o que os remeteu à esfera das normas constitucionais programáticas. Apenas na sua segunda fase que foram assumidos como dotados de uma eficácia diversa, de modo que ainda que pese a tese da eficácia imediata, podemos encontrar leituras que vão defender uma eficácia mediata, porque condicionada a ação do legislador infraconstitucional. (2010, p. 236).

Extrai-se do fragmento doutrinário suso reproduzido a patente colisão entre a atuação estatal indesejada na *primeira dimensão* e, em direção diametralmente oposta, o reclamo por atuante ação estatal na *segunda dimensão*, eis que a primeira afasta o Estado e a segunda o coloca na condição de provedor das necessidades sociais. O autor suscita ainda a questão sobre a eficácia dos direitos fundamentais de *segunda dimensão*, apontando a existência de opiniões no sentido de defender uma aplicabilidade condicionada à atuação legisferante infraconstitucional.

Outra compulsória observação sobre os direitos fundamentais de *segunda dimensão* é que estes não abarcam, exclusivamente, os direitos sociais, mais também os direitos econômicos e os culturais, visão que amplia, consideravelmente, o universo de direitos integrantes da *segunda dimensão* de direitos fundamentais.

Com a marcha do processo civilizatório em curso e o acelerado desenvolvimento das relações sociais entre os homens e também as nações, umas desenvolvidas outras em desenvolvimento, ganhou corpo a *terceira dimensão* de direitos fundamentais, eis que novas concepções de direitos surgiram, *verbi gracia*, o direito ambiental, o direito ao progresso tecnológico, o direito à paz dentre outros de igual importância nos atuais dias.

Bernardo Gonçalves Fernandes, acerca da matéria, registra em seu magistério, *verbum ad verbum*:

No final do século XX, um resgate do teor humanístico oriundo da tomada de consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas teria sido um elemento importante para o pensar de uma nova geração de direitos fundamentais, uma terceira geração de direitos (dimensão). Em uma leitura ainda mais expandida, enxerga como destinatário todo o gênero humano (presente e futuro), como um todo conectado, de modo que se fundamentaria no princípio da fraternidade (ou segundo alguns, no da solidariedade). (2010, p. 237).

Depreende-se que os direitos de *terceira dimensão* corroboram a necessidade de proteção a direitos que ultrapassam a esfera do homem considerado isoladamente, objetivando um fim maior, qual seja, salvaguardar a sociedade como um todo. E, por essa razão é que se entende escoreita a defesa do meio ambiente, do patrimônio público, da paz etc., porquanto ao fim e ao cabo, são valores que permitirão a continuidade da espécie humana. A proteção maior e primeira é destinada à sociedade, a proteção do indivíduo ocorre por forma subsidiária.

Entende-se oportuno consignar posição jurisprudencial acerca da matéria, eis que proferida pela cúpula do poder judiciário pátrio, O Supremo Tribunal Federal –

STF, estando o conteúdo inserido no voto do ministro Celso de Mello, destacando-se a menção aos direitos de solidariedade e de fraternidade, nestes termos:

A terceira geração engloba os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade. Tais direitos têm sido incorporados nos ordenamentos constitucionais positivos e vigentes de todo o mundo, como nas Constituições do Chile (art. 19, uu8), da Coreia (art. 35, I) e do Brasil (art. 225). Os direitos difusos em geral, como o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, o avanço da tecnologia, são alguns dos itens componentes do vasto catálogo dos direitos de solidariedade, prescritos nos textos constitucionais hodiernos, e que constituem a terceira geração dos direitos humanos fundamentais. (2005, STF, Adin 3.540-1 MC/DF).

Apreende-se que os direitos fundamentais de *terceira dimensão* são de tal envergadura que transcendem a natureza humana, mormente quando incidentes sobre o direito ao meio ambiente e o direito a paz, duas sendas com repercussão incalculáveis.

Ainda que não seja unanimidade entre os doutrinadores, há quem se posicione pela ocorrência de uma *quarta dimensão* dos direitos fundamentais, pois o estágio da evolução humana, a cada dia mais célere, é fonte de novas e inéditas discussões jurídicas, cuja origem se dá, em boa medida, pelos inegáveis efeitos da globalização. Ainda que não haja consenso na doutrina, tornando-se constante o enfrentamento de questões até então não debatidas, ligadas, por exemplo, a clonagem, informática, alimentos transgênicos, direitos de tolerância, pluralismo, democracia, convivência harmônica de interesses divergentes e efeitos das pesquisas biológicas que ensejam nas manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo; considerável parcela doutrinária entende que tais questões integram os direitos de *quarta dimensão* (VASCONCELOS, 2016, p. 109).

Depreende-se, em continuidade, que a *quarta dimensão* dos direitos fundamentais tem nascedouro, essencialmente, nos avanços tecnológicos e suas respectivas repercussões na vida do homem. A prova disso é o posicionamento que defende a existência dessa *quarta dimensão* dos direitos fundamentais, que guardadas as proporções, está a surgir em diminuto lapso de tempo após o aparecimento da *terceira dimensão*. E, para além da controvérsia, aparentemente instalada, entre a *terceira* e a *quarta dimensão*, há quem já defenda a existência da *quinta dimensão* dos direitos fundamentais, tratada mais adiante, em uma dinâmica que se acredita desenfreada. Entende-se necessário haver razoável lapso temporal

para que haja a maturação segura das ideias e uma melhor absorção dos novos institutos surgidos da singular realidade que vive o homem do século XXI.

Como registrado, há doutrinadores que já defendem a ocorrência da *quinta dimensão* dos direitos fundamentais, conforme registra Bernardo Gonçalves Fernandes, *ipsis litteris*:

Acontece que, já existem autores defendendo (ou pelo menos explicitando) uma quinta geração (dimensão) de direitos. Um deles é o próprio Paulo Bonavides que acaba, nas últimas edições de seu *curso de direito constitucional* visualizando a paz como um direito de quinta geração (dimensão). Nestes termos, o direito a paz seria alçado de um direito de terceira dimensão para a quinta dimensão, alcançando assim um patamar superior e específico de fundamentalidade no início do século XXI. (2010, p. 237-238).

Entende-se, ainda que a classificação tenha cunho eminentemente acadêmico, que a produção desmedida de dimensões dos direitos fundamentais, inclusive com a repetição, de espécies, *v.g.* o direito à paz, restará por desnaturar a matéria, pois a cada menor intervalo de tempo cria-se nova dimensão de direitos fundamentais, sem mesmo que a dimensão anterior tenha sedimentado suas razões, ainda que seja possível, como é da natureza das “dimensões”, e por isso optou-se por tal terminologia, a convivência contemporânea das diferentes dimensões de direitos fundamentais.

Reitera-se, em que pese o registro acima, que o olhar a ser lançado sobre as dimensões dos direitos fundamentais, deve contemplar, a modo de melhor aproveitamento da análise, todo o conjunto, pois as dimensões são complementares e não excludentes.

No que toca a *eficácia dos direitos fundamentais*, é de se entender que deveriam, considerando o conteúdo, a relevância e mais ainda, a posituação no texto constitucional, ser de eficácia imediata – plena, sem depender da atuação ulterior do legislador infraconstitucional a lhe garantir efetiva vigência e gozo. Contudo, como quase tudo no Direito, há algumas exceções, conforme magistério de José Afonso da Silva, nestes termos:

A *eficácia e aplicabilidade* das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito do seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais,

enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais. (2016, p.182).

Entende-se que a eficácia das normas de direitos fundamentais elencadas na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, em regra, é de aplicabilidade imediata, consoante se infere da límpida redação do § 1º, art. 5º, *in verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, sendo a exceção quando o legislador constituinte tenha, expressamente, consignado noutro sentido no texto constitucional, condicionando o gozo do direito ou da garantia fundamental a uma atuação legisferante futura, seja do constituinte derivado seja do legislador ordinário.

Destaca-se que as hipóteses para a não fruição imediata do direito ou garantia fundamental estão, grosso modo, inseridas nos capítulos que tratam dos *direitos fundamentais sociais e econômicos*. Rememora-se, a título exemplificativo, o caso do aviso prévio mínimo que trata o inciso XXI do art. 7º da Constituição Federal, direito fundamental inserido no capítulo dos direitos sociais, que restou adormecido por 23 anos até a elaboração de Lei 12.506/11, que deu tratamento a esse direito social do trabalhador, que por mais de duas décadas deixou de se beneficiar desse direito social fundamental, em razão da injustificada inércia do legislador ordinário, que só laborou após a fustigação do Supremo Tribunal Federal – STF, que declarou a mora legislativa do Congresso Nacional na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional, quando do julgamento de cinco mandados de injunção (95/RR, 124/SP, 278/MG, 369/DF e 695/MA) ajuizados por trabalhadores demitidos da Companhia Vale do Rio Doce.

Luiz Roberto Barroso, ao se manifestar sobre o assunto, registra em sua obra, *in verbis*:

Autores brasileiros, de longa data, dedicam atenção à matéria da eficácia das normas constitucionais, isto é, à sua aptidão para produzir efeitos jurídicos. A questão envolve a identificação das situações nas quais a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata e aquelas em que isso não ocorre. Nos primórdios da

República, Ruy Barbosa reproduziu e adaptou a doutrina norte-americana na matéria, dividindo as normas constitucionais em autoaplicáveis (*self executing*) e não autoaplicáveis (*non self executing*). (2009, p. 212).

Entende-se possível definir, consoante escólio acima, que a eficácia das normas constitucionais é a qualidade que determinado dispositivo possui para produzir efeitos jurídicos.

A aplicabilidade das normas constitucionais diz respeito à aptidão das normas de uma constituição de produzirem, imediatamente ou não, os efeitos jurídicos pretendidos e expressamente fixados pelo constituinte. Com efeito, algumas normas constitucionais não dependem da edição de outro diploma para começar a produzir seus efeitos jurídicos, sendo estes imediatos a positivação da norma no texto constitucional. Porém, dispositivos há que têm aplicação diferida, necessitando de complementação legislativa, para que possam produzir os efeitos preconizados. Com efeito, no caso específico das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, estas produzem os efeitos jurídicos por elas preconizados imediatamente, independentemente da necessidade da edição de normas infraconstitucionais, como expressamente previsto no § 1º do art. 5º da Constituição (DANTAS, 2014, p. 129).

Apreende-se que, inobstante as normas constitucionais gozem de hierarquia normativa superior, e com mais razão as que definem e asseguram direitos e garantias fundamentais, nem sempre é possível que o destinatário possa fruir seus efeitos de forma imediata, em determinadas hipóteses se faz necessário a regulamentação do dispositivo constitucional, de modo a permitir o completo gozo do direito constitucionalmente positivado. A título de exemplo, reitera-se o caso do aviso prévio, aqui já comentado, que é tratado no inciso XXI, do artigo 7º da Constituição Federal. O preceito constitucional concedia o período mínimo de trinta dias para a hipótese de demissão trabalhista, sem justa causa, ressalvando que lei posterior regulamentaria a matéria, nestes termos: “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”. E então, em se passando duas décadas, o Congresso Nacional, depois de estimulado pelo Supremo Tribunal Federal, elaborou a Lei 12.506/11 regulando a matéria.

Reputa-se adequado registrar interessante posicionamento consignado por Leonardo Sarmiento, *in verbis*:

Há uma distinção peculiar que é de interesse levantar. Há entendimento, com o objetivo de simplificar a compreensão, de que Direitos Políticos e liberdades públicas seriam normas de eficácia plena, ao passo que normas que carregam em seu bojo Direitos sociais seriam de normas de eficácia limitada. Assim, as normas fundamentais que estabelecem Direitos Políticos e liberdades públicas dispensariam intervenção do Estado com o fim de regulamentá-las, revelando-se efetivas com a simples abstenção estatal, normas de eficácia plena. Ao contrário, as normas fundamentais que trazem em seu bojo Direitos Sociais, normas de cunho prestacionais, que estariam a depender de ação estatal para alcançar efetividade, que dependeriam de disposição orçamentária mais vultosa, vontade política, promoveria a conseqüente falta da esperada efetividade normativa. (2016, p. 149).

Destaca-se que o doutrinador usa o termo eficácia plena no sentido de autoaplicáveis; ou mesmo autoexecutáveis. Noutra polo, o termo eficácia limitada seria a negativa da autoaplicabilidade. Percebe-se ainda que o autor atribui foco na natureza específica do direito, se político ou social etc. Dá ainda relevo à questão financeiro-orçamentária, que no Brasil é de suma importância na implantação das políticas públicas, mormente para a prestação de determinados direitos, por exemplo a educação.

A doutrina clássica, oriunda dos constitucionalistas norte-americanos, distingue as normas constitucionais, quanto à aplicabilidade, em normas autoexecutáveis (também denominada autoaplicáveis ou *self-executing*) e normas não autoexecutáveis (igualmente conhecidas por não autoaplicáveis, ou *not self-executing*). As normas constitucionais autoaplicáveis, como possível se depreender da análise etimológica, são aquelas que podem ser aplicadas imediatamente, sem necessitar de qualquer intervenção do legislador, não necessitando de qualquer complemento, ou seja, da elaboração de outro diploma normativo, infraconstitucional, para que produzam os efeitos por elas pretendidos. São normas, portanto, dotadas de aplicabilidade direta, imediata (DANTAS, 2014).

Consabidamente, o texto constitucional é obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, não podendo, portanto, os preceitos sobre direitos fundamentais ficarem sob a dependência da intermediação legislativa inferior para que suas deliberações possam produzir os efeitos desejados. Como exemplo de outras nações que adotaram, expressamente, em suas respectivas leis fundamentais a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais temos Alemanha (art.1º), Espanha (art. 33) e

Portugal (art. 18). A Constituição brasileira de 1988 filiou-se a essa tendência, conforme dispõe o § 1º do art. 5º do texto constitucional. (MENDES, 2016, p. 151-152).

Destaca-se dois pontos de relevo do entendimento acima reproduzido, quais sejam, o acertado argumento segundo o qual, sendo a norma constitucional definidora de *direitos fundamentais*, produto do labor legisferante constituinte, como se entender plausível que o legislador ordinário seja o responsável por atribuir aplicabilidade a determinada norma produzida por autoridade superior (hierarquia juridico-constitucional), sem que o agente constituinte expressamente o tenha feito? Afigura-se de todo irrazoável tal hipótese, pois haveria, na espécie, patente subversão de competências institucionais – autoridade menor regulando a vontade e o entendimento da autoridade superior e, eventualmente substituindo a *mens legis* do constituinte.

Já as normas constitucionais não autoexecutáveis, ao contrário, são aquelas que não podem ser aplicadas de pronto, exigindo complementação, por meio da elaboração de norma infraconstitucional, ou de atuação do Poder Público, para que possam produzir os efeitos jurídicos por elas preconizados. Essa espécie de norma, portanto, reclama complementação, para que se defina perfeitamente o que a lei deixou por definir, para que assim possam ser aplicadas. São normas, portanto, com aplicabilidade diferida (DANTAS, 2014).

No que toca as normas de direitos fundamentais não autoaplicáveis, Gilmar Ferreira Mendes, leciona que, *ipsis litteris*:

Há normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que, evidentemente, não são autoaplicáveis. Carecem da interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos. As normas que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social, usualmente, têm a sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador. É o que acontece, por exemplo, com o direito à educação, como disposto no art. 205 da Lei Maior, ou com o direito ao lazer, de que cuida o artº do Diploma. Mesmo algumas normas constantes do art. 5º da Constituição Federal não dispensam a concretização, por via legislativa, para que possam produzir efeitos plenos e mesmo adquirir sentido. A garantia do acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV) não prescinde de lei que venha a dispor sobre o direito processual que viabilize a atuação do Estado na solução de conflitos. Da mesma forma, a garantia do júri (art. 5º, XXXVIII) reclamação legislação processual adequada. (2016, p. 153).

Depreende-se que não são todas as normas de direitos fundamentais que são autoaplicáveis, há também aquelas que mesmo inseridas no seletto grupo dos

direitos fundamentais, por opção política do constituinte, reclamam complemento a permitir se extrair o máximo de efetividade do dispositivo.

Contudo, é necessário destacar que inobstante algumas normas necessitem de integração, há que se reconhecer, por uma visão ampliada, que mesmo as normas que reclamam complemento, são aplicáveis desde o seu nascimento, gerando efeitos jurídicos importantes, malgrado o processo integrador da norma constitucional limitada venha a ocorrer mais tarde. Entre os efeitos produzidos de imediato pelas normas de eficácia limitada, podemos citar: **a) efeito condicionante da legislação futura**: as normas que posteriormente forem editadas estão condicionadas aos seus preceitos e caso a contrariem devem ser removidas do ordenamento jurídico por serem consideradas inconstitucionais; **Efeito paralisante das normas anteriores**: segundo esse efeito, todas as normas já editadas que se revelem incompatíveis serão paralisadas (VASCONCELOS, 2016, p. 108).

Destaca-se a interessante exegese atribuída pelo autor acima as normas de direitos fundamentais de eficácia limitada, eis que mesmo reconhecendo a necessidade de norma integradora posterior, a ser elaborada pelo legislador ordinário, consigna uma especial função para a norma criada, porém pendente de regulamentação, porquanto desde a sua promulgação atuará a norma como um filtro jurídico de observância compulsória para o conteúdo da futura regulamentação, impedindo a edição de dispositivo integrador que carregue a pecha da inconstitucionalidade (a ser declarada); bem como atuará ainda como escudo para as normas vigentes, anteriores a sua edição, porquanto em ocorrendo colisão entre os dispositivos normativos, prevalecerá o que trata dos direitos fundamentais, sendo extirpado do ordenamento a norma anterior, sob a pecha da não recepção pelo texto que cuida do direito fundamental, mesmo pendente de integração.

Na seara da norma constitucional de direito fundamental de eficácia contida, registra-se o magistério de Clever Vasconcelos, nestes termos:

Também chamada de “normas constitucionais de eficácia restringível” por Michel Temer, ou ainda “reduzível”, são aquelas que embora sejam bastante em si podem ter seu alcance reduzido por outra norma. A restrição à aplicabilidade do dispositivo constitucional pode ser atribuída a uma norma infraconstitucional, logo não depende de lei, mas a admite. Há o entendimento de que tais normas possuem a chamada cláusula expressa de redutibilidade, que é tão somente a autorização de que uma lei infraconstitucional tenha o condão de restringi-la. Podemos citar o exemplo clássico do inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que proclama: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as

qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Verifica-se que o dispositivo constitucional faz uma ressalva, e é justamente esta exceção que é a cláusula expressa de redutibilidade, o que nos leva a concluir que qualquer restrição só será possível caso ela exista, caso contrário são irredutíveis. (2016, p. 110-111).

O posicionamento doutrinário acima não infirma o entendimento antes externado, pois não é o caso de uma autoridade menor (hierarquia político-jurídico) atravessar a competência da autoridade maior (legislador constituinte), pois nessa senda, é que se encontra a exceção, pois o constituinte por opção política, outorgou parte da sua competência, especificamente no assunto versado, para que o legislador ordinário, contemporâneo as mutações sociais, pudesse atualizar o dispositivo, conforme a conveniência e as necessidades do momento. Destarte, não há como entender intromissão da menor autoridade na competência da autoridade superior, porquanto houve autorização expressa para que se procedesse à futura adequação.

2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA, À SAÚDE E À DIGNIDADE HUMANA

O conjunto de direitos fundamentais foi se avolumando e se complementando com o desenvolvimento da sociedade, tornando os direitos fundamentais matéria relativamente complexa e de considerável amplitude, eis que composto por variados segmentos da ciência jurídica, possuindo cada qual a sua relevância dentro do contexto particular analisado e, ao mesmo tempo, na visão geral da matéria, pois afigura-se impossível negar o caráter de essencialidade que possuem os direitos fundamentais, destacando-se o direito à vida, à moradia, à saúde, à segurança, à educação etc.

2.3.1 DIREITO À VIDA

O homem ao deixar o ventre materno traz consigo direitos que são inatos a sua condição de ser humano, *v.g.* o direito à vida, o qual se tem por expressão maior do direito natural do ser humano. O direito natural não depende de criação estatal, devendo o Estado tão somente garantir a integridade e a não violação de tais direitos, pois a aquisição do direito natural pelo homem é anterior, inclusive, ao seu nascimento, consoante corrobora Ives Gandra Martins, *in verbis*:

De certa forma, as duas grandes correntes que enfrentam o problema do direito natural, ou têm, de um lado, uma visão de que tal

direito antecede o ser humano, é-lhe inerente, com ele nasce, cresce e morre, sem que o Estado possa interferir, ou têm, por outro lado, a visão de que a repetição de certos direitos, como sendo os melhores para o homem através da história, transformando-o em direito natural. A corrente estrutural do direito natural e a corrente histórico-axiológica são aquelas que percebem a existência de direitos fundamentais, os quais transcendem ao poder de criação do Estado. (1988, p. 28).

É possível se entender que há uma dualidade acerca da gênese do direito natural, qual seja, se o direito natural é antecedente ao homem ou se tem origem na constante repetição de determinado direito como sendo o melhor para o homem. Adere-se a corrente que enxerga, para além da dicotomia existente, o direito natural como sendo próprio da natureza e da essência do homem.

Merece registro o entendimento de Ronaldo Leite Pedrosa acerca do tema, *verbum ad verbum*:

Admitido pela *Escola Jusnaturalista*, vislumbram-se, numa reflexão externa, princípios que pairam sobre o ordenamento jurídico, a todo momento informando-o, orientando-o, ou até mesmo contrariando eventual norma positivada. Esses princípios indispensáveis e universais, estão vinculados com a natureza humana, e são interpretados exatamente para compor o que se convencionou chamar direitos natural, São imutáveis, estáveis, perpétuos. (2008, p. 17).

Percebe-se que o direito natural é inerente à condição humana. E, como tal deve ser observado pelo ordenamento jurídico. O homem, exceto quando comparado com o seu semelhante, isoladamente ou em grupo, é o destinatário primeiro das consequências positivas da existência de um regramento social impositivo. O Direito deve ser proveitoso a sociedade no quadro geral, e ao homem no particular.

O fato de o homem ao nascer trazer consigo direitos naturais, reclama do Estado a proteção e a preservação de tais direitos, permitindo ao homem a manutenção da sua condição humana. Dentre os direitos naturais, reputa-se que o de maior relevância, seja o direito à vida, até porque, o exercício de direitos, sejam ou não naturais, pressupõe o nascimento e conseqüentemente a sobrevivência. Sem a vida, nada é possível.

Com efeito, o direito à vida é a essência de tudo, do mais simples ao mais complexo, pois sem a vida sequer existe o indivíduo. A lei põe a salvo, desde a concepção, os eventuais direitos do nascituro (art. 2º do Código Civil); a Constituição Federal dispõe como garantia individual fundamental, cláusula pétrea, o direito à

vida (art. 5º); o Código Penal, no art. 121, fornece a defesa social desse direito; não só a *lex maior*, como sua regulamentação específica, a Consolidação das Leis do Trabalho, cuida de proteger o salário mínimo, exatamente para garantir a subsistência alcançada pelo homem como resultado de seu labor; também são escritas regras relativas à obrigação do pagamento de alimentos para aqueles que não puderem prover o próprio sustento (PEDROSA, 2008, p. 17).

Percebe-se que o autor, assim como majoritária doutrina, eleva o direito à vida como o bem maior do homem. Afinal, para a fruição de qualquer bem jurídico, necessário é estar vivo. Até mesmo a liberdade, acredita-se que seja o segundo maior bem do homem, só se pode reclamar se houver vida.

Essa compreensão maior do direito à vida encontra estribo também no magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, *in verbis*:

A vida – já por força do instinto da sobrevivência – sempre foi um bem caro para o ser humano, no contexto de sua organização social, política e jurídica, tanto é que a proteção da vida e da integridade física do ser humano foi considerada um dos fins essenciais do Estado e razão de sua existência, o que, por exemplo, na obra de Thomas Hobbes (1588 - 1679). Além disso, a noção de um direito à vida foi (e ainda é) muitas vezes associada à noção de um direito natural, no sentido de um direito inato e inalienável do ser humano, como bem ilustra a obra de John Locke (1632 - 1704). (2014, p. 363).

Sendo a vida considerada um direito natural do homem, como se depreende dos fragmentos acima reproduzidos, é possível se entender pela existência de outros direitos naturais, igualmente relevantes e merecedores da tutela estatal, *verbi gratia*, o direito a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, o direito à habitação e o direito à alimentação, dentre outros.

Depreende-se que o direito à vida é a essência de tudo e de todos, pois sem vida, nada haveria. O direito à vida é o mais importante de todos os direitos. Seu significado constitucional é amplo, porque a ele se conectam tantos outros, a exemplo dos direitos à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à educação, à saúde, à habitação, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Sem a proteção incondicional do direito à vida, os fundamentos da República Federativa do Brasil não se realizam, daí porque a necessidade de proteger a vida, inclusive a uterina (BULOS, 2009, p. 240).

O direito à vida é o mais importante de todos os direitos, pois a fruição dos demais direitos decorre, necessariamente, da direito à vida, sem o qual não há o que

se tutelar, não se pode cogitar do gozo dos demais direitos. Assim, por ser o bem jurídico mais valioso, a Constituição Federal não permite nenhuma cláusula expressa de redutibilidade, exceto a exceção prevista no inciso XLVII do art. 5º (pena de morte em caso de guerra declarada), na forma do art. 84, XIX, da Carta Maior (VASCONCELOS, 2016, p.141).

Concebe-se das lições doutrinárias acima que o direito à vida tem amplitude que transcende a própria existência do direito enquanto espécie de *direito fundamental*, tamanha a sua ramificação é tangenciamento com os outros direitos. Não é demasiada a compreensão de que todos os direitos nascem do direito à vida. É a partir do direito à vida que se poderá exigir do Estado os demais direitos inerentes ao homem, pois aquele que morreu, não mais está apto a reivindicar qualquer contraprestação estatal. É em vida que os direitos se concretizam.

2.3.2 O DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde, assim como o direito à vida, igualmente tem assento na Constituição Federal de 1988 (art. 6º), integrando também o leque de direitos fundamentais sociais que estão constitucionalmente positivados. O acerto da positivação do direito à saúde no texto constitucional é registrado como importante conquista brasileira, porquanto em países, ditos desenvolvidos, esse relevante direito não está formalmente agasalhado nas respectivas constituições, diferentemente do Brasil, conforme registra Ingo Wolfgang Sarlet, *ipsis litteris*:

O direito à saúde (que igualmente será objeto de item próprio, na parte relativa aos direitos sociais), embora também apresente uma forte ligação com o direito à vida, com este não se confunde. Com efeito, o direito à vida não poder se lido de forma a abranger a ampla proteção da saúde, o que é relevante especialmente em ordens constitucionais como a alemã ou a norte-americana, onde, apesar de estar consagrado o direito à vida, não há menção explícita de um direito à saúde. (2014, p. 368).

Percebe-se, em que pese o inegável desenvolvimento econômico e cultural dos países citados pelo autor, que lá o direito à saúde até pode ser importante, mas recebe maior proteção jurídica aqui no Brasil, em que pese isso não significar, necessariamente, efetividade na realização do direito à saúde.

Assim, estando o direito à saúde assentado na Constituição pode o cidadão brasileiro e também o estrangeiro aqui residente ou de passagem, exigir a prestação da saúde para atender a uma necessidade sua. Acerca de possível inquietação de

os direitos fundamentais assentados na Constituição brasileira serem destinados também aos estrangeiros residentes ou de passagem, reproduzimos lição de Uadi Lammêgo Bulos, *in verbis*: “Todavia, tanto os que residem no território pátrio como os passantes – turistas – fazem *jus* aos direitos fundamentais, nos limites de nossa soberania, como reconheceu o Supremo (STF, HC 74.051, Min, Marco Aurélio, Dj de 20-9-1996)”.

Alexandre de Moraes, ao tratar da hipótese de estrangeiros estarem tutelados pelos direitos fundamentais constitucionais, registra inequívoco posicionamento, *in verbis*:

O art.5º da Constituição Federal afirma que 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. Observe-se, porém, que a expressão residentes no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal assegura ao estrangeiro todos os direitos e garantias mesmo que não possua domicílio no País, só podendo, porém, assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais. (2014, p. 33).

Verifica-se que o fato de ser o estrangeiro não residente no país, quiçá um mero turista, não afasta a possibilidade de ele querendo ou precisando, possa invocar a aplicação dos direitos fundamentais em seu favor, como destinatário da norma, consubstanciado no princípio da isonomia.

A Constituição Federal brasileira aduz ainda outro ponto ligado à saúde que merece especial destaque, qual seja, a criação de um Sistema Único de Saúde nacional (art. 198) e, ainda que reclamando muitos ajustes, não deixa de ser inegável conquista social, pois um direito positivado na Constituição carrega sempre muito mais força que a positivação em lei infraconstitucional. Destaca-se que para além da criação do Sistema Único de Saúde, há previsão expressa, no texto constitucional, de aplicação de recursos mínimos, sendo sua inobservância motivo para intervenção federal na unidade federativa que descumprir tal regramento, conforme art. 34, VII, e (VASCONCELOS, 2016).

José Afonso da Silva consigna assombro pelo fato de só agora o direito à saúde, direito essencial à vida do homem, receber status de direito fundamental constitucional, *in verbis*:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vista de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob a pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais. O tema não era de todo estranho ao Direito Constitucional anterior, que dava competência à União para *legislar sobre defesa e proteção da saúde*, mas isso tinha sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Agora é diferente, trata-se de um direito do homem. (2016, p. 311-312).

O doutrinador, para além de reconhecer a relevância do direito à vida, faz uma defesa acerca da igualdade constitucional existentes entre os cidadãos e, nesse sentido, declara que deve o Estado promover os esforços necessários para a garantia do melhor tratamento possível para cada caso, sem qualquer distinção, pois de outro modo, de nada adiantou guindar o direito à saúde a categoria de direito fundamental social, positivando-o no texto da Constituição, eis que sua inserção se mostraria inócua e meramente formal.

2.3.3 O DIREITO À DIGNIDADE

A dignidade da pessoa humana é tema caro ao ordenamento jurídico brasileiro, eis que é fundamento da República brasileira, estando consignado no inciso III, do art. 1º, a saber: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]. III - a dignidade da pessoa humana;”. Compreende-se que a localização no texto constitucional atribui especial relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto embora largamente apreciado como direito fundamental, verazmente o destaque concedido pelo legislador constituinte, inserindo-o como fundamento da República o coloca, indubitavelmente, em posição ainda mais privilegiada no arcabouço constitucional.

O *princípio da dignidade da pessoa humana* acabou se tornando o meio maior de auto reflexo de valores individuais. Alguns o entendem como *princípio* e outros muitos por um *super princípio*, mas como princípio que é, não está imune a possibilidade de restar ponderado com outros em casos concretos que careçam de ponderação de valores, mas resta irrefutável que por sua força valorativo-normativa

excepcionalmente hipertrofiada tende a ter primazia sobre os demais quando objeto de sopesamento (SARMENTO, 2016, p. 105).

Afigura-se indene de dúvidas que o doutrinador percebeu o aquilatado valor concedido pelo legislador constituinte ao *princípio da dignidade da pessoa humana*. E, ainda que formalmente seja possível a aplicação da técnica da ponderação de valores, entende-se que o resultado quase sempre será favorável ao *princípio da dignidade da pessoa humana*, princípio fundante da República Federativa do Brasil.

Ainda possível entender o *princípio da dignidade da pessoa humana*, em parcimoniosas palavras, como o valor reconhecido ou não pelo Direito capaz de auxiliar o Estado em sua tarefa fundamental positiva ou negativa de prestar ou se abster de condutas reconhecidas por fundamentalidades, e em caráter secundário, nas relações entre os particulares, momento no qual não há a direta participação do Estado, relação horizontal (SARMENTO, 2016, p. 107).

O autor reconhece a importância e a aplicabilidade da definição da dignidade da pessoa humana tanto para as relações entre indivíduos e Estado (relação vertical), quanto para entre os particulares (relação horizontal).

A dignidade da pessoa humana mostra-se axiologicamente hipertrofiada por tangenciar senão todos, com certeza grande parte dos direitos fundamentais que a Constituição Federal consagra como tais, cabendo ao Estado propiciar as condições e a proteção necessária para a fruição desse relevante direito fundamental. É inegável o alcance e a repercussão desse *super princípio* nos demais princípios fundamentais como o direito à vida, à igualdade de expressão e de locomoção, dentre outros (SARMENTO, 2016).

Bernardo Gonçalves Fernandes tem concepção bem próxima ao entendimento segundo o qual há uma força superior contida no princípio da dignidade da pessoa humana, consoante registrado em sua obra, *in verbis*:

A Constituição de 1988 elenca um rol de direitos fundamentais notadamente em seu art. 5º, sem, contudo, como já discutimos, criar impedimentos para que existam outros direitos fundamentais para além desse dispositivo normativo. Também, lembramos, não é possível afirmar hierarquização prévia, *in abstracto*, entre direitos fundamentais, o que somente pode se verificar no caso a caso. Partindo das noções afirmadas pela teoria constitucional majoritária – ainda que pesem as críticas feitas, bem como as incoerências internas a essa teoria – com fortes heranças germânicas e bases axiológicas, a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CR/88) é erigida à condição de *meta-princípio*. Por isso mesmo esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais

fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros. (2010, p. 273).

Percebe-se que o autor mesmo defendendo, *a priori*, que não há hierarquia ou prevalência de um princípio sobre outro, pois existe igualdade formal entre os princípios constitucionais, devendo a preponderância ser fixada para o caso concreto, reconhece uma especial condição que é inerente à dignidade da pessoa humana, chegando-se a uma classificação acadêmica de *super princípio*.

É possível ainda entender que todas as espécies de direitos fundamentais têm seu peso e sua relevância na vida do homem, maior ou menor grau de importância dependerá do ângulo de observação que se está a analisar, sendo certo que um direito fundamental não exclui outro, apenas será aplicado com mais ênfase que outro conforme a necessidade do caso concreto, inobstante a singularidade do direito aos alimentos reclame especial atenção, porque sem alimentos não haverá vida, não haverá saúde, não haverá dignidade e nada mais haverá.

3 ASPECTOS FILOSÓFICOS E HISTÓRICOS DO DIREITO FUNDAMENTAL AOS ALIMENTOS E DO ACESSO À JUSTIÇA

É bem possível entender e também afirmar que o direito fundamental aos alimentos tem sua gênese ligada a existência do homem, contudo só com a organização em sociedade é possível fazer valer esse direito, pois não se entende possível a prevalência do direito onde não há normas de conduta. Ainda que a natureza nos forneça alimentos, certo é que em estado de barbárie prepondera a lei do mais forte, em detrimento da sobrevivência dos fracos. Mudando o necessário, seria uma confirmação da teoria da evolução do naturalista britânico Charles Robert Darvin (1809-1882). E, estando o homem organizado em sociedade, necessita de normas para solucionar os conflitos de interesses e de vontades que existem nas relações interpessoais, mormente quando o objeto de interesse é a prestação ou não de alimentos. É na existência do conflito que irá atuar a justiça, estabelecendo o justo, o bom e o correto.

3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL AOS ALIMENTOS

O direito romano clássico não registra uma concepção de alimentos, não havendo qualquer registro conhecido nesse sentido. A estrutura familiar romana tinha o pai como senhor das razões e soberano das vontades de todos os membros da família – *pater familias*, não permitindo o reconhecimento dessa obrigação. Não há precisão histórica para definir quando a noção alimentícia passou a ser conhecida (VENOSA, 2008, p. 348).

Acredita-se que independentemente da precisão histórica, é possível entender que o direito aos alimentos é contemporâneo a existência humana, pois impossível a vida sem alimentos. Assim, fato é que o homem necessita de alimentos desde os primeiros minutos do seu nascimento, quando ainda bebê, logo após nascer agarra-se, ávido, aos seios da sua mãe para sugar seu primeiro alimento *in natura*, o leite materno. É a lei natural mais elementar. Alegoricamente rememoramos uma imagem capaz de traduzir a importância dos alimentos para a vida do homem, qual seja, a lendária imagem etrusca da loba amamentando os gêmeos Rômulo e Remo, historicamente os fundadores da cidade de Roma. A essencialidade dos alimentos é patente nessa imagem, eis que o homem, seguindo um instinto natural de sobrevivência vai se servir do alimento fornecido por espécie heterogênea para saciar sua fome. Entende-se assim, que a necessidade e o direito aos alimentos são inerentes à condição humana, pois sem alimentos não há vida.

O homem necessita de amparo do seu semelhante e de bens essenciais e elementares para a sua sobrevivência. Por esse viés, destaca-se a necessidade de alimentos, podendo o termo alimentos ser entendido em sua conotação ordinária, como tudo aquilo que é necessário para a sobrevivência do homem. Não se acredita exagerado o entendimento segundo o qual sem alimentos não há vida. Afigura-se então irrefutável ter por correto a compreensão segundo a qual os alimentos integram seletivo conjunto dos direitos naturais do homem (VENOSA, 2008, p. 347).

É possível robustar o entendimento segundo o qual os alimentos são essenciais para a vida do homem, sendo verdadeiro e inafastável direito natural, porque inerente à natureza humana, sendo mesmo anterior à positivação de tal direito. Nessa seara, trazemos os ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins Filho, *in verbis*:

[...] o direito positivo seria composto por duas grandes ordens normativas: a primeira, abrangendo as normas essenciais ou primárias, fundadas no direito Natural e que, portanto, cabe ao Estado apenas reconhecer; e a segunda, englobando as normas periféricas ou secundárias, próprias do poder criador do Estado. Como exemplo das primeiras, teríamos aquelas concernentes aos direitos Fundamentais do homem (direito à liberdade, à vida, ao trabalho, à propriedade, à procriação e à educação dos filhos, etc.); em relação às segundas, encontramos, por exemplo, a forma ideal de governo, a organização do Estado, etc. (1991, p. 24).

O autor detalha a composição do fascículo de direitos positivos inerentes ao homem, distinguindo-os em duas vertentes, a dos direitos naturais, corolário da condição humana, prescindindo de criação legislativa; e a dos direitos criados pelo Estado, regulando direitos, deveres e a vida em sociedade. O doutrinador fixa a ideia da pré-existência de direitos inerentes à condição humana, que não é fruto do atuar legislativo, mas que reclama reconhecimento e respeito por parte do Estado.

O título II da Constituição Federal de 1988 aduz sob o rótulo jurídico de *direitos fundamentais* aqueles que são considerados essenciais a sobrevivência dos homens enquanto indivíduos e cidadãos, porque pertinentes a natureza do ser humano. E, nessa linha de pensamento, não se pode deixar de consignar que os alimentos são, indubitavelmente, um direito natural, ainda que seja o meio para o fim maior, ou seja, a manutenção da vida, pois se a vida é um direito natural por excelência, é certo que sem os alimentos não haverá esperança para a vida.

Vale aqui registrar a assertiva de Ingo Wolfgang Sarlet acerca da essencialidade dos alimentos, *in verbis*: “*Em casos mais extremos, a ausência ou precariedade da alimentação coloca em risco o próprio direito à vida.*” (2014, p. 599). Assim, dúvidas não restam de que os alimentos são responsáveis pela existência e viabilidade da vida humana.

A criação de obstáculos à fruição do direito aos alimentos é ato que atenta contra a saúde daqueles que têm o direito de recebê-los sem percalços, delongas ou óbices, mormente se o embaraço é criado por órgão estatal. O Estado deve propiciar as condições para que possa o destinatário receber os alimentos que necessita, pois seguindo a linha de raciocínio suso registrada, a ausência ou insuficiência de alimentos repercutem na saúde do ser humano, havendo claro entrelaçamento de causa e efeito entre a não prestação de alimentos ou prestação deficitária e a debilidade física, quiçá mental, daquele que não recebe esmerada alimentação, conforme magistério de Ingo Sarlet, *in verbis*:

O acesso a alimentação adequada – como direito do indivíduo e da coletividade e dever do Estado – conforma, de forma bastante expressiva, a ideia em torno da interdependência e indivisibilidade dos direitos fundamentais – e humanos – sendo pré-requisito para o desfrute de uma vida digna e saudável. (2014, p. 599).

Percebe-se, na posição doutrinária acima externada, a relevância que tem a temática dos alimentos na vida das pessoas, porquanto para além da possibilidade de se exigir do Estado à prestação que lhe é imposta, há patente relação do direito fundamental aos alimentos com outros de igual importância, afetando-os por via obliqua quando não prestados tempestivamente. A violação direta do direito aos alimentos, por meio da negativa em prestá-los, vulnera, inexoravelmente, a dignidade da pessoa humana daquele a quem são devidos os alimentos. O princípio da dignidade da pessoa humana é princípio caro ao ordenamento jurídico brasileiro.

Afigura-se impossível negar o fato de que o direito fundamental aos alimentos tem consequências diretas em outros direitos também fundamentais (vida, saúde, dignidade etc.), estando emaranhados uns aos outros, de tal sorte que, necessariamente, todos estão interligados.

3.2 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DO ACESSO À JUSTIÇA

A Justiça compreende o elemento de maior importância para a promoção da concretização dos ideais de paz, segurança e prosperidade social, avalizando a manutenção do seio estrutural da sociedade ao atuar como disposição de caráter responsável pelo impulsionamento dos homens às atuações, desejos e práticas propensas à materialização do que é justo. Historicamente a concepção hermenêutica do homem acerca do que compreende a justiça, sempre esteve atrelada à percepção humana do alcance da satisfação de suas pretensões privadas, conseqüentemente distorcendo-a pelo maculado e exacerbado campo do individualismo que é intrínseco à natureza do homem. Todavia, com o advento da filosofia as referidas deformidades foram paulatinamente sobrepujadas, ao passo que a aludida ciência contemplou que a percepção conceitual de “o que é a justiça” abarca um caráter dúplice, ramificado de um lado em seu espectro enquanto virtude, e de outro em seu sentido lato.

Projetando a justiça sob a estrita alcunha de virtude, Sócrates se posiciona afirmando que a felicidade e a fortuna humana advêm do fato do homem viver bem,

para tanto devendo a espécie respeitar em todos os seus atos os parâmetros do que é justo. Partindo da premissa de que a injustiça constitui um vício, o filósofo defende que o ser humano injusto é infeliz, logo para o homem a promoção da justiça apresentar-se-ia como um vantajoso mecanismo de materialização da felicidade por ele tão almejada (apud, CHALITA, 2007).

Reconhecendo na justiça a origem de todo o progresso moral como elemento gerador de ordem, força e condição para as outras virtudes, bem como para a organização política, a injustiça acaba por ser mais fácil e natural de concretizar-se. Sem uma acepção fechada do que contempla a justiça, Platão assegura que a mesma é sensorialmente exercida tanto de forma introspectiva nos homens ao perpetuarem a submissão de seus instintos à razão, quanto no corpo da sociedade na qual os mesmos mantêm suas interações (PLATÃO, 1965).

Platão articula suas constatações acerca do tema envolvendo-o ao comportamento do homem. O filósofo, traçando um estudo antropológico conceitual da justiça, assevera que nenhum ser humano é voluntariamente justo, cumprindo aos mesmos vencerem a própria natureza da espécie para perpetrarem o justo, eis que em razão da justiça ser dura e penosa, a injustiça acaba por ser mais fácil e natural de concretizar-se. Sem uma acepção fechada do que contempla a justiça, Platão assegura que a mesma é sensorialmente exercida tanto de forma introspectiva nos homens ao perpetuarem a submissão de seus instintos à razão, quanto no corpo da sociedade na qual os mesmos mantêm suas interações, emergindo mediante a sistematização potencializadora das funções desenvolvidas pelas diversificadas classes sociais.

Estando, pois, a alma humana composta das mesmas partes que a cidade, havemos de encontrar nesta, semelhantemente distribuídas, as mesmas virtudes. Por consequência, se a justiça consiste, no Estado, em que cada classe preencha unicamente a função conveniente à sua natureza, consistirá, no indivíduo, em que cada elemento da alma se restrinja estritamente a seu papel; em outros termos, que nem o elemento apetitivo nem o corajoso substituam o racional no governo da alma e na conduta da vida. (PLATÃO, 1965, p. 27).

Tangenciando sua natureza de virtude, nos estudos de Aristóteles a justiça é maciçamente elevada ao ápice de maior e mais completo dentre todos os valores que podem possuir os seres humanos. Basilarmente a justiça é tomada pelo filósofo como o valor supremo, porque seu conteúdo abrange todas as outras virtudes existentes, eis que para ser considerado justo o homem deve ser

concomitantemente bom, generoso e probo. E ainda, como o valor mais completo, porque os efeitos advindos dos atos perpetrados pelo homem justo exercem influência não só sobre o mesmo, mas difundem sua virtude também para os seres que com o justo porventura se correlacionam.

Por essa razão se diz que somente a justiça, entre todas as virtudes, é o 'bem de um próximo', visto que se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro. (...) Ora, (...) dos homens (...) o melhor não é o que exerce a sua virtude para consigo mesmo, mas para com um outro; pois que difícil tarefa é essa. (ARISTÓTELES, 1984, p. 122).

Em contrapartida, no que concerne à percepção de justiça em seu espectro lato, Aristóteles afirma que a mesma abarca o emprego da palavra "justo" correspondente às atuações humanas concretamente perpetradas em "conformidade com a lei", de modo a respeitar todos os objetos com que se relaciona o homem bom. A justiça existe apenas entre os homens cujas interações mútuas são geridas pela lei, objetivando o restabelecimento da igualdade entre eles. Vislumbrando a educação para o bem comum, as leis efetivamente determinam todos os valores que os seres humanos devem praticar e vícios dos quais devem abster-se, sendo prescritas permeando a virtude como um todo (ARISTÓTELES, 1984).

O homem sem lei, assim como o ganancioso e improbo, são considerados injustos, de forma que tanto o respeitador da lei como o honesto serão evidentemente justos. (...). Todos os atos legítimos são, em certo sentido, atos justos; porque os atos prescritos pela arte do legislador são legítimos, e cada um deles, dizemos nós, é justo. (ARISTÓTELES, 1984, p. 121-122).

Superada a abordagem antropológica metafísica consubstanciada nos principais filósofos da Antiguidade Clássica, o pensamento de Agostinho de Hipona desenvolve na Idade Média a percepção da justiça pautada na filosofia teocêntrica. Segundo o pensador a justiça constitui a lei natural do amor e da bondade, a qual é imutável e universal, bem como de imprescindibilidade que todo homem tome conhecimento. O ser humano somente envereda para o caminho da injustiça pela insciência de que em sua essencialidade o mesmo constitui a imagem e semelhança de Deus. Assim, a inobservância da justiça pelos seres humanos emergir-se-ia da mera ignorância do mesmo, e não de uma eleição pessoal. (CHALITA, 2007).

Nos preceitos lapidados por São Tomás de Aquino, fundindo elementos filosóficos, metafísicos e do direito, uma conceituação eclética da justiça é atrelada à

instauração de uma relação de igualdade, consubstanciada na pacificação da justiça social ou bem comum, ao proferir a premissa de que a justiça, virtude cardeal moral maior, compreende em dar a outrem o que lhe é devido. A seu ver Deus lançou no homem a vontade para que prossiga no sentido do bem, sendo essa escolha puramente racional, sobre todos os aspectos existindo no mundo diretrizes outorgadas pela lei eterna imperativa, fruto da razão divina. Aquino sobressalta que o direito e a justiça não são sinônimos, mas se interacionam à medida que o direito visa estabelecer com plenitude a justiça (BITTAR, 1998).

Categoria de relevo dentro da doutrina tomista é aquela atinente à diferenciação entre Justiça comutativa e distributiva. A primeira é responsável pela regulação das relações entre particulares, entre as partes individuais componentes da esfera maior da sociedade. A segunda coordena o relacionamento da parte com o todo, de modo a atribuir a cada parte o que lhe é devido segundo seu mérito, capacidade ou participação dentro da sociedade. Em ambos os casos a Justiça encontra-se presente como meio de equilíbrio na interação, estabelecendo a igualdade entre aqueles que se relacionam. (BITTAR, 1998, p. 347-348).

Acoplando a concepção da justiça ao problema da obrigação política, o transpasse da sociedade natural para a sociedade civil em meados da Idade Moderna faz surgir os encargos políticos e a consolidação das instituições, positivamente impulsionando a união da justiça à estabilidade. Nesse contexto, Thomas Hobbes assevera que para ter sentido a justiça deve obrigatoriamente ser considerada à luz da soberania, ao passo que os homens não sentem prazer em estarem juntos, sendo veementemente necessária para a manutenção da paz a existência de um poder comum que mantenha a humanidade em submissão. Segundo os estudos do filósofo, o aludido poder inexistente antes da concepção do Estado, de tal modo que a percepção originária da justiça reside em um acordo prioritário vinculativo do interesse de cada ser às ações de indivíduos racionais e interessados, projetado numa espécie representativa de Contrato Social, onde o injusto seria violá-lo e conseqüentemente o justo garantir-lhe efetivo cumprimento (HOBBS, 2003).

A justiça e a injustiça não fazem parte das faculdades do corpo ou do espírito. Se assim fosse, poderiam existir num homem que estivesse sozinho no mundo, do mesmo modo que os seus sentidos e paixões. São qualidades que pertencem aos homens em sociedade, não na solidão. (HOBBS, 2003, p. 111).

Todavia, invertendo a prioridade Estatal de Hobbes em detrimento do direito natural, a teoria liberal de John Locke insurge que o Contrato Social não deve privar os seres de seus direitos no estado natural, eis que os últimos são anteriores à concepção de Estado e, portanto dele independentes. Para Locke a força do Contrato Social assenta-se justamente em incutir alguns direitos fundamentais como a vida e propriedade aos homens, preservando aquilo que constitui o aparato essencial para o estabelecimento de uma ordem justa, eficiente e igualitária na sociedade civil, inexistindo qualquer necessidade de consenso político ou privação individual (MAFFETTONE; VECA, 2005).

Direito e utilidade caminhavam juntos, pois, tendo direito a tudo aquilo sobre o qual podia exercer seu trabalho, um homem nunca sentia-se tentado a trabalhar mais do que serviria para seu uso. Isso excluía toda contenda sobre a legitimidade e toda usurpação dos direitos alheios: a porção que um homem tomava para si era facilmente visível, e era inútil, além de desonesto, tomar uma porção muito grande ou tomar mais do que podia servir. (LOCKE apud MAFFETTONE; VECA, 2005, p. 147).

Abortando a intuição de justiça consubstanciada exclusivamente na necessidade de um acordo social, para Jean-Jacques Rousseau a organização da sociedade política atrelada à perda da independência humana natural é a responsável pelas mais vultosas desigualdades na distribuição das riquezas, poder e status social. Praticamente nula no estado natural, a desigualdade somente encontra força no desenvolvimento das faculdades humanas, bem como no progresso do seu espírito. Assim, no entendimento de Rousseau a justiça não pode renunciar uma visão normativa e crítica, que vincule a aceitação das instituições políticas e sociais estruturais do Estado ao reconhecimento de que os princípios da igualdade e liberdade devem ser sempre observados, até mesmo para a garantia da existência do próprio contrato (MAFFETTONE; VECA, 2005).

Em um nítido avanço das teorias filosóficas, é imperioso se reconhecer que tamanha a importância e imprescindibilidade da justiça para a garantia estrutural da sociedade politicamente organizada desde os primórdios da humanidade, que na contemporaneidade indubitavelmente seu acesso deve ser garantido a todos os cidadãos, enquanto entes sociais detentores do direito fundamental à obtenção da prestação jurisdicional do Estado para a solução de seus conflitos. Irremediavelmente o Estado deve criar mecanismos para a preservação do acesso à

justiça pelas diversificadas classes da sociedade, eis que historicamente as castas minoritárias sempre sobreviveram paralelas à tutela protecionista Estatal.

Para saber se uma sociedade é justa, basta perguntar como ela distribui as coisas que valoriza – renda e riqueza, deveres e direitos, poderes e oportunidades, cargos e honrarias. Uma sociedade justa distribui esses bens da maneira correta; ela dá a cada indivíduo o que lhe é devido. (SANDEL, 2013, p.28).

Aos homens indistintamente devem ser dados os meios de acesso à justiça, concretizando a equidade entre as diferentes ramificações sociais, eis que para que qualquer sociedade verdadeiramente democrática amadureça, é veementemente necessário que a justiça seja tratada com racionalidade. “A justiça é uma espécie de caminho permanente para a utopia, que não poderá nunca ser descartada do horizonte dos objetivos humanos. O que seria da humanidade se abrisse mão de seus objetivos utópicos?”. (CHALITA, 2007). Dessa forma, o que se espera é que as classes mais humildes passem a usufruir do conjunto de direitos já concedidos aos mais ricos, porque totalmente incoerente seria ao contrário, privar as camadas efetivamente contempladas pelas aludidas garantias, para alcançarmos a equidade entre as classes.

A linguagem do direito reveste as comunicações do mundo da vida oriundas da esfera pública e privada, com uma forma que permite serem assumidas também pelos códigos especializados dos sistemas de ação autorregulados - e vice-versa. Sem esse transformador, a linguagem comum não poderia circular por toda a sociedade. (HABERMAS, 1997, p. 86).

Para garantia da expressão de justiça a linguagem do direito deve expressar as realidades vividas em todo o corpo social, refletindo o contexto diuturnamente vivido não só pela esfera pública, mas também pela privada. O texto normativo deve atingir a sociedade em todas as suas ramificações sociais, não sendo meramente classista, eis que das periferias societárias é que emergem os reais anseios do que o povo realmente precisa. São as pessoas da periferia que vivem em concretude o que o direito precisa tutelar, e somente com uma linguagem que circule por toda a sociedade a justiça poderá verdadeiramente ser alcançada.

4 A LEGISLAÇÃO DOS ALIMENTOS E DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Não se pode olvidar que o ordenamento jurídico brasileiro possui variados diplomas legislativos que efetivamente asseguram o direito aos alimentos

(Constituição Federal, Código Civil, Lei de Alimentos, Estatuto da Criança e do Adolescente etc.). A legislação pátria, igualmente, tutela o acesso à justiça para aqueles que precisam recorrer a tal expediente para que possam receber os alimentos daqueles que lhes devem, de modo a facilitar, pela via do judiciário, o exercício de tal direito fundamental.

4.1 ALIMENTOS - UM DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL

O direito social fundamental aos alimentos, pela relevância social que carrega, está formalmente inserido em nossa Carta Política, consequência merecedora de encômios da positiva atuação do legislador constituinte reformador, que por força da Emenda Constitucional 90, de 15 de setembro de 2015, deu nova redação ao artigo 6º da Constituição Federal de 1988, tendo incluído o direitos à alimentação como direito social fundamental, passando o preceito constitucional a ter a seguinte disposição, *in verbis*: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O enquadramento dos direitos sociais como direitos fundamentais é questão, que se entende já há algum tempo superada, contudo não é demais registrar a transparente e inequívoca posição, acerca da questão, firmada pelo autor Daniel Sarmiento, *in verbis*:

Isso não significa que os direitos sociais não devam ser judicialmente protegidos, nem tampouco [sic] que o Poder Judiciário não possa apreciar a constitucionalidade de políticas públicas. No sistema jurídico brasileiro vigora o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, e os direitos sociais, como direitos fundamentais, devem merecer a adequada proteção do Judiciário diante do arbítrio ou do descaso do legislador ou dos tecnocratas de plantão. (2009, p. 154-155).

O entendimento acerca de serem os direitos sociais, espécie dos direitos fundamentais, veio à bailha com a promulgação do texto constitucional de 1988, quando foram efetivamente positivados com a condição de direitos fundamentais. (SARLET, 2014, p. 557). Assim, a positivação no texto da Constituição, inserido pela citada Emenda Constitucional, restou por robustar à característica de direito fundamental que goza o instituto dos alimentos, em que pese também já haver

previsão noutros tópicos da Constituição Federal, consoante o inciso IV, do artigo 7º da Constituição Federal, enquanto direito fundamental atinente aos trabalhadores urbanos e rurais.

O legislador constituinte deu também tratamento à matéria para além do rol dos direitos fundamentais, consoante está gravado no inciso VII do artigo 208, com a redação da Emenda Constitucional 59 de 2009, *in verbis*: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde”.

O direito aos alimentos é também tratado noutro ponto do texto constitucional, precisamente no artigo 227, com a redação dada pela Emenda Constitucional 65 de 2010, sob a perspectiva do direito direcionado as crianças e aos adolescentes, *in verbis*:

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.

Entende-se indubitável que a questão dos alimentos tenha envergadura ímpar, mormente se considerado o contexto jurídico-social da matéria, tanto verdade que o legislador, quando da elaboração do dispositivo acima reproduzido, atribuiu a responsabilidade pelo implemento da política alimentar a três personagens distintas (embora umbilicalmente ligadas), quais sejam, a família, a sociedade e o estado, nesta ordem, inobstante a ausência de sanção direta para o caso de descumprimento.

Inobstante esteja a matéria tratada de forma esparsa no texto constitucional, entende-se que esse fato em nada enfraquece a tutela constitucional atribuída ao instituto dos alimentos. A repetição do instituto ora na orbita dos direitos fundamentais sociais, ora nos direitos fundamentais dos trabalhadores, noutro momento atribuindo responsabilidade múltipla, a mais de um coobrigado, dá robustez a sua relevância.

A proteção direcionada para as crianças e para os adolescentes que trata o *caput* do artigo 227 da Constituição Federal, *mutatis mutandis*, foi escorreitamente

delineada quando do julgamento do RE 482.611, em 23 de março de 2010, sendo relator o senhor ministro Celso de Mello, que assim consignou, *in verbis*:

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, caput) qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere* (...). O STF, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas. RTJ 164/158 – 161, relator ministro Celso de Mello. (BRASIL, 2010b).

Impende ainda o registro de importante questão que corrobora a primazia do direito constitucional fundamental aos alimentos, bem como lhe garante relativa concretude, qual seja, a inserção, até hoje mantida, da possibilidade de prisão do devedor de alimentos (inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal), como exceção a regra que veda a prisão civil por dívida, *in verbis*: “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”. Nessa linha perfilha Maria Berenice Dias, *in verbis*:

Parentes, cônjuges e companheiros assumem, por força de lei, a obrigação de prover o sustento uns dos outros, aliviando o Estado e a sociedade desse encargo. Tão acentuado é o interesse público para que essa obrigação seja cumprida que é possível até a prisão do devedor de alimentos (CF 5º LXVII). (2016, p. 937).

Forçoso registrar que o pacto de *San Jose da Costa Rica*, em seu item 7, no artigo 7º, prevê a constrição da liberdade do devedor de alimentos como única e excepcional possibilidade de prisão por dívida, excluindo a outrora válida, prisão do depositário infiel, *in verbis*: “*Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar*”.

Por esta razão, a guisa de esclarecimento, inobstante possa haver posicionamentos divergentes, é fato que o Supremo Tribunal Federal tem pacífico e atualizado posicionamento sobre a matéria, estando o entendimento ancorado no § 3º do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, que assim dispõe, *in verbis*: *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos*

dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Por esse viés e, considerando o resultado do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, quando restou decidido não mais subsistir a possibilidade de prisão do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal revogou o verbete 619 de sua Súmula, o qual até então assim tratava a questão, *in verbis*: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

Contudo, com base no *Pacto de San Jose da Costa Rica* (o Brasil é signatário) e, no novo entendimento jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal consignou a relevante alteração, que pode ser aqui representada pelo excerto do voto proferido pelo senhor ministro Gilmar Ferreira Mendes, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, *in verbis*:

Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. (BRASIL, 2009).

Como suso demonstrado, a manutenção da possibilidade da prisão do devedor de alimentos, como única forma de prisão civil por dívida admitida no texto constitucional é prova assaz da relevância da matéria, bem assim funcionando como instrumento coercitivo para levar a efeito a realização do direito aos alimentos que gozam aqueles que deles necessitam.

Destaca-se que não existem outras discussões sobre a legalidade da prisão do devedor de alimentos. Essa exceção à regra geral da proibição da prisão civil por dívida consta em vários textos constitucionais, bem como em tratados internacionais e outros diplomas que tratem a matéria. A restrição da liberdade individual, como medida extrema e excepcional, justifica-se diante da importância do bem jurídico tutelado, a assistência familiar, especificamente das crianças. (MENDES, 2016, p. 627).

Assim, é de todo acertada a colocação do melhor interesse do menor como questão primeira da agenda constitucional, porquanto o assento em diploma infraconstitucional permitirá, eventualmente, descabido confronto e infundáveis discussões. E, reforçando a preponderância da questão, entende-se igualmente correta a tripartição da responsabilidade para as principais personagens do

arcabouço social (a família, a sociedade e o estado), pois assim melhor resguardado estará, em tese, o destinatário da tutela constitucional.

Entende-se, retornando ao artigo 6º da Constituição de 1988, porquanto neste se consagrou os alimentos enquanto direito fundamental social, que o tema está direta e indissociavelmente ligado ao direito fundamental à vida, direito à saúde, à dignidade da pessoa humana, consoante registrado na obra de Ingo Wolfgang Sarlet, *in verbis*:

Portanto, a inserção do direito à alimentação no art. 6º da CF resultou na incorporação apenas formal de tal direito ao nosso texto constitucional, uma vez que materialmente ele já tinha sede constitucional, como direito fundamental decorrente do regime e dos princípios da Constituição Federal, designadamente do direito à vida, direito à saúde, dignidade da pessoa humana e da noção de uma garantia do mínimo existencial. (2014, p. 599).

Para o autor a positivação na Constituição foi mera formalidade, pois os direitos fundamentais aos alimentos estavam materialmente previstos como consectários de outros direitos fundamentais já positivados (direito à vida, à saúde etc.). É impossível desconsiderar o apanágio que carrega o instituto dos alimentos, acerca de ser tema materialmente merecedor do assento constitucional que goza, porque, embora óbvio, o fato de estar positivado no texto da Constitucional arrefece, preventivamente, eventuais debates e discussões que pouco ou nada produziram, quando muito só confusão e insegurança jurídica, como possível inferir de outro registro do autor, nestes termos:

O direito à alimentação foi recentemente incorporado ao caput do artigo 6º da CF, por intermédio da EC 64, de 04.02.2010. Tal inovação constitucional sedimentou o reconhecimento do direito à alimentação como direito fundamental social integrante do nosso sistema constitucional. Do ponto de vista material, mesmo antes da positivação formal do direito à alimentação no art. 6º da CF, já seria adequado o seu reconhecimento como integrante do nosso catálogo de direitos fundamentais, por força da indivisibilidade dos direitos fundamentais [...]. (SARLET, 2014, p. 598).

Destaca o doutrinador o caráter meramente formal da positivação constitucional do direito aos alimentos, pois materialmente o direito aos alimentos já integrava o catálogo de direitos fundamentais, em razão da indivisibilidade de tais direitos. A força do texto constitucional quando confrontado com outras normas ordinárias é incontestável, em razão do princípio da supremacia da Constituição, razão pela possuem maior força as questão positivadas na Constituição.

O lusitano José Joaquim Gomes Canotilho reforça o entendimento acerca da primazia da Constituição Federal e por consectário lógico, das normas constitucionais, quando assevera, *verbum ad verbum*:

A ideia básica do princípio da hierarquia é esta: os actos normativos (leis, decretos-leis, tratados, decretos legislativos regionais, regulamentos) não têm todos a mesma hierarquia, isto é, não se situam num plano de horizontalidade uns em relação aos outros, mas sim num plano de verticalidade, à semelhança de uma pirâmide jurídica. (2003, p.700).

Depreende-se que as normas situadas na parte inferior da pirâmide retiram sua validade das normas hierarquicamente superiores, pairando a Constituição no ápice da pirâmide, servindo de paradigma para todas as demais espécies normativas situadas abaixo.

Entende-se insuperável o entendimento segundo o qual o direito aos alimentos é um direito fundamental social, gozando por tal condição, das garantias que esse status possibilita as normas de direitos fundamentais, seja pela expressa previsão no texto da Constituição, seja pela exegese que atribui o qualificativo em razão e por consectário do direito à vida, à dignidade da pessoa humana, ou de outro direito igualmente fundamental.

A construção realizada, qual seja, de ser o direito fundamental aos alimentos, uma consequência lógico-natural do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, encontra guarida em recente obra doutrinária, “A obrigação de prestar alimentos está fundamentada em princípios e garantias previstos na Constituição da República, como o da preservação da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e da personalidade”. (PELUSO, 2012, p. 1927).

Depreende-se que a posição doutrinária acima reproduzida confirma a qualidade do direito aos alimentos enquanto direito fundamental, seja isoladamente, porque positivado na Constituição, seja por consequência lógico-natural da ligação que há com o direito fundamental à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana.

4.2 O DIREITO CONSTITUCIONAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA

No Brasil, a assistência judiciária tem raízes nas Ordenações Filipinas. Esse diploma foi muito importante na história do Brasil porque, por força da Lei de 20 de outubro de 1823, vigorou no território brasileiro até o ano de 1916, quando

passamos a ser regidos pela Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil brasileiro. (BASTOS, 1989). Com arrimo nas lições do autor retro, transcreve-se o dispositivo que registrava as Ordenações Filipinas em seu §10, do Título 84, no Livro III, *in verbis*:

[...] em sendo o agravante [sic] tão pobre que jure não ter bens móveis ou de raiz, nem por onde pague o agravo [sic], e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro no tempo, em que havia de pagar o agravo. (BASTOS, 1989, p. 374-375).

O Estado, quando proibiu os cidadãos de resolverem por si, suas contendas – autotutela – avocou para si o poder de resolver os conflitos de interesses surgidos das relações sociais humanas. E, por via de consequência, o dever de prestar tal atividade. (ROGER PERROT, apud LOPES, 1999).

A assistência jurídica integral e gratuita está positivada no rol dos direitos individuais, tidos por fundamentais, previstos no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, nestes termos: “*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”.

Entende-se implícito e de pouca ou nenhuma dificuldade concluir que a interpretação mais ajustada à finalidade pretendida pelo legislador constituinte para o preceito retro transcrito, é em sentido muito mais abrangente que é possível aferir *prima facie*, consoante se infere, nesse ponto, o entendimento expendido pela doutrina, *in verbis*:

Parece óbvio que o termo assistência jurídica integral revela maior amplitude do que meramente a designação clássica assistência judiciária, que revela apenas um dos momentos da assistência jurídica integral, precisamente aquele que se desenvolve dentro das estreitas margens das ações judiciais. Assim, assistência judiciária deve ser considerada espécie do gênero assistência jurídica integral. Não se olvide, ademais, que o art. 134 [sic] materializa um dos limites do que se deve entender por assistência jurídica integral ao informar que incumbe à Defensoria Pública a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. (LOPES, 1999, p. 48).

Resta patente que a assistência jurídica gratuita que se está a tratar é muito maior que a mera jurisdição prestada para aqueles que não têm condições financeiras de pagar por essa prestação estatal. Conforme preconiza o doutrinador a assistência jurídica gratuita se estende, inclusive, para o serviço de orientação e assessoramento da parcela da população carente de recursos financeiros.

Assim, convêm ter em mente que assistência judiciária, como o faz inclusive boa parcela da doutrina brasileira, mesmo as obras produzidas após a Constituição de 1988 – não se pode deixar de reconhecer que este alcança muito mais do que a defesa de direito do carente de recursos financeiros em juízo em qualquer dos polos processuais, representando também a orientação jurídica e o assessoramento pré-processual e todas as demais formas de proteção de interesse individual ou coletivo (assistência jurídica integral) daquele que não pode arcar com as despesas da respectiva defesa. (LOPES, 1999, p. 48).

Cabe rememorar a lição do autor Celso Ribeiro Bastos, no que toca a diferenciação que faz acerca dos institutos da assistência judiciária e do benefício da gratuidade de justiça, *in verbis*:

Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A Assistência Judiciária é organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo. (1989, p. 376)

O autor faz uma clara distinção entre os institutos jurídicos da assistência judiciária e da gratuidade de justiça. Resumidamente a assistência judiciária é o todo, o gênero, enquanto a gratuidade de justiça é uma parte do todo, é uma das espécies.

Reputa-se de extremo proveito à previsão do instituto da assistência jurídica integral e gratuita na Carta Magna da República, mormente a positivação da gratuidade, porque não podemos olvidar que a realidade econômica de acachapante percentual da população deste é formada por pessoas carentes de recursos financeiros para as necessidades mais básicas, quiçá para o pagamento de custas e despesas processuais, mormente no atual momento político-econômico (desemprego e outras mazelas advindas da corrupção institucionalizada em alguns setores do governo e da sociedade, refletindo diretamente sobre a economia). Entende-se inegável que o objetivo precípua do instituto da assistência jurídica integral e gratuita consiste na isenção, para aqueles carentes de recursos, das custas e despesas do processo.

É certo que a assistência judiciária gratuita veio complementar o rol dos denominados direitos individuais tidos por fundamentais, previstos na Constituição

de 1988, especialmente no Título II. O instituto da assistência integral e gratuita tornou-se medida imperativa ante a quantidade, cada vez mais crescente, de pessoas carentes de recursos e necessitadas de um provimento judicial para lhes resolver alguma pendência, razão pela qual veio em boa medida a possibilidade, principalmente da gratuidade de justiça. (VAINER, 2004, p. 213-244).

Necessário registrar que a vigente Constituição Federal trouxe o direito à assistência jurídica integral e gratuita e, no mesmo momento e documento, conferiu as atribuições necessárias ao órgão estatal incumbido de dar efetividade a tal direito, qual seja, a Defensoria Pública, consoante disposto no artigo 134 da Constituição, com redação da Emenda Constitucional 80 de 2014, *in verbis*:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

É, portanto, dever do Poder Público bem estruturar e fornecer os meios de realização das funções institucionais da Defensoria Pública. A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social dependa da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam também deixarem de contar com o suporte e o apoio estatal, como ocorre com a Defensoria Pública. (MELLO, 2005, apud BRASIL, 2010a, p. 388-389).

O papel institucional da Defensoria Pública é essencial para a concretização do exercício do direito de milhões de brasileiros que sofrem com a ausência de recursos para prover suas necessidades mais básicas, e, que por algum revés da vida, precisam buscar a tutela jurisdicional.

O instituto da assistência judiciária prestada pelo Estado a sua expensa surgiu no ordenamento jurídico pátrio no item 32 do artigo 113 da Constituição de

1934 (segunda Constituição republicana). E assim, inaugura-se, a partir da expressa previsão na Constituição Federal de 1934, o instituto da assistência judiciária prestada pelo Estado de forma não onerosa ao cidadão brasileiro ou estrangeiro.

O surgimento do instituto é confirmado em trabalho da lavra de José Carlos Barbosa Moreira que registra, *in verbis*:

A expressão "assistência judiciária" apareceu pela primeira vez em texto constitucional, entre nós, na Carta da República de 16.7.34, cujo art. 113, n. 32, rezava: "A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos". Ainda não se havia consagrado, no mesmo nível, e em termos expressos, o direito genérico de acesso ao Poder Judiciário - o que só viria a ocorrer com o advento da Constituição de 18.9.46, *ex vi* do art. 141, § 4.º. (1992).

O autor registra o surgimento do instituto no ordenamento jurídico através da Constituição de 34. Entretanto, o alvissareiro instituto não foi repetido na Constituição de 1937, muito provavelmente pelo momento político pelo qual passava o país, conforme suscita Jose Carlos Barbosa Moreira, nestes termos: "Nenhuma disposição sobre a matéria continha a Carta de 1937. Ao regime autoritário do "Estado Novo" importava bem pouco a garantia do acesso à Justiça - para as pessoas de recursos escassos nem mais, nem menos, que para as outras..." (1992).

A perda temporária do status constitucional, por curto lapso temporal, não enfraqueceu o instituto da assistência judiciária, porquanto sua positivação na seara infraconstitucional (Código de Processo Civil, art. 68) deu-lhe subsistência até o retorno ao seio constitucional, ocorrendo tal situação no § 35 do artigo 141 da Constituição Federal de 1946, *in verbis*: "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados".

Assim, em sintonia e na esteira do comando constitucional insculpido no preceptivo transcrito, o legislador ordinário elaborou a Lei 1.060 de 05 de fevereiro de 1950, diploma ainda vigente e de largo uso na matéria. Registra-se, retornando à órbita constitucional, que a Constituição Federal de 1967, com diminuta alteração na redação, manteve a essência do instituto da assistência judiciária em seu § 32 no artigo 150, *in verbis*: "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à

segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §32 - Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei”.

Uma diferença entre a Constituição Federal de 1946 e a Constituição Federal de 1967 é que aquela remetia a elaboração de uma lei para governar a matéria, enquanto que no caso desta, já existia a lei 1060/50, servindo razoavelmente ao propósito do legislador para o assunto, conforme podemos depreender da posição externada por Barbosa Moreira, nestes termos: “*Em nível infraconstitucional, permaneceu em vigor a Lei 1.060, que subsiste até hoje, com todos os seus defeitos, e apesar das não poucas alterações que vem sofrendo.*” (1992).

A Constituição Federal de 1969, que para uns era formalmente uma Constituição, consoante registra Gilmar Ferreira Mendes, “*não poucos autores veem na Emenda n. 1/69 uma nova Constituição, outorgada pela junta militar.*” (2016, p. 100). Dentre aqueles que preferem entender pelo nascimento de uma Constituição está José Cretella Júnior, que assim se posiciona, *in verbis*:

[...] preferimos denominar de Constituição a Carta Constitucional de 1969, tantas foram as alterações feitas, no texto emendado de 24.01.1967, pela Junta Militar integrada por Augusto Hamann Rademaker Grunewald, Aurélio de Lyra Tavares e Márcio de Souza Mello. Ao passo que o texto emendado de 1967 é composto de 189 artigos, a Emenda de 1969 é composta de 217 artigos. (2000, p. 65).

Inobstante haja dissenso nas opiniões, acerca de ter ou não havido o surgimento de uma Constituição em 1969, consoante registra Bulos, *in verbis*: “... a *descomensurada Emenda Constitucional 1/69, que abarcou o texto de 1967 quase por inteiro, não foi suficiente para dar ao Brasil a sua sétima Constituição*” (2009, p. 35), esta celeuma deve ficar para outro momento, pois não nos é relevante nesta quadra. O registro que se faz necessário e o fato de a Constituição de 1969, repetiu, na integralidade, o dispositivo da Constituição Federal de 1967 que cuidava do instituto da assistência judiciária, mantendo-o incólume.

E tem-se a vigente Constituição Federal de 1988 – também denominada por Constituição cidadã (BULOS, 2009, p. 37) – que pela redação gravada no inciso LXXIV, do artigo 5º, ratificou a opção legislativa de dar destaque ao instituto da assistência judiciária, *in verbis*: “*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”. Ainda possível entender por reforço ao instituto, à disposição contida no inciso XXXV do mesmo artigo, *in*

verbis: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Parece óbvio que a intenção do legislador constituinte foi a de franquear o acesso à justiça da forma mais ampla possível, afastando o óbice das custas e despesas processuais, para aqueles que não podem suportar tal ônus financeiro já no início da demanda. Nessa linha denota-se a contribuição do processualista pátrio Cássio Scarpinella Bueno, *in verbis*:

Do ponto de vista jurisdicional, o que quer o inciso LXXIV do art. 5º da CF é evitar que o custo inerente à prestação jurisdicional seja óbice para aqueles que não tenham condições de suportá-lo. Não se trata de tornar a prestação da atividade jurisdicional gratuita. Não é isso que a CF estabelece. Trata-se, bem diferente, de evitar que a responsabilidade por esses custos obstaculize o exercício jurisdicional de direitos. É como se dissesse de forma bem direta, determinar que o próprio Estado assumira, para todos os fins, os custos inerentes ao exercício da função jurisdicional, de modo a permitir àquele que não teria condições de suportá-los atuar processualmente. (2015, p. 49).

No tirocínio do pensamento acima transcrito é possível depreender, sem forçar exegese, que a constitucionalização da assistência jurídica integral e gratuita é meio seguro e eficaz para garantir a realização de outro princípio constitucional, qual seja, o princípio processual constitucional do acesso à justiça, o qual tem por sinônimos “*acesso a ordem jurídica justa*”, “*inafastabilidade da jurisdição*” ou “*inafastabilidade do controle jurisdicional*”, conforme registro do mesmo autor em mesma obra (SCARPINELLA BUENO, 2015, p. 49).

Destaca ainda o autor Alexandre de MORAES, acerca da inexistência de conflito entre a aplicação do princípio da assistência jurídica integral e gratuita e a condenação do perdedor em honorários de sucumbência, nestes termos:

Ressaltamos que, em relação à sucumbência, conforme decidiu o STF, o beneficiário da justiça gratuita que sucumbe é condenado ao pagamento de custas, que, entretanto só lhe serão exigidas, se até cinco anos contados da decisão final, puder satisfazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família: incidência do art. 12, da Lei nº 1.060/50, que não é incompatível com o art. 5º, LXXIV, da Constituição. (2003, p. 441).

Valioso registrar que a Lei 1.060/50 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, conforme pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, ante sua compatibilidade com os ditames do texto constitucional.

Importante também é a forma do exercício do direito à assistência jurídica integral e gratuita e, nessa perspectiva, é uníssona a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – guardião maior da Constituição Federal, conforme registra Alexandre de Moraes, *in verbis*:

A simples afirmação da incapacidade financeira feita pelo interessado basta para viabilizar-lhe o acesso ao benefício da assistência judiciária (Lei nº 1.060/50, art. 4º, § 1º, com redação dada pela Lei 7.510/86). Cumpre assinalar, por necessário, tal como já acentuaram ambas as turmas do STF (RE nº. 204.458/PR, relator min. Ilmar Galvão – RE 205.746/RS – relator min. Carlos Velloso – v.g.), que a norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, da CF, não derogou a regra consubstanciada no art. 4º da Lei nº 1.060/50, com a redação que lhe deu a Lei 7.510/86, substituindo íntegra, em consequência, a possibilidade de a parte necessitada pela simples afirmação pessoal de sua insuficiente condição financeira – beneficiar-se, desde logo, do direito à assistência judiciária. (2003, p. 442).

Em análise mais aprofundada, o exercício da assistência jurídica integral e gratuita permite a realização de outros direitos igualmente fundamentais, sendo tal direito de múltiplas facetas, multifuncional. Entre outras funções, assume a de promover a igualdade, com o que se liga imediatamente ao intento constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CRFB) e de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III, da CRFB). Possibilita, ainda, um efetivo acesso à justiça, mediante a organização de um processo justo que leve em consideração as reais diferenças sociais entre as pessoas. (SARLET, 2014, p. 764).

Consabidamente, o nascimento de nova ordem constitucional, grosso modo, rompe com a ordem outrora vigente, a confirmar, rememoramos o ocorrido em 15.11.1889, que culminou com a promulgação da Constituição de 1891. Nesse sentido registra José Cretella Júnior, *in verbis*:

Nova ruptura violenta ocorre em 15.11.1889, quando é abolida a Monarquia e proclamada a República Federativa, a nova forma de governo, que regerá o país. Em 24.02.1891, é promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, Constituição rígida que poderá ser reformada (art. 90, §§ 1º e 4º), desde que a reforma não aceitasse como objeto de deliberação projeto tendente à abolição da forma republicano-federativa ou a igualdade de representação dos Estados no Senado (art. 90, § 4º), o que foi feito, em 1926. (2000, p. 97-98).

Entretanto, a passagem da ordem constitucional ocorrida em 1988 foi tranquila e sem nenhum trauma. Destaca-se que a Constituição de 1988, inobstante toda nova Constituição rompa com o modelo jurídico até então vigente, foi uma

necessária transformação na ordem institucional vigente, pois vivíamos no Brasil sob os ditames do regime limitar, situação que perdurou por 21 anos (1964-1985), mas que foi, em boa hora, superado, permitindo que a sociedade reconquistasse os direitos e as garantias assentadas na Constituição, bem como passássemos a viver em um Estado democrático de direito, consoante corrobora o magistério de Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargos de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. Mais do que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo de sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do partido dos trabalhadores, surgiram denúncias estridentes sobre esquema de financiamento eleitoral irregular e vantagens indevidas para parlamentares, em meio a outros episódios conturbados. Em nenhum desses eventos cogitou-se de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso. (2009, p. 246).

A Constituição Federal de 1988 permitiu ao cidadão que lhe seja contemporâneo, pelo caminho da assistência jurídica integral e gratuita, substancial aumento da possibilidade de fruição de outros direitos, igualmente, fundamentais, ou pelo menos de reivindicá-los, porquanto, em que pese a anterior Constituição de 1969 registrar em seu texto, formalmente, idêntico direito, é senso ordinário que os tempos vividos sob a regência do regime militar não eram auspiciosos a determinadas demandas da sociedade, mormente aqueles que tinham por desiderato pleitear direitos materialmente constitucionais que não estivessem sendo observados.

4.3 OS ALIMENTOS NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Na seara infraconstitucional os alimentos são tratados pela Lei 5.478/68 (Lei de alimentos); pela Lei 10.406/02 (Código Civil brasileiro); e Lei 11.804/11 (Alimentos gravídicos). como já defendido alhures, o homem necessita de alimentos para a sua sobrevivência. A concepção segundo a qual há umbilical relação entre o direito fundamental aos alimentos e o igualmente fundamental direito à vida encontra repouso nas lições de Maria Berenice Dias, *in verbis*:

Talvez se possa dizer que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver. E este, com certeza, é o maior compromisso do Estado: garantir a vida. Todos têm direito de viver, e com dignidade. Surge, desse modo, o direito a alimentos como princípio da dignidade humana (CF 1º III). Por isso os alimentos têm a natureza de direito da personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física. Inclusive estão reconhecidos entre os direitos sociais (CF 6º). (2016, p. 936-937).

Contudo, não é só essa visão, que se ajustada ao universo das necessidades básicas humanas que se pretende por objeto nessa quadra da pesquisa, porquanto o tema possui maior grandeza no contexto fático-jurídico, consoante registra Silvio de Salvo Venosa, *in verbis*: “No entanto, no Direito, a compreensão do termo é mais ampla, pois a palavra, além de abranger os alimentos propriamente ditos, deve referir-se também à satisfação de outras necessidades essenciais da vida em sociedade.” (2008, p. 347).

Corroborando a linha de raciocínio retro, Maria Berenice Dias, em obra já citada, assevera nestes termos: “A expressão alimento não serve apenas ao controle da fome. Outros itens completam a necessidade humana, que não alimentam somente o corpo, mas também a alma”. (2016, p. 937). Assim, entende-se irrefutável que a definição do termo alimentos é muito maior que o singelo entendimento segundo o qual estes se prestariam, grosso modo, a saciar a fome.

Destaca-se que o Código Civil brasileiro trata dos alimentos nos artigos 1694 1710, mas curiosamente não definiu o conceito do instituto, restando a incumbência para a doutrina e os profissionais do direito. Consigne-se, que nesse ponto foi mais eficiente a legislação alienígena, especificamente o legislador português, que diferentemente do brasileiro, se antecipou à doutrina e conceituou o instituto dos alimentos. Em Portugal, o instituto dos alimentos previstos no artigo 2003º do Decreto 47.344 de 25.11.1966 – Código Civil português – é assim definido: “1. *Por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário.* 2. *Os alimentos compreendem também a instrução e educação do alimentado no*

caso de este ser menor”. Inobstante possa não ser considerada uma exemplar definição, pois o legislador poderia ter avançado um pouco mais, fato é que há conceito expresso acerca da valoração atribuída ao instituto, de modo que ao destinatário do direito esse mínimo é garantido.

Aproveitando o diploma legislativo do direito comparado, é possível extrair outro bom exemplo das práticas jurídicas vigentes na terra lusitana, especificamente o artigo 2009º do Código Civil português – Decreto-Lei 47.344, de 25 de novembro de 1966, ínsito na obra de Jacinto Rodrigues Bastos, tendo o preceptivo as seguintes disposições acerca da matéria, *in verbis*:

1. Estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicada:
 - a) o cônjuge ou o ex-cônjuge; b) os descendentes; c) os ascendentes; d) os irmãos; e) os tios, durante a menoridade do alimentando; f) o padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste.
2. Entre as pessoas designadas nas alíneas b) e c) do número anterior, a obrigação defere-se segundo a ordem da sucessão legítima.
3. Se algum dos vinculados não puder prestar os alimentos ou não puder saldar integralmente a sua responsabilidade, o encargo recai sobre os onerados subsequentes. (1999, p. 619).

Depreende-se que o principal fundamento para a positivação da obrigação de prestar alimentos e o direito de recebê-los se dá em razão da existência de relação de parentesco entre alimentando e alimentante – e nesse ponto a legislação brasileira está em igualdade de posicionamento. O avanço da sociedade portuguesa, que positivou em seu Código Civil a previsão de o padrasto ou a madrasta prestar alimentos aos respectivos enteados, é digno de elogios, porque claramente se fez preponderar o melhor interesse dos menores.

Retornando ao repositório jurídico pátrio, necessário registrar que nos dois dispositivos encontrados no Código Civil brasileiro que tratam da matéria, estes ampliam ou substituem as possibilidades do adimplemento da obrigação alimentícia, mas sem fixar definição escoreita para o instituto, permitindo assim a perpetuação da insegurança. Na linha da substituição temos o artigo 1.701 da Lei 10.406/02 – Código Civil, *in verbis*: “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”. Resta inequívoco o caráter substitutivo de uma espécie de prestação (pecúnia) por outra – *in natura* – fato que reforça a

existência de múltiplos conceitos acerca do instituto dos alimentos. Acerca desse ponto, leciona Maria Berenice Dias, *in verbis*:

Em regra, os alimentos são pagos em dinheiro, dentro de determinada periodicidade. Podem, no entanto, ser alcançados *in natura*, com a concessão de hospedagem e sustento, sem prejuízo do direito à educação (CC 1701). Quando não são pagos em dinheiro, é de ser considerado o proveito direto do destinatário dos alimentos. (2016, p. 936).

Registra a autora o permissivo legal, pelo qual o alimentante poderá prestar alimentos não só em pecúnia (dinheiro), mas também *in natura*, habitação, educação, saúde etc.

Há ainda entendimento doutrinário segundo o qual é possível usar-se por paradigma a definição atribuída aos alimentos, quando na perspectiva do legatário, conforme consigna o artigo 1.920 também do Código Civil, conforme magistério de Silvio Venosa, *in verbis*: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”. (2008, 347). Aqui é possível constatar o alargamento do entendimento acerca dos alimentos. Destaca-se que é possível inferir que os alimentos, da forma como tratados no preceito transcrito, refere-se, inclusive, a remédios, a roupas, à moradia e também educação, estando está em sentido aberto, permitindo entender que cabem também os insumos (uniforme, livros, transporte etc.). Em fortalecimento ao explicitado, Maria Berenice Dias, se posiciona, *in verbis*:

O Código Civil não define o que sejam alimentos. Mas preceito constitucional assegura a crianças e adolescentes direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura e a dignidade (CF 227), Quem sabe aí se possa encontrar o parâmetro para a mensuração da obrigação alimentar. Também o seu conteúdo pode ser buscado no que entende a lei por legado de alimentos (CC 1.920). (2016, p.937-938).

Orlando Gomes assim define os alimentos, *in verbis*: “alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si”. (apud GONÇALVES, 2011, p. 498). Impende destacar nessa visão doutrinária, a flagrante parcimônia ao tratar da matéria.

O vocábulo alimentos tem, todavia, concepção muito mais abrangente do que na linguagem comum e parcimoniosa, não se limitando apenas ao necessário para o sustento alimentar de uma pessoa. Nele se compreende não só a obrigação de prestá-los, como também o conteúdo da obrigação a ser prestada. A aludida

expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo desde a alimentação até o lazer, a educação, a moradia, a saúde e tudo o mais que for necessário e indispensável ao sustento e ao desenvolvimento do alimentando (GONÇALVES, 2011, p. 498).

Pode-se afirmar, em reforço, que alimentos são prestações fornecidas, em dinheiro ou em espécie, a uma pessoa para o atendimento das necessidades da vida. Compreendendo o seu sustento, o vestuário, a habitação, a assistência médica, o lazer, e em determinados casos, até mesmo a instrução daquele que deles necessita (PELUSO, 2012, p. 1927).

Nessa concepção mais elástica e atual do conceito de alimentos, como defendido por parte da doutrina, tem-se o reforço do magistério de Arnoldo Wald, *in verbis*: “Os alimentos são determinados pelo juiz atendendo à situação econômica do alimentando e às necessidades essenciais de moradia, alimentação, vestuário, tratamento de saúde, e, se for menor, educação do reclamante.” (1995, p. 40).

O autor preconiza como possível depreender do fragmento transcrito, a extensão conceitual do termo alimentos para outras necessidades que não só a de alimentar e suprir, passando a abranger, por tal linha de pensamento, também as necessidades de vestuário, lazer, moradia etc.

Verifica-se então que o legislador deixou de definir, no Código Civil, o que seria alimentos, sua composição e possíveis variações, transferindo para a doutrina e a jurisprudência a tarefa de dar os necessários contornos ao conceito e de definir seu alcance.

Entretanto, eis que o legislador positiva a ampliação do conceito legal de alimentos no bojo da Lei 11.804/08 – Lei de alimentos gravídicos, passando a constar como alimentos as despesas com médicos, exames, alimentação da gestante etc. O fato de o alargamento do conceito ter ocorrido em lei especificamente direcionada às grávidas, não impede que se adote a alteração do entendimento legislativo dessa “espécie” (alimentos gravídicos) para a espécie do artigo 1.694 do Código Civil, conforme contribuição de Milton Paulo de Carvalho, *in verbis*:

[...] alimentos são prestações fornecidas em dinheiro ou espécie, a uma pessoa para o atendimento das necessidades da vida. Compreende o sustento, o vestuário, a habitação, a assistência médica e, em determinados casos, até mesmo a instrução daquele que deles necessita. Abrangem também agora, por força da Lei

11.804/2008, as necessidades da genitora no período da gestação, tutelando os direitos do nascituro. São os denominados alimentos gravídicos. (...) Os alimentos podem ser divididos em *civis ou congruos*, aqueles necessários para que o credor viva de modo compatível com a sua condição social, para manter o status da família, abrangendo outras necessidades intelectuais e morais, como a educação, e *naturais ou necessários*, que são os indispensáveis ao atendimento da necessidade primárias da vida (alimentação, vestuário, saúde, habitação etc.), independentemente da condição social... (apud PELUSO, 2012, p. 1927).

O autor registra o alargamento do conceito até então vigente, na verdade indefinido, pois o texto não define a questão, sendo mesmo de reconhecida vagueza, mas que passa a ter algum contorno após a Lei dos alimentos gravídicos, que claramente define algumas hipóteses.

Carlos Roberto Gonçalves, em que a positivação ampliada trazida pela Lei 11.804, consigna que o rol do artigo 2º do diploma não é taxativo, *in verbis*:

[...] alimentos gravídicos, segundo o artigo 2º da citada Lei, são os destinados a cobrir despesas adicionais do período da gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto. Compreendem inclusive (o rol não é taxativo) as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considerar pertinentes. (2011, p. 575).

Afigura-se correto o entendimento doutrinário que sugere o art. 2º como exemplificativo, pois que a Lei dos alimentos gravídicos surgiu para resguardar melhor o direito aos alimentos que até então não estavam positivados, no que concerne ao nascituro, não sendo razoável entender de modo diverso a questão.

Assim, no campo da legislação infraconstitucional, acerca dos alimentos temos ainda a Lei 5.478/68 – Ação de alimentos; que governa as questões processuais nas ações de alimentos, não encerrando disposições de direito material acerca da matéria.

A Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, inobstante contenha disposições de direito material acerca do direito aos alimentos que faz jus a criança e o adolescente é de pouco uso nas ações que se pedem alimentos, sendo mais comum a fundamentação pelo Código Civil.

Entende-se, ante as variadas possibilidades legais de se resguardar o direito aos alimentos, não haver problemas ou obstáculos a impossibilitarem a percepção

de alimentos por aqueles que necessitem demandar na esfera judicial, pois há amplo campo normativo a tutelar esse essencial e irrenunciável direito.

5 ASPECTOS PROCESSUAIS SOBRE A GRATUIDADE DE JUSTIÇA

A gratuidade de justiça recebeu valioso tratamento no novo Código de Processo Civil, tendo o legislador avançado bem em muitas questões tormentosas da matéria, que causavam uma série de conflitos. Agora subsiste a possibilidade de pagamento parcial das custas, ou mesmo de apenas alguns atos processuais, agora é também possível a concessão a pessoa jurídica etc. Há também tratamento da gratuidade de justiça na lei de alimentos e outras legislações fragmentadas, contudo a efetividade de gozar tal direito é o que se busca, porquanto a regra, contrariando o espírito das leis é o indeferimento do pedido de gratuidade. É necessário melhor esclarecer as balizas objetivas para a concessão do benefício da gratuidade de justiça.

5.1 A GRATUIDADE DE JUSTIÇA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NA LEI DE ALIMENTOS

Entende-se necessário, inicialmente, fazer uma rápida e objetiva distinção entre a assistência jurídica integral e gratuita e a gratuidade de justiça. A assistência jurídica integral e gratuita (LXXIV, do art. 5º da CRFB) é um instituto de direito administrativo, posto à disposição do hipossuficiente financeiro como condição para seu ingresso perante o poder judiciário, quando então, lhe será fornecido além da isenção de custas e atos processuais, também um defensor público. Já a gratuidade de justiça, de menor abrangência, é instrumento processual, e pode ser solicitada ao juiz a qualquer momento na lide, tanto no início, quanto no curso ou mesmo já no fim do demanda, sendo relevante a situação econômico-financeira no momento do requerimento, quando será avaliada, significando dizer que a dispensa das custas e despesas processuais é provisória, condicionada à manutenção do estado de pobreza do requerente. Essa distinção é bem realizada por Araken de Assis, *in verbis*:

Parece óbvio que o termo assistência jurídica integral revela maior amplitude do que meramente a designação clássica assistência judiciária, que revela apenas um dos momentos da assistência jurídica integral, precisamente aquele que se desenvolve dentro das estreitas margens das ações judiciais. (1999, p.48).

Depreende-se das lições do autor, que a assistência judiciária é espécie do gênero assistência jurídica integral e gratuita, sendo essa muito mais abrangente.

A Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil) trouxe inúmeras disposições aplicáveis ao instituto da gratuidade de justiça, ou justiça gratuita, sendo comum a inversão dos termos, sem, contudo, nesse caso, desnaturar o instituto. Necessário destacar que o revogado Código (Lei 5.869/73) nada tratava acerca da matéria, era totalmente silente. O novel diploma disciplinou bem o instituto da gratuidade de justiça (art. 98 a 102 e respectivos desdobramentos), tratando considerável parcela dos casos aplicáveis aos pedidos de gratuidade.

Um aspecto que se entende relevante é que terá direito a gratuidade de justiça, por conclusão lógica, aquele que não tiver renda, consoante se depreende da redação do art. 98 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.”

Depreende-se então, que em não tendo renda ou não a tendo suficientemente para as custas e despesas do processo, gozará a parte, após requerimento, dos benefícios da gratuidade de justiça.

A lei de alimentos (5.478/68), para além do tratamento da gratuidade de justiça previsto no Código de Processo Civil, dispõe logo em seu artigo 1º, *in verbis*: “A ação de alimentos é de rito especial, **independente** de prévia distribuição e de **anterior concessão do benefício de gratuidade**” (grifo nosso). Entende-se, pela leitura do referido artigo, acima reproduzido, que o legislador priorizou a tramitação da ação de alimentos, independentemente de recolhimento de custas, ou outras questões processuais de menor importância, pois a lei está a tratar da especial situação daquele que necessita de alimentos para a sua sobrevivência, sendo essa a questão que mereça o destaque e a atenção estatal. Entende-se então, ser despropositada e sem fundamentação legal, a decisão que dá ênfase na questão do recolhimento das custas processuais, em detrimento do melhor interesse do titular

da ação de alimentos, em regra menores, deixando de dar imediato e adequado processamento, como determinado na lei de regência da matéria.

5.2 A LEGITIMIDADE AD CAUSAM E A REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL NA AÇÃO DE ALIMENTOS

A legitimidade *ad causam*, ou legitimação para a ação judicial, é a pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, ou seja, o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo os titulares, respectivamente, a pedir e contestar, em juízo, a providência que é objeto da demanda. Sempre que surge um conflito de interesses, a lei não reconhece a qualquer pessoa a faculdade de se dirigir ao juiz para que intervenha e faça valer o império da lei. Aquele a quem a lei concede essa faculdade e aquele em face de quem essa pode ser exercida é que são as pessoas legítimas para integrarem a relação jurídica de direito (LIEBMAN, 2001, p. 107-108).

Em complemento, pode-se assentar que a legitimidade *ad causam* (legitimidade para agir) é bilateral, pois o autor está legitimado para mover a ação em face daquele réu, somente em face dele, não de outro. Sob o prisma do réu, a legitimidade também não é autônoma, estando vinculada a legitimidade do autor. Ambos são legitimados quando integrantes da mesma relação jurídico-processual (DIDIER JR. 2010, p. 204).

A legitimidade para figurar no polo ativo ou passivo de uma ação judicial é questão processual e como tal está regulada no Código de Processo Civil (artigos 70 a 76). A capacidade processual, como regra, é permitida aos maiores (maioridade civil) e capazes. Em algumas situações específicas, legalmente autorizadas, menores participam de atos formais assistidos ou representados por seus responsáveis, genitores ou não. Para a dissertação, importa a disposição do artigo 71 do Código de Processo Civil, eis que trata especificamente da representação de incapaz em juízo, nesses termos: “O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.”

Assim, terá legitimidade para figurar no polo ativo da demanda que tem por objeto a fixação da prestação de alimentos o menor que deles necessita para a sua sobrevivência. Mas em razão da peculiar situação da menoridade, logo incapaz para praticar atos da vida civil, inclusive os processuais, necessitará de representação ou

assistência processual, que será exercida, em regra, por um dos pais (art. 71 do CPC/15). Acerca do tema, valioso o magistério de Francesco Carnelutti, *in verbis*:

A distinção entre partes simples ou partes complexas refere-se a um ponto de vista ainda não frequente na teoria dos sujeitos do direito, na qual se costuma falar, de capazes ou de incapazes e de pessoas físicas ou de pessoas jurídicas. A verdade é que tanto no caso dos chamados incapazes como no das pessoas jurídicas, a diferença em comparação com as pessoas capazes ou com as pessoas físicas está em que o sujeito jurídico, em lugar de ser uma única pessoa, está constituído por uma organização de pessoas, que são, por exemplo, o menor e seu administrador (pai, tutor)... (1999, p.228).

Destaca-se que inobstante o pai ou a mãe estejam representando o filho, em eventual ação judicial, em razão da incapacidade processual etária e por imposição legal, eles não são partes no processo, são apenas representante processual, a exemplo do que ocorre com o defensor público eventualmente nomeado. A parte no processo é o filho, a ação judicial é proposta em seu nome e em face do genitor que não é o seu guardião para lhe exigir os alimentos que necessita para a sua digna sobrevivência.

Entende-se então, por esse viés, que não deve o representante processual, que não é parte no processo, suportar o pagamento das custas e das despesas desse mesmo processo, no qual não é parte e em nada terá proveito – diretamente – do resultado da demanda, estando a atuar somente como representante processual e por imposição legal.

5.3 O TITULAR DO DIREITO DE AÇÃO NA AÇÃO DE ALIMENTOS

É indubitável que o titular do direito pleiteado, na ação de alimentos que trata a Lei 5.478/68, é o alimentando, que é aquele que receberá os alimentos, em regra, pessoa incapaz, em razão da idade, para os atos da vida civil. E, em sendo o titular do direito de ação um incapaz, este deverá ser representado por um dos seus genitores ou outro representante que detenha a guarda de fato ou de direito do menor, mas não há a mínima chance de se confundir os papéis processuais, sendo o alimentando o titular do direito de ação e o seu genitor ou guardião, mero representante processual. A corroborar o posicionamento, apresenta-se a lição de Fredie Didier Júnior, *in verbis*:

Parte material ou do litígio é o sujeito da situação jurídica discutida em juízo; pode ou não ser a parte processual, pois, como se viu, o

Direito pode conferir a alguém, em certas hipóteses, a legitimação para defender, em nome próprio, interesse alheio. Assim, alguém, mesmo sem ser o titular da situação jurídica, pode ser parte processual. (2010, p. 197).

Depreende-se, conforme a lição do autor, que o Direito processual permite que mesmo aquele que não seja o titular do direito material requerido, na hipótese a percepção de alimentos, seja parte no processo, em razão da necessidade de se superar um óbice legal, na espécie a menoridade civil do autor da ação, como forma de dar validade aos atos processuais e ao próprio processo.

A essa possibilidade de se permitir que o titular do direito material seja representado por um terceiro estranho à relação jurídica, ainda que o terceiro seja um dos genitores do titular, dá-se o nome de representação processual, conforme lição de Fredie Didier Júnior, *in verbis*:

Há representação processual quando um sujeito está em juízo em nome alheio defendendo interesse alheio. O representante processual não é parte; parte é o representado. [...] o representante processual atua em juízo para suprir a incapacidade processual da parte. Em uma ação de alimentos proposta por um filho incapaz, o pai ou a mãe pode ser o representante processual. A parte é o incapaz; o pai ou a mãe pode ser apenas o seu representante, e não o seu substituto processual. (2010, p. 210).

Entende-se então, com espeque no magistério acima, que os pais do menor não são partes do processo na ação de alimentos, sendo apenas meros representantes processuais por imposição legal.

Então, considerando a insuperável questão processual de o representante do menor não ostentar a qualidade de parte no processo judicial, não se afigura plausível ou fundamentada a exigência de condicionar o deferimento do benefício à renda daquele que nada tem de interesse com o direito material pleiteado.

6 A DECISÃO QUE CONDICIONA A GRATUIDADE DE JUSTIÇA À RENDA DO REPRESENTANTE LEGAL

Entende-se necessário analisar a legalidade e a adequação das decisões judiciais que criam óbice para a fruição do direito fundamental aos alimentos que gozam os menores na ação de alimentos, mormente porque não amparadas em norma jurídica, ao revés o comando imperativo da lei é no sentido de dar andamento ao processo de alimentos independentemente do recolhimento de custas e de despesas processuais.

6.1 DECISÕES JUDICIAIS CONDICIONANDO A GRATUIDADE DE JUSTIÇA À RENDA DO REPRESENTANTE

A ideia do tema para a dissertação surgiu a partir da experiência profissional nas varas de família do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quando os magistrados, recorrentemente, prolatam decisões condicionando o deferimento do benefício da gratuidade de justiça requerida nas ações de alimentos, à comprovação da renda do representante processual do autor, o que sempre chamou a atenção, pois não amparo legal para tal decisão, até porque o comando legal, é no sentido de o magistrado despachar fixando os alimentos provisórios (art. 4º), *in verbis*: Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

Depreende-se então que o magistrado deixa de dar cumprimento ao comando legal, ínsito no artigo 4º da lei de alimentos, para determinar que sejam apresentados documentos a embasar o pedido de gratuidade de justiça, o que se entende equivocado, pois o representante processual não é parte no processo, e por tal razão não deve suportar as custas e as despesas desse mesmo processo. Além do descumprimento do artigo 4º há clara inobservância do artigo 1º do mesmo diploma, do qual se extrai a compreensão que o preceito normativo determina o processamento da ação independentemente de anterior concessão do benefício da gratuidade de justiça, qualquer outra decisão, não amparada por disposição legal, é manifestamente prejudicial ao autor da ação, violando assim o seu direito fundamental aos alimentos.

Entende-se não aplicável o entendimento segundo o qual a declaração de hipossuficiência financeira goze de presunção relativa de veracidade, comportando então prova em contrário, porquanto tal exegese deve ser aplicada nos pedidos de gratuidade de justiça das demais ações judiciais, porém não nos casos da ação de alimentos da Lei 5.478/68, que é de rito especial e como tal deve ser tratada, mormente pelo objeto que tutela, qual seja, a concretude do direito fundamental aos alimentos.

6.2 ADOÇÃO DA RENDA DO REPRESENTANTE COMO PARÂMETRO

Depreende-se errônea a decisão do magistrado quando condiciona o deferimento da gratuidade de justiça a comprovação da renda do representante processual, eis que há carência de fundamento legal para tal decisão, não sendo o representante processual parte no processo, não há falar em análise da sua renda para a concessão ou não do benefício da gratuidade de justiça, a premissa é equivocada. Aquele que não é parte no processo não pode suportar as custas e despesas desse processo, falta dispositivo legal a amparar tais decisões, inobstante não seja raro a prolação de decisões em sentido contrário, em flagrante arrepio da lei.

O direito a gratuidade de justiça é pessoal e intransferível, por esta forma, em sendo o autor da ação de alimentos criança ou adolescente que vai a juízo pleitear alimentos, não se mostra razoável condicionar o deferimento do benefício à renda do seu representante legal e processual, pois o autor da ação e seu representante são figuras processuais que não se confundem. Tecnicamente não há como sustentar essa decisão. A imposição desse ônus processual, da forma como realizado, não contemplado na legislação, configura patente violação ao melhor interesse da criança, em regra, os autores na ação de alimentos da Lei 5.478/68. Não é demais rememorar que o que se vai buscar no poder judiciário são valores para permitir a alimentação, direito fundamental de todo ser humano, logo afigura-se conflitante cobrar valores daquele que vem a juízo pleitear recursos para a sua alimentação.

As decisões que impõem a comprovação da renda do representante processual como o meio necessário para o deferimento da gratuidade de justiça, também vulneram, ainda que de forma indireta, o princípio fundamental

constitucional do acesso à justiça, eis que cria óbice para o qual não há previsão legal, para o caso da ação de alimentos. E, para as hipóteses até então trabalhadas, há um fator relevante que não se pode deixar de observar, pois em jogo o interesse de crianças e adolescente, destinatários primeiros de toda a tutela estatal possível.

Entende-se assim que a adoção da renda do representante legal como referencial para o deferimento ou indeferimento da gratuidade de justiça é medida errônea e que deve ser combatida, pois é prática não consentânea com a preservação e a proteção do direito fundamental aos alimentos que gozam as crianças e os adolescentes, titulares do direito de agir nas ações de alimentos.

6.3 CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DECISÃO JUDICIAL CONDICIONANTE

A adoção do expediente, pelo magistrado, de condicionar a concessão ou não da gratuidade de justiça para os autores na ação de alimentos, a apresentação de comprovante de renda do representante processual, é prática que se entende inadequada, desprovida de amparo legal e que traz imensuráveis prejuízos para a parte, tanto de ordem processual quanto de ordem material, consoante adiante expandido.

6.3.1 ATRASO NO INÍCIO DA MARCHA PROCESSUAL

Entende-se inequívoca a compreensão que o despacho prolatado no sentido de o representante processual comprovar sua hipossuficiência financeira, para fins de obter os benefícios da gratuidade de justiça, acaba por atrasar o início da marcha processual, eis que o magistrado deixa de fixar os alimentos provisórios e ordenar a citação, para abrir prazo para que a parte possa atender ao despacho, fazendo juntar os documentos que entender necessário para a obtenção do benefício, em manifesto prejuízo para o autor, menor que necessita dos alimentos com toda a urgência que é própria da matéria.

Não se pode olvidar que é a citação que completa a estrutura da relação jurídica, conforme magistério de Fredie Didier Júnior, *in verbis*:

Antes de citado, o sujeito indicado como réu é tão somente parte na demanda. Um dos efeitos da citação é justamente o de completar a estrutura tríplice da relação jurídica processual. Vale dizer: não tem ela, a citação, como comumente se diz, o condão de proporcionar a

formação do processo. O processo já existe desde o momento em que foi ajuizada a ação. (2010, p. 482)

Como se depreende, a ausência da citação não completa a relação jurídico-processual, não se podendo, portanto, imputar nenhuma cobrança ao réu, que até ser citado, não passa de simples parte, como visto acima. É a partir da citação que se constitui em mora o devedor e, no caso da ação de alimentos, a constituição em mora faz toda a diferença, pois será a partir desse momento que serão devidos os alimentos, consoante art. 240 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor...”.

6.3.2 O RETARDAMENTO DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

Outra gravosa consequência para o autor, no campo do direito material, acontece quando o magistrado deixa de ordenar a citação, *initio litis*, para abrir prazo para a apresentação de documentos do representante processual no sentido comprovar a sua hipossuficiência financeira, para fins de obtenção do benefício da gratuidade de justiça, pois enquanto não citado, não haverá obrigação por cumprir. Inobstante o dever de prover o sustento da prole seja um ônus natural, que decorre do simples fato de serem os genitores provedores da sua prole, a obrigação jurídica de prestar alimentos aos filhos, só se constitui a partir da citação, razão pela qual todo e qualquer obstáculo que retarde o ato citatório, é deveras prejudicial para a parte autora, que em regra é uma criança ou um adolescente a pleitear alimentos de um dos seus genitores.

Acerca dos efeitos materiais produzidos pelo ato da citação, registra Fredie Didier Júnior, nesses termos:

A citação válida também produz efeitos no âmbito do direito material. De acordo com os arts. 219 do CPC e 405 do CC-2002, a partir dela se constitui em mora o devedor. [...] Também conforme o art. 219, a citação válida interrompe a prescrição. Esse último efeito material ocorrerá mesmo que o ato da citação haja sido ordenado por juiz incompetente. (2010, p. 484).

Depreende-se que o ato da citação é tão relevante para o regular processamento do feito que mesmo quando determinado por juiz incompetente produz consequências para o réu. E, no caso da ação de alimentos, a questão é

ainda mais sensível e premente, pois a protelação do ato de citação, proposital ou não, impedirá que o autor possa cobrar do réu, o quanto antes, o adimplemento da obrigação que se busca constituir, em inequívoco prejuízo para si.

Quando o magistrado deixa de dar efetividade ao direito fundamental aos alimentos para, sem embasamento legal, determinar a apresentação de documento para a concessão do benefício da gratuidade de justiça, comete irreparável injustiça para com o detentor do direito material pleiteado na ação de alimentos, consoante se depreende da decisão judicial proferida nos autos do processo adiante reproduzida, julgada em 30.05.2017, *in verbis*:

Agravo de Instrumento. Ação de Alimentos. Pedido de alimentos provisórios. Decisão agravada de indeferimento do pedido de gratuidade de justiça requerida. Representante legal dos requerentes não ostenta perfil de juridicamente necessitada. Determinação de emenda da inicial para excluir a requerente Marcella, que não é registrada em nome do réu. Concessão de efeito suspensivo ativo. Réu alega que Marcella já atingiu a maioridade, tem pai biológico, além de ser detentora de 7.920 cotas em sociedade empresária. Audiência de conciliação marcada para o dia 19/05/2017. Indeferimento da gratuidade de justiça. Manutenção da filha socioafetiva Marcella no polo ativo da ação, cabendo ao juízo a quo, em sede de cognição mais ampla, o arbitramento dos alimentos provisórios e definitivos. Parecer da procuradoria em consonância. Recurso conhecido a que se dá parcial provimento. (2017, TJRJ. Agravo de Instrumento 0053674-29.2016.8.19.0000, décima segunda Câmara Cível).

É forçoso consignar, corroborando o entendimento até então defendido, a iniquidade do sistema, eis que a ação foi distribuída em 12.09.2016 e até o dia 30.05.2017, quando do julgamento do recurso de agravo de instrumento, mais de nove meses depois do ajuizamento da ação, ainda não havia sido definido o percentual dos alimentos provisórios, em manifesto e inegável prejuízo daquele que necessita de alimentos e é compelido a buscar sua realização no Poder Judiciário fluminense. Ainda mais preocupante é constatar que a linha de atuação dos magistrados de primeira instância é nesse sentido, qual seja, desconsiderar a regência legislativa da matéria, no que toca ao deferimento da gratuidade de justiça

na ação de alimentos, impondo ônus não previsto na legislação. E, o que mais causa estranheza e reclama atenção é que há comando legal expresso em sentido diametralmente oposto, mas inexplicavelmente alguns magistrados, ao que parece desconhecem as normas que são aplicáveis à matéria, impondo consequências de todo indesejáveis aos que buscam no judiciário a proteção de seus direitos.

Corroborando a assertiva das não raras decisões violadoras do direito material aos alimentos, reproduzimos mais um excerto de julgamento ocorrido em 11.04.2017, *in verbis*:

Apelação cível. Ação de Alimentos avoengos. Gratuidade de justiça revogada na sentença. Pedido de gratuidade em sede recursal. Questão preliminar do recurso, que se mostrou a única matéria de inconformismo em relação à sentença. Nova sistemática trazida pelo CPC/15. Sentença que revogou a benesse legal anteriormente concedida, sob o fundamento de que a genitora do autor tem renda suficiente para arcar com as despesas do processo e da condenação em honorários advocatícios. Fundamento que não pode subsistir. O direito à gratuidade de justiça é pessoal e intransferível. O Autor é maior de idade e sua mãe é terceira estranha ao processo... (2017, TJRJ. Apelação 0378808-16.2015.8.19.0000, nona segunda Câmara Cível).

Como é possível inferir da leitura da ementa do julgamento retro transcrito, o fundamento para a não condenação da genitora do autor da ação em custas e honorários advocatícios é o fato de ela não ser parte processual, linha de pensamento exatamente em sintonia com uma das vertentes defendidas como aderente a legislação de regência do instituto da gratuidade de justiça no âmbito da ação de alimentos.

Entretanto, a ausência de uniformidade no trato da matéria, mormente no sentido de se preservar na ação de alimentos o direito do destinatário primeiro da tutela estatal, seja na fase de conhecimento seja na fase executiva, é fator que preocupa, pois a loteria da distribuição não escolhe a demanda conforme a necessidade, e como já visto, entre uma equivocada decisão denegatória de fixação de alimentos, simplesmente pelo aspecto processual da concessão da gratuidade de justiça e o eventual acerto de uma segunda decisão que venha a corrigir o

posicionamento da primeira instância pode levar quase um ano, quando não mais, causando ao credor de alimentos inegável prejuízo de ordem alimentar, pondo-o sob o risco de morte, pois conforme já dito, sem alimentos não há vida. E, não se entende razoável, tampouco justificável a privação de alimentos por tão dilatado lapso temporal.

CONCLUSÃO

Essa dissertação de mestrado teve por objetivo analisar as decisões, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que condicionam a concessão da gratuidade de justiça, na ação de alimentos, a renda do representante processual do autor da ação. Constatou-se que os magistrados determinam, sob a pena de arquivamento, a apresentação de documentos que comprovem a afirmada hipossuficiência financeira do representante processual, objetivando aferir a capacidade de pagamento das custas e despesas iniciais do processo, em flagrante descompasso com as disposições da lei de regência do tema alimentos, Lei 5.478/68. Ocorre que o representante processual não é parte no processo, então por esse prisma não deve suportar as despesas desse processo. E quanto ao papel que cabe ao representante processual, na ação de alimentos, não restam dúvidas, esse não é parte no processo, está apenas se desincumbindo de uma obrigação legalmente imposta, a parte no processo é o representado, é o filho que vai ao judiciário pleitear alimentos de um dos genitores. Para além desse fato, quando o magistrado prolata essa decisão condicionante, sem tomar nenhuma outra medida, determinando tão somente a apresentação de documentos para a verificação da capacidade financeira, causa substancial prejuízo para o autor da ação, que em regra é uma criança ou um adolescente, que está buscando realizar, através da tutela estatal, o direito fundamental aos alimentos, pois nesse lapso, o processo não tem andamento, restando paralisado até que seja dado cumprimento à determinação e a marcha processual receba novo impulso, situação de todo desfavorável ao autor, porque não raro a definição da concessão ou não da gratuidade de justiça alcança vários meses, como confirmado nas decisões comentadas na seção antecedente.

No curso da dissertação, restou ainda comprovada velada ameaça ao direito fundamental de acesso à justiça, eis que advindo uma valoração equivocada por parte do magistrado, quando da análise dos documentos apresentados, inobstante tenha se verificado não haver suporte para essa exigência, poderia então o juiz, em um erro de julgamento, determinar o recolhimento das custas e, em não ocorrendo o pagamento, por falta de recursos, restaria prejudicado o direito fundamental de acesso à justiça que seria o meio idôneo para a realização do direito fundamental aos alimentos. Como se depreende a matéria encerra a violação direta a mais de um direito fundamental (alimentos e acesso à justiça), sendo também possível constatar

violações, por arrastamento ou indiretas, a outros direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana.

Entende-se totalmente equivocada e desprovida de fundamentos jurídicos a decisão que determina a comprovação documental da situação de hipossuficiência financeira do representante processual do autor na ação de alimentos, uma porque o necessitado de alimentos está a buscar a concretude de um direito inerente a sua condição de ser humano, direito esse já reconhecido como fundamental constitucional, devendo então o estado viabilizar a fruição do direito e não dificultar a sua consumação. E, duas, porque violadora de baliza processual que não comporta a perversa prática, qual seja, obrigar aquele que não é parte processual a suportar o ônus das custas e despesas do processo. E, consigne-se que o faz sem qualquer estribo jurídico, muito ao revés, denegam o benefício pretendido, *prima facie*, sem embasamento legal, confirmando a ilegalidade da decisão.

Uma ideia que surge da análise da matéria é no sentido de que as ações de alimentos, quando titularizada por menores, possam tramitar sem essa determinação de comprovação da capacidade financeira, pois essa conduta põe sob o risco o direito fundamental aos alimentos, bem como o direito fundamental de acesso à justiça, até porque, em regra, o sucumbente será o réu, então que esse suporte as despesas do processo, ou que lhe seja deferida a gratuidade de justiça, sendo o caso. Ou mesmo ainda, que fosse determinado o cite-se juntamente com eventual exigência de complementação documental ou outra hipótese, preservando assim o direito fundamental aos alimentos a que tem direito as crianças e os adolescentes.

Outra viável sugestão é no sentido de os magistrados, ante o direito fundamental constitucional que se está presente nas ações de alimentos, darem cumprimento aos dispositivos da lei de regência, que qualifica a ação como sendo de rito especial e que seu processamento independe de anterior concessão de gratuidade, não comportando essa construção que atropela a técnica processual ao determinar que aquele que não é parte no processo pague as despesas desse.

REFERÊNCIAS

A CRIANÇA e a fome. Disponível em: <<http://br.guiainfantil.com/direitos-das-criancas/429-a-crianca-e-a-fome.html>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. **Código Civil português anotado e actualizado**. 12 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direito e justiça em São Tomás de Aquino. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 93, p. 339-359, 1998. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/view/5426>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre a ação de alimentos e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 26 dez. 1973.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jul. 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 3. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 482.611-SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Município de Florianópolis. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de março de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, v. 60, 07 abr. 2010b.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 466.343-SP. Recorrente: Banco Bradesco SA. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, v. 210-2, p. 745, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Servanda, 1999. v. 1.

CHALITA, Gabriel. A evolução do conceito de Justiça. **Revista da Universidade Gama e Souza**, Rio de Janeiro, ano 6, n. 2, jul. - dez. 2007. Disponível em: <<http://www.gamaesouza.edu.br/site/revista.asp>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Elementos do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 5.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. Bahia: Podivm, 2010, v. 1.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). **Interpretação constitucional**: Reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Bahia: Podivm, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6.

GORON, Lívio Goellner. Acesso à Justiça e Gratuidade: uma leitura na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 195, p. 249-277, maio 2011.

HABERMAS, Jürgen. O papel da sociedade civil e da esfera pública política. In: _____. **Direito e democracia**: Entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, cap. 8, p. 57-121.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Berenice Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bestbook, 2001.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Garantia de acesso à justiça: In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (Orgs). **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. Tradução de Karina Jannini e Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Direito à Assistência Jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 67, p. 124-134, jul. – set. 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. **Alimentos e investigação de paternidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal de direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 25 de mar. 2017.

PELUSO, César (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 6. ed. Barueri: Manole, 2012, p. 1927.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em história**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

PLATÃO. **A República**. Trad. de J. Guinsburg. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1965.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Institui o Código Civil Português. **Diário [do] Governo Português**, Ministério da Justiça, Lisboa, 25 nov. 1966, p. 1883-2086. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf>. Acesso em: 23 de out. 2016.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Trad. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

TUCCI, José Rógério Cruz e (Org.). **Garantias constitucionais do processo civil**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 25 de mar. 2017.

_____. **Código de Hamurabi**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/codigo-de-hamurabi.html>>. Acesso em: 25 de mar. 2017.

VAINER, Bruno Zilberman. Assistência Judiciária Gratuita: um desafio de nosso tempo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 48, p. 213-244, jul. – set. 2004.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 6.

WALD, Arnaldo. **Direito de família**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.