

**ALIMENTOS ENTRE EX-CÔNJUGES: A AUSÊNCIA
DE CAUSA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO
UMA PROPOSTA DE APLICAÇÃO DA
PRESTAÇÃO COMPENSATÓRIA FRANCESA**

RENATA BARBOSA DE ALMEIDA

"A fixação alimentar após a dissolução matrimonial 'presentifica', mês a mês, o elo partido. A desconstituição da vida em comum, rompendo laços e projetos, perdura na alça da obrigação alimentar. Da vida em comum, um resquício. De cônjuge companheiro a provedor à distância".

Luiz Edson Fachin.

SUMÁRIO

EPÍGRAFE

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS

RESUMO

1 - ALIMENTOS: DEFINIÇÃO E CAUSA JURÍDICA

1.1 - Definição

1.2 - Causa Jurídica

1.3 - Disciplina jurídica de cada uma das espécies de dever alimentar

1.3.1 - Dever alimentar entre parentes

1.3.2 - Dever alimentar oriundo da vontade

1.3.3 - Dever alimentar oriundo do ato ilícito

2 - ALIMENTOS CONJUGAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 - Da Separação Consensual

2.1.1 - Definição

2.1.2 - Alimentos na Separação Consensual

2.2 - Da Separação Sanção

2.2.1 - Definição

2.2.2 - Alimentos na Separação Sanção

2.3 - Da Separação Falência e da Separação Remédio

2.3.1 - Definições

2.3.2 - Alimentos na Separação Falência e na Separação Remédio

2.4 - Do Divórcio

2.4.1 - Noções preliminares

2.4.2 - Divórcio por conversão. Alimentos fixados previamente

2.4.3 - Divórcio sem que tenha havido prévia fixação de alimentos

2.4.4 - Alimentos no Divórcio Direto

2.4.5 - Alimentos fixados após o Divórcio

2.5 - Alimentos no NCCB

2.6 - Síntese

3 - DIREITO FRANCÊS

3.1 - Importância do Direito Francês

3.2 - Separação de corpos francesa. Disciplina da pensão alimentícia

3.3 - Divórcio. Pensão alimentícia e sua evolução legislativa

3.3.1 - Da prestação compensatória

3.3.1.1 - Definição

3.3.1.2 - Fixação da prestação compensatória

3.3.1.3 - Forma da prestação compensatória

3.3.1.4 - Beneficiários da prestação compensatória

3.4 - Síntese

4 - FECHAMENTO DO PROBLEMA E PROPOSTA

- 4.1 - Causa jurídica dos alimentos conjugais no ordenamento brasileiro. O problema
- 4.2 - A prestação compensatória francesa. Proposta para sanar o problema da ausência de causa jurídica para os alimentos conjugais, no ordenamento brasileiro
 - 4.2.1 - Prestação compensatória. Delineamento
 - 4.2.1.1 - Disparidade de recursos
 - 4.2.1.2 - Oportunidade do pedido
 - 4.2.1.3 - Fixação da prestação compensatória
 - 4.2.1.4 - Disciplina jurídica
 - 4.2.2 - Fundamento para a aplicação da prestação compensatória
 - 4.2.2.1 - Fundamento prático: postura jurisprudencial atual
 - 4.2.2.2 - Fundamento teórico-normativo: Princípio Constitucional da Solidariedade
 - 4.2.2.2.1 - A solidariedade como dever jurídico
 - 4.2.2.2.2 - Princípio da Solidariedade. Norma constitucional de aplicação direta
 - 4.2.2.2.3 - Princípio da Solidariedade e Prestação compensatória
 - 4.2.3 - Da lege ferenda

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LISTA DE ABREVIATURAS

CCF - Código Civil Francês.

CF - Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

CPC - Código de Processo Civil. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

LD - Lei do divórcio. Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

LICC - Lei de introdução ao Código Civil. Decreto-lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942.

NCCB - Novo Código Civil Brasileiro. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

RESUMO

Este trabalho tenta definir a causa e a disciplina jurídica dos alimentos conjugais, no ordenamento brasileiro. A partir do delineamento das espécies alimentares havidas no direito nacional, demonstra-se que a questão posta é tratada de forma tumultuada pela lei, doutrina e jurisprudência. Identificando-se o não enquadramento dos alimentos conjugais em nenhuma das modalidades existentes, infere-se que efetivamente eles carecem de causa jurídica, no ordenamento nacional. Destarte, reconhecendo-se a delicada situação social do cônjuge que, com o fim do casamento, passa a ter comprometido seu sustento, propõe-se, como solução, a aplicação, no Brasil, do instituto francês denominado prestação compensatória. Referido instituto visa justamente equilibrar aquela disparidade das condições de vida dos ex-cônjuges, causada pelo fim do casamento, que traz risco à subsistência de um deles. Daí porque tê-lo por razoável a remediar a necessidade de um dos ex-consortes, após a extinção matrimonial, que antes era tutelada pela fixação dos alimentos conjugais. Para tanto, isto é, para a utilização do instituto, aqui no Brasil, foi preciso encontrar fundamentos na própria sistemática do Direito brasileiro. Invoca-se, nesta feita, como fundamento prático, a postura jurisprudencial, e como fundamento teórico-normativo, o Princípio constitucional da solidariedade. A postura jurisprudencial porque demonstra tendência em definir prazo para os alimentos conjugais, argumentando que estes devem servir apenas para auxiliar o cônjuge a obter condições de sozinho se manter. O Princípio da solidariedade, por sua vez, porque exige a cooperação com o outro que tem comprometido o desenvolvimento da sua personalidade devido à desigualdade social.

1 - ALIMENTOS: DEFINIÇÃO E CAUSA JURÍDICA.

1.1. Definição.

Nas insígnias palavras de Orlando Gomes: "alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si" (GOMES, 2000: 427). De fato, em regra, deve o indivíduo procurar, por si mesmo, obter os meios materiais indispensáveis à sua subsistência. Ocorre que, contudo, às vezes, situações como velhice ou doença impedem que assim se faça, tornando imprescindível o auxílio de outrem para a respectiva manutenção. Daí os alimentos.

1.2. Causa Jurídica.

Costumeiro se definir em doutrina que o direito de alimentos advém da lei, da vontade ou do ato ilícito. O próprio Orlando Gomes diz oriundos da lei aqueles expressos em nossos diplomas, que pressupõem um vínculo de família entre as pessoas envolvidas; da vontade, os oriundos de contrato ou de testamento (mediante legado); do ato ilícito, por sua vez, os oriundos do dever de indenizar definido em sentença condenatória (GOMES, 2000:427).

Os alimentos legais, então, convém frisar, são aqueles que se devem por direito de sangue (jus sanguinis), pelo fato de haver uma relação de natureza familiar. Assim, tais alimentos representam, antes, uma manifestação do dever de solidariedade entre os membros de um mesmo grupo (WALD, 1999:57). À lei coube, na verdade, somente reconhecê-lo e nele incutir coercitividade. Nas palavras de Roberto de Ruggiero, "tendo surgido primeiramente como um dever ético, um officium, confiado à pietas e às normas morais, é depois englobada no direito, que a eleva a obrigação jurídica e a mune de sanção"(RUGGIERO, 1999, v. 2: 73). E, lembre-se, se parentes são aqueles que têm um ancestral comum (excluído o parentesco por afinidade), os que não o tiverem não podem pleitear referidos alimentos.

"Acentue-se, desde logo, o cunho tipicamente familiar do instituto que se funda, exclusivamente, no vínculo de parentesco, no jus sanguinis. Só os parentes, isto é, as pessoas que procedem de um mesmo tronco ancestral, devem alimentos. Não existe semelhante obrigação entre afins, por mais próximo que seja o grau de afinidade" (MONTEIRO, 1973:274) (grifou-se).

Os alimentos oriundos do contrato ou do testamento, por sua vez, podem ser fundidos quando se identifica que têm como causa comum um negócio jurídico. A diferença é apenas que no primeiro caso o negócio jurídico se dá inter vivos e no segundo, causa mortis.

É plenamente possível instituir, em sede contratual, o dever alimentar de um em favor do outro, sejam eles quem forem, parentes ou não. Não há vedação legal. Sob o mesmo raciocínio, também nada obsta se institua legado cujo objeto seja a prestação de alimentos a outrem. Até mesmo porque, neste caso, existe expressão permissiva legal, qual seja o artigo 1.920 do NCCB.

Os alimentos oriundos do ato ilícito, por fim, são os ditos indenizatórios, devidos pelo que agiu em desacordo ao permitido, ao lícito, àquele que sofreu o dano proveniente desta conduta. Têm sede no artigo 186 do NCCB, sendo bons exemplos o homicídio ou mesmo da lesão corporal de natureza gravíssima (que impossibilita a vítima trabalhar), dentre outros ilícitos.

Razão para tanto é que morto ou lesionado, não pode mais o ofendido contribuir para o sustento de seus dependentes e/ou não pode mais manter-se por si só. Nesta feita, nada mais coerente que determinar venha o autor do fato gerador de tal inaptidão prover as necessidades vitais do ofendido e/ou de seus familiares (quando a vítima era a fonte de sustento familiar, única ou preponderante). Esta constitui a verdadeira reparação dos danos causados.

1.3. Disciplina jurídica de cada uma das espécies de dever alimentar.

1.3.1. Dever alimentar entre parentes.

Neste ponto, cumpre se valer das palavras de Yussef Said Cahali: "só os alimentos legítimos (leia-se legais), assim chamados por derivarem ex dispositive iuris, inserem-se no Direito de Família"(CAHALI, 1998b:22). Isto quer significar que apenas tais alimentos são recíprocos; fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada; variáveis conforme a variabilidade da fortuna dos envolvidos; intransmissíveis; irrenunciáveis, imprescritíveis e impenhoráveis.

A reciprocidade provém da própria reciprocidade do vínculo parental, a causa jurídica. C é

parente de D tanto quanto D é parente de C e, assim, C tem direito de pleitear alimentos de D da mesma forma que D tem direito de pleitear alimentos de C (MIRANDA, 2000, v.9:286). Sob o mesmo raciocínio, o binômio necessidade-possibilidade e sua inerente variabilidade coincidem exclusivamente com o parentesco. Uma vez parentes, inerente e inescusável o dever alimentar. Nesta feita, a necessidade real aparece como o único motivo de sua instituição. Isto quer dizer que não se valem tais alimentos a também sancionar o alimentante (como os alimentos indenizatórios) ou a também promover uma liberalidade (como os alimentos contratuais ou o legado). São estritamente definidos para concretizar o dever de solidariedade familiar.

Destacando-se esta solidariedade, parece coerente que, se de um lado desponta a necessidade, do outro há que despontar a possibilidade do devedor, sob pena de, aí sim, inserir-se objetivo outro na respectiva pensão alimentar que não a comunidade de interesses que une qualquer família. E, por via de consequência, afastar a natureza familiar da pensão.

Quanto à variabilidade, funda-se no fato de que, ainda que persistente a causa jurídica (o vínculo de família) e inescusável o dever alimentar, as dimensões do binômio necessidade-possibilidade se modificam, porque concretas. Portanto, enquanto determinantes do quantum da pensão alimentícia, uma vez variando, faz também variar o valor devido.

No que tange a intransmissibilidade e a impenhorabilidade, suficiente argumentar: "porque pessoal a relação de obrigação, visto repousar no vínculo familiar que liga o devedor ao credor" (RUGGIERO, 1999, v.2:77). Em outras palavras, porque proveniente de uma relação personalíssima, de parentesco, não se deve autorizar sejam os alimentos destinados a um terceiro. Afinal, porque parentes os sujeitos é que existe o dever alimentar. Não o sendo, passa este a inexistir.

A irrenunciabilidade e a imprescritibilidade, enfim, podem ser explicadas pelo já citado caráter permanente do fundamento alimentar, qual seja o parentesco. Afinal, se permanente a causa, também permanente o direito (ainda que potencial) que é seu efeito. Não há como afastar o vínculo familiar e, pois, não há como afastar os respectivos alimentos, daquele decorrentes. Para finalizar o elenco das peculiaridades dos alimentos devidos em função da solidariedade familiar, imprescindível citar Roberto de Ruggiero, quando identifica mais um caráter distintivo desta espécie alimentar face às demais. Veja-se:

"Na verdade, ao passo que nos alimentos devidos por convenção, por testamento ou por causa de delito ou quase-delito, a obrigação surge no dia da convenção, da abertura da sucessão ou da prática do delito (...) É a partir do dia da propositura da ação que as prestações alimentares serão devidas por um parente ao outro" (RUGGIERO, 1999, v.2:78)

1.3.2. Dever alimentar oriundo da vontade.

Segundo Luiz Edson Fachin: "a obrigação alimentar, através de um pacto ou convenção, é lícita à luz da obediência das regras gerais do negócio jurídico" (FACHIN, 1999a:281). Desta forma, desde já convém afirmar que não há pretender fazer incidir nestas espécies de alimentos as características atinentes àqueles de direito familiar. A razão para isto é simples. Conforme se demonstrou há pouco, o parentesco, que é a causa jurídica alimentar naquele caso, traz implícito o dever de solidariedade familiar. Dever do qual não se pode furtar o alimentante. Assim, tornam-se plenamente justificadas todas as características então delineadas. Ao revés, note-se que no caso dos alimentos derivados do contrato ou do legado, não preexiste este dever de solidariedade familiar. Os envolvidos podem nem sequer parentes serem. Na presente espécie, como bem frisou Fachin, os alimentos se determinam por um negócio jurídico. E um negócio jurídico puro, desprovido de qualquer causa prévia (como a solidariedade familiar). O devedor de alimentos, na verdade, não tinha anteriormente qualquer dever alimentar para com o credor. Este não lhe era imposto. Ao contrário, por si resolveu contraí-lo.

Não há falar em reciprocidade. Não vinga o raciocínio de que o fato de alguém voluntariamente prestar alimentos a outro faz com que este outro se obrigue a prestar alimentos àquele. A voluntariedade não é capaz de gerar tal obrigação.

Não há falar no binômio necessidade-possibilidade. O valor da pensão pode não suprir totalmente a necessidade do alimentado, ainda que as condições financeiras do alimentante possibilitassem fosse maior. Pode não haver mesmo necessidade. É plenamente possível se estipulem alimentos voluntários à pessoa capaz de se auto-sustentar. Por via de consequência, também não cabe falar em variabilidade do valor da pensão (a não ser que voluntária).

Quanto à intransmissibilidade e a impenhorabilidade, ainda que possam ser afastadas porque

não haveria aqui a pessoalidade do vínculo familiar, podem existir se assim ficar estipulado. Do contrário, nada obsta sejam os alimentos transferidos a outrem ou dados como garantia do pagamento de dívida.

Não há falar, por fim, em irrenunciabilidade ou imprescritibilidade. Isto porque, se a justificativa destas características é a persistência do dever de solidariedade familiar, inexistindo sequer este dever, não cabe tentar mantê-lo. O credor pode perfeitamente renunciar e não aceitar a pensão. Neste caso, não terá direito a pleiteá-la posteriormente.

1.3.3. Dever alimentar oriundo do ato ilícito.

Novamente Luiz Edson Fachin define: "os alimentos de natureza indenizatória, fixados mediante acordo das partes ou por decisão judicial, veiculam obrigação ou condenação ao pagamento, não raro em prestações periódicas em favor de outrem"(FACHIN, 1999a:281).

Diferentemente dos alimentos voluntários (derivados do contrato ou do legado), esta espécie advém de um dever legal. Porém, este não é fator suficiente a equiparar tais alimentos aos legais, posto que o dito dever é de indenização do ato ilícito, em nada coincidente com o dever de solidariedade familiar. O dever de indenização só existe quando, e somente quando, há ato ilícito gerador de dano a terceiro. É no momento da prática ilícita que ele surge. Pode, assim, nem sequer vir a existir. Ao contrário, o dever de solidariedade familiar existe sempre, na medida da existência do parentesco. É como se surgisse com a própria pessoa.

O mais importante a ser notado nesta espécie alimentar indenizatória é o seu escopo. Os alimentos legais (familiares), já se afirmou, intentam, verdadeiramente, suprir a necessidade do parente-alimentado, de acordo com a possibilidade do parente-alimentante. Os alimentos indenizatórios, por sua vez, ainda que pretendam também suprir a necessidade do ofendido ou de seus familiares (provocada pelo ato ilícito), têm a função de sancionar o ofensor. Neste sentido, de antemão se despreza o binômio necessidade-possibilidade, já que a pensão indenizatória pode não se preocupar, como a familiar, com a possibilidade do devedor. Afinal, se o valor fixado em nada comprometer os ganhos do mesmo, fatalmente não cumprirá aquela função sancionatória. Por via de consequência, não cabe aqui a variabilidade, embutida no binômio.

As características de intransmissibilidade e de impenhorabilidade se afastam também desta espécie porque, ainda que se pudesse imaginar a pessoalidade justificadora (por identificação do prejudicado e do ofensor), a função condenatória obstaria a validade de tais impedimentos.

Quanto a irrenunciabilidade e a imprescritibilidade, enfim, pensa-se também não vingar aqui. Nos alimentos legais (familiares), veda-se a renúncia ou afasta-se a prescrição porque, sendo permanente o dever de solidariedade familiar, a necessidade advinda a qualquer tempo justifica a pensão. Isto, porém, não ocorre nos alimentos indenizatórios. O dever de indenização só existe no momento do ato ilícito e da necessidade por ele gerada. Necessidade posterior sem nexos causal com a prática ilícita não enseja alimentos reparatórios. Quando o ofendido renuncia ou não requer o direito alimentar, é de se presumir não carecer do mesmo. Os alimentos se justificam pela imediata necessidade gerada.

2 - ALIMENTOS CONJUGAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

2.1. Da Separação Consensual.

2.1.1. Definição.

Pode-se definir a separação consensual como a dissolução da sociedade conjugal, segundo acordo volitivo das partes. Nas palavras de Roberto de Ruggiero: "é aquela que, sem ação prévia e independentemente das causas que o provocam, tem lugar por acordo entre os cônjuges."(RUGGIERO, 1999, v.2:258) (grifou-se)

Sabido é que, em nosso ordenamento, a separação se rege pela regra segundo a qual a identificação da causa pode ensejar determinada consequência jurídica. Por exemplo, a identificação do culpado pela extinção matrimonial, pode fazer com que ele perca o direito aos alimentos. Ocorre, porém, que na separação consensual se desmerece a causa do fim da conjugalidade, justamente porque concordes os cônjuges em dissolver a sociedade conjugal. Nesta feita, as consequências legalmente determinadas não vingam neste caso, acabando por

se conceder aos cônjuges certa margem de liberdade para dispor acerca.

2.1.2. Alimentos na Separação Consensual.

Neste ponto, interessante fazer remissão ao artigo 1.121 do CPC, quando enuncia sobre o conteúdo imprescindível da petição inicial de separação consensual. Destaque-se o que dispõe o inciso IV: "a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter".² De pronto vem o questionamento: qual a causa jurídica destes alimentos devidos entre os ex-cônjuges? Seriam eles legais/familiares, indenizatórios ou voluntários?

A doutrina não responde satisfatoriamente a questão e quando chega a enfrentá-la, em conclusão, acaba apenas fundamentando-se na previsão legal.

A despeito, vale destacar a mais comum tese doutrinária de que a causa jurídica dos alimentos conjugais na separação (consensual ou litigiosa) seria a persistência do dever de mútua assistência até o divórcio, consoante interpretação a contrario sensu do artigo 3º da LD. Neste sentido, Luiz Edson Fachin enuncia que os alimentos "quando fixados entre os cônjuges explicitam a continuação do dever de mútua assistência" (FACHIN, 1999a:282).

A razão para tanto, segundo uma análise crítica, seria o paternalismo reinante outrora. Afinal, o casamento representava uma transferência do dever de sustento da mulher, até então dever do pai, ao marido. "A concluir, pelo esforço da idéia patriarcal, de que cabe ao homem sustentar a mulher, seja a figura masculina representada pelo ex-marido, pelo concubino ou pelo pai" (LEITE, 1997:707).

O casamento efetivamente era uma instituição na qual já se encontravam preestabelecidos todos os direitos e deveres dos consortes. Ao homem cabia prover o sustento e direcionar a família; à mulher, apenas se dedicar aos afazeres domésticos e aos filhos. E assim sendo, "constituindo a atividade do marido, ordinariamente, a fonte exclusiva de ganho, impõe-se-lhe a obrigação de manter a mulher e a prole" (Silvio Rodrigues apud LEITE, 1997:703). Ademais, a idéia da indissolubilidade matrimonial vinha sublinhar a irreversibilidade daquela transferência do dever de sustento ao marido. Este, então, permaneceria obrigado, ainda que porventura findasse o casamento.

Porém, como bem assevera J.M. Leoni Lopes de Oliveira "devemos questionar se diante da nova Constituição deveríamos aceitar o conceito de mútua assistência oferecido pela maioria dos nossos doutrinadores" (OLIVEIRA, 2002:14). A verdade é que se presencia, hoje, uma mudança paradigmática. O casamento, deixando de ser a única forma legítima de constituição familiar, abandona a função institucional "para tornar-se, antes de tudo, o espaço do companheirismo e do afeto" (PEREIRA, 1999b:325). Nas célebres palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, "a família, portanto, não se acha mais fundada em rígidas hierarquizações, preocupadas com a preservação do matrimônio do casal e do patrimônio familiar, para se revelar como o espaço privilegiado de realização pessoal dos que a compõem" (MORAES, 2001d:180). Em conclusão, lícito afirmar que, hodiernamente, a regra é a de que o casamento se forma sobre a comunhão conjugal. A contração dos deveres respectivos, pois, justifica-se na intenção de comunhão de vida. Ao revés, não mais existindo este objetivo, razão deixa de haver para a persistência dos deveres. Por isso, ousa-se discordar do enunciado por Yussef Said Cahali:

"(...) enfim, a obrigação de contribuir para os encargos do matrimônio cessa ao término do matrimônio, enquanto, em certa medida, a obrigação alimentar sobrevive a ele (...) a obrigação alimentar, diversamente, vincula-se mais simplesmente ao estado de cônjuge, prescindindo da vigência da sociedade conjugal". (CAHALI, 1998b:184) (grifou-se).

Ora, como falar em "estado de cônjuge" sem que persista a sociedade conjugal? São conceitos decorrentes e interdependentes. É o próprio autor que em outra obra afirma que "àquela que, não mais sendo casada, evidentemente não mais desfruta da vantagem condicionada ao estado de cônjuge" (CAHALI, 1994a:1314). Enfim, plenamente despropositada a tese doutrinária de se definir como causa jurídica dos alimentos conjugais a transformação do dever de sustento em dever alimentar. Isto porque, aquele, acabando juntamente com o casamento, não pode mais dar ensejo a nada.

Não podem também estes alimentos, definidos em sede de separação consensual, serem tidos como legais. Os alimentos legais advêm da preexistência do dever de solidariedade familiar, do vínculo de parentesco. E, definitivamente, cônjuges não são parentes, não têm ancestral comum. Que dirá, então, os ex-cônjuges! Igualmente, não cabe tentar definir referidos alimentos

como indenizatórios. Afinal, estes últimos advêm da prática de ato ilícito, gerador de dano a terceiro. In casu, não há ilícito algum, nem mesmo dano.

A hipótese é de consenso. O casal concorda em se separar e, assim, tem certa margem de liberdade para dispor sobre os atinentes efeitos da separação, dentre os quais se incluem os alimentos. Seria, portanto, o contrato, o acordo de vontades, a causa jurídica dos mesmos? Seriam os alimentos conjugais, neste caso, voluntários?

"A separação consensual é negócio jurídico bilateral, que tem como fim precípua legalizar a conveniência dos cônjuges de viverem separados, estabelecidas e reguladas as consequências da dissolução da sociedade conjugal, tanto na ordem pessoal como na patrimonial. É fonte de direitos e obrigações unitariamente entrosados numa situação jurídica indivisível e inalterável, no conteúdo, pela vontade das partes". (GOMES, 2000:217) (grifou-se).

Considerando desta forma, forçoso reconhecer que a regência jurídica deve ser a da disciplina obrigacional. O que quer significar que os alimentos definidos prescindem de atenção ao binômio necessidade-possibilidade, que não são recíprocos, intransferíveis, impenhoráveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, conforme se minudenciou no item 1.3.2. E é justamente nesta coerência que pecam a legislação e, conseqüentemente, os tribunais. Note-se a previsão do artigo 34, § 2º, da LD: "o juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges".

Os alimentos voluntários, já se definiu, não se vinculam a dever prévio. São verdadeiramente autônomos, desatrelados de toda e qualquer relação, justamente porque nenhum interesse é oponível para que sejam instituídos. Daí, ao condicionar a lei a definição dos mesmos à preservação dos interesses do cônjuge, acaba por afastar o caráter voluntário, de liberalidade que teriam. E se não são voluntários, qual a causa jurídica? Permanece, enfim, a indefinição.

2.2. Da Separação Sanção.

2.2.1. Definição.

Para bem delimitar o que venha a ser separação sanção, vale utilizar as palavras de Roberto Ruggiero:

"É a pedida por um cônjuge ao outro quando, quem exerce a ação, pretende demonstrar que é determinada pela culpa do outro cônjuge e, deste modo, fazer com que resultem consequências desvantajosas para o culpado (...) a lei submete o cônjuge culpado a sanções (...)" (RUGGIERO, 1999, v.2:251-252) (grifou-se).

Neste sentido é a previsão do caput do artigo 5º da LD, ao determinar como causa da separação sanção conduta desonrosa ou ato que viole qualquer dos deveres matrimoniais e torne insuportável a vida em comum.

2.2.2. Alimentos na Separação Sanção.

Conforme adiantou o conceito supra, o dever alimentar conjugal aparece como sanção para aquele que tenha dado ensejo à separação. É o que dispõe o artigo 19 da LD. Sob estes termos, parece emergir novamente a questão da causa jurídica de tais alimentos assim devidos. Ao contrário, porém, do que se deu com os alimentos definidos em separação consensual, para este caso tem resposta a doutrina. Ei-la:

"(...) fica difícil atribuir enfoque assistencial (...) eis que a consequência da avaliação da culpa é em regra uma medida reparatória, não assistencial (...) enquanto vigorar o artigo 19 da Lei 6.515, o dever de prestar alimentos, imposto ao cônjuge responsável pela separação ou divórcio, configura mesmo uma obrigação de natureza indenizatória, de conteúdo puramente patrimonial, e não assistencial". (GIORDANO, 1999:46) (grifou-se)

Uma vez tidos por indenizatórios os alimentos definidos em separação sanção, é de se concluir que a disciplina jurídica atinente não deve atentar ao binômio necessidade-possibilidade, tampouco considerá-los intransmissíveis, impenhoráveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Porém, não é isto que se averigua na realidade forense. Mais uma vez, insistem nossos operadores do Direito em dar aos alimentos conjugais, aqui tidos por indenizatórios, tratamento que é peculiar aos alimentos legais, oriundos do parentesco. Levam-se em consideração todas aquelas características supracitadas, quando assim não se deveria fazer.

Diante disso, a questão pode parecer de fácil resolução. Afinal, bastaria a aplicação da disciplina jurídica correta, decorrente do Direito Obrigacional. Contudo, existe outro fator que leva a quesitar a própria validade da instituição do dever alimentar, nestes moldes. Este fator é a própria causa indenizatória, a aferição da culpa pela dissolução da sociedade conjugal.

Inicialmente, cumpre destacar que realmente houve uma justificativa axiológica para o relevo dado à culpa. Gustavo Tepedino, de forma clara e acurada resume:

"O casamento era assim valorado como um bem em si mesmo, necessário à consolidação das relações sociais, independentemente da realização pessoal dos seus membros. O rompimento da sociedade conjugal, portanto, afigurava-se como o esfacelamento da própria família, reprovado socialmente, a despeito das causas subjetivas que o motivaram. (...) o vínculo matrimonial deveria ser preservado, na lógica do Código, mesmo se os cônjuges individualmente já não mantivessem qualquer vida em comum". (TEPEDINO, 2001a:202) (grifou-se).

A extinção matrimonial, na verdade, representava inegavelmente um pecado social (TEPENDINO, 2001a:94). E como todo pecado, sujeito a castigo, a sanção. Em resumo, o que justificava a determinação sancionatória do dever alimentar ao cônjuge tido por "culpado" era a contrariedade à regra da indissolubilidade matrimonial. A manutenção do vínculo era sagrada, sendo assim considerada sempre prematura a dissolução (Mário Moacyr Porto apud CAHALI, 1998b:377). Ademais e, sobretudo, o fim do casamento representava o fim da assistência (CAHALI, 1994a:908). E, então, reiterando a idéia já tecida sobre o patriarcalismo reinante, concernente à transferência irrevogável de referido dever do pai ao marido, reconhecia-se que a mulher ficaria em completo desamparo.

O que ocorre, porém, é que, indubitavelmente, o casamento perdeu a sua indissolubilidade. "A história já nos mostrou que o princípio jurídico da indissolubilidade não se sustentou diante da revolução dos valores morais e sexuais" (PEREIRA, 1999b:326). A comunidade familiar "não expressa um valor superior às pessoas, sendo tutelada somente na exata medida em que for capaz de preservar a dignidade da mulher, do homem e dos filhos" (TEPEDINO, 2001a:204). Enfim, aquelas normas que privilegiam a instituição matrimonial, em detrimento dos seus membros não têm mais qualquer base de validade.

A própria ordem constitucional instaurada a partir de 1988, afastou a antiga idéia. Para tanto, basta atentar à previsão do artigo 226, §§ 5º e 8º que, respectivamente, determina a igualdade de direitos e deveres conjugais entre o homem e a mulher e assegura a assistência estatal à família, na pessoa de cada integrante.

João Batista Villela, já na década de 70 brilhantemente enunciou:

"Vício seríssimo da lei é o de ainda estruturar sobre o velho e decadente princípio da culpa. A mais significativa evolução, que se processa hoje no mundo (...) é o abandono do princípio da culpa (Verschuldensprinzip) em favor do princípio da deterioração factual (Zerrüttungsprinzip)" (João Batista Villela apud PEREIRA, 1999b:328-329) (grifou-se).

É realmente imperioso reconhecer que o casamento, inobstante seja também hoje contraído para perdurar, pode encontrar obstáculos tais que o levem a se dissolver. Nesta feita, parece incoerente invocar a estrutura jurisdicional para identificar o responsável pelo fracasso conjugal. Rodrigo da Cunha Pereira, usando de linguagem quase poética, mas real, assim descreve:

"No casamento, quando se depara com o cotidiano e o véu da paixão já não encobre mais os defeitos do outro, constata-se uma realidade completamente diferente daquela idealizada. Pensa-se até que houve engano na escolha do cônjuge ou companheiro e começa-se a atribuir-lhe a culpa pelo fracasso do casamento. Instala-se então o litígio conjugal para procurar um culpado. Não tendo capacidade para resolver seus próprios conflitos, as partes transferem essa responsabilidade para um juiz, na esperança de que ele, o 'Grande outro' para usar da expressão psicanalítica, venha apresentar a solução mais adequada. E o amor, quem diria, foi parar na justiça" (PEREIRA, 1999b:326).

Então, não há negar a atualidade e coerência do princípio da deterioração factual, invocado por João Batista Villela. Até mesmo porque, o que porventura vier a ser identificado como culpa, pode não ser a causa extintiva matrimonial, mas consequência de um outro fator. A exemplificar, pode ocorrer que o abandono do lar por um seja resultado de uma indiferença do outro.

Enfim, "no momento em que o casamento perde sua preponderância de núcleo econômico e de reprodução, para ser espaço de realização e troca de afeto e amor, não faz mais sentido encontrar um culpado pelo seu termo final" (PEREIRA, 1999b:335). Em última instância, não cabe mais dar ensejo à prestação alimentar conjugal indenizatória. É ineficaz a previsão do

artigo 19 da Ld3.

2.3. Da Separação Falência e da Separação Remédio.

2.3.1. Definições.

A separação falência pode ser definida como aquela fundada na comprovação judicial do fim fático do casamento. É a que reconhece a extinção da comunhão de afeto, base atual da família. Tem sede no artigo 5º, §1º da LD.

Verdadeiramente, digna de aplauso é a presunção legal de que o casal que não mais convive por prolongado prazo (um ano ou mais), não tem mesmo a intenção de prosseguir no relacionamento conjugal. E se eles próprios não mais o pretendem, não cabe ao Estado por eles pretender, como se dava outrora. Indubitavelmente, esta deve ser a função exercida pelo Direito. À ele cumpre cancelar a vontade dos cônjuges, já que é ela que funda a família. Se a manutenção familiar somente se justifica se e na medida em que promove a realização da personalidade de seus membros (TEPEDINO, 2001a:203), quando passar a representar óbice a tanto há que ser dissolvida.

"O recurso ao Direito de Família deve sempre servir ao interesse maior do amor, quer para mantê-lo (quando o grupo familiar ainda permanece integral), quer para minorar sua ausência (quando a ruptura põe fim a um projeto de vida em comum)" (LEITE, 1997:696).

A separação remédio, por sua vez, é aquela justificada pela grave doença mental de cura improvável contraída por um dos cônjuges, após o casamento, que já dure ao menos cinco anos e que torne impossível a continuação da vida em comum. Vem prevista no artigo 5º, §2º, da LD. Ocorre, porém, que esta espécie de separação hoje se encontra comprometida, como bem lembra Maria Berenice Dias: "possibilitada (...) a busca do divórcio, com base só no transcurso de dois anos de separação, sendo desnecessário motivar o pedido, dificilmente alguém pediria a separação sob o fundamento de doença com duração superior a cinco anos" (DIAS, 2002:70).

2.3.2. Alimentos na Separação Falência e na Separação Remédio.

É possível dizer que, uma vez baseadas as separações falência e remédio em causas objetivas, afastada a identificação de um culpado pelo fim do casamento. Assim sendo, afasta-se de antemão a incidência do já citado artigo 19 da LD. Inobstante, atente-se à previsão do artigo 26 da LD, quando prevê que "o cônjuge que teve a iniciativa da separação continuará com o dever de assistência ao outro". A lei parte do pressuposto absurdo de que aquele que requereu a separação é presumivelmente o culpado pela extinção matrimonial.

"A ação do art. 5º, §§ 1º e 2º, fundada, assim, em causa objetiva, e portanto ausente o pressuposto da culpa do demandado, faz presumir, isto sim, a culpa daquele que tomou a iniciativa judicial do desquite, sendo intuitivo que, se tivesse causa jurídica enquadrável no art. 5º, caput, para a dissolução da sociedade conjugal (...) tê-la-ia preferido para, desse modo, não só obter a liberação da prestação alimentícia eventualmente devida ao cônjuge que 'há muito o desconsiderou' (no caso de separação de fato), como também para obter a condenação do desertor nos termos do art. 19" (CAHALI, 1994a:933).

Se a culpa já é um fator que não convém relevar, conforme dito anteriormente, que dirá presumi-la pela iniciativa da ação. E, pior, fazer dela decorrer a obrigação alimentar. Como a previsão legal do artigo 19, pode-se dizer que a do artigo 26 também é ineficaz. Não são, por isso, devidos alimentos.

2.4. Do Divórcio.

2.4.1. Noções preliminares.

Sendo a separação o instituto que extingue a sociedade conjugal, pode-se dizer que apenas o divórcio e a morte são capazes de efetivamente dissolver o casamento. Isto segundo a própria lei (artigo 2º, parágrafo único da LD). Nestes termos, uma boa definição de divórcio é a que o considera como "o processo que mediante sentença, dissolve em vida dos cônjuges o casamento em todos os seus efeitos, nos casos e condições predeterminados na lei" (SERPA LOPES, 2000:207) (grifou-se).

Frise-se, pois: o divórcio põe termo ao matrimônio e, conseqüentemente, a todos os efeitos dele decorrentes. É aí que se inicia a confusão legislativa, doutrinária e jurisprudencial, quanto aos alimentos, conforme se demonstrará.

Existem duas modalidades de divórcio: direto e por conversão. O divórcio direto é aquele requerido com base na ruptura fática da vida conjugal por dois anos consecutivos (artigo 40, caput da LD). O divórcio por conversão, por sua vez, é aquele requerido após passado um ano da sentença declaratória da separação judicial ou da cautelar correspondente (artigo 25, caput da LD).

2.4.2. Divórcio por conversão. Alimentos fixados previamente.

Na modalidade do divórcio por conversão, como se definiu, já houve separação judicial (seja consensual ou litigiosa). Destarte, já existiu oportunidade de se definir certas matérias atinentes ao fim da sociedade conjugal, dentre as quais os alimentos. Por isso, pertinente atentar para as conseqüências que o divórcio traz à fixação ou não dos mesmos. A questão é definir se continuam devidos os alimentos previamente fixados, se podem ser estabelecidos na sentença de divórcio porque não o foram quando da separação e, sobretudo, se, uma vez não determinados nesta sentença, podem vir a ser em ulterior oportunidade.

Tudo deveria depender do fundamento da fixação alimentar. Contudo, não é este o tratamento doutrinário dado. A doutrina dita a regra de ficar a critério dos cônjuges manter ou modificar os alimentos já definidos, sendo consensual a conversão (CAHALI, 1994a:1312-1313) (OLIVEIRA, 2002:72-73). E isto sem sequer mencionar a causa jurídica fundamentadora deles. Ou seja, tendo sido consensuais ou derivados da culpa - se é que se possa falar em culpa - a solução é a mesma: podem os consortes mantê-los ou modificá-los. Aí se inicia a desarmonia.

Quando tiverem sido consensualmente estipulados os alimentos, na separação, mantidas ou modificadas as condições da prestação, parece certo que a classificação dos mesmos não varia. Permanecem de natureza consensual. Disto se deve extrair que a disciplina jurídica regente deveria ser a obrigacional. A doutrina, porém, assim não reconhece, preferindo manter o tratamento de tais alimentos como se legais/parentais fossem. Por isso, novamente vem à tona a questão dos alimentos conjugais voluntários, já tratada no tópico da separação consensual.

Quando, de outra banda, tiverem sido os alimentos fixados devido à culpa de um dos cônjuges, deixando a critério dos mesmos a manutenção ou modificação, ao contrário do que ocorre com os alimentos consensualmente definidos, variar-se-á a classificação. De indenizatórios passarão a voluntários. Daí se questionar: qual a razão para tal mudança? Crê-se ser nenhuma.

O fato só serve para asseverar a idéia de a culpa ser aspecto que não deve ser levado em consideração para definir o dever alimentar. Afinal, ainda que tida como causa para os alimentos na separação, perderá sua relevância quando da conversão em divórcio, vez que, nesta oportunidade, a manutenção ou não da pensão depende estritamente da vontade dos ex-consortes.

Como se não bastasse, também em relação a estes alimentos a doutrina dá tratamento jurídico errôneo, peculiar aos alimentos legais/parentais.

Quanto às separações falência e remédio, por sua vez, vige a regra do já citado artigo 26 da LD, quando determina que os alimentos permanecerão devidos após o divórcio. Aqui, então, a doutrina afasta a regra de ficar a critério dos cônjuges a manutenção ou modificação das condições da prestação dos alimentos. A letra legal é taxativa acerca da persistência do dever.

Quanta incoerência. Primeiro porque infundada a presunção de que o cônjuge que requereu a separação é o culpado pelo fim do casamento e que, por isso, deve alimentos ao outro, dito inocente. Mesmo porque, consoante exaustivamente dito, crê-se na insubsistência do critério da culpa como determinador do dever alimentar. Segundo porque, ainda que se tivesse por correta a definição dos alimentos indenizatórios, crê-se não haver razão para autorizar transijam os cônjuges acerca dos alimentos derivados da constatação de culpa e impedi-los transigir sobre os alimentos derivados da presunção de culpa. Deveras, não é razoável desmerecer a culpa constatada (e assim deixar a critério dos cônjuges os alimentos) e não a sua presunção (e impedir qualquer interferência dos sujeitos). Não convém dar tratamento diverso a situações jurídicas análogas.

Ainda na conversão consensual, uma situação peculiar merece destaque, segundo a solução doutrinária dada a ela. É a situação em que os alimentos já foram fixados na separação prévia e os cônjuges silenciam, na conversão em divórcio, acerca da modificação ou manutenção dos

mesmos. A solução doutrinária é pela manutenção do status quo, por assim se presumir a vontade dos cônjuges.

Então, cabe perguntar: no caso de silêncio, a causa jurídica dos alimentos já fixados permanece a mesma ou estes se transformam em voluntários, pelo fato de ser a vontade dos cônjuges (ainda que presumida) que os mantém? Cabem, pois, também aqui as mesmas críticas tecidas acima, quanto à injustificada mudança da natureza dos alimentos e, sobretudo, quanto ao errôneo tratamento jurídico dado a eles.

2.4.3. Divórcio sem que tenha havido prévia fixação dos alimentos.

A hipótese de não terem sido determinados os alimentos conjugais, até o momento do divórcio, traz à tona a questão da renunciabilidade de tal direito.

A doutrina tradicional, a exemplo de Orlando Gomes e Washington de Barros Monteiro, é uníssona em afirmar que os alimentos conjugais são irrenunciáveis. E o faz baseada na Súmula n.º 379 do STF⁴. A doutrina moderna e alguns Tribunais⁵, porém, brilhantemente vêm reconhecendo o descabimento deste raciocínio e, mormente, da incidência da regra sumulada. E isto pelo primoroso fato de que a irrenunciabilidade é regra dos alimentos legais, devidos pelo vínculo de parentesco, porque neste caso a causa jurídica dos alimentos é permanente, como já tratado.

"Não tem aplicação o princípio estabelecido na Súmula 379 do STF em vista de que os alimentos são irrenunciáveis, em se tratando de parentes. Estes sim são irrenunciáveis. Mas os cônjuges não são, a todo evidente, parentes, portanto renunciáveis os alimentos" (OLIVEIRA, 2002:41-42) (grifou-se). Nesta feita, convém atentar sobre se se pode presumir ou não a renúncia quando não haja expressão do cônjuge e não haja definição do dever quando da separação.

Crê-se afirmativa a resposta: perfeitamente possível a presunção. Isto porque a necessidade do cônjuge credor há de ser aferida a partir do momento em que acabado o casamento. Momento este que geralmente coincide com ou precede a separação judicial. Então, se ao tempo desta não houve pedido alimentar é porque não havia necessidade.

Insta tratar também aqui do argumento doutrinário acerca da permanência do dever de mútua assistência quando da separação, por força do artigo 3º, caput, da LD.

Inobstante se mantenham todas as críticas tecidas a este respeito, para fins de análise, parte-se do pressuposto de que realmente tal dever não se acaba com a separação. A partir disso, porém, é a própria doutrina, a exemplo de Yussef Said Cahali, que dá sinais animadores acerca do reconhecimento de que, dissolvido o casamento pelo divórcio, dele não mais poderão decorrer quaisquer efeitos. "O divórcio dissolve o casamento mesmo e, ressalvadas algumas situações excepcionais, impõe a cessação de todos os seus efeitos. Com lógica decorrência, deixa igualmente de existir o 'dever de mútua assistência' entre os cônjuges" (CAHALI, 1994a:1317). Neste sentido, chega-se a crer que a renúncia, se também existente, não seria a causa da extinção do dever alimentar, mas a própria extinção do vínculo.

"Não é uma suposta renúncia do ex-cônjuge que o inabilita à postulação de alimentos; é, isto sim, o cancelamento do próprio vínculo jurídico do casamento que faz desaparecer, com os outros efeitos dessa relação jurídica, também o direito de exigir alimentos e a correspondente obrigação de prestá-los. Esse vínculo jurídico secundário, derivado, integrante do feixe maior que é o chamado dever de mútua assistência, existe entre os cônjuges enquanto tais, não entre ex-marido e ex-mulher" (CAHALI, 1994a:1318-1319).

O problema deste raciocínio é que a doutrina, desarrazoadamente, resume-o à conversão da separação em divórcio consensual. Na conversão litigiosa, em remissão ao disposto na CF (artigo 226, §6º), diz-se que, porque vedado tratar de outros aspectos que não o decurso do prazo de um ano da separação, a pensão permanece como estipulada.

"a) se o cônjuge requerente da conversão tinha até então direito de alimentos não o perde - pois nenhuma sanção é prevista em lei nesse sentido - se, a seu pedido, a separação judicial é convertida em divórcio; b) do mesmo modo, se o cônjuge requerente da conversão estava até então obrigado à prestação de alimentos, não se libera ele - pois não há previsão em lei nesse sentido - se, a seu pedido, a separação judicial é convertida em divórcio" (CAHALI, 1994a:1324). Porém, pensa-se que o fundamento da inexistência de previsão legal não vinga. Há que se trabalhar com princípios. Isto demonstra, infelizmente, o quão certa a crítica feita por Gustavo Tepedino, quando descreve que os nossos operadores jurídicos, acostumados a serem destinatários de normas concretas e casuísticas, não só não sabem, como se recusam a lidar

com regras gerais e abstratas (TEPEDINO, 2001b:200). E isto é que compromete a validade e a eficácia do direito. Afinal, na medida em que é impossível prever todas as situações sociais possíveis e há oposição ao uso de princípios, fica comprometida a fiel reflexão da ordem social pelo Direito.

Assim, de duas uma, ou se mantêm os alimentos estipulados, mas porque assim permite sua causa jurídica, ou há que se reconhecer que, caso se creia que a razão do dever alimentar é o dever de mútua assistência, findo o casamento pelo divórcio, impossível fazer persistir este efeito.

2.4.4. Alimentos no Divórcio Direto.

O divórcio direto, por não ser precedido de separação judicial, é a primeira e única oportunidade em que se versa sobre os alimentos, como matéria pertinente ao fim matrimonial. Assim é que a questão a ser enfrentada aqui é sobre a possibilidade de instituição do dever neste momento.

A lei define que, no divórcio consensual, é requisito da petição inicial a menção acerca da pensão alimentícia devida por um cônjuge ao outro (artigo 40, §2º, II, da LD). Face a tanto, resume-se a doutrina em repetir o dispositivo legal, sem sequer explicar a razão de tal dever alimentar.

O dever de mútua assistência aqui, mais do que na separação, não pode ser invocado. É a própria lei que admite o fim do vínculo matrimonial e de seus correlatos efeitos pelo divórcio (artigo 2º, caput da LD). A culpa também não se discute. Afinal, o requisito para o divórcio direto é apenas o lapso de dois anos de separação fática.

O único fundamento possível é a voluntariedade. Afinal, esta não se liga ao casamento, ora desfeito.

Todavia, é a própria lei que retira esta voluntariedade ao exigir a menção da pensão na petição inicial do divórcio direto. E com ela, a doutrina e a jurisprudência. Também se visualiza aqui o problema da errônea regência jurídica (regras dos alimentos legais).

2.4.5. Alimentos fixados após o Divórcio.

Dissolvido o casamento efetivamente, pelo divórcio, não cabe falar mesmo em relação conjugal. Inexistem mais cônjuges, quando muito são ex-marido e ex-mulher. Desta forma, parece lógico que a estipulação do dever alimentar, se possível, há que se fundar em causa externa ao casamento. E isto induz necessariamente aos alimentos voluntários. Afinal, os legais não se aplicam por não haver relação de parentesco e os indenizatórios porque não cabe aqui discutir a culpa (se não cabia na separação, que dirá agora onde não mais existe matrimônio). Contudo, não é assim que a doutrina define, o que muito contribui para demonstrar a confusão do presente tema. Senão, veja-se.

"Não nos parece desarrazoado, porém, expressando a vontade dos divorciados uma simples dispensa motivada da pensão por parte de um deles, sem o propósito de renúncia do direito aos alimentos (que se admite) não possa qualquer deles reclamá-los posteriormente se modificadas as circunstâncias que motivaram a dispensa; se, como se pretende, com o divórcio cessa o dever de mútua assistência, ressalvadas exceções legais, entre elas inclui-se exatamente a cláusula contratual a respeito inserta no divórcio consensual, a questão, portanto, resolve-se na interpretação da convenção a respeito" (CAHALI, 1994a:1327-1328).

Incorreto tentar fazer persistir o dever assistencial entre os ex-cônjuges. O casamento não mais existe. Finda a causa, findo o efeito. E esta regra, no que tange aos alimentos, indubitavelmente inadmite exceções. Defender esta idéia da possibilidade de ulterior exigência do dever alimentar representa, na verdade, retrocesso, na medida em que se retorna ao princípio da indissolubilidade do casamento e ao paternalismo havido outrora. Em última instância, é desmerecer o próprio contexto social no qual se insere o Direito atual, indubitavelmente avesso ao passado.

2.5. Alimentos no NCCB.

Em resumo, pode-se dizer que de inovador nada tem o NCCB, no que tange aos alimentos conjugais. Ao contrário, o que se nota são retrocessos e verdadeiras impropriedades no tratamento da matéria. Na verdade, tal diploma legal, além de não solucionar a incoerência do nosso ordenamento, vem agravá-la.

A iniciar, o NCCB, mediante seu artigo 1.694, inclui o cônjuge e o companheiro, ao lado do parente, como possível credor de alimentos. Isto significa que também os alimentos conjugais, a partir de então, serão tratados com a disciplina jurídica do Direito de Família. Ora, prescrever assim é inegavelmente desmerecer a regra até então defendida sobre a exclusividade de tal disciplina para os alimentos legais, pelo fato de o fundamento destes ser completamente diverso dos alimentos conjugais. É, enfim, desmerecer que cônjuges não são parentes.

Ainda sob este mesmo contra-senso, tem-se o artigo 1.707. Ele versa sobre a irrenunciabilidade do direito alimentar e, assim o fazendo, estende tal regra aos alimentos conjugais, justamente porque, conforme dito acima, estes passam a ser disciplinados tal como os alimentos legais/parentais. Isto representa flagrante contrariedade ao consolidado, posto que "a jurisprudência mais recente vinha entendendo que indisponíveis eram apenas os alimentos decorrentes do parentesco, não os que eram devidos em razão do casamento" (SANTOS, 2002:159)⁶.

Como se não bastasse, a culpa, tão rechaçada por toda a doutrina e jurisprudência, é aspecto que volta a ser valorado. Os artigos 1.702 e 1.704 têm redação neste sentido. O primeiro dita que o cônjuge inocente, desde que desprovido de recursos, tem direito a receber alimentos do outro. O segundo dita, por sua vez, que vindo um cônjuge separado judicialmente a necessitar de alimentos, a estes fará jus, se não tiver sido declarado culpado.

Em somatório a toda esta incongruência, o parágrafo único deste último artigo 1.704 vem autorizar que o cônjuge culpado pleiteie alimentos do inocente se deles necessitar, não tiver aptidão para o trabalho, e, ainda, não tiver parentes capazes de prestá-los.

Há quem creia que tal disposição representa uma "inovação de relevo", como o professor Luiz Felipe Brasil Santos. Contudo tem-se por arriscado assim afirmar, já que, ainda que se adote a possibilidade de o cônjuge culpado ser credor de alimentos, estes alimentos são diversos dos destinados ao cônjuge inocente. Como esse mesmo autor reconhece, a pensão alimentar do cônjuge culpado se restringe ao estritamente necessário à subsistência. A do cônjuge inocente, ao revés, deve propiciar a manutenção do padrão de vida desfrutado durante o casamento.

Por fim, cumpre chamar a atenção para o artigo 1.574, parágrafo único. Seu teor simplesmente reitera a tão criticada regra do artigo 34, § 2º, da LD. Isto é, permanece o condicionamento da homologação do acordo da separação consensual à constatação de que preservados foram os interesses do cônjuge. Por via de consequência, permanece a impossibilidade de se definir a voluntariedade como fundamento destes alimentos fixados consensualmente.

Diante de tudo isso, forçoso concluir que o legislador desperdiçou excelente oportunidade de extinguir toda a conturbada disciplina dos alimentos conjugais, mormente no que tange a causa jurídica dos mesmos. Pior que isso, postou-se a complicar ainda mais a questão e impedir que lhe dê um correto tratamento.

2.6. Síntese.

Diante deste panorama do ordenamento jurídico brasileiro, parece indubitável que intrincada é a identificação da causa jurídica dos alimentos conjugais. Não há congruência alguma de normatização. Por via de consequência, o tratamento doutrinário e jurisprudencial dado à matéria também acaba por se apresentar truncado e divergente.

O que se pode notar é que realmente tem-se procedido uma indistinta repetição do conteúdo legal, conquanto não se tenha determinado seu plausível fundamento. E isto é suscetível de consequências muito sérias, na medida em que a realidade social acaba por ser desprezada.

Por tudo isso, é passada a hora de se enfrentar o problema e tentar solucioná-lo em vistas a um disciplinamento ao menos coerente da questão, que é de suma importância para a sociedade. É ao que se propõe o singelo trabalho.

3 - DIREITO FRANCÊS.

3.1. Importância do Direito Francês.

De início, interessante utilizar as palavras do civilista argentino Fanzolato, a justificar o presente enfoque dado ao Direito Francês: "em matéria de alimentos, a França é o nosso melhor paradigma" (Fanzolato, apud GIORDANO, 1999:48). Em se tratando de alimentos conjugais, sobretudo, imperioso tomar tal direito como referência. Todavia, isto não deve levar a crer ser ele

impassível de críticas.

3.2. Separação de corpos francesa. Disciplina da pensão alimentícia.

A separação de corpos francesa, pode-se definir, nada mais é que uma peculiar denominação do nosso instituto da separação. Pode ser decretada, segundo o artigo 296 do CCF, "par consentement mutuel" (separação consensual), "pour rupture de la vie commune" (separação falência) e "pour faute" (separação sanção). Até aqui nenhuma diferença.

A novidade entre os ordenamentos, nacional e alienígena, aparece justamente no efeito de cunho alimentar de cada espécie de separação de corpos. Ao contrário do que ocorre na nossa disciplina jurídica, que prevê regras diversas para cada modalidade, o ordenamento francês utiliza uma mesma solução para todas elas. Assim, de acordo com o artigo 303 do CCF, o dever alimentar conjugal, estipulado na oportunidade da separação de corpos, nada mais é que a expressão do dever de socorro.

"A causa jurídica da pensão assim devida encontra-se no próprio casamento, que subsiste à separação, e não em qualquer outra; é na condição de cônjuge que o marido deve alimentos à mulher durante a separação de corpos; é em virtude dos arts. 212 e 214 do CC francês, e em cumprimento do dever de assistência que se institui entre os cônjuges aquela obrigação" (CAHALI, 1994a:911) (grifou-se).

Lógico o raciocínio: se o dever de socorro, que encerra a assistência material, persiste, não há buscar outra razão para a instituição dos alimentos que não esta. É suficiente o fundamento.

Ressalte-se, porém, que o fato de se admitir a coerência da regra francesa de adotar uma única solução para qualquer espécie de separação, não induz admitir sua validade. Na verdade, discorda-se da postura do ordenamento francês. Já muito se falou, e aqui vale reiterar, sobre a ineficácia das regras que definem a continuação de deveres conjugais, após o fim matrimonial. Afinal, elas desmerecem que o casamento, fato gerador dos mesmos, não existe mais.

Outro deslize da regra francesa em análise é quanto à disciplina jurídica destinada aos alimentos definidos na separação de corpos. Dita-se: "esta pensão estará submetida às regras das obrigações alimentícias". Regras das obrigações alimentícias para o Direito Francês são tais quais as regras brasileiras destinadas aos alimentos legais. Daí se promover o mesmo questionamento feito ao ordenamento nacional quanto à incongruência entre a causa jurídica de tais alimentos e a disciplina jurídica a eles destinada. Pois, da mesma forma que para nós, na França, a obrigação alimentar legal presume um vínculo de parentesco: "l'obligation alimentaire correspond à un lien de famille" (TERRÉ et al, 1996:242).

A redação do artigo 303 do CCF, ainda que até então tenha sido objeto de críticas, merece elogios. Afinal, é taxativa em afastar qualquer perquirição de culpa a vir influenciar a instituição da pensão alimentícia. Isto é sinal de que, efetivamente, a tendência dos ordenamentos jurídicos modernos é abandonar a busca de um responsável pelo fim do matrimônio. Sobretudo quando tal busca serve a ensejar-lhe penalidades.

A separação de corpos será convertida de plein droit (de pleno direito) em divórcio, por pedido de qualquer dos cônjuges, após o prazo de três anos da sentença que a decretou. Neste caso, a pensão alimentícia ora definida passará a representar obrigação natural, já que o divórcio põe fim ao dever de socorro, seu fundamento: "l'obligation naturelle de secours entre époux après divorce" (TERRÉ, et al, 1996:243). Enfim, no que diz respeito ao instituto da separação, o ordenamento francês é muito mais bem delineado e mais coerente que o nacional, ainda que não totalmente satisfatório a ponto de dele se valer o Brasil. A disciplina francesa do divórcio, por sua vez, é bem mais interessante e proveitosa.

3.3. Divórcio. Pensão alimentícia e sua evolução legislativa.

Antes da reforma havida na França em 1975, dispunha o artigo 301 do CCF: "se o casal não fez nenhum acordo, ou se o acordo feito não era suficiente para assegurar a subsistência do cônjuge que obteve o divórcio, o tribunal poderá lhe conceder, sobre os bens do outro cônjuge, uma pensão alimentícia, que não poderá exceder a um terço da renda deste outro cônjuge. Essa pensão será revogada no caso de deixar de ser necessária".

Com esta redação legal, o que se constatou foram numerosas dificuldades de se explicar referida pensão. Não se conseguia determinar sua natureza jurídica. Foi então que o esclarecimento doutrinário adveio em dois sentidos: caráter alimentar e fundamento

indenizatório.

Inicialmente a doutrina francesa insistia em definir que tal pensão devida em sede de divórcio tinha caráter alimentar. Para tanto, uns invocavam o argumento da sobrevivência do dever de socorro. Outros, por sua vez, o argumento da destinação da pensão que era justamente assegurar a subsistência do cônjuge, lançado na situação de necessidade após a dissolução conjugal.

"caractère alimentaire: elle était destinée à assurer la subsistance de l'époux créancier tombé dans le besoin par suite du divorce" (TERRÉ et al, 1996:481).

"(...) deduz-se do citado dispositivo (art. 212) uma obrigação alimentar recíproca durante a existência da sociedade conjugal, limitada exclusivamente pelas necessidades de um e pelos recursos de outro; esta obrigação representa um dos efeitos do casamento e se extingue com o divórcio, na medida em que este dissolve o matrimônio (art. 227, n.2); surge, então, a obrigação unilateral, estatuída no art. 301(...); e esta, se bem que distinta da obrigação recíproca assentada no art. 212, é todavia, considerada um prolongamento, uma sobrevivência da mesma, submetida aos princípios que regem as obrigações alimentares" (Laurent apud CAHALI, 1994a:907)

De outra banda, veio a reação contra este caráter alimentar da pensão, sob o forte argumento de que "na base do dever de assistência e socorro, está a permanência da sociedade conjugal" (Planiol e Ripert apud CAHALI, 1994a:908). Finda esta, afasta-se a possibilidade de aquele dever gerar qualquer tipo de obrigação. Daí, identificou-se um fundamento indenizatório. Assim o seria porque somente o cônjuge culpado podia ser condenado. E, pois, deveria se considerar a pensão como uma reparação do dano que a dissolução prematura do casamento causou ao outro cônjuge (TERRÉ et al, 1996:481).

Como se não bastasse toda esta indecisão, adveio uma lei francesa de 02 de abril de 1941, posteriormente confirmada pela Ordenança de 12 de abril de 1945, que acrescentou ao já conturbado artigo 301 uma segunda alínea. Esta era sua redação: "independentemente de toda outra reparação devida pelo cônjuge contra o qual o divórcio foi pronunciado, os juízes poderão conceder ao cônjuge que obteve o divórcio, a indenização por perdas e danos pelo prejuízo material ou moral causado a ele por meio da dissolução do casamento".

Considerando a corrente que identifica um fundamento indenizatório na pensão alimentar, prevista na primeira alínea do artigo, a partir da lei de 1941, passaria o prejuízo decorrente do fim do casamento a ser duplamente indenizado? Respondem os Mazeaud:

"das duas disposições contidas no art. 301 do Código Napoleão, uma constituiria reparação, e a outra, pena privada: a pensão representaria a pena, enquanto a condenação em perdas e danos representaria a reparação" (Mazeaud apud CAHALI, 1994a:910).

Por tudo isso, ainda que expliquem alguns, parece que o problema da natureza jurídica de tal pensão alimentícia, ao contrário de resolver, agravou-se.

Foi então que, haja vista o problema da natureza jurídica de tal pensão ter se agravado, em 1975, instituiu-se reforma no ordenamento Francês, por meio da Lei n.º 75-617, de 11 de julho daquele ano. A primeira grande alteração trazida pela nova legislação foi o suprimento do tão questionado artigo 301 do CCF. Contudo, isto não sanou todas as dúvidas por ele geradas, conforme se demonstrará.

3.3.1. Da prestação compensatória.

3.3.1.1. Definição.

Expressão derivada do termo alemão Ausgleichsleistung, que significa gerência ou direção da compensação, a prestação compensatória é inovação instaurada pela sobredita reforma do ordenamento francês, em 1975. A ela se refere a doutrina francesa como a marca da substituição da pensão alimentar por uma nova técnica (TERRÉ et al, 1996:481).

Antes de qualquer coisa, para definir o que venha a ser esta prestação compensatória, valer-se-á da clara disposição do novo artigo 270 do CCF: "o divórcio põe fim ao dever de socorro previsto no artigo 212 do código civil; mas um dos cônjuges pode ser obrigado a depositar para o outro uma prestação destinada a compensar, tanto quanto possível, a disparidade que a ruptura do casamento criou nas respectivas condições de vida".

A par da redação legal, a duas conclusões é possível se chegar. A primeira delas é a de que a prestação compensatória, ao contrário do que defenderam alguns quanto à pensão alimentícia,

não é expressão do dever conjugal de socorro. A prescrição citada é incontroversa em definir que o divórcio finda referido dever. Em consonância, a segunda conclusão é que a prestação compensatória tem o fim de compensar o dever de socorro desaparecido.

"De la rédaction retenue il résulte que la prestation compensatoire ne tend pas, sous une forme particulière, à l'exécution du devoir de secours, lequel a pris fin, mais tend, pour partie, à compenser la disparition" (TERRÉ et al., 1996:482).

De muito bom senso é a postura francesa. De um lado, respeita a regra de que finda a causa, findo o efeito, afastando o dever de socorro pela extinção do casamento. De outro lado, não desmerece que a dissolução matrimonial, na grande maioria das vezes, traz grande disparidade nas condições de vida dos ex-cônjuges. E que tal disparidade pode vir a comprometer a subsistência destes sujeitos. É nesta medida que se justifica a concessão do direito à prestação compensatória.

3.3.1.2. Fixação da prestação compensatória.

A fixação da referida prestação vem disciplinada na alínea 1ª do artigo 271 do CCF: "a prestação compensatória será fixada segundo as necessidades do cônjuge a quem se deve pagar e os recursos do outro, levando em conta a situação no momento do divórcio e a evolução desta no futuro possível (...)".

Agora mesmo se afirmou que a pretensão do instituto em estudo é compensar a variação das condições de vida dos ex-cônjuges, gerada por ocasião do divórcio. Diante disso é que as situações dos sujeitos, no momento do divórcio, hão de ser alvo de análise. Isto a fim de que se identifique o necessitado e a medida da sua necessidade e, paralelamente, a medida da possibilidade do outro. Não se pode olvidar que é a diferença de recursos dos divorciados que autoriza a determinação da prestação.

Superada esta fase de mensuração das condições de vida respectivas, há que se definir o possível equilíbrio delas. Este será o limite quantitativo da prestação compensatória.

Para avaliar a disparidade causada com o divórcio, e assim definir o valor da prestação compensatória, exemplifica o artigo 272 do CCF alguns aspectos a serem levados em consideração pelo juiz. São eles: "a idade e o estado de saúde dos cônjuges; o tempo já consagrado ou que eles precisarão ainda consagrar para a educação dos filhos; suas qualificações profissionais; sua disponibilidade de novos empregos; seus direitos existentes e previsíveis; (...) seu patrimônio, tanto em capital quanto em rendimentos, após a liquidação do regime matrimonial".

Outro fator destacante da prestação compensatória que, sobretudo, distingue-a da pensão alimentícia, está previsto no artigo 273 do CCF: "a prestação compensatória tem um caráter orçamentário"⁷. Caráter orçamentário, grosso modo, significa não revisável. Isto é, a prestação compensatória, uma vez definida em determinados moldes, persistirá sob eles. Inadmissível pretender modificá-la, segundo mudança da fortuna de qualquer dos envolvidos (como nos alimentos).

Talvez esta assertiva possa causar alguma estranheza quando se retorna ao artigo 271, 1ª alínea, 2ª parte. Este dispositivo manda levar em conta, na fixação do valor da prestação compensatória, a evolução, no futuro possível, da situação havida no momento do divórcio. Ocorre que, ao contrário do que inicialmente possa parecer, a consideração de tal evolução é plenamente compatível com o caráter orçamentário. Porque inadmissível a revisão, é que a lei se preocupou em evitar que a prestação, no futuro, torne-se insuficiente ou demasiada. E a forma encontrada para tanto foi justamente já embutir esta margem de variação no quantum a ser definido como o devido.

3.3.1.3. Forma da prestação compensatória.

"A prestação compensatória adotará a forma de capital, cuja importância será fixada pelo juiz". Esta é a redação do artigo 274 do CCF.

Falar em capital é falar em fundo, em reserva de dinheiro ou patrimônio (FERREIRA, 1993:100). Devendo assim se apresentar a prestação compensatória, possível identificá-la como dívida de valor. Sobretudo porque, não sendo revisável (caráter orçamentário), uma vez definida, desliga-se de qualquer relação ou situação que a possa ter justificado. Torna-se deveras um valor apenas. Neste sentido, passam a valer as considerações feitas por Arnold Wald: "esta dívida de

valor não tem caráter alimentar" (WALD, 1999:150)8.

Mais que isso, sendo mero valor a prestação compensatória, plenamente admissível a renúncia: "possível renunciar a uma prestação compensatória" (TERRÉ, et al, 1996:485). E isto tanto expressa como tacitamente (sendo o divórcio a única oportunidade de requerer tal direito, não havendo respectivo pedido, presume-se renunciado).

Quanto às modalidades das quais se poderá revestir este capital, é o artigo 275 do CCF que define: "pagamento em soma de dinheiro; bens em espécie, móveis ou imóveis, em propriedade, em usufruto, para o uso ou habitação, valendo a sentença como forçosa cessão em favor do credor; depósito dos valores gerados de renda em mão de terceiro encarregado de pagar ao cônjuge credor a prestação compensatória até o término fixado". A escolha da modalidade fica a cargo do juiz, que, para tanto, deve atentar ao que melhor aprouver aos cônjuges.

Todavia, pode ocorrer que o devedor não tenha capacidade de pagar sob nenhuma das modalidades. Neste caso, o CCF admite a fixação de capital sob a forma de pagamentos mensais ou anuais, com limite de oito anos (artigo 275-1, 1ª alínea). É aqui que começam a se concentrar mais equívocos, comprometendo-se a intenção de se instituir a prestação compensatória como técnica totalmente diversa da pensão alimentícia.

Quanto a se autorizar a formulação de capital a ser pago mensal ou anualmente, nenhuma impropriedade. Impropriedade é definir que as regras a reger estas periódicas prestações sejam "as regras aplicáveis às pensões alimentícias", conforme faz o artigo 275-1, 1ª alínea, in fine9. Isto desmerece a própria característica da prestação compensatória em compreender a forma de capital (dívida de valor), desatrelada da situação que a gerou. Afinal, a primeira consequência trazida pela utilização das regras alimentares é a vinculação contínua do quantum da prestação periódica à situação dos sujeitos envolvidos. Isto é, leva-se sempre em conta as condições que estes encerram em determinado tempo.

Tanto assim que a 2ª alínea do mesmo artigo 275 vem admitir a revisão desta modalidade de pagamento, quando modificada a situação dos cônjuges. Inclusive, autoriza o juiz, se for o caso, a estender o pagamento a tempo superior ao limite de oito anos. Desta vez, afronta-se, além da forma própria de capital da prestação compensatória, que a desvincula das condições dos cônjuges, também seu caráter orçamentário, que veda justamente a revisão.

A 3ª alínea do artigo 275, enfim, determina a transferência do encargo aos herdeiros do devedor, caso este venha a falecer. Inicialmente, nenhum equívoco haveria na prescrição, já que, pelas regras sucessórias, as dívidas do de cujus realmente são transferidas. O problema, porém, encontra-se no fato de esta transmissão, da forma como prevista, não respeitar as forças da herança. Esta característica é verdadeiramente incompatível com a prestação compensatória.

Pode ser, ainda, que a prestação compensatória seja estipulada sob a forma de renda vitalícia. Assim o será quando a idade e a saúde do cônjuge credor não lhe permitirem promover, por si mesmo, sua subsistência (artigo 276)10. Pensa-se, porém, que a vitaliciedade não é característica compatível com a prestação compensatória.

Tem-se insistido em dizer que a determinação da prestação compensatória vislumbra a situação díspar nascida no momento do divórcio. O objetivo do instituto é, pois, sanear situação desequilibrada que passa a existir pela ruptura repentina da vida em comum. Embora o desequilíbrio possa protrair-se no tempo, esta prestação tem o objetivo de simplesmente colocar os cônjuges em patamar equânime logo após a dissolução do vínculo.

Se um cônjuge tem idade avançada ou estado de saúde comprometido, efetivamente não tem condições de se manter e, provavelmente, nem as terá. Não se deve, por isso, pretender estipular a compensação por todo o tempo de necessidade, que permanecerá. A necessidade não é causa suficiente para a fixação da prestação compensatória. Esta somente pode ser fixada se o comprometimento adveio do fim da vida em comum. A prestação compensatória deve se restringir em equiparar as disformes condições, criadas pelo divórcio. É esta a sua função.

A partir do momento em que não existe mais o casamento, cabe a cada um dos cônjuges tentar se restabelecer, encontrando outras formas de sustento, que não o dever conjugal de socorro. Afinal, este acabou. Destarte, tornar a prestação compensatória vitalícia é desvirtuar o instituto.

3.3.1.4. Beneficiários da prestação compensatória.

O artigo 270, conforme se teve oportunidade de ver, admite que um cônjuge poderá ser obrigado a pagar ao outro a prestação compensatória, quando o divórcio traga disparidade nas condições

de vida respectivas. Ou seja, não há qualquer diferenciação quanto a quem pode ou não vir a ser credor. Basta que haja a disparidade. Nestes termos, possível seria reconhecer que o ordenamento francês, de forma acertada, abandonou a retrógrada idéia da culpa e da sanção dela decorrente. Possível seria não fosse o artigo 280-1.

"Art. 280-1. O cônjuge, pelos erros exclusivos de quem o divórcio é pronunciado, não tem direito a nenhuma prestação compensatória. Todavia, ele pode obter uma indenização a título excepcional se, levando-se em conta a duração da vida em comum e da colaboração fornecida à profissão do outro cônjuge, evidencia-se contrária à equidade recusar-lhe toda a compensação pecuniária seguida do divórcio".

Infelizmente, então, a culpa continua a ensejar privações ao seu autor. Não progrediu, neste aspecto, o Direito Francês. A própria concessão do direito de indenização ao culpado só se justificou em vista do princípio de vedação do enriquecimento ilícito, prevalecente sobre o de penalização daquele sujeito.

"Introduzir no projeto governamental esta disposição de equidade - evangélica? romântica? - foi, durante os debates parlamentares, correlacionado à idéia de enriquecimento sem causa, o que tinha o mérito, senão de convencer, ao menos de marcar uma ligação com qualquer solução anteriormente admitida pela jurisprudência" (TERRÉ et al, 1996:488-489).

Além da culpa verificada, o CCF comete erro muito maior. A culpa presumida, por meio da iniciativa do divórcio, além de também afastar o direito à prestação compensatória, impede o fim do dever de socorro. "Quando o divórcio for declarado pela cessação da convivência conjugal, o cônjuge que tomou a iniciativa estará completamente obrigado ao dever de socorro" (artigo 281). "Si l'admission de divorce pour rupture de la vie commune tende à masquer la culpabilité de tel ou tel époux, l'aménagement de ces nouveaux cas de divorce est cependant fidèle à l'idée de l'absence de culpabilité du défendeur à l'action" (TERRÉ, et al, 1996:495).

3.4. Síntese.

Diante de toda a exposição do ordenamento francês, destacados foram os avanços e retrocessos. Dentre estes, destacável avanço foi o instituto da prestação compensatória. Instituto que realmente, a despeito de às vezes mal disciplinado, pode ser tido como a nova técnica substitutiva da pensão alimentícia conjugal, segundo afirmam os próprios doutrinadores franceses. Neste sentido, identifica-se nela um caminho de solução para o nosso problema da pensão alimentícia conjugal.

4 - FECHAMENTO DO PROBLEMA E PROPOSTA.

4.1. Causa jurídica dos alimentos conjugais no ordenamento brasileiro. O problema.

Após tudo o que foi demonstrado neste trabalho, é momento de se responder a questão: existe causa jurídica para os alimentos conjugais no ordenamento brasileiro?

A resposta é negativa.

Os alimentos em nosso ordenamento podem advir ou do vínculo parental, ou do negócio jurídico (a voluntariedade) ou do ato ilícito (a indenização). São estas as causas jurídicas havidas. A par disso, promovida análise minudenciada sobre as formas legais de fixação dos alimentos conjugais, nas oportunidades de separação e divórcio, o que ficou claro foi que realmente tais alimentos não se subsumem a nenhuma das causas jurídicas possíveis.

4.2. A prestação compensatória francesa. Proposta para sanar o problema da ausência de causa jurídica para os alimentos conjugais, no ordenamento brasileiro.

É bem provável que a afirmação da inexistência de causa jurídica para os alimentos conjugais tenha suscitado questionamento sobre a probabilidade de isto gerar o desamparo do cônjuge necessitado, após o fim do casamento.

Efetivamente, não se pode olvidar que a extinção matrimonial causa mudança nas condições de vida dos consortes. Não se pode olvidar ainda que tal mudança pode chegar a comprometer a subsistência de um deles. Em vista disso e, sobretudo, em vista do direito fundamental à vida (artigo 5º, caput da CF), pode-se dizer estar diante de uma situação social carente de tutela

jurídica.

Note-se, porém, que de nada vale conceder o Direito instrumento à tutela de determinado valor, se este instrumento não é suficiente a proporcionar a garantia jurídica necessária. A adequação e suficiência, então, aparecem como fatores preponderantes. Do contrário, será inócuo o instrumento, permanecendo desprotegido o valor. Nestes termos é que o instituto dos alimentos não se mostra apto à proteção solicitada por aquela situação social. Embora há muito venha sendo esta a solução dada pelo Direito nacional, já ficou demonstrado que, efetivamente, não há causa jurídica suficiente a fundamentá-la. E isto de acordo com o próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Face a tanto, o problema posto é encontrar instituto que seja capaz de prestar a proteção jurídica atinente à situação. Daí se sugerir a implantação da chamada prestação compensatória.

Referido instituto, nos moldes franceses, consiste numa prestação destinada a compensar, na medida do possível, a disparidade criada pela extinção do casamento nas condições de vida do cônjuge (artigo 270 do CCF). Falando-se em adequação e suficiência do instrumento jurídico, primorosa parece a criação, já que flagrante sua compatibilidade com a tutela jurídica solicitada pelo fato social em apreço.

4.2.1. Prestação compensatória. Delineamento.

Compensar, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, significa "estabelecer equilíbrio entre; equilibrar; contrabalancear" (FERREIRA,1993:132). Neste sentido, falar em compensação faz presumir a existência de situação tal na qual se verifique disparidade. É preciso que haja desigualdade para ser possível estabelecer o equilíbrio.

A dissolução matrimonial, já se disse, é realmente fator de modificação das condições de vida dos cônjuges. No casamento, é a conjugação de esforços que possibilita ao casal alcançar um determinado nível de vida. Logo, finalizada a comunhão, fica impossibilitada a manutenção do padrão das partes. Isto é fato inevitável que, inclusive, posto nestes termos, não encerra relevância jurídica.

A relevância jurídica só aparece quando e na medida em que aquela alteração das condições de vida, provocada pela extinção matrimonial, venha a comprometer a subsistência de um dos cônjuges. Neste caso, o valor jurídico vida é ameaçado, razão pela qual imperiosa se torna a tutela do Direito, voltada à compensação.

Cumprir explicar que a pretensão é de realmente se valer da idéia do instituto francês. Afinal, diante do que ficou demonstrado, sua disciplina jurídica, conforme previsto no CCF, encerra algumas impropriedades. Nesta feita, em vistas à efetividade da tutela pretendida com o uso do instituto, torna-se imprescindível fazer determinadas ressalvas ao contorno francês. Por isso convém expor detalhadamente os requisitos, pressupostos e as condições da prestação compensatória que aqui se propõe.

4.2.1.1. Disparidade dos recursos.

A prestação compensatória há de servir, especificamente, para compensar a disparidade das condições de vida dos cônjuges, provocada pelo fim do casamento, quando esta disparidade comprometa o sustento de um deles. Isto é, a disparidade de recursos há de ser resultado da extinção matrimonial e há de implicar comprometimento da subsistência de um dos cônjuges.

Sobre o primeiro aspecto convém atentar o momento a partir do qual se considera findo o casamento. Afinal, é neste momento que deve advir o desequilíbrio, vez que a prestação compensatória intenta sopesar a situação subitamente causada. Se os cônjuges porventura já se restabeleceram, possuindo condições para se manter, não cabe prestação compensatória.

Nestes termos, sob a nova égide constitucional brasileira, tem-se que o casamento se dissolve a partir do momento em que a união afetiva já não é mais visada e buscada por qualquer dos consortes. Disto decorre que o fim do casamento se verifica a partir do momento em que se torna prejudicada a estruturação psíquica que o mantém.

A identificar esta situação basta notar a separação de fato. É certo que, uma vez exterminados o afeto e a cumplicidade, imediatamente se acaba a comunhão de vida. É a regra do princípio da deterioração factual (João Batista Vilela apud PEREIRA,1999b:328-329), já citado neste trabalho. Assim, tem-se por certo que, ao invés do divórcio, é a separação fática que representa o fim do casamento.

A par disso, torna-se imperioso concluir que a disparidade ensejadora da prestação compensatória há de emergir neste momento. O raciocínio parece lógico. A prestação compensatória se justifica na medida em que haja disparidade das condições de vida dos cônjuges decorrente do fim do matrimônio. Este, por sua vez, verifica-se com a separação de fato. Logo, só caberá prestação compensatória quando, com a separação de fato, torne-se necessitado algum dos cônjuges.

O segundo aspecto citado quanto à disparidade de recursos foi o do comprometimento do sustento de um dos cônjuges. Ou seja, para ser possível a concessão da prestação compensatória é imperioso, além de o fim do casamento ter gerado uma diferença de condições, que esta diferença seja causa eficiente do risco da subsistência de um dos cônjuges. A necessidade em si não é suficiente à instituição da prestação compensatória. Ela deve ter resultado, imprescindivelmente, da extinção do casamento¹¹. É esta a medida de fixação da prestação compensatória.

4.2.1.2. Oportunidade do pedido.

A partir da determinação do instante em que acaba o matrimônio, fácil fica determinar a oportunidade em que pode ser requerida a prestação compensatória.

O Direito francês define que "não se pode decretar o pedido de prestação compensatória a não ser durante o procedimento do divórcio" (TERRÉ et al, 1996:483). Para tanto, parte de dois pressupostos: o fato de apenas o divórcio dissolver o casamento¹² e o fato de a prestação compensatória só caber quando da extinção matrimonial. Nestes termos, se já ficou definido que, no direito brasileiro, consoante a nova ordem instalada com a CF, é a separação de fato que atesta não mais existir o casamento, perde razão definir o divórcio como a oportunidade de se requerer a prestação compensatória.

É requisito da prestação compensatória que a disparidade de condições surja com a separação fática (que é o momento representativo do fim do matrimônio). O objetivo visado é amenizar os efeitos bruscos trazidos pela extinção do casamento que porventura comprometam a sobrevivência de um dos cônjuges. Por isso, é de se ter por certo que o pedido de prestação compensatória deve vir na primeira oportunidade que o necessitado tiver para fazê-lo.

Destarte, somente a sentença de separação (qualquer que seja a modalidade) ou a sentença de divórcio direto podem fixar a prestação compensatória. Esta é a oportunidade processual em que o juiz pode averiguar a admissibilidade de referida prestação. Não é cabível a fixação na sentença de divórcio por conversão. Há uma única oportunidade para determinação da prestação compensatória que será, justamente, o primeiro ingresso em juízo¹³ para o reconhecimento judicial da extinção do casamento. Conforme o caso, esta oportunidade será ou o processo de separação judicial ou o processo de divórcio direto¹⁴.

Note-se que o juiz, ao apreciar o pedido, há de atentar à situação surgida quando da separação de fato, não a atual ao processo. De outro lado, caso o cônjuge tenha suficientes condições de se manter, à época do processo, não cabe fixar prestação compensatória, ainda que a extinção matrimonial tenha realmente comprometido seu sustento pela disparidade causada. A prestação compensatória neste caso não compensará, justamente porque não mais existe o risco da subsistência.

Em suma, a disparidade deve surgir no momento da separação de fato e perdurar até o momento do trânsito em julgado da sentença. Não basta perdurar até a instauração da ação. Por força do artigo 462 do CPC, é necessário permaneça até a sentença¹⁵. Mais que isso, por força do artigo 517 do CPC, faz-se mister que a disparidade exista até a formação da coisa julgada¹⁶.

4.2.1.3. Fixação da prestação compensatória.

Tal qual previsto no CCF, crê-se que a prestação compensatória há de ser definida, atentando às necessidades¹⁷ do cônjuge credor, no momento em que se acabou o relacionamento conjugal. Só vale destacar que tais necessidades não de se restringir à subsistência. Não cabe pretender fazer da prestação compensatória uma forma de manutenção do padrão de vida existente durante o casamento. Conforme já se afirmou neste estudo, é fato inevitável a perda do padrão de vida pelo fim matrimonial e, na medida em que não comprometa a sobrevivência do cônjuge, é fato sem qualquer relevância jurídica.

De outra banda, da mesma forma que as necessidades, não de ser analisadas as possibilidades

do cônjuge devedor, sob pena de a prestação compensatória, uma vez instituída, vir a comprometer o sustento deste.

Ainda como o CCF, crê-se que a prestação compensatória deve ter caráter orçamentário. Isto é, fixada em determinado valor, não se deve permitir qualquer revisão posterior. Em consequência disso, tem-se por certo que a prestação compensatória deve se revestir sob a forma de capital. É isto que aniquila qualquer proximidade com o instituto dos alimentos. A prestação compensatória há de ser dívida de valor, desatrelada de qualquer relação ou mesmo situação que a tenha determinado. Neste sentido, imperioso se admitir a renúncia do direito à prestação compensatória. Expressa ou tácita (quando não haja pedido na oportunidade processual).

No que tange à modalidade de capital, também se pode utilizar da enumeração francesa¹⁸, nada obstando, inclusive, valha-se da modalidade de pensão (mensal, bimestral etc.). Neste caso, imprescindível é que a pensão tenha termo final. Não cabe a vitaliciedade como admite o CCF, haja vista que, como já se afirmou, este caráter é contrário à essência do instituto. A prestação compensatória deve ser determinada para perdurar apenas durante um prazo no qual seja possível ao cônjuge necessitado obter outra fonte de renda para se manter, vez que o dever de sustento acabou. Este prazo deve ser fixado pelo juiz ou pelas próprias partes, quando haja consenso.

4.2.1.4. Disciplina jurídica.

Determinado que a prestação compensatória há de se revestir sob a forma de capital, por coerência ela deve ser disciplinada pelas regras obrigacionais. O Direito das obrigações é que deve reger o instituto sob todos os aspectos, dentre os quais se destaca a execução.

4.2.2. Fundamento para a aplicação da prestação compensatória.

Crê-se bem delineados os moldes da prestação compensatória, cuja idéia se propõe aplicar no Brasil para o solucionamento da díspar situação trazida pelo fim do casamento. Agora cumpre atentar para o fundamento que autorizaria a utilização do instituto no Direito brasileiro, sem que necessário seja o advento de lei específica.

4.2.2.1. Fundamento prático: postura jurisprudencial atual.

Durante todo o presente trabalho se sublinhou que os nossos tribunais têm tratado erroneamente a pensão alimentícia entre os cônjuges, destinando à mesma disciplina própria dos alimentos legais/parentais. A despeito disso, embora possa parecer paradoxal, numerosos são os julgados que atestam o reconhecimento de que os alimentos conjugais, hoje, não mais podem ser tidos como uma previdência privada ou aposentadoria. Isto é, diante das transformações sociais e da nova postura constitucional, que declara a igualdade de homens e mulheres, não cabe mais definir a pensão alimentícia ad eternum, porque cabe a cada um manter, por si mesmo, seu sustento.

Nossos magistrados vêm considerando, com muito bom senso, que os alimentos conjugais não de ser definidos para serem devidos por determinado tempo. Isto porque, acertadamente, tem-se crido que a pensão alimentícia deve ser definida para propiciar que o cônjuge alimentado venha a se tornar, tão logo, auto-sustentável. Afinal, com o fim do casamento, não mais existe o dever de sustento.

A exemplificar, convém citar um interessante acórdão do TJMG, nos autos n.º 231076-1.00 (ação de alimentos), oriundo da Comarca de Bom Despacho, no qual foi relator o Desembargador Francisco Figueiredo (Revista Brasileira de Direito de Família, nº 12, 2002, p. 84-85).

Trata-se de pedido de alimentos de uma ex-mulher, médica veterinária formada. A sentença de 1º grau denegou o pedido alegando que a mesma, porque portadora de diploma, era plenamente capaz de se manter. O referido acórdão, por sua vez, reformou a decisão e definiu o dever alimentar do cônjuge varão, pelo prazo de 12 meses. O argumento foi que a requerente já era graduada há 20 anos e nunca exerceu a profissão, porque casada. Diante disso, o ex-marido devia contribuir durante 1 ano a fim de que, neste prazo, ela se reciclasse e, então, tornasse-se apta a se manter¹⁹. Expirado o prazo, ficava imediatamente desobrigado o alimentante. Eis o dispositivo da decisão de 2º grau:

"Por isto é que fixo a pensão equivalente a três (3) salários mínimos, durante o prazo de doze

(12) meses a partir, excepcionalmente, da sentença; prazo para a varoa se reciclar e se manter, ficando o Réu desobrigado dela, após o cumprimento (...)" (grifo nosso)

Ora, tal postura jurisprudencial só vem corroborar o que intenciona a prestação compensatória. Relembre-se que tal instituto cabe justamente para compensar a disparidade de recursos provocada instantaneamente pelo fim do casamento, ou seja, pelo fim do dever de sustento. Daí que a prestação compensatória é devida, especificamente, durante o tempo suficiente ao restabelecimento do cônjuge necessitado. Expirado o prazo, presumindo-se ter se tornado o credor capaz de assegurar, por si próprio, sua manutenção, perde o direito à prestação. Note-se ainda que a definição de um valor certo para as prestações devidas durante o prazo determinado aproxima-se da forma de capital (dívida de valor) e do caráter orçamentário da prestação compensatória.

Comentando ainda a citada jurisprudência, Maria Christina de Almeida chega a conclusões de grande importância, sobretudo para este estudo. Segundo ela, o acerto do julgado se encontra calcado na consideração de que "o dever de sustento entre os cônjuges, na constância do casamento, transforma-se em dever de solidariedade entre ambos, quando da extinção da sociedade conjugal" (ALMEIDA, 2002:87) (grifo nosso). Comunga-se deste mesmo raciocínio. É justamente a solidariedade que se crê ser o fundamento teórico-normativo para a prestação compensatória, conforme se exporá a seguir.

4.2.2.2. Fundamento teórico-normativo: Princípio Constitucional da Solidariedade.

4.2.2.2.1. A solidariedade como dever jurídico.

O ser humano não existe, coexiste. A despeito, esta não foi a axiologia da codificação. Ao revés, vigia o individualismo exacerbado, visto que a ampla e absoluta liberdade da pessoa era a regra. "O individualismo (...) leva cada membro da comunidade a distinguir-se da massa de seus pares e se manter à parte com sua família e amigos" (A. Tocqueville apud MORAES, 2000c:53).

Ocorre que esta ordem liberal foi historicamente superada. Hodiernamente, ao invés do indivíduo, a pessoa humana é a preocupação jurídica.

"(...) evoluzione del pensiero liberale dall'interesse individuale egoistico (massimizzazione del benessere) al riconoscimento della irriducibile pluralità dei valori umani" (Pietro Perlingieri, 2000b:70)

"A pessoa humana, no que se difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, há de ser apreciada a partir da sua inserção no meio social, e nunca como uma célula autônoma, um microcosmo cujo destino e cujas atitudes pudessem ser indiferentes às demais" (MORAES, 2001d:177).

Neste sentido, porque social, a pessoa humana é levada à solidariedade. É levada a se preocupar com e se responsabilizar pelo outro, na medida em que este outro é condição de sua própria existência. Nas sábias palavras do jurista italiano, Pietro Perlingieri: "la persona è inseparabile dalla solidarietà - la cura dell'altro fa parte del concerto di persona" (PERLINGIERI, 2000b:70).

Daí porque, o direito fundamental de todos à defesa de sua dignidade engloba, impreterivelmente, o dever de cooperação com o outro. A tutela jurídica da pessoa humana que desmerece a solidariedade é fadada ao insucesso. A sua dignidade, o desenvolvimento de sua personalidade só ocorre no ambiente social, na sua relação com o próximo.

É ainda o mesmo autor italiano que define que "la 'solidarietà' esprime la cooperazione e l'eguaglianza nell'affermazione dei diritti fondamentali di tutti" (PERLINGIERI, 2000b:70). Enfim, em defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, há de se valer da solidariedade.

Nesta feita, muito bem delineada se mostra nossa sistemática constitucional. Ao incluir a solidariedade como objetivo da República transforma-a em dever jurídico. Isto é muito importante porque, se antes a solidariedade era considerada apenas como fato social ou valor, ficando a critério de cada pessoa exercê-la ou não, agora ela passa a ser exigível. O reconhecimento constitucional da necessidade de sermos colaboradores uns com os outros traz imperatividade à solidariedade. "A Lei Maior determina - ou melhor, exige - que nos ajudemos mutuamente, a conservar nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós" (MORAES, 2001d:179).

4.2.2.2.2. Princípio da Solidariedade. Norma constitucional de aplicação direta.

É sabido que por muito tempo vingou a tese programática, segundo a qual as normas constitucionais são meros programas políticos ou regras supletivas. Neste sentido, acreditava-se que tais normas não têm eficácia imediata, mas condicionada ao advento de outras normas suficientemente concretas. Esta tese, porém, felizmente é ultrapassada. Hoje não oscila nem a doutrina nacional²⁰ nem a estrangeira²¹ em definir que as regras e os princípios constitucionais gozam de plena normatividade e, pois, de imperatividade.

"(...) ao que tudo indica, não será mais necessário reafirmar que a Constituição é um sistema normativo e que 'as normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade' " (Luiz Roberto Barroso apud MORAES, 1993a:27)

A Constituição pode ser definida como a lei fundamental da sociedade (Virgílio de Jesus Miranda Carvalho apud MORAES, 2001e:34). Isto quer dizer que o texto constitucional compreende os maiores valores sociais reinantes. E na medida em que os compreende, dispensa-lhes suprema tutela jurídica, que deve ser refletida em todo ordenamento.

Destarte, de pronto pode-se dizer que os princípios e normas constitucionais não podem continuar a ser relegados a regras supletivas, utilizados apenas quando for omissa a lei ou insuficientes a analogia e os costumes para a resolução de conflito (artigo 4º da LICC). Os princípios e normas constitucionais não podem ser tidos como fonte subsidiária do Direito; ao revés, são, na verdade, fonte primordial. São eles que, com maior nitidez, encerram aquilo que é realmente importante para a sociedade. Daí porque sua verdadeira função ser a de modular toda e qualquer atividade jurídica estatal.

"Atualmente, os princípios jurídicos (...) ganham cada vez mais importância (...) pela alta carga valorativa que legitima e fundamenta a regra jurídica (...) Isso faz com que os princípios, antes relegados à mera função de integração do direito, conforme preceitua o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, ganhem em normatividade e passem a presidir a racionalidade jurídica" (CAMARGO, 1999:433).

Porém, o fato de a normatividade constitucional dever "presidir a racionalidade jurídica" não deve ser entendido como fazia a tese programática. Não cabe fazer depender de regulamentação a eficácia das normas constitucionais. Pretender isto significa, muitas vezes, preterir a defesa dos valores sociais supremos que elas expressam. Afinal, não é difícil imaginar a situação em que haja necessidade de tutela de um bem jurídico constitucionalmente reconhecido, mas não haja normatização infraconstitucional regulamentadora. É tornar inócuo o conteúdo constitucional.

"(...) a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais passando a reger com predominância o relacionamento político de seus integrantes (...) considerando-se totalmente ineficiente a afirmação formal da existência de determinados direitos, uma vez que o Direito só tem real existência a partir da agência coativa disposta a aplicar as normas jurídicas" (Guerra Filho e Ribas Vieira apud STRECK, 1999:314 e 325)

De que vale o Direito se não se efetiva, se não consegue proteger os bens socialmente relevantes? A mera previsão de tutela de nada serve se, quando necessária, não se puder concretizar. Por isso, torna-se imperioso ditar que efetivamente podem e devem os princípios e normas constitucionais ser aplicados imediatamente para defesa dos maiores valores sociais. Neste sentido deve se colocar a preocupação do jurista. É o que bem salienta Lenio Luiz Streck:

"Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos" (STRECK, 1999:314)

Existem ainda outros argumentos a fortalecer esta idéia aqui defendida da imediata aplicabilidade dos princípios e normas constitucionais. Lenio Luiz Streck, por exemplo, tece brilhante raciocínio, justificando que, no Estado Democrático de Direito, realmente a promoção de efetividade dos mandamentos constitucionais é função jurisdicional. Segundo o jurista, enquanto num Estado Social a implantação da política do welfare state é função dos Poderes Executivo e Legislativo, num Estado Democrático de Direito, é função precípua do Judiciário. É que neste modelo estatal o texto constitucional, por si só já prevê todos os valores defesos naquela sociedade. De tal forma que não cabe atividade executiva ou legislativa para determiná-los. O que o Poder Executivo e Legislativo podem fazer é apenas minudenciar a tutela jurídica a

ser prestada (STRECK, 1999:323). Ou seja, consoante a vertente da eficácia das normas constitucionais, ainda que se mantenham inertes quaisquer destes Poderes, não só pode como deve a Carta Magna ser aplicada.

"O Estado Democrático de Direito depende(ria) muito mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos. (...) é pela via judiciária que é possível a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição" (STRECK, 1999:323)

Para fundamentar ademais a viabilidade de seu entendimento, o jurista Celso A. Barbi tece outro raciocínio. Segundo ele, o artigo 126 do CPC, segundo o qual o juiz deve aplicar, na resolução da lide, as normas legais, não faz distinção de quais seriam estas normas. Daí, razão não haver para qualquer exclusão. Ou seja, todas as categorias normativas são abrangidas pelo comando, dentre as quais, as normas constitucionais.

"Portanto, no conceito do artigo 126 incluem-se suas variadas categorias, como as constitucionais, complementares à Constituição, ordinárias, delegadas, decretos legislativos, decretos e regulamentos. Havendo norma legal acerca do assunto submetido ao Juiz não poderá ele deixar de aplicá-la" (Celso A. Barbi apud MORAES, 1993a:31).

Por tudo isso, parece inegável que o princípio da solidariedade, sediado no artigo 3º, I, da CF, tal qual todo princípio e norma constitucional, não só pode como deve ser aplicado imediatamente. Isto significa dizer que, como a construção de uma sociedade solidária é dever de todos e de cada um dos cidadãos, o princípio da solidariedade, tal qual disposto na Carta Magna, é exigível de toda a sociedade brasileira.

"A expressa referência à solidariedade feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador (...) a ser levado em conta não só no momento de elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros de toda a sociedade. (...) a solidariedade, nos termos invocados pelo constituinte, é um dever de natureza jurídica" (MORAES, 2001d:169 e 174)

Certamente, porém, deve ter questionado o leitor que esta conclusão não autoriza de pronto a instituição da prestação compensatória no Brasil, que aqui se pretende. É esta a questão a se enfrentar agora.

O dever jurídico da solidariedade, como estampado no Texto Maior, não determina a forma de seu cumprimento. Não há prescrição sobre qual comportamento pode ser tido por solidário. A despeito, crê-se possível delineá-lo pela própria sistemática constitucional.

Já se asseverou que, pela nova ordem, as situações existenciais sobressaem às patrimoniais. Na defesa da dignidade da pessoa humana, privilegia-se o desenvolvimento da personalidade dos sujeitos. A par disso, pode-se dizer que o dever de solidariedade, ao determinar auxiliemo-nos mutuamente, sugere que tal ajuda seja voltada para a promoção da personalidade. É assim que se conseguirá tutelar a dignidade da pessoa humana. Resta saber, então, quando haverá necessidade deste auxílio, quando haverá necessidade da solidariedade.

Pelo que se expôs, parece certo que exigível será o comportamento solidário toda vez que estiver comprometido o desenvolvimento da personalidade de alguém. Afinal, a solidariedade consubstanciar-se-á na colaboração para tanto.

Neste ponto, para identificar quando haverá tal comprometimento, de grande valia remeter-se ao inciso III, do artigo 3º, da CF. Referido dispositivo, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, completa e melhor define o princípio da solidariedade, ao enunciar ser também objetivo fundamental da República a erradicação das desigualdades sociais (MORAES, 2001d:168). Assim, segundo a autora, o dever de solidariedade vinga na desigualdade social.

De um lado, o comportamento solidário cabe nas situações em que se tiver por comprometida a personalidade de alguém. De outro, na desigualdade social. Logo, haverá dever de solidariedade toda vez que, havendo desigualdade social entre determinados sujeitos, o pleno desenvolvimento da personalidade de um deles estiver comprometido, porque não conta com condições mínimas para tanto.

"(...) tal princípio, segundo a interpretação mais conforme com a Constituição, ao instrumental adequado e necessário a atribuir a cada um o direito ao 'respeito' inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas para exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes" (MORAES, 2001d:179) (grifo nosso).

Destarte, parece que a situação dos cônjuges, quando do fim do casamento, pode vir a se

coadunar com esta situação descrita e, por via de consequência, justificar a emergência do dever de solidariedade. Pode ser que a extinção da vida conjugal realmente enseje uma disparidade de recursos. E pode ser que esta disparidade venha a comprometer o desenvolvimento das aptidões pessoais de um dos cônjuges. Neste caso, haverá razão para se exigir atitude solidária do outro.

4.2.2.3. Princípio da solidariedade e Prestação compensatória.

A conclusão do presente estudo foi a ausência de fundamento jurídico para a definição do dever alimentar conjugal. Por isso, não se pode pretender fazer dos alimentos uma forma de expressão da solidariedade. Há que se encontrar uma outra forma. Daí a prestação compensatória.

Na ausência de definição normativa, pensa-se que a prestação compensatória, da forma como se delineou (não como o CCF), é bastante satisfatória ao cumprimento do dever de colaboração. Ora, a situação exigida para o nascimento do dever de solidariedade coincide com a situação exigida para a determinação da prestação compensatória. Somente quando existir disparidade de recursos entre os cônjuges, que comprometa a auto-subsistência de um deles, é que terá lugar tanto o dever de solidariedade, quanto a prestação compensatória.

Note-se, assim, que o objetivo do instituto francês é a própria concretização da solidariedade. Na medida em que a prestação compensatória visa amenizar aquela delicada situação provocada bruscamente pelo fim do casamento, ela justamente impede que a desigualdade social causada venha arriscar a subsistência e a dignidade da pessoa de um dos cônjuges.

Enfim, não há negar que o princípio da solidariedade, indubitavelmente, pode ser tido como o fundamento teórico-normativo da proposta de aplicação nacional do instituto francês da prestação compensatória, independentemente da existência de normas infraconstitucionais a discipliná-lo.

4.2.3. Da lege ferenda.

Efetivamente, a tese aqui defendida é a da aplicação nacional da prestação compensatória independentemente de lei específica que a autorize. E isto é plenamente possível pelos argumentos já delineados. A despeito disso, é de se reconhecer que o advento de uma peculiar norma a disciplinar a matéria é bastante viável.

Primeiro porque já ficou dito que, infelizmente, nossos operadores ainda se vêem como destinatários de normas concretas. Isto quer dizer que, ainda que se tenha por certa a invalidade dos dispositivos de lei que tratam sobre os alimentos conjugais, o fato é que a não revogação dos mesmos pode dar ensejo a contínuas discrepâncias. É bem provável que haja uma certa insistência em fazer valer o direito alimentar, sob o argumento de para tanto haver fundamento legal. Assim sendo, a incoerência que se pretende eliminar será, ao contrário, estimulada. E se permanece a confusão, aumenta-se a insegurança jurídica.

Nesta linha de raciocínio, a criação de lei é interessante também pelo fato de ela poder consubstanciar um maior e melhor esboço da prestação compensatória. E isto envolve desde o detalhamento dos requisitos e pressupostos do instituto até as atinentes questões processuais. O que muito facilitaria e incentivaria a utilização da prestação e, conseqüentemente, a adequada tutela da situação social criada subitamente pelo fim do casamento.

Destarte, a criação legislativa não é uma opção crida inviável, mas apenas crida prescindível para que se promova, desde então, o emprego, no Brasil, da idéia da prestação compensatória francesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Christina de. Jurisprudência comentada. Revista Brasileira de Direito de Família, n.12. Rio de Janeiro: Ed. Síntese, p. 84-88, jan-mar de 2002.

BRASIL. Código Civil. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. Mini-códigos - coletânea de legislação. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

BRASIL. Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos. Mini-códigos - coletânea de

legislação. Organização por Yussef Said Cahali. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

BRASIL. Constituição. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 26 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

BRASIL. Novo Código Civil Brasileiro. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Organização dos textos, notas remissivas e índices por José Guilherme Soares Filho. Coleção legislação brasileira. Rio de Janeiro: Ed. DP&A, 2002.

BIGI, José de Castro. Indenização por rompimento de casamento. In: ALVIM, Tereza Arruda (coord.). Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família - Aspectos constitucionais, civis e processuais. v. 2. São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 160-169.

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação. tomo II. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994.

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.

CAHALI, Francisco José. Dos alimentos. In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002, p. 182- 190.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombre. Interpretação constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombre (org.). 1988-1998: uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999, p.431-438.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2. ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 5-289.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombre (org.). 1988-1998: uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999, p. 103-114.

DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores). Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002, p. 65-75.

DICIONÁRIO francês-português. Co-editor César Scartezzini. Edição especial. São Paulo: Ed. LEP, 1961.

FACHIN, Luiz Edson. A reforma do Direito Brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombre (org.). 1988-1998: uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999, p. 129-138.

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

FRANÇA. Code Civil. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Xavier Henry, Alice Tisserand e Guy Venandet. Paris: Ed. Dalloz, 2000.

FRANÇA. Código Civil, versão espanhol. Disponível em: <[http:// big.chez.tiscali.fr/adroit/Justice/ html/civil.aspx#](http://big.chez.tiscali.fr/adroit/Justice/html/civil.aspx#)>. Acesso em: 16 dez. 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Minidicionário da língua portuguesa. 3.ed. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1993.

GIORDANO, João Batista Arruda. Alimentos. In: COUTO, Sérgio (coord.). Nova realidade do Direito de Família: doutrina, jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário. tomo II. Rio de Janeiro: COAD: SC Editora Jurídica, 1999, p. 44-51.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 13. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

HESPAÑA, António Manoel. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. Portugal: Ed. Publicações Europa-américa Ltda, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Os alimentos e o novo texto constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Direito de Família Contemporâneo. Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinariedade. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1997, p. 695-739.

LUCAS, Javier de. El concepto de solidaridad. Mexico: Ed. Fontamara S.A, 1993.

MADALENO, Rolf. Direito de Família - aspectos polêmicos. 2.ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 1999.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. tomo IX. Campinas: Ed. Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. v.6. São Paulo: Ed. Saraiva, 1973.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil constitucional. Revista de Direito Civil, Rio de Janeiro, n. 65, p. 21-32, jul - set 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Direito Civil Constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). 1988-1998: uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999, p. 115- 128.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 779, p. 47-63, set. 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias (org.). Os princípios da constituição de 1988. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001, p. 167-190.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. Alimentos e sucessão no casamento e na união estável. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.

PEREIRA, Áurea Pimentel. Alimentos no Direito de Família e no Direito dos companheiros. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. LEITE, Eduardo de Oliveira (coords.) Repertório de Doutrina sobre Direito de Família - Aspectos constitucionais civis e processuais. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 322-340.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997, p. 57-87.

PERLINGIERI, Pietro. Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile. Napoli: Ed. Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil. v. 2. Campinas: Ed. Bookseller, 1999.

SANTOS, Felipe Brasil. A separação judicial e o divórcio no Novo Código Civil Brasileiro. Assunto Especial. Revista Brasileira de Direito de Família, n.12. Rio de Janeiro: Ed. Síntese, p. 146-160, jan-mar 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil: Direito de família. v.8. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). 1988-1998: uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999, p. 313- 330.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: Temas de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 369-390.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: Temas de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 199-216.

TERRÉ, François. FENOUILLET, Dominique. Droit civil: les personnes, la famille, les incapacités. 6. ed. Paris: Ed. Dalloz, 1996.

WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro - O novo direito de família. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.