

JULIO CESAR COSTA DA SILVEIRA

**ALIMENTOS ENTRE CÔNJUGES NA
RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre. Programa de
Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade federal do Paraná.
Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Oliveira
Leite

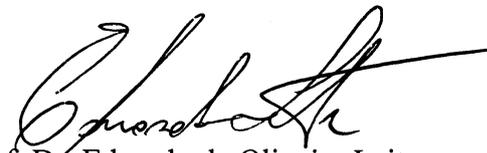
**CURITIBA
2000**

JULIO CESAR COSTA DA SILVEIRA

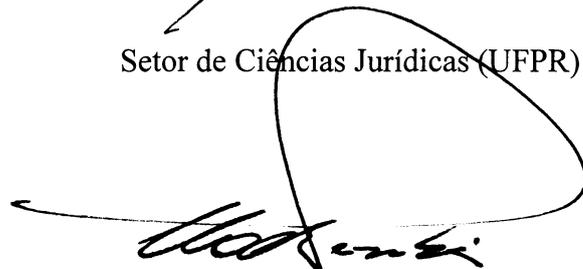
ALIMENTOS ENTRE CÔNJUGES NA
RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão Julgadora formada pelos professores:

Orientador/Presidente:



Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite
Setor de Ciências Jurídicas (UFPR)



Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier

PUCPR



Prof.ª Dr.ª Carmen Lúcia Silveira Ramos
Setor de Ciências Jurídicas (UFPR)

Curitiba, 30 de outubro de 2000

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
Capítulo 1 – A SISTEMÁTICA LEGAL COMO DIRETRIZ	6
A. O Código Civil.....	6
B. A Lei nº 4.121/62	12
C. A Lei do Divórcio	16
D. A Constituição Federal de 1988	27
Capítulo 2 – O “LOCUS” ORIGINÁRIO DO DIREITO	42
A. O Casamento	42
B. A Separação de Fato	47
C. A Separação Judicial	52
D. O Divórcio	60
Capítulo 3 – A NATUREZA DO VÍNCULO MATRIMONIAL ENQUANTO RELAÇÃO 68	
A. O Casamento Como Vínculo Primordial	68
1. Inexistência de Vínculo Familiar	70
2. Obrigação Recíproca Visando Conforto Material	72
B. A Qualidade Geral	74
1. Auxílio ou Socorro	74
2. A Evolução da Vinculação Subjetivo-Legal	75

Capítulo 4 – A PRESTAÇÃO EM SI: AJUSTE, CONDENAÇÃO OU DEVER LEGAL	81
A. O Caráter Indenizatório Enquanto Sanção	81
1. A Responsabilidade Entre Cônjuges	86
2. A Culpa Recíproca	88
B. O Múltiplo Caráter de Natureza Supletiva Enquanto Ajuste	91
1. Sanção Negativa	92
2. Compensação Econômica de Natureza Previdenciária	96
C. O Sentido Objetivo do Dever	98
1. Amparo ao Cônjuge Abandonado ou Doente	100
2. Enfraquecimento do Incentivo à Separação (no divórcio não)	101
Capítulo 5 – A FIXAÇÃO E A NATUREZA DO VALOR DA PRESTAÇÃO	104
A. Possibilidade Econômico-Financeira Face ao Estado de Miserabilidade	104
B. Dívida de Dinheiro ou Dívida de Valor	111
C. Prestação <i>In Speciem</i>	116
CONCLUSÃO	119
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	132

RESUMO

O direito-dever de prestação de alimentos entre cônjuges, após a cisão da sociedade conjugal, constitui-se em matéria polêmica que tem recebido da legislação brasileira uma regulação fragmentária, estimulando-se, primordialmente, por força da ausência de um estatuto legal de disciplina abrangente, a utilização de vários paradigmas jurisprudenciais, sem que se mostre perceptível o delineamento de um entendimento teórico uniforme. Com o advento da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, os lineamentos até então estabelecidos pelo Código Civil; pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962; e pela Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, assumiram uma nova feição, dado a lei divorcista ter inserido o conceito de cônjuge responsável pela cisão da vida em comum, em substituição à figura do cônjuge culpado. Disso resultou, também, a adoção do princípio de responsabilidade recíproca entre os cônjuges ao dever de pensionar, circunstância essa que passou a permitir uma nova leitura da obrigação alimentar entre cônjuges. Tal leitura, associada aos novos conteúdos trazidos pela Carta Constitucional de 1988, entre os quais o do princípio da igualdade entre os cônjuges, no âmbito da sociedade conjugal, deu causa ao não privilegiamento do modelo de ideologia patriarcal assentado na preconceituosa idéia de submissão da mulher ao homem, perante o qual aquela só poderia exigir algum direito desde que inocente e pobre. Apesar de sentidos culturais possibilitadores da alteração de tal paradigma, terem sido introjetados em nosso país ainda é perceptível a discreta e insistente permanência de tal ideologia. De qualquer modo, face às mudanças econômicas e sociais produzidas no século XX, dando azo à inserção da mulher no mercado produtivo, a percepção dos conflitos emergentes do direito-dever de pensionamento entre cônjuges está a assumir novas feições, as quais foi nossa pretensão demonstrar no presente trabalho. É inevitável, porém, reconhecermos que, até o presente momento, é manifesta a inexistência de um sentido uniforme de entendimento face à controvérsia investigada, sendo múltiplas as vias de solução apontadas, nas quais prevalecem, ainda, muito mais os conteúdos de natureza ideológica, do que um ajuste dos conflitos emergentes no cotidiano social a diretrizes de natureza técnico-jurídica.

ABSTRACT

The boarding a right and obligation of coaples after the matrimonial separation constitutes a polemic matter, that has received a fagmentary regulation from the brazilian legislation, stimulating primordially, the using of varions jurisprudential patterns, without showing a perceptible delineation of a uniform understanding, due to the absence of a disciplinary legal statute. With the new laws n° 6.515 of December 26, 1977, the outlines established at that time by the civil law – laws n° 4.121 of August 27, 1962 and n° 5.478 of July 25, 1968, took on a new aspect, due to the fact that the recent law of diveroce has inserted the concept of “guilty” mate, he/she responsible for the separation, substituting the former “guilty” partner. The resulting effect was the adaptation of the principle of mutual responsibility of the couple to provide boarding to the separated partner, an obligation associated with the new contents of the Constitutional Charter of 1988. One of these – the equality of both husband and wife, constituted a priviledge of the patriarchal ideology: the submission of the woman. Only an innocent and poor woman can be required to fulfill a demand and this ideology still survives in Brazil, though in a discreet way. Anyway, due to the economic and social changes created in this century, giving opportunity to the insertion of the woman into the productive market, the perception of emergent conflicts of the righteous or obligatory boarding of couples is taking over new aspects which we tried to clarify in this work. So far have recognized that up to the moment the inexistence of a uniform understanding is evident. As we saw in our investigated controversy, there are many ways of appointing solutions in which still prevail the contents of ideological nature, an ad justment of the daily emergent social conflicts.

INTRODUÇÃO

A problemática que envolve a prestação de alimentos entre cônjuges, após a cisão da sociedade conjugal, tem se mostrado como um território pouco investigado, no que concerne à identificação dos múltiplos planos que constituem a sua totalidade, enquanto questão teórico-prática.

Mostra-se necessário, portanto, que a reflexão inicial seja estruturada a partir de uma *praxis* que reiteradamente tem-se prestado à solução de um conjunto de questões atinentes à prestação da verba alimentar, pós-cisão da sociedade conjugal. Isto é, a da investigação da regulação jurídica formal, tida como fonte primária e de trânsito necessário por qualquer um que pretenda entender o fenômeno jurídico em nossa realidade contemporânea. Para tanto, exige-se, por tal concepção, que primeiro se entenda o plano da regulação legislada para depois se entenderem os fatos. Parte-se portanto das referências estatuídas a partir da lei, analisando-se as variantes de regulação que disciplinam a questão visitada por nosso olhar indagador.

Desse modo, embora não se mostre como a única via adequada – e isto nos dias de hoje é incontroverso – para a compreensão do fenômeno cultural conhecido como Direito, esse foi o caminho inicial seguido, procedendo-se ao desvelamento dos sentidos atribuídos, em algumas circunstâncias até de forma subliminar, a problemática ora investigada. Partiu-se por primeiro, do Código Civil, seguindo-se, de imediato, pelos sítios de maior significação em tal esfera, tais como os retratados pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, cognominada por Estatuto da Mulher Casada; pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro

de 1977, conhecida como a Lei do Divórcio, culminando-se pela Carta Constitucional de 1988, a qual, além de sua importância de natureza fundacional de todo o direito pátrio, resulta caracterizada como documento legal básico para qualquer tentativa de entendimento do fenômeno jurídico na contemporaneidade nacional.

Firmados os referenciais de legalidade dos campos de perquirição delimitados pela linha racional da investigação empreendida, passou-se à análise dos institutos que recepcionam a questão da prestação alimentar, enquanto pólos de acolhimento da problemática a ser compreendida, enquanto locais originários do direito à prestação alimentícia. Esse fato deu azo a proceder-se à análise do casamento, enquanto sede formal da constituição do direito-dever a alimentos entre os cônjuges, bem como dos fenômenos formais originados por força das crises decorrentes da vida conjugal. Tais crises, por não superadas na imediação de suas ocorrências, buscam na separação de fato, na separação judicial, e, por fim, na medida drástica e de profundas significações do divórcio, a disciplina dos efeitos jurídicos advindos da ruptura da vida em comum, como também dos conflitos emergentes de eventual necessidade de prestação de verba alimentar entre os ex-cônjuges, pela identificação dos princípios que, de forma mediata, orientam a busca das soluções necessárias à pacificação dos litígios oriundos da cisão da vida em comum.

Contudo, para que se torne possível compreender o instituto da prestação de verba alimentar entre ex-cônjuges e os meios de superação das crises a ele indefectivelmente associados, após a cisão da vida conjugal, mostrou-se indispensável que se procedesse a um olhar de identificação da natureza do vínculo jurídico oriundo do casamento. Isto, não só por tratar-se da sede originária do direito à prestação alimentar, no plano aqui investigado, mas para que se possa identificar, também, a natureza específica do arrimo jurídico que disciplina a relação de convivência, então fraturada, buscando identificarem-se os matizes de diferenciação de cada uma das possíveis pretensões. Tais pretensões passam

a se mostrar em conflito permanente, como também o papel exercido pelos atores que se envolvem na busca de um deslinde possível e de feições singulares, dada a necessidade de que resultem identificadas as origens de cada conflito, enquanto imagem individualizada de uma totalidade complexa.

Para tanto, passa-se a estudar o instituto do casamento enquanto vínculo primordial de estabelecimento da relação jurídica, buscando compreender a natureza de tal sede, bem como a qualidade específica da prestação da verba alimentar, a partir da cisão da sociedade conjugal, de molde a identificar a justificativa de sua estratificação entre os ex-cônjuges. Estes, por força da ruptura de sua vida de convivência, assumem papéis distintos e indelevelmente marcados pelas idéias de necessidade e de culpa.

Mas o fato material buscado, enquanto pretensão arrimada em direito à subsistência, por aqueles que não mais têm a possibilidade de uma vida partilhada, exige a explicitação da prestação em si, observadas as modalidades em que possa tornar-se possível a entrega da prestação alimentar pretendida, corporificada pela observação da peculiaridade de cada caso concreto, e produzindo-se numa resultante caracterizada: pela presença de um ajuste, na materialização de uma ordem estatal de natureza impositiva entre as partes, na forma de uma decisão judicial, ou por mera observância a um dever legal com roupagem de obrigação ética. Tal dever, não sendo considerado pela via de uma prévia consensualidade, ajusta-se à determinação judicial, de modo a receber a força de conteúdo integrativo, ante o não-reconhecimento do dever, de forma pacífica, por parte daquele que objetivamente deve prestar, mas não pretende fazê-lo.

Passa-se, então, como decorrência lógica da identificação dos distintos campos possíveis de sedimentação do dito direito-dever, à análise da prestação alimentar, por primeiro, em sede de conteúdo indenizatório. Nesta, a responsabilidade pela prestação passa a ser avaliada na ótica da responsabilidade de cada um dos ex-cônjuges, ante o

pressuposto da identificação prévia do cônjuge responsável pela cisão da vida em comum, na esteira do paradigma estabelecido pelo regramento divorcista.

Também torna-se inevitável a percepção da prestação enquanto objeto delimitado por um sentido de repreensão formal, enquanto sanção, ligado a um nexos de compensação de natureza marcadamente econômica. Convém não olvidar contudo que, ante a informação permanente de uma intenção de manutenção da associação conjugal, enquanto inspiração não descartada pelo conjunto de regulação das cisões das sociedades conjugais, em sede de uma ideologia que remanesce, surge o dever objetivo como sentido formal mediato ao regramento legal, vocacionado à proteção do ex-cônjuge abandonado ou doente.

Por fim, a investigação empreendida busca fixar a natureza do valor material pretendido. Identifica, além do duplice pressuposto de legitimação material das práticas voltadas ao prestar e ao necessitar, com vocação ao atendimento de uma contingencialidade informada em cada caso concreto, associada à consideração inafastável do intento finalístico de impedimento da condição de miserabilidade, desvelando-se, também, uma textura marcadamente moral de abrandamento do sistema de regulação puramente jurídico, de modo a tornar perceptíveis os elementos inerentes a cada caso concreto, enquanto determinantes dos critérios de fixação da natureza da dívida alimentar, associados ao reconhecimento da possibilidade da prestação pela oferta da verba alimentar em si, enquanto meio possível de também concretizar o direito-dever na sua pluralidade semântica.

Localizada na teia complexa que caracteriza o Direito de Família, a investigação recolhe, portanto, o lineamento de cada esfera de composição da totalidade retratada pelo sistema de regulação da prestação de verba alimentícia aos ex-cônjuges, em tempo posterior à cisão da sociedade conjugal.

Tal perspectiva resulta então complexa, não só pela própria controvérsia emergente do tema em si, mas fundamentalmente pela circunstância de que as indagações situam-se, pela própria delimitação temática empreendida, em ambiente de profunda polémica. Logo, são inafastáveis da problemática estudada os ressaibos oriundos da cisão da vida conjugal em si, da qual nenhum dos cônjuges sai ou saiu com a convicção íntima de que tenha sido ele o móvel da discórdia. Cada um pretende tudo receber, por tê-lo como justo e adequado ao reconhecimento de um mínimo que lhe é de direito. Ao mesmo tempo, nada pretendendo, cada um, prestar, por também tê-lo como justo e adequado, face aos gravames e às afrontas que pessoalmente teve que suportar.

Remanesce, portanto, àqueles que buscam entender a miríade de circunstâncias que matizam cada cisão de uma sociedade conjugal, a difícil e complexa missão de deslocar-se junto à singular cartografia de explicitação de um conflito entre seres humanos, mormente ante tantas conclusões que só têm se mostrado provisórias e parciais.

Capítulo 1

A SISTEMÁTICA LEGAL COMO DIRETRIZ

A. O Código Civil

Embora não disciplinassem todo o Direito Privado, as Ordenações do Reino Português, no âmbito do Direito Civil, vigoraram no Brasil até a promulgação do Código Civil.¹ Tais ordenações tinham a vocação de instituírem um corpo único e centralizador de regras legais. Face às suas limitações de conteúdo e abrangência de regulação, entretanto, era comum aos juristas e a todos àqueles que necessitavam aplicá-las, recorrer ao direito subsidiário e ao entendimento de juristas reconhecidos da época, circunstância essa que só foi alterada pela promulgação da Lei da Boa Razão, em 18 de agosto de 1769, cujo escopo

¹ Pontes de Miranda divide tal período em oito épocas distintas, a cada qual correspondendo um lapso temporal de prevalência de um determinado sistema de regulação. Por primeiro, segundo tal autor, vigorou o Direito costumeiro puro. Depois, ao Direito costumeiro associaram-se normas oriundas do Direito romano. Em seqüência, surgiu o Direito do Código Visigótico, também associado ao Direito costumeiro. No quarto período, o Direito costumeiro agregou-se às tradições romano-visigóticas e aos forais (respeito árabe à propriedade individual da terra). Seguindo tal fase, adveio a disciplina do Direito costumeiro, originário dos forais e das leis gerais, marcadas, estas últimas, pela forte influência do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Surgem então as Ordenações Afonsinas (1443). Com a reforma dos forais, por volta de 1500, passam a vigorar as Ordenações Manuelinas, sendo que, em tal período, forte é a preponderância, como fonte subsidiária do Direito, das glossas dos jurisconsultos Acúrsio e Bártolo de Saxoferrato. A partir de 1521, são agregadas às Ordenações Manuelinas, por Duarte Nunes de Leão, um conjunto de leis posteriores, sendo que por volta de 1603, as Ordenações Filipinas são promulgadas, com sua revalidação pelos reis espanhóis em 1643. Ainda nesse período de vigência das Ordenações Filipinas, forte é a influência dos glossadores, bem como da *opinião comum*. Em 18 de agosto de 1769, ante o volume de citações e de opiniões agregadas ao regramento delimitado pelas Ordenações, por força e influência do iluminismo, surge a Lei da Boa Razão, com a finalidade explícita de condicionar à interpretação a boa razão. A partir daí, passaram a surgir o trabalho de alguns juristas, no fito de sistematizar o conjunto tumultuário que caracterizava o Direito português da época, dando azo, em tal seqüência, ao surgimento, ainda no século XIX, da figura de Teixeira de Freitas com a sua Consolidação das Leis Civis e, em seqüência, a seu Esboço de Código Civil. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. p. 30 e 62-63.

foi modificar o direito subsidiário² e determinar que toda a interpretação das regras legais resultasse submetida à boa razão, no fito de afastar o verdadeiro caos em que se havia transformado o Direito português.

O Código Civil brasileiro, por seu turno, seguiu, em sua estrutura fundamental, os princípios doutrinários que haviam influenciado as codificações oitocentistas, qualificando-se, entre outros atributos específicos, como um código com os olhos voltados para o século XIX. Fundamentalmente inspirado nos modelos jurídicos portugueses, com arraigada vinculação à cultura jurídica oriunda e consolidada pelas Ordenações, mostrou uma forte resistência em romper, de forma definitiva, com o direito português.

Ademais, a sociedade da época, estruturada sob os ditames dos padrões originados pelo meio rural, em que a tradição, associada às idéias liberais, acolhia o patriarcalismo como modelo ideal de hierarquização da família, deu azo a uma codificação afeiçoada a uma divisão funcionalizada das atribuições do homem e da mulher no seio familiar, gerando um dúplice estatuto a reger os cônjuges no casamento e na própria sociedade conjugal, nos quais, como marca perceptível à primeira vista, percebia-se a relativização dos direitos da mulher, mediante imposição de restrições à sua capacidade jurídica.

Nesse sentido, o modelo adotado pelo sistema familiar brasileiro codificado mostrou-se fiel às orientações do regramento traçado pelas Ordenações, pouco inovando em relação ao sistema anterior. No dizer de Carlos Alberto Bittar:

“Por via da influência religiosa e política recebida de Portugal, o sistema familiar brasileiro seguiu o modelo tradicional, revestindo-se de cunho patriarcal: antes do Código, a direção da sociedade cabia ao marido, com inúmeras restrições quanto à posição da mulher casada, que,

² Direito tido por subsidiário era caracterizado pelo conjunto de costumes juridicamente relevantes e pelo direito local existente à época do surgimento das primeiras codificações, a partir do ano de 1700, cujo

envolvida em afazeres domésticos, não tinha condições de realizar, por si, quaisquer negócios jurídicos, para os quais, ao revés, dependia de autorização do marido. As Ordenações submetiam, ademais, a mulher ao poder marital”.³

Desse modo, na esfera do Direito de Família portanto, o Código Civil brasileiro mostrou-se fortemente conservador, assegurando predominância à figura paterna e prevalência da vontade e do entendimento do marido como chefe da sociedade conjugal, enquanto ideologia de reprodução fiel dos conceitos sociais da época de sua promulgação, na qual a condição de subalternidade da mulher em relação ao homem era fator caracterizador da sociedade brasileira, dando azo a Pontes de Miranda afirmar que o Direito de Família brasileiro:

“É um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação, das classes. Quando cogita de classes, é com certo capitalismo indisfarçado, porém ingenuamente convencido de sua função de consolidação e justiça social”.⁴

Tais circunstâncias, por sua vez, decorreram substancialmente da matriz da organização familiar portuguesa calcada na tradição romanística, na qual a prevalência da figura paterna era fator de destaque. Associada tal concepção aos ditames morais do Direito Canônico, resultou a edificação de um sistema normativo fortemente marcado pela desigualdade institucionalizada entre o homem e a mulher, sendo perceptível que a

conteúdo também estabelecia normas de regramento das relações jurídicas. Cf. ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *Da codificação: crônica de um conceito*. p. 69.

³ BITTAR, Carlos Alberto. *Novos rumos do direito de família*. p.14.

⁴ MIRANDA. Obra citada. p. 443.

organização da família, sob o poder paterno, buscou seu sentido na divisão desigual de poderes entre o marido e a mulher.⁵

Portanto, conforme identificado por Luiz Delgado:

“A organização familiar que recebemos do Direito Português era marcada pela influência do Direito romano naquelas partes de que não se havia assenhoreado o Direito Canônico. Este, atendendo aos aspectos morais do comportamento dos indivíduos, com a sua consciência e a sua responsabilidade, dava-lhes maior liberdade de ação, ao passo que a tradição romanística fazia predominar a autoridade paterna. Eram, assim, duas tendências contrárias que se faziam sentir, em busca de sistematização e de harmonia”.⁶

Associada a tal diretriz romanística, a religião católica também inseriu-se na construção do Código, de tal modo e com tal importância, a ponto de Orlando Gomes asseverar que:

“Em quase todos os institutos do Direito de Família percebe-se a influência do direito canônico. Assim, em matéria de *impedimentos matrimoniais*, as normas que os estatuem procedem manifestamente da doutrina que, a esse respeito, foi construída pela Igreja. Sua influência é tão poderosa que o Código Civil, a exemplo de outras leis sobre o casamento, seguiu a orientação canônica de mencionar as condições de invalidade do casamento, em vez de enumerar as que devem ser preenchidas para que seja lícita e validamente concluída. Provêm, outrossim, do direito canônico diversos preceitos relativos à celebração do matrimônio, a seus efeitos jurídicos e à sua dissolução”.⁷

Desse modo, portanto, os ditames éticos do catolicismo restaram introjetados na edificação do Código Civil, os quais, associadas à índole do povo brasileiro, deram azo a

⁵ DELGADO, Luiz. *Quadro histórico do direito brasileiro*.

⁶ DELGADO. Obra citada. p. 197.

⁷ GOMES, Orlando. *Direito de família*. p. 9.

um direito caracterizado pela tolerância e pela afetividade envolvida por sugestões patriarcais e capitalistas.⁸

Contudo, no caso do instituto do matrimônio, enquanto instituição fortemente marcada pela tradição, cuja origem deita raízes profundas no Direito Canônico, cuja estrutura edificou-se num estuário de elementos colhidos nos caudais dos Direitos romano, germânico e judeu, possibilitou-se a compreensão do casamento a partir de uma identidade fortemente ideologizada como uma instituição natural. Para os cristãos, além de sua reconhecida natureza contratual,⁹ assumiu o *status* de sacramento,¹⁰ mostrando-se, pelo advento da modernidade, com uma feição individualista e hierarquizada, submissa a uma ordem patriarcal, onde a divisão sexual do trabalho dava passo, na rigidez de seus contornos, a tão-somente alcançar-se o objetivo da procriação e criação dos filhos, no âmbito restrito de práticas delimitadas à esfera privada.

Desse modo, portanto:

“A família conjugal moderna e individualista estruturou-se através de uma hierarquia, de uma divisão sexual do trabalho que impedia o exercício da liberdade e igualdade de forma equivalente pelos dois sexos. Esta afirmação tem certas implicações teóricas: o individualismo, embora surgindo como um conjunto de valores universalistas, conformou-se

⁸ MIRANDA. Obra citada.

⁹ Nesse sentido, esclarecedora é a lição de Eduardo de Oliveira Leite, ao assentar que: “As decisões do Concílio de Trento são claras e não dão margem à dúvida a respeito das posições da Igreja sobre matéria matrimonial. A doutrina clássica é retomada, quase que integralmente, e reafirmada numa manifestação de nítida reação à proposta da Reforma: reproduzindo a idéia indiscutível de que o casamento é um contrato, o concílio afirma o princípio da monogamia e da indissolubilidade do casamento. A regra segundo a qual *matrimonium facit partium consensus* (o consentimento das partes faz o matrimônio) é alterada pelo concílio, sem que se alterasse a natureza contratual do casamento. O concílio apenas passa a qualificar o casamento como um contrato formal, fazendo depender a validade do acordo da vontade dos nubentes, da manifestação expressa diante do sacerdote e das testemunhas.” Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. p. 250.

¹⁰ VALLE, José M. Gonzalez del. *Derecho canonico matrimonial: según el código de 1983*. p. 13.

concretamente com um individualismo patriarcal, legitimando as relações hierárquicas entre homens e mulheres, nas esferas pública e privada”.¹¹

Plasmado na matriz portuguesa, submetido em seu nascedouro, inapelavelmente, ao conjunto das metanarrativas que identificam a modernidade, cuja aceitação implícita das desigualdades institucionalizadas, entre as quais as desigualdades sexuais resultantes das angústias de uma sociedade exaurida em suas propostas de pacificação dos conflitos sociais como um todo, o Código Civil viu-se na contingência de regradar a sociedade contemporânea cuja fragmentação e descontinuidade de seus processos sociais passaram a exigir-lhe, cada vez mais, a assunção de uma teleologia pragmática.

Pragmatismo oriundo de uma inapelável análise empírica arrimada na ineludível constatação de fenômenos locais identificadores da contextualidade particularizada dos conflitos emergentes de uma sociedade em crise. Tais eventos demonstraram o insucesso de um modelo codificado com pretensões universalistas, possibilitando o surgimento de novas regulações vocacionadas a regradar os descompassos diuturnos surgidos na órbita das relações familiares. Isso possibilitou uma releitura das normas rígidas do sistema vigente como um todo, fenômeno que acabou por gestar, entre outros conjuntos normativos, a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, cognominada de Estatuto da Mulher Casada.

B. A Lei nº 4.121/62

Com o advento das duas conflagrações mundiais que marcaram a primeira metade do século XX, em especial o conflito retratado pela Segunda Guerra Mundial, os países envolvidos no embate viram, de um momento para outro, sua força de trabalho na indústria

¹¹ VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e plurais: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. p. 33

e de prestação de serviços (composta, até então, substancialmente por homens) desfalcada ante a necessidade premente de enviar-se, cada vez mais, homens para o *front*.

Diante de tal circunstância e de modo a não imobilizar a economia, a vida cotidiana e a própria existência das nações em guerra, as mulheres foram chamadas a ocupar os postos até então ocupados pelos homens, fato esse que deu azo a uma abertura e ao surgimento de oportunidades de maior participação da mulher numa sociedade que, até então, lhe vedava ingresso ao conjunto das atividades produtivas. Conseqüentemente permitia-lhe a assunção a todo e qualquer posto que, por força de sua natureza econômica, pudesse propiciar-lhe ascensão social. Este fato acabou por repercutir em todo o mundo ocidental,¹² já que, por decorrência da guerra: “*Mesmo em sociedades industriais, uma tão grande mobilização de mão-de-obra impõe enormes tensões à força de trabalho, motivo pelo qual as guerras de massa fortaleceram o poder do trabalhismo organizado e produziram uma revolução no emprego de mulheres fora do lar: temporariamente na Primeira Guerra Mundial, permanentemente na Segunda*”.¹³

No Brasil, país também envolvido diretamente no palco bélico do segundo conflito mundial, tal fenômeno prestou-se a dar causa a que a mulher brasileira visse possibilidades de deixar sua condição de mera apreciadora da dinâmica econômico-social do país, para integrar-se na condição de personagem interveniente na manutenção e na promoção dos fatores da produção econômica nacional. Desse modo a sociedade obrigava-se a não mais mantê-la no papel subalterno e limitado de submissão incondicional à vontade e direção, por primeiro ao pai e, depois, ao marido, permitindo-lhe, só por força de tais contingências, ascensão paulatina em qualificação pessoal e profissional, possibilitando-lhe, com isso, a

¹² MALHEIROS, Fernando et al. *O direito de família e a mulher*.

¹³ HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. p. 51.

construção de sua identidade pessoal num mundo até então dominado com exclusividade incontestável pela figura masculina.

Contudo a efetiva igualdade buscada não se mostrou, no plano da identidade das oportunidades e no âmbito da sede de poder, de todo consolidada e implementada, a ponto de Florisa Verucci evidenciar que:

“A despeito de um evidente progresso, o acesso aos centros de decisão política e econômica é ainda fortemente guardado pelos homens, e vencer essa resistência é atualmente um dos nossos objetivos mais importantes. Apesar de grandes dificuldades de toda ordem, apesar do peso das tradições, apesar dos interesses políticos e econômicos que se misturam à questão da emancipação das mulheres, existe no Brasil uma grande pressão a favor da igualdade entre mulheres e homens, similar a que existe em relação a um grande número de aspirações referentes aos direitos humanos, liberdade religiosa, igualdade entre as raças, autodeterminação política, o que não difere do que ocorre em quase todo o mundo.

Embora estejamos ainda distantes de uma real igualdade de oportunidades entre mulheres e homens no Brasil, creio que já vislumbramos essa igualdade como uma meta a atingir. (...)”¹⁴

De qualquer modo, ainda segundo Florisa Verucci:

“A crescente participação da mulher em todos os níveis da esfera pública, a mudança dos costumes, com a liberação sexual e o acesso aos métodos anticoncepcionais, os condicionamentos produzidos pela forte urbanização e industrialização do país, a democratização após o longo período de regime autoritário, o poder dos meios de comunicação, entre outros fatores mostram que as mudanças são profundas e vieram para marcar esta era, constituindo novas formas de relações que não prescindem da célula familiar, porém, buscam acomodações mais adequadas ao mundo moderno, com seus avanços tecnológicos e políticos”.¹⁵

¹⁴ VERUCCI, Florisa. *Mulher e família na nova constituição brasileira*. p. 59.

¹⁵ VERUCCI. Obra citada. p. 73.

No campo jurídico, tal fenômeno, entretanto, não passou despercebido, constituindo-se num verdadeiro divisor de águas entre os até então modelos dominantes de constituição e consolidação das condições masculina e feminina, a ponto de Fernando Malheiros asseverar que:

“Sem descer a outros pormenores, o principal marco dessa emancipação jurídica foi o referido Estatuto da Mulher Casada, a Lei nº 4.121/62, que alcançou à mulher a condição de plena cidadania dentro do lar, desvencilhando-a dos grilhões masculinos e sua independência para o trabalho de fundamental importância para a emancipação definitiva, pois que jamais se poderá tratar de verdadeira independência sem a autonomia econômica”.¹⁶

De qualquer modo, tal regramento jurídico, embora paradigmático no que se refere ao processo de libertação da mulher do jugo masculino, não logrou aplainar todas as imperfeições decorrentes da desigualdade marcante entre o homem e a mulher. Isto é, casada ainda permanecia submetida à chefia conjugal do marido, agora sob a metafórica designação de colaboradora; sendo solteira, por força de vínculos culturais extremamente fortes, o pai ainda se mostrava como a fonte de poder e de direção inquestionável face às expectativas e aos anseios femininos.

Desse modo, tais circunstâncias demonstram que a simples existência de um corpo normativo legislado não poderia, como aliás não pode, modificar um sentido de dominação incrustado num modelo cultural institucionalizado, a ponto de Rodrigo da Cunha Pereira perceber que:

¹⁶ MALHEIROS, Fernando “et alii”. Obra citada. p. 145.

“A questão está em que o princípio da igualdade transcende o campo normativo. Os fatos geradores do *apartheid* feminino, hoje menos acentuados em algumas sociedades, estão na essência da própria cultura. Os ordenamentos jurídicos são também tradutores destas culturas. Portanto, apesar da proclamação da igualdade pelos organismos internacionais e pelas constituições democráticas do fim deste século, não está dissolvida a desigualdade de direitos dos gêneros. A mulher continua sendo objeto da igualdade, enquanto o homem é o sujeito e o paradigma deste pretense sistema de igualdade. Isto por si só já é um paradoxo para o qual o Direito ainda não tem resposta: qualquer tentativa de normatização sobre esta igualdade terá como paradigma um discurso que é masculino. Mas, o fim deste milênio reflete uma mudança desencadeada pela revolução das mulheres, entrelaçada com o político, econômico, social, religioso, ético e estético. O patriarcalismo, com sua ideologia autorizadora da desigualdade dos gêneros, terá que transitar para um outro lugar, já que alguns de seus elementos básicos estão se rompendo”.¹⁷

Tudo porque a organização familiar brasileira, pela sua origem estruturada na regulação portuguesa a qual, por seu turno, marcada de forma indelével pelo Direito Romano, cuja tradição dava prevalência à figura paterna, associada tal raiz, ainda, a fortes influências do Direito Canônico enquanto sede marcadamente influenciada pelos ditames privilegiadores dos aspectos morais do comportamento de cada indivíduo, plasmou, como matriz orientadora das relações familiares, enquanto molde de conduta tido por socialmente adequado, a idéia da necessidade de manter-se a subserviência da mulher ao homem.

Entretanto, com a instabilidade do modelo econômico e em função da emergência da crise política geradora da quebra do paradigma da democracia constitucional, sustentáculos até então da sociedade brasileira, o transitório, o imediatismo e a institucionalização de alternativas flexíveis, como via positiva de solução dos conflitos no âmbito de toda a sociedade, bem como pela padronização de comportamentos relativos às uniões ditas

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas*. p. 162.

informais, permitiram um crescente reconhecimento de legitimidade para os ajustes informais que estavam por ser procedidos no âmbito das famílias brasileiras, reconhecendo-se a existência de uniões alheias ao estatuto legal.

De tais fenômenos, na complexa teia dos relacionamentos sociais, o sistema de controle e de organização da sociedade brasileira passou a tolerar o surgimento da possibilidade de aceitação de um novo modelo de reconstrução da estrutura desgastada do casamento civil, dado que o remédio do desquite, até então ofertado às uniões falidas, passava a mostrar-se como mera solução simbólica. Com isso, permitia-se o surgimento de uma atmosfera de tolerância à possibilidade de discussão do acolhimento do divórcio no âmago do sistema jurídico de regulação do Direito de Família brasileiro.

C. A Lei do Divórcio

Marcada por um forte sentimento antidivorcista arrimado a um reticente anseio fundado na expectativa de manter intacta a ideologia que até então regia o Direito de Família, a fórmula de regulação dos efeitos jurídicos decorrentes das uniões matrimoniais desfeitas estatuída pela lei do divórcio, mostrou-se como o produto de uma sociedade ainda vinculada aos ditames de um Código Civil de feições oitocentistas, onde o temor alvitado da degradação da família era o argumento maior para o rechaço do regramento da extinção do vínculo matrimonial.¹⁸

Degradação essa que era alardeada, no Brasil, pela forte influência de Igreja Católica. Esta, amparada nos ditames do Direito Canônico, privilegiava as soluções de bases espirituais e morais, relegando a segundo plano as vertentes de natureza jurídica, desconsiderando o conjunto relevante de vidas conjugais rompidas de forma inexorável,

¹⁸ ABREU, José. *O divórcio no direito brasileiro*.

apresentando-se como: “a grande batalhadora contra a admissão do divórcio, lutando contra ele no Parlamento, nas ruas e nos púlpitos, cada vez que se cuidou em admiti-lo”.¹⁹

De qualquer modo, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que permitia a dissolução do casamento, após prévia separação judicial por mais de três anos, reconhecendo eficácia jurídica à separação de fato com tempo superior a cinco anos e com início anterior à emenda, para o fito de também permitir a dissolução do vínculo matrimonial, tornou-se inexorável a promulgação de lei disciplinadora de tais hipóteses, conforme já explicitado pelo texto constitucional.

O princípio da indissolubilidade do matrimônio havia sido inserido no plano constitucional a partir da Constituição Federal de 16 de julho de 1934, em seu art. 144, e a necessidade, constitucionalmente disciplinada, de um *quorum* de dois terços dos membros do Congresso Nacional para a alteração do preceito constitucional, dificultava sobremaneira a supressão de tal obstáculo.

Contudo, por força da Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977, apoiada no Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, restou suspensa a exigência do *quorum* de dois terços para a efetivação de alterações no texto constitucional, reduzindo-se a exigência para mera maioria simples, fato esse que deu acesso a e oportunidade de promulgação de emenda constitucional supressora do princípio da indissolubilidade do casamento.²⁰

Em realidade, ante a inexorável falência de muitos casamentos e o crescimento de uniões concubinárias, as quais estavam a receber tutela pela promulgação de legislação

¹⁹ RODRIGUES, Sílvio. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. p. 7.

²⁰ RODRIGUES, Sílvio. Obra citada, p. 8.

extravagante,²¹ bem como pelo acolhimento de tais modelos informais de convivência junto à órbita jurídico-jurisprudencial, inclusive por parte de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal,²² passou-se a exigir do sistema jurídico a promulgação de regulação de forma objetiva, clara e direta das novas relações constatadas, mostrando-se, conforme o explicitado por Sílvio Rodrigues que: (...) *“posta a questão em tais termos e afastada qualquer cogitação de caráter confessional ou dogmático, a escolha que se propunha ao legislador era da maior simplicidade: ou ignorava o problema, permitindo que a situação vigente passasse à margem da lei, ou fornecia meios para remediá-la, através da possibilidade de um novo casamento”*.²³

Não mais se tratava de uma mera opção filosófico-religiosa, mas de um conjunto de circunstâncias que, além de exigir responsável reflexão da sociedade, estava a dar azo à institucionalização de um novo modelo de convivência gestado e cristalizado à margem da ordem jurídica positivada. Tal situação de fato existindo, na percepção de Sílvio Rodrigues, não mais permitia ignorar-se o rompimento dos paradigmas vinculados ao único modelo de casamento civil.

“Sem entrar em cogitações filosóficas sobre o divórcio, um fato objetivo parece inescandível. Ninguém pode manter unidos casais infelizes que, para fugirem à desdita de

²¹ A legislação extravagante, ao reconhecer, primordialmente, os direitos das concubinas e dos filhos advindos dessas uniões, alcançava vários segmentos da ordenação jurídica, tal como a possibilidade de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (Lei nº 4.737/42, hoje Lei nº 883/49), ou no caso da Lei Orgânica da Previdência Social que, em seu art. 11, possibilitava a inscrição da concubina como dependente, ou, ainda, a Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.013/73, art. 57, § 2º) que permitia o acréscimo do nome do companheiro à concubina que com tal pessoa vivesse, de forma estável, há mais de cinco anos, entre outros dispositivos legais, deram azo ao fortalecimento das relações concubinárias, mostrando à sociedade e ao legislador uma situação de fato que não mais podia ser ignorada.

²² Tais súmulas estão delimitadas pelos verbetes de nº 380, 382 e 447.

²³ RODRIGUES, Sílvio. Obra citada. p. 11.

permanecerem sob o mesmo teto, encontram sempre abertas as portas da separação, quer através de mera separação de fato, quer do desquite. No Brasil de nossos dias são numerosíssimos os casos de pessoas em tais condições que, ao depois, se prendem em ligações concubinárias. Na maioria dos casos essas ligações são estáveis e duradouras, os concubinos agem como se fossem marido e mulher, vivem na posse do estado de casados e merecem respeito e consideração como se fossem tal”.²⁴

Ademais, o casamento, enquanto instituição forjada para, entre outros aspectos, funcionalizar a convivência permanente entre um homem e uma mulher, não poderia nesse plano aspirar à perpetuidade e muito menos ter a pretensão de assumir a condição de único nicho aceitável de formação da comunidade doméstica, porquanto:

“ no interior das famílias, sucedem tantas ocorrências funestas à continuidade de seu relevante papel social, que o vínculo perde inteiramente o sentido teológico, que o criou, e vem a ser um mal insuperável. (...) Surge, assim, com a impossibilidade da vida em comum, o problema do divórcio, cuja solução, variável segundo as circunstâncias, é preocupação constante da humanidade. A indiferença entre marido e mulher, que se vêem mutuamente desinteressados, ou o antagonismo invencível que os transforma em inimigos, esterilizam o casamento pela ausência do compromisso espiritual que ele significa”.²⁵

Diante de tais fatos, e com o permissivo constitucional de extinção do princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, mais de dez projetos foram apresentados com a

²⁴ RODRIGUES. Obra citada. p. 8-9.

²⁵ BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Divórcio e separação: doutrina e legislação*. p. 20.

vocação de regradar a cisão do vínculo matrimonial, sendo os sete abaixo referidos os de maior relevância e influência na lei posteriormente promulgada.²⁶

O primeiro projeto a ser oferecido foi o do Deputado Celso Barros, apresentado em 27 de junho de 1977, que circunscrevia-se ao exclusivamente disciplinado pela emenda constitucional. Seu conteúdo conservador dificultava ao extremo a extinção do vínculo matrimonial, mantendo os cônjuges vinculados ao dever de fidelidade e voltava à fórmula do Código Civil: enumerando os casos de possibilitação da separação judicial, com aumento de pressupostos para o conhecimento do pedido; inserindo a proibição de que o cônjuge culpado viesse a casar-se em período inferior a um ano da data do trânsito em julgado da decisão que decretou o divórcio; agregando ainda ter-se baseado nos modelos legislativos de Portugal, do México e da França, sendo que no atinente ao dever de pensionamento entre os cônjuges, reportava-se às regras delimitadas ao regramento em vigor, nada particularizando.

O dos Senadores Néilson Carneiro e Accioly Filho, os quais foram os proponentes da emenda constitucional que deu azo à extinção da regra constitucional de indissolubilidade do vínculo matrimonial, de nº 156/77 foi subscrito em 25 de agosto de 1977. O projeto em questão ofertou regras que poderiam ter sido inseridas no Código Civil, sem necessidade alguma de uma lei específica para o regramento do divórcio de forma exclusiva, mas tendo o mérito de servir-se de fórmula mais ampla e não de enumeração restrita, como à época disciplinado pelo Código Civil. Isto nos casos de legitimação ao pedido de desquite litigioso, para a indicação das causas de possibilitação da separação judicial, ante a simples imputação de um cônjuge a outro de algum fato desonroso, imoral ou ilícito, ou de conduta que se constituísse em grave violação de algum dos deveres do matrimônio. De tal situação restaria insuportável a manutenção da vida em comum, prevendo, também, a possibilidade da

²⁶ RODRIGUES. Obra citada.

cisão da sociedade conjugal pela demonstração da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos e a impossibilidade do restabelecimento da vida matrimonial. Ainda, diante da postulação de um dos cônjuges estar acometido de grave moléstia mental ou contagiosa, com a possibilidade, neste último caso, de restar indeferido o pedido pelo juiz, ante a simples constatação de que a cisão da sociedade conjugal poderia dar causa ao agravamento das condições pessoais do cônjuge doente. Em tal projeto foi proposta a adoção do regime de comunhão parcial de bens como regime legal em substituição ao da comunhão universal de bens, inserindo, no que pertine à disciplina alimentar entre os cônjuges, uma seção específica, na qual restou introduzido, no âmbito da então proposta legislativa, o paradigma de responsabilidade pela cisão da sociedade conjugal, como vetor do dever de dever de pensionar, associado à necessidade do cônjuge não responsável pela violação de dever conjugal. Este, como se sabe, foi o modelo adotado pela Lei do Divórcio.

O Deputado Milton Steinbruch, entretanto, apresentou projeto (nº 3.905/77, de 3 de agosto de 1977) propondo exclusivamente a reforma do Código Civil, em seus arts. 315 a 324, bem como dos arts. 326, 327 e 404, estabelecendo ao marido o dever de sustentar a mulher inocente, mesmo que não necessitasse, bem como atribuindo responsabilidade exclusiva do cônjuge culpado no dever de sustento aos filhos, embora visse como viável a renúncia aos alimentos por parte dos cônjuges.

O projeto apresentado pelo então Deputado José Sarney, além de tratar de outras matérias que não a da cisão do vínculo matrimonial, elencou como causas de pedido de separação judicial a presença de motivo que tornasse insuportável a vida em comum e a separação de fato por mais de dois anos, com impossibilidade de restabelecimento da vida conjugal. Inseriu ainda a impossibilidade da dissolução do casamento de quem esteja a dever pensionamento alimentício, prevendo também a equiparação dos filhos havidos fora

do matrimônio. Tal reconhecimento seria vedado aos filhos incestuosos e adulterinos, só podendo ser procedido tal reconhecimento após a dissolução da sociedade conjugal do cônjuge adúltero, por testamento cerrado. No atinente ao dever de pensionamento entre os cônjuges, manteve-se adstrito às normas até então vigente.

Em 1º de agosto de 1977, o Deputado Rubem Dourado formulou uma proposta que, no seu todo, não apresentava muitas imprecisões e defeitos. Apresentava, sim, as inovações de supressão da eficácia temporal limitada do pedido cautelar de separação de corpos, bem como atribuía a possibilidade de reconhecimento como separação judicial a qualquer decisão assentada na factualidade de uma separação física do casal tão-somente, bem como a qualquer outra decisão que viesse a fixar alimentos ou reconhecer a separação de corpos entre os cônjuges.

Com posição marcadamente antiodivorcista, Jorge Arbage, também em 3 de agosto de 1977, ofertou projeto no qual era negado ao cônjuge culpado pelo desquite o direito de pedir o divórcio, só podendo tal pedido ser formulado por ambos os cônjuges, desde que a separação tivesse tido início a partir de 29 de junho de 1972. Admitiu o divórcio, por outro lado, para o fim de convalidar concubinato estável, do qual tenha resultado prole e com existência há mais de cinco anos. Esse projeto à evidência tinha a intenção manifesta de esvaziar o texto constitucional. Quanto ao dever de pensionamento entre os cônjuges, inseriu norma de conteúdo restrito, explicitando, de forma unilateral, o dever do marido prestar pensão alimentícia à mulher, quando àquela o exigisse, no âmbito de um pedido de dissolução do vínculo matrimonial aforado pela consensualidade de ambos os cônjuges já separados de fato em período de cinco anos anteriores à data de 29 de junho de 1977, dando azo a pressupor-se que só o cônjuge tido como inocente, com declaração judicial prévia prolatada em processo de desquite, poderia postular verba alimentar.

Por seu turno, o Deputado Nina Ribeiro, no Projeto de Lei nº 3.953/77, tratando de forma equivocada as formas litigiosas da dissolução da sociedade conjugal, em onze artigos oriundos do trabalho do jurista Hélio Moraes Sarmiento, exigia, para ambos, o processo comum ordinário. Não disciplinava o consenso do ex-cônjuge para o pedido de conversão, embora afastasse a necessidade de reexame da causa que deu motivação à ruptura da sociedade conjugal.

No atinente à prestação alimentar entre os cônjuges, o projeto delimitava o dever como prestação de atendimento às necessidades do cônjuge que não possuísse meios suficientes para manter-se, com possibilidade de postulação revisional do valor fixado, deixando entrever, contudo, que só o cônjuge inocente poderia postular o recebimento do pensionamento alimentar.

Por fim, Ruy Codo formulou proposta que, em caso de divórcio, a metade do patrimônio conjugal deveria ser destinado aos filhos menores, só podendo ser partilhado entre os cônjuges o patrimônio comum em sua metade remanescente. No que se refere ao dever de prestação de pensão alimentar entre os cônjuges, nada trouxe de inovação face ao sistema à época vigente.

Do conjunto de tais propostas, vê-se que ressurgiram atuais as assertivas proferidas por Clóvis Bevilacqua, ao reportar-se à discussão produzida no ano de 1901, na Câmara dos Deputados. Em tal oportunidade, discutia-se o efeito de ser inserido no Código Civil o desquite ou o divórcio, como mecanismo jurídico-legal de dissolução da sociedade conjugal. Referiu, o insigne mestre, que, já àquela época, tal tema: *“É assunto em que as opiniões se mostram irreduzíveis, porque dependem da concepção, que cada um tem do mundo, e, em particular da sociedade. Discutir o divórcio não é discutir uma questão exclusivamente jurídica. A matéria é antes do domínio da sociologia, pois transcende os*

limites do direito, e interessa à moral, aos costume e à educação".²⁷ Mostrando-se, portanto, que a escolha da fórmula legal a ser erigida em lei só poderia ter origem em sede de política legislativa, dada a multiplicidade de visões sobre a matéria a ser legislada.

A controvérsia, em realidade, escondia problema subliminar: o de que em se examinando o problema do divórcio, estava-se, inexoravelmente, a examinar o problema do casamento, instituição já há bom tempo sendo ameaçada pelo crescente prestígio do concubinato. Por esta razão, tomadas todas as circunstâncias que já envolviam a problemática da busca de meio tendente a dissolver o vínculo matrimonial, a Lei do Divórcio veio à lume marcada pela tríplice teleologia de postar-se como uma solução para os casamentos falidos, de assegurar igualdade entre os filhos havidos ou não em matrimônio, para fins sucessórios, e fundamentalmente para impedir a crescente tendência de constituição de sociedades concubinárias.²⁸

Mesmo mostrando-se como um: *"Estatuto que se caracteriza pela timidez na regulamentação do direito que consagra, afora evidenciar inúmeras imperfeições, atritando, até, com dispositivos de ordem constitucional"*,²⁹ foi promulgada a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Tal lei teve como base projeto de lei apresentado pelos Senadores Néelson Carneiro e Accioly Filho, cujos aspectos negativos de imediato se mostraram ante a proibição de reiteração do pedido de divórcio, posteriormente revogado tal obstáculo pela Lei nº 7.841 de 17 de outubro de 1989, bem como pela adoção do

²⁷ BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. v. 1, p. 743.

²⁸ ABREU, José. *O divórcio no direito brasileiro*.

²⁹ ABREU, José. *Idem*, p. IX.

princípio grafado pelo art. 238 do Código Civil francês³⁰, com a modificação advinda com a lei de 17 de abril de 1975, estatuído pelo § 2º, do art. 5º da lei brasileira. Isto gerou extrema dificuldade de caracterização da hipótese pretendia pelo legislador, face à elasticidade da expressão *grave doença mental*, além de farta motivação de ordem moral e até humanitária, porquanto aqui não se trata de caso de cisão da vida conjugal, mas de separação fática decorrente de fato independente da vontade e da deliberação dos cônjuges, ante o surgimento de doença mental de cura improvável.

Contudo, não há como deixar de reconhecer aspectos positivos no texto legal promulgado, em especial no que se refere ao desaparecimento do poder marital, o qual já havia recebido seu primeiro impacto pela promulgação da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, na qual já se assegurava à mulher a quebra da subalternidade em face do marido.

Mas além de tal mudança estrutural pela supressão do poder marital, ao menos no campo jurídico, a Lei nº 6.515/77 abandonou o rol estrito de causas de justificação do pedido de desquite, adotando fórmulas mais amplas, tais como a da conduta desonrosa, e a da insuportabilidade da vida em comum. Isso permitiu a abertura de um universo maior à interpretação do texto legal face à multivariada dos fatos da vida, inserindo, também, como modelo de subsunção necessário à cisão da sociedade conjugal, a ocorrência de grave violação a algum dos deveres do casamento. Reconhecia, ainda, em outro plano, a igualdade

³⁰ O artigo 238 do Código Civil francês está inserido num conjunto de normas que disciplinam o divórcio por ruptura da vida em comum. Por primeiro, no art. 237, o regramento francês possibilita a possibilidade de que um dos cônjuges demande o outro, em razão de ruptura da vida em comum após separação de fato com tempor superior a seis anos (“Art. 237. Um époux peut demander lê divorce, em raison d’une rupture prolongée de la vie commune, lorsque lês époux vivent separe de fait depuis six ans.”. Em seqüência, diz o art. 238 do Código Civil francês que: “Art. 238. Il en est de même lorsque lês facultes mentales du conjoint se trouvent, depuis six ans, si gravement alterées qu’aucune communauté de vie ne subsiste plus entre lês époux et ne pourra, selon lês prévisions lês plus raisonnables, se reconstituer dans l’avenir” (livre tradução: O mesmo ocorrerá quando as facultades mentais do cônjuge se encontrarem, depois de seis anos, gravemente alteradas que, de forma alguma, a comunidade de vida não mais possa subsistir entre os cônjuges, não havendo, segundo previsões muito razoáveis, possibilidade de se reconstituir no futuro.).

dos filhos, independentemente de sua origem, para o fim de equipará-los no evento da sucessão.

Promulgada a cognominada Lei do Divórcio, ao contrário do previsto pelos antivorcistas, não houve a alardeada destruição e dissolução da família, sendo o novo regramento legal marcado pela adoção de um modelo dualista, pela associação do divórcio-sanção à manutenção do conjunto das regras residuais de imputação de culpa.

Ademais, a lei divorcista permitiu àqueles que haviam fracassado em um primeiro casamento, a reconstrução de novas comunidades familiares, ante a possibilidade de desvincularem-se, com eficácia jurídica plena, dos anteriores vínculos matrimoniais, sem que com isso se tornassem vítimas de reprovações moralistas de bases profundamente questionáveis, cujos danos, primordialmente, produziam pesado constrangimento e fomentavam a prática de uma exclusão disfarçada de todos aqueles cujo maior “delito” era o de terem unicamente sido infelizes em seu casamento, até porque, no dizer de Wilson de Andrade Brandão:

“Numa sociedade assim, numa família assim, que deixam nos observadores mais frios a impressão de ‘desintegração’ ou de ‘desorganização’, falta lugar para o casamento indissolúvel. Muitos acreditam que o divórcio figura entre as causas de declínio da comunidade doméstica. Enganam-se, porém, esquecidos de que o corte do vínculo matrimonial sempre existiu, em diferentes países, e só produziu efeitos degradantes quando concedido abusivamente. Sua atuação, nesse sentido, se acaso verificada, dilui-se entre as demais influências de múltiplos fatores. Porque, na verdade, ele é, antes de tudo, resposta a uma necessidade imperiosa, instrumento de reconstrução da família. Com esse pressuposto o adota a maioria dos povos, nos mais variados estágios de cultura. Não se trata, à vista disso, de remédio para casos isolados, como se dizia no passado. O divórcio não tem mais, em nossos dias, o caráter burguês, que lhe atribuíram por muito tempo. Agora, utilizam-no todas

as classes, ricas ou pobres, menos por amoralismo ou por aviltamento de costumes que pelo desejo dos cônjuges desavindos de constituírem novos lares felizes”.³¹

De qualquer modo, a Lei do Divórcio não atingiu a preservação da família monogâmica e os princípios de conteúdo ético-religioso que balizam a sociedade brasileira. Inseriu, isso sim, aos olhos de uma sociedade em acelerado desenvolvimento, a possibilidade da composição pacífica das graves desavenças nascidas no ventre das relações matrimoniais pela instauração do princípio de liberdade de opção, pela ruptura do vínculo matrimonial. Isso permitiu que, a exemplo dos demais contratos, o casamento, atendidos os pressupostos fincados pela Lei nº 6.515/77, pudesse restar dissolvido, preservando-se, contudo, os valores indisponíveis que votações que informam as sociedades familiares, cujos conteúdos transcendem os meros interesses dos seus integrantes enquanto indivíduos, face à teleologia de seu profundo sentido de solidariedade e de preservação da dignidade humana.

D. A Constituição Federal de 1988

A presença da instituição familiar, no conteúdo das Cartas Constitucionais que vigoraram no Brasil, marcou sua primeira inserção junto à Constituição Federal de 16 de julho de 1934 (arts. 144 a 147), tendo sido inserida, à época, no documento matriz da ordem jurídica nacional, uma idéia de família enquanto sentido nuclear de comunhão de vida instituída pelo casamento e, por sua importância vital para a construção da nação, merecedora de proteção do Estado.

A Constituição Federal de 1988, por seu turno, na senda de ter sido uma das cartas consti-tucionais mais inovadoras entre as promulgadas para a regulação do Estado brasileiro,

³¹ BRANDÃO. Obra citada. p. 31.

também foi inovadora no que concerne ao lineamento das estruturas de suporte do Direito de Família.

Influenciada pelos ditames das declarações internacionais de direitos, a nova Carta Constitucional agregou-se à tendência de constitucionalização do Direito Privado, no qual, entre outros ramos do Direito, reside o Direito de Família. Portanto, possibilitou-se sua inserção na esfera de regulação constitucional, até porque um dos pontos de justificação racional da própria existência autônoma do Direito de Família encontra-se sediado no reconhecimento da necessidade de proteção do grupo familiar, na medida em que a família é lugar natural e inafastável ao nascimento, fortalecimento e desenvolvimento adequado do ser humano.

Reestruturando o âmago da instituição familiar brasileira, a Constituição Federal de 1988 gerou as novas vigas-mestras do grupo familiar, promovendo mudanças de base, inovações que deram oportunidade a Rodrigo da Cunha Pereira asseverar que:

“A Constituição da República de 1988 modificou profundamente a organização jurídica da família brasileira. Com apenas três dispositivos revolveu mais de sessenta artigos do Código Civil e promoveu uma mudança estrutural em nosso Direito de Família a partir de três eixos básicos: o casamento não é mais a única forma legítima de se constituir família, passando a serem reconhecidas também a união estável e as famílias monoparentais (art. 226); modificou o sistema jurídico de filiação, proibindo as discriminações e diferenciações de direitos entre os filhos havidos dentro e fora do casamento (art. 227, § 6º); ficou declarada e determinada a igualdade de direitos entre homens e mulheres”.³²

³² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A culpa no desenlace conjugal*. p. 324.

Estatuindo um novo conceito de família, cujas lindes ultrapassaram os limites do instituto do casamento, reconheceu a igualdade entre os cônjuges na sociedade conjugal. Suprimindo a chefia do marido; modificou os contornos de base para a concessão do divórcio e da separação judicial, bem como modificou em substância a situação dos filhos não havidos do matrimônio civil.

Na forma do artigo 226, contudo, a Carta Constitucional de 1988 firmou e confirmou a família fundada no matrimônio civil como sendo a base da sociedade, dado não ser de interesse do Estado o estímulo às uniões informais. *“Nem mesmo com a evolução notada em nosso século – após os movimentos de defesa de paridade entre os cônjuges no casamento e de igualdade entre os filhos – têm recebido essas uniões estatuto jurídico sistematizado, uma vez que não interessa ao Estado a sua estimulação”*.³³

Tal ideologia deve-se à crença de que sendo as ditas uniões livres portadoras da possibilidade absoluta e permanente de uma natureza de dissolubilidade irrestrita dos relacionamentos, bem como por estarem comprometidas, tão-somente, com uma idéia de proteção pessoal aos integrantes de tais grupos e não à família em si, ao Estado se mostra interessante, fundamentalmente, a proteção ao casamento civil. Isto é, no casamento é possível a interferência da sociedade mediante a participação jurídico-integrativa do celebrante público, de modo a publicizar, pela via de uma ritualística formal, o compromisso pessoal dos nubentes, vinculando-os, por consequência, ao sistema codificado de disciplina e proteção da família enquanto instituição essencial à própria existência do Estado.

Contudo, em realidade, foi o fenômeno econômico da industrialização do país, associado ao exôdo rural e à concentração populacional nos grandes centros, como reflexo

³³ BITTAR. Obra citada. p. 7.

material do novo processo econômico de alteração dos meios de produção, o fator significativo e propulsor de um novo redimensionamento do grupo familiar.

As relações pessoais efetivadas na intimidade de cada família foram alteradas e segmentados os planos de convivência, até então marcados por um sentido de verticalidade entre pais, mães e filhos, pois não mais só ao homem cabia a assunção das responsabilidades de manutenção da família. A mulher e, muitas vezes os filhos também assumiam o encargo de buscar os meios necessários ao atendimento das necessidades econômicas de suas famílias. O novo modelo social adstrito ao cultivo de uma idéia estruturada nos mecanismos de consumo da produção industrial desvinculou a família do anterior modelo. Tal família lastreava-se na idéia de divisão das funções exercidas na sede compartimentalizada e hierarquizada, conforme moldes do grupo familiar oitocentista.³⁴

De qualquer modo, para efeito de recebimento de proteção do Estado, estatuiu-se um novo conceito de família retratado pela figura da unidade familiar. O novel instituto ficou segmentando nas figuras da união concubinária estável (art. 226, § 3º), ou na comunidade formada por qualquer um dos genitores e seus descendentes (art. 226, § 4º). Atenuou-se o rigorismo até então grassante na delimitação da concepção formal de família, com arrimo exclusivo no sistema legal ordinário e apoiada no casamento civil, tão-somente, para admitir-se como idéia de família: *“uma comunidade natural composta, em regra, de pais e filhos, nos quais a Constituição, agora, imputa direitos e deveres recíprocos, nos termos do art. 229, pelo qual os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, havidos ou*

³⁴ Sobre a influência do modelo capitalista na formação da sociedade, mostra-se interessante refletir-se ante o alerta de Lester C. Thurow, o qual refere que: *Os arranjos sociais não são determinados pela economia – existem muitas possibilidades em qualquer ponto do tempo – mas, quaisquer que eles sejam, precisam ser consistentes com as realidades econômicas. Os arranjos familiares tradicionais não o são. Em consequência disso, a família é uma instituição ao mesmo tempo em alteração e sob pressão. A questão não é de “desenvolvimento do caráter”, mas de egoísmo econômico prático ou, mais precisamente, de se colocar o interesse próprio da pessoa abaixo daquele da família. As questões básicas a respeito de como a família deve ser organizada foram colocadas em cena pela realidade econômica. As mudanças no capitalismo estão tornando família e mercado cada vez menos compatíveis.* (THUROW, Lester C. *O futuro do capitalismo: como as forças econômicas de hoje moldam o mundo de amanhã.* p. 54).

*não da relação do casamento (art. 227, § 6º), ao passo que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.*³⁵

Tal alteração teve como móvel subliminar o crescente aumento de relações concubinárias, forçando o legislador constitucional a dar proteção e segurança a tais situações de fato, desde que tais uniões entre um homem e uma mulher estivessem marcadas pela característica da estabilidade e da assunção consciente, por parte dos companheiros, de um intuito comum de constituir uma família.³⁶

Dita família natural nunca fora regulada legalmente em nosso direito. De tais associações geraram-se efeitos de caráter meramente pessoal, regrados, em seus reflexos patrimoniais, pelo Direito das Obrigações. Assim cada um dos integrantes de tais grupos passava a responder por seus próprios haveres, dando azo a uma certa insegurança jurídica àqueles que viessem a contratar com tais pessoas. Alicerçados, pois, numa ilusória percepção de estarem contratando com membros de uma família legítima, na realidade, sob o ponto de vista jurídico-formal, inexistia tal instituição no caso específico de cada relação conformada.

Por decorrência de tal circunstância de conteúdo meramente factual, afloravam duas perspectivas distintas de classificação dos núcleos familiares. Uma caracterizada pelas ditas famílias legítimas. Outra pela constatação da existência de famílias não-legítimas, dando causa, entre outros aspectos, que a prole advinda destas últimas recebesse estatuto diverso do destinado à prole gerada nas famílias legítimas. Tal circunstância sedimentou-se numa diversidade marcada pelo preconceito e pela rejeição institucionalizada.

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed., p. 711.

³⁶ Tal preceito constitucional acabou por ser disciplinado pela Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, a qual veio regulamentar o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, reconhecendo como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, conformada com o objetivo específico de constituir uma família.

Quanto à idéia de igualdade entre o homem e a mulher no exercício dos direitos e deveres atinentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5º), a Carta Constitucional estabeleceu o paradigma do exercício igualitário dos poderes familiares por parte do marido e da mulher. Suprimiu a figura da chefia conjugal e do direito exclusivo de representação legal até então atinentes com exclusividade à esfera jurídica do marido. Inseriu na célula familiar a proposição da construção das decisões familiares fundadas na conjugação da consensualidade e do diálogo permanente, inspirados na identidade de propósitos e de finalidades comuns aos cônjuges e aos seus descendentes.

O novo lineamento igualitário decorre, portanto, de preceitos constitucionais incontrovertidos, mostrando-se apto a ser aplicado de imediato, afastando as normas encasteladas no tradicionalismo patriarcal, de modo a estimular a consolidação da família, servindo o sistema jurídico como um novo motor da dinâmica familiar, de modo, a fundamentalmente assegurar o resguardo da dignidade pessoal de cada um dos cônjuges, em especial no que se refere à mulher, porquanto, por força do sistema anterior, permaneceu, durante largo período, submetida aos ditames, por primeiro, do pai, e, por segundo, às ordens e às determinações do marido.

De tal sorte, assevera Sérgio Gischokow Pereira que:

“a igualdade constitucional entre marido e mulher deve ser recebida em sua plenitude e com imediata eficácia revogadora de ‘todas’ as normas infraconstitucionais em contrário, ‘como forma absolutamente necessária, ainda que não suficiente, para que a mulher seja vista com maior dignidade e respeito, o que reduziria as humilhações e agressões que, aos milhões, padecem todos os dias.”³⁷

³⁷ PEREIRA, Sérgio Gischokow. Algumas reflexões sobre a igualdade entre cônjuges, p.68.

Entretanto, “(...) *mera igualdade legal não é suficiente. É necessária a igualdade econômica, a equiparação social no mercado de trabalho, com uma mudança de natureza cultural*”.³⁸

De qualquer modo, marcante foi o afastamento da Carta Constitucional do modelo centrado na figura masculina, enquanto marido ou pai. Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos assevera que: “*Com efeito, abandonou definitivamente o nosso legislador constituinte a concepção da família constituída sob a autoridade ou supremacia do marido, substituindo-a pela afirmação da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (...)*”.³⁹

Assumiu a Constituição, portanto, uma nova tábua de valores. Afastou-se do objeto da tutela jurídica em sede familiar, até então associado exclusivamente ao instituto do casamento civil, marcado e informado por uma visão unilateral. Tal visão inspirava-se no conceito abstrato da paz doméstica, uma nova feição vinculada a um sistema de regência comum dos interesses familiares, marcada e disciplinada pelo sentido estatuído de um regime de afeição mútua. Nele, a autodeterminação, a conciliação dos direitos individuais com os do grupo, de forma permanente e concomitante, pretendem, ao mesmo tempo que preservam os direitos pessoais de cada um dos integrantes do grupo familiar, o reconhecimento de um conjunto de interesses de natureza supra-individual para efeito de defesa do grupo familiar em si.

Desse modo, o espírito referencial fundante da proteção constitucional passou a ser o conjunto das relações familiares, informadas pela proteção e pelo privilegiamento do paradigma da dignidade da pessoa humana, a ponto de Gustavo Tepedino realçar que:

³⁸ MALHEIROS, Fernando et alii. Obra citada. p. 159.

³⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares Papa dos. *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*. p. 102.

“(...) a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.

Dito diversamente, altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros”.⁴⁰

Flexibilizado o conceito de família, resultou abandonada a idéia de uma instituição caracterizada, antes de mais nada, como mera unidade formal. Isto, apesar de o casamento não ter deixado de ser o elo fundamental de orientação a ser seguida pelo legislador infra-constitucional, na medida em que, mesmo tendo garantida a proteção estatal e o seu reconhecimento por parte da ordem jurídica, a união estável, enquanto entidade familiar, teve, por força de ditame constitucional expresso, que encontrar na lei ordinária o elemento facilitador de sua conversão em casamento, assim dispondo o § 3º, do art. 226 da Constituição Federal:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§1º

§2º

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. p. 50.

Contudo, mesmo restando mantida a ideologia associada ao reconhecimento de uma relevância maior ao instituto do casamento, o legislador constitucional, com a explicitação das novas formas de relações jurídicas de natureza familiar, estabeleceu, pelo conjunto dos ditames lançados pelo art. 226 e seus parágrafos, critérios tendentes a impedir a construção de interpretações meramente casuísticas. Demonstrou para isso a necessidade de perceber-se a diversidade significativa entre os efeitos do casamento enquanto ato solene, dos efeitos do casamento como sede das relações familiares. Neste último sentido, pois, não de ser estendidas todas as manifestações categorizadas pela Carta Constitucional como entidades familiares à proteção do Estado. Gustavo Tepedino, nesse sentido entende que:

“pode-se estabelecer, no âmbito das relações familiares, critérios interpretativos que evitem soluções casuísticas, muitas vezes até contraditórias, vinculadas à leitura de preceitos legislativos que se sucedem, no tempo, sem qualquer coerência axiológica. Em primeiro lugar, não se pode admitir qualquer interpretação legal que privilegie uma espécie de entidade familiar em detrimento de outra, ou que vise a tutelar o vínculo conjugal em sacrifício de algum dos cônjuges ou dos filhos.”⁴¹.

Portanto, a Carta Constitucional adota um modelo interpretativo associado a uma lógica normativa inspirada na razoabilidade de buscar disciplinar, de forma equânime, cada caso concreto, sem transformara tal prática, contudo, num conjunto de decisões caracterizadas por uma ausência de critérios, ou, o que é pior, pela adoção de concepções variadas e de sentido descontínuo face aos ditames ideológicos da nova Constituição.

Até porque, ainda no dizer de Gustavo Tepedino:

“em matéria de direito de família, faz-se necessário extremar as normas que se destinam a regular os efeitos do casamento como relação familiar. Aquelas, à evidência, não podem ser aplicadas às

⁴¹ TEPEDINO. Gustavo. Obra citada. p. 58-59.

uniões estáveis, já que dependem essencialmente do ato solene, pressuposto fático para a sua incidência. Assim, por exemplo, a disciplina do regime de bens e o título sucessório decorrente da qualidade jurídica de pessoa casada, bem como a exigência de outorga do cônjuge para a constituição de fiança. Cuida-se de regras que devem incidir exclusivamente sobre relações constituídas pelo casamento, título indispensável à sua aplicação em razão da segurança jurídica. A publicidade inerente à qualidade de pessoa casada vincula-se à ratio de tais normas, sendo dado a qualquer interessado constatar, junto aos registros públicos, o regime jurídico do cônjuge com quem pretende negociar ou cuja consistência patrimonial se quer conhecer.⁴²

Desse modo, ainda no dizer de Gustavo Tepedino, percebe-se que: *“Ao reverso, as normas que têm a sua ratio vinculada às relações familiares devem ser estendidas a toda e qualquer entidade familiar, nos termos constitucionais, independentemente da origem da família; tenha ela sido constituída por ato jurídico solene ou por relação de fato; seja ela composta por dois cônjuges ou apenas por um dos genitores, juntamente com seus descendentes.”*⁴³

Ora, na mesma senda de tais ditames, conforme acima já realçado, resultou delimitado pela nova orientação constitucional que todos os aspectos nascidos no seio das relações familiares passaram a ser informados, substancialmente, pelo valor fundamental de asseguramento da dignidade da pessoa humana. Valor este tido como princípio-base e de arrimo a todas as relações jurídicas nascidas na esfera de uma entidade familiar, de modo a assegurar a realização pessoal dos cônjuges e de seus descendentes, lastreando-se tal desiderato na força espiritual viva dos laços de solidariedade familiar, figurando tal premissa, também, como arrimo ideológico do dever de mútuo auxiliarem-se, tanto no plano material, enquanto conjunto de meios necessários à sobrevivência física de cada um dos integrantes do conjunto familiar, sob a conceituação genérica de dever alimentar,

⁴² TEPEDINO. Gustavo. Idem, p. 58-59.

⁴³ TEPEDINO. Gustavo. Idem, ibidem.

quanto no plano imaterial retratado pela busca permanente do equilíbrio emocional e psíquico de cada um dos integrantes do núcleo familiar, enquanto conjunto associado de pessoas voltadas para o atendimento das necessidades comuns de seu grupo.

Ou seja, a idéia de poder comum sobrepôs-se ao ditame ditatorial masculino; a afeição pessoal afastou a predeterminação formal de um poder meramente fundado na tradição; e o respeito e a mútua compreensão delinearão as relações entre os pais e a prole, percebendo-se que:

“Com isso, nova organização familiar tem exsurgido dessas diretrizes: quanto aos interesses do grupo, tem prevalecido sistema de regência baseado na gestão comum (ou co-gestão), tanto com respeito a questões de ordem pessoal, como patrimonial, ficando ambos obrigados à manutenção do lar; quanto aos interesses individuais de seus componentes, têm prosperado os regimes de afeição mútua, sob o aspecto pessoal e de autodeterminação de cada cônjuge, sob o aspecto patrimonial, conciliando-se seus direitos com os do núcleo; quanto às relações com os filhos, tem-se desenvolvido regime fundado no respeito e na compreensão mútuos, transmutando-se o pátrio poder em conjunto de deveres para os pais e reconhecendo-se, nesse nível, toda a prole: legítima, ou não; resultante de consangüinidade, ou de vínculo civil, sob a premissa de que o parentesco (no caso, filiação) resulta do vínculo com o genitor, e não da natureza do relacionamento entre os pais”.⁴⁴

Contudo, no Código Civil, o casamento ainda ocupa lugar de pedra angular do sistema familiar, enquanto contrato de conteúdo especial arrimado na *affectio maritalis*, responsável pela estruturação da família tida, ainda, por legítima, dado que as ditas uniões livres não foram recepcionadas pelo sistema codificado.

Entretanto, marido e mulher, por força e influência expressa da nova Carta Constitucional, passaram a dividir o complexo espaço dos direitos e deveres inerentes à comunidade familiar, orientando-se pelos princípios de respeito e de afeição recíprocos,

⁴⁴ BITTAR. Obra citada. p. 23-24.

cuja vocação pretende assegurar, no plano concreto das relações familiares vivenciadas, a plenitude de realização pessoal de cada um dos membros do grupo familiar de importância inquestionável para a própria existência da sociedade.

Por decorrência de tal teleologia, emergiu a idéia de despatrimonialização da entidade familiar, com a assunção de sua repersonalização como paradigma mediador ante a factualidade emergente das relações familiares. Aceitou-se o afastamento da primazia formalmente reconhecida a um modelo de conteúdo meramente artificial, face à realidade hodiernamente constatada, cuja característica marcante era retratada pela desconsideração da contingencialidade inerente ao ser humano enquanto indivíduo. Impô-se, portanto, a compreensão da pessoa humana como sentido e diretriz primordial a permear as relações familiares, já que:

“A família é no presente, muito mais do que antes, o espaço de realização pessoal afetiva, despatrimonializada.

A repersonalização de suas relações revitaliza a união familiar, em todas as suas manifestações sociais e não apenas a oficial, que renasce com outros fundamentos.

O interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado, e das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social”.⁴⁵

No que se refere às alterações procedidas junto à Lei do Divórcio, a Constituição Federal também procedeu a alterações sensíveis (art. 226, § 6º), reduzindo o tempo de espera para o ajuizamento da conversão da separação judicial em divórcio, de três anos para um ano. Reduziu também o prazo para postulação do cognominado divórcio direto de um tempo de cinco anos para o lapso de dois anos, propiciando também a promulgação da

⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *A repersonalização das relações de família*. p. 74.

Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, cujo maior mérito foi revogar o inusitado e ambíguo preceito grafado pelo art. 38 da Lei nº 6.515/77, em sua redação original. Por ele, o pedido de divórcio só podia ser exercido uma vez (dispositivo que gerava profunda perplexidade), na medida em que punia aquele que tivesse, simplesmente, formulado pedido de cisão do vínculo matrimonial em vez anterior à da nova relação a ser desfeita.

Quanto à situação dos filhos não havidos no âmbito do matrimônio civil, a nova Carta Constitucional estatuiu o princípio da horizontalidade dos direitos da prole, excluindo qualquer desigualdade (art. 226, § 7º). Atribuiu à família, à sociedade e ao Estado (art. 227) o dever de assegurar com total prioridade os direitos fundamentais a toda criança e a todo adolescente. Isto para preservar de toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão os filhos oriundos de qualquer espécie de relação havida entre um homem e uma mulher,⁴⁶ desaparecendo a exigência de que só o casamento civil tem o condão de assegurar direitos e qualificação idêntica aos filhos.

Ademais, o novo regramento constitucional estatuiu, como princípio-base da relação entre pais e filhos, o princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º), afastando o preconceito legitimado por uma moral já de há muito questionável, por força da qual o direito dos filhos em relação aos pais estava diretamente vinculado à origem de sua filiação.

⁴⁶ Os preceitos constitucionais relativos à proteção da criança e do adolescente restaram regradados pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no qual resultou reiterada a igualdade absoluta entre os filhos (art. 20), bem como a ordinarização dos conceitos de família natural e de família substituta (arts. 25 e 28), estatuindo-se, também, o reconhecimento, como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, sem qualquer espécie de restrição e por qualquer forma de testamento (desaparece a exclusividade do testamento cerrado, conforme explicitado pela Lei nº 883/49), da paternidade ou da maternidade (arts. 26 e 27). O Estatuto também eliminou a figura da adoção simples, mantendo a adoção de conteúdo restrito (arts. 368 a 378 do C. Civil) e disciplinando a adoção, de conteúdo pleno, na forma dos arts. 39 a 52 do ECA, bem como vocacionou a guarda a duas vertentes distintas, na medida em que deu-lhe conteúdo preparatório à assunção da tutela ou da adoção, reconhecendo-lhe a possibilidade de ser concedida de forma incidental e passível de revogação a qualquer tempo.

Acolheu o novo regime constitucional, desse modo, o princípio da igualdade plena entre todos os filhos, sendo ou não oriundos do casamento civil. Reconheceu prevalência, na esteira de uma perspectiva de matizes naturais, à filiação, por primeiro, como um fato de natureza originária, enquanto fenômeno biológico, preexistindo, portanto, a uma filiação de conteúdo jurídico conforme até então era disciplinado pelo regime codificado. A nova ordem constitucional, portanto, por força da equiparação promovida, aboliu a injustiça de uma discriminação cujo maior equívoco se constituía em punir os filhos pela irresponsabilidade de seus pais.

Tais alterações visaram, primordialmente, uma atuação de natureza corretiva das injustiças que ainda estavam a permear as relações familiares, privilegiando-se, por decorrência da inserção de uma teleologia voltada à proteção dos direitos humanos, a proteção da pessoa em si, afastando as orientações tendentes a ossificar os últimos reflexos do modelo patriarcal centrado no Código Civil.

Contudo, não se pode desconsiderar que a intenção fundamental do legislador constituinte foi, antes de mais nada, manter o Direito de Família vinculado a uma racionalidade jurídica de dimensionamento de suas formas constitutivas adstritas à Carta Constitucional, enquanto base formal de toda produção jurídica. Isto para afastar a possibilidade de uma radical deslegalização da família, já que com o renascimento do liberalismo econômico poderiam ser gestadas causas de incompatibilização entre os interesses individuais do sujeito de direito e o sistema estatal de proteção à família, enquanto grupo social significativo à existência do próprio Estado.⁴⁷

Entretanto, mesmo ante às inquestionáveis alterações da mentalidade sedimentada até o advento do novo regramento constitucional, o casamento manteve, mais do que a

⁴⁷ MORENO, José Luís Serrano. *El efecto familia: veinticuatro tesis sobre derecho constitucional de la familia*. p. 47.

força semântica emergente de seus significados históricos e sociais, a condição de local privilegiado para a emanção de todo um conjunto de influências ideologizadas da disciplina das múltiplas relações decorrentes da relação conjugal, assumindo a condução de pressuposto fundamental, não só para legitimar o dever alimentar entre os cônjuges, bem como para servir de marco de referência a todos os fenômenos jurídicos associados à ruptura da sociedade conjugal, mostrando-se como base originária da regulação alimentar entre marido e mulher.

Capítulo 2

O “LOCUS” ORIGINÁRIO DO DIREITO

A. O Casamento

Mesmo após ocorrida a renovação de toda a ordem constitucional de disciplina do Direito de Família, face ao advento na nova Carta Constitucional, cujo significado maior, no âmbito das relações conjugais, foi semelhante a de uma oxigenação de um tecido que já se mostrava, a cada dia, vocacionado a perda de suas energias vitais, necessárias à sua própria existência institucional, manteve o casamento a sua dupla significação, enquanto categoria de natureza jurídica, porquanto, ao mesmo tempo que se manteve como germén criador da família legítima,⁴⁸ dá azo à conformação de um estado jurídico, o estado de casado.

Decorre de tais circunstâncias, portanto, a sua caracterização como sendo um instituto de natureza híbrida em razão de nascer do acordo de vontades dos nubentes com um intuito de permanência, associando-se a isso a emanção de uma força da qual se torna

⁴⁸ Tal assertiva prende-se ao conceito dogmático do matrimônio, estando, portanto, vinculado à idéia de casamento enquanto ato jurídico arrimado nos estritos ditames da lei privada. Tal alerta prende-se ao fato de que com o advento da Carta Constitucional de 1988, a família sofreu alteração em sua explicitação legal, gerando-se, ao lado da família dita tradicional, a figura das unidades familiares, pelas quais também se passou a reconhecer a existência de um estado de família, para o efeito de proteção do Estado, a união estável entre um homem e uma mulher, bem como a eventual comunidade familiar conformada por qualquer um dos pais e seus descendentes (art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal de 1988).

possível categorizá-lo, também, como uma instituição de natureza moral, social, política e jurídica.⁴⁹

Sendo ato pessoal dos nubentes, que agem, até então, com plena liberdade de escolha, o casamento, de início, é tão-somente um ato de natureza privada, mas que, mesmo não tendo sido definido pelo Código Civil, apresenta-se também como um contrato de linhas e limites peculiares. Portanto não se limita aos ditames inerentes a todos os demais contratos cujo desiderato, quase unânime, se prende a fins meramente patrimoniais. Este vinculou-se ao ordenamento jurídico estatal, que o subordina a formalidades específicas, tais como a publicidade de sua realização e a manifestação do consentimento de cada um dos cônjuges perante a autoridade pública, tornando-o um ato solene.

De tais premissas surge o casamento como um contrato de direito de família, buscando legitimar a união de um homem a uma mulher, mas de acordo com a lei,⁵⁰ de modo que resultem reguladas, por força do matrimônio, as relações sexuais entre o casal. Também para que exsurjam agora, com a tonalidade de dever jurídico, a obrigação de cuidado da prole comum e a prestação da mútua assistência. Esses deveres o marido e a mulher não poderão, após a realização do matrimônio válido, pretender descumprir,

⁴⁹ COSTA, Carlos Orcesi da. *Tratado do casamento e do divórcio*: constituição, invalidade, dissolução.

⁵⁰ O legislador civil mostra, de forma expressa, nos termos do art. 194 do Código Civil, que o contrato de casamento funda-se, como um ato complexo, no elemento volitivo, assentado na livre manifestação dos nubentes, associado à lei como norma de limitação e de institucionalização do ato matrimonial, porquanto as regras de disciplina do matrimônio, em sua quase maioria, mostram natureza cogente e de efeito imediato à realização do ato, não podendo os nubentes, portanto, a elas deixar de aderir. Nesse sentido, explicita Eduardo de Oliveira Leite, que o casamento se mostra como um contrato resultante da livre vontade das partes, marcado por um desiderato especial que o diferencia das demais manifestações de vontade procedidas no mundo jurídico, exigindo a interferência do Estado, de molde a assegurar-lhe valor jurídico, caracterizando-se como sendo um ato pessoal e solene, efetivado na órbita civil, não admitindo termo ou condição, bem como assumindo a feição de uma instituição de ordem pública, no fito expresso de estabelecer e de assegurar uma comunhão de vida. (LEITE, Eduardo de Oliveira, *Síntese de direito civil: Direito de família*, p. 22 a 25)

porquanto fundamentais à harmonia conjugal, à felicidade doméstica e, por consequência, à paz familiar.

Desse modo, portanto, percebe-se que o casamento traz como característica básica sua submissão à ordem pública, implicando a união exclusiva de um homem com uma mulher numa comunidade de vida entre os cônjuges que não se submete a nenhuma espécie de termo ou de condição, restando vocacionado a assegurar a permanência de tal convivência.

Contudo, sempre foi reconhecido como sendo o efeito-base do matrimônio a criação da família legítima, circunstância essa que, conforme já realçado, mostrou-se fragilizada com o advento da Carta Constitucional de 1988, ante a admissão juridicizada de novos modelos de organismos de natureza familiar.

Em realidade, é de destacar-se que no Brasil há três espécies de casamento: o casamento civil, casamento religioso com efeitos civis, e casamento religioso sem efeitos civis. Este, por não ser reconhecido como casamento, equivale a concubinato.⁵¹ No casamento religioso com efeitos civis, as relações entre os cônjuges, as relações entre pais e filhos, o regime de bens, a filiação e a separação de corpos são disciplinados, exclusivamente, pelo Direito Civil. Isto porque observada a legislação que atribui efeitos civis ao matrimônio religioso (para o efeito de validação legal do ato religioso por parte do Estado), todas as relações, os fatos e eventos decorrentes de tal matrimônio passam a ser recepcionados e regulados pelo ordenamento jurídico estatal, submetendo-se tais corpos familiares às regras do Direito Civil.

⁵¹ A equivalência entre casamento civil e casamento religioso foi estatuída pela Constituição de 1946, mantida pelas demais cartas constitucionais e subordinada ao regramento legal de habilitação para o matrimônio civil (Lei nº 379 de 16 de janeiro de 1937; Lei nº 1.110 de 23 de maio de 1950 e arts. 71 a 74 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973, diplomas legais esses recepcionados pelo art. 226, § 2º, da Constituição Federal de 1988).

De qualquer modo, a idéia da necessidade de criação de uma família legalmente tutelada deve-se à crença socialmente arraigada de que a família assumiria, só sob a proteção do Estado, um sentido de superioridade ética por estar constituída segundo os ditames da lei. Por tal visão moral, social e espiritualmente mais sólida, mostra-se como via única de dignificação das: *“relações sexuais, estabilizando-as numa sociedade única e indissolúvel, ostensivamente aprovada e independente dos fins da geração para torná-la compatível com a eminente dignidade da pessoa humana”*.⁵²

Diante de tal categorização, o matrimônio assume, também, a condição de relação jurídica, mostrando-se circunscrito a um conjunto de direitos e deveres submetidos a um sistema legal imperativo. Esses direitos e deveres se consolidam em um conjunto de relações pessoais e econômicas concomitantes.

De tal sorte, no âmbito das relações pessoais, surgem direitos e deveres recíprocos e, portanto, comuns a ambos os cônjuges, concretizando-se nos deveres de coabitação, de fidelidade recíproca e de mútua assistência.

Enquanto o dever de coabitação se limita ao dever de permanentemente residirem os cônjuges sob o mesmo teto, o dever de fidelidade estatui a exclusividade das relações sexuais, procedendo-se à explicitação de tais relações num plano de extensa possibilidade interpretativa. Decorre daí que se caracteriza como violação a tal dever não só a prática de relações sexuais em seu sentido estrito, mas qualquer ato que caracterize o envolvimento físico e sentimental de um dos cônjuges com terceira pessoa.

No que concerne ao dever de mútua assistência, é preciso entendê-lo como fenômeno estruturado em duas esferas distintas. Num primeiro aspecto, tem-se o dever de assistência como sendo o dever de ajuda mútua, com raízes no Direito Canônico, pelo qual essa ajuda se funda em um conteúdo de matiz espiritual e de forte tonalidade ética. Nuanças diversas

⁵² GOMES, Orlando. *Direito de família*. p. 65.

são mostradas apenas em razão dos ditames de cada grupo social, dado ser consabido que o ordenamento jurídico não se compõe só de normas legais, mostrando-se significativas as formações de conteúdo regulador, nascidas na espontaneidade de cada coletividade. Num segundo aspecto, o dever de mútua assistência mostra-se relativizado pela conversão de um dever moral em uma obrigação jurídica, permitindo, em tal caso, o reconhecimento da contingencialidade das relações decorrentes do casamento.⁵³

Alvitra o regramento legal, contudo, a promoção do alargamento conceitual de uma mera relação de fato, enquanto conjunto de práticas procedidas no viver cotidiano dos cônjuges, a um nível de categorização de uma instituição de forte significado social e moral, para o fim de tornar possível a sua regulação segundo as feições marcantes e peculiares do ordenamento jurídico que disciplina o conjunto de deveres materiais oriundos do casamento, entre os quais o dever de prestar alimentos mostra-se com um significado transcendental às diretrizes de uma mera delimitação dos múltiplos deveres situados na órbita da ordem privada.

De qualquer modo, o dever de mútua assistência não poderá ser, por forma alguma, confundido com o dever de socorro, enquanto ajuda puramente econômica, porquanto este último se traduz em obrigação de dar e não de fazer. Dada sua abrangência, ultrapassa o simples dever de sustento, alcançando contudo outras prestações de natureza econômica. Destaca-se, por fim, que não sendo cumprido o dever de mútua assistência, no que se refere à sua parcela de conteúdo meramente ético, não haverá meio judicial para obrigar alguém a prestá-lo.

⁵³ Interessante atentar também para a existência de um dever de mútua assistência de cunho imaterial que, no dizer de Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos: “(...) implica, antes de mais nada, a solidariedade que os cônjuges devem ter em todos os momentos da existência e que se manifesta sob as mais variadas formas.” (SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Obra citada. p. 109).

É de alertar-se, também, para a impropriedade de pretender confundir as relações pessoais dos cônjuges, com as relações patrimoniais decorrentes do casamento. Tais relações patrimoniais se caracterizam pelo dever de sustento da família e pelo dever recíproco de socorro. Tal como acima realçado, não pode ser confundido com o dever de mútua assistência, pois nasce da incumbência atinente a cada um dos cônjuges de se auxiliarem na órbita econômica, materializada como mera prestação de conteúdo econômico. Surge, tão-somente, como dever de sustento nos casos de separação de fato ou de direito, ou, ainda, como resultado de uma decisão judicial em um processo de cisão da sociedade conjugal.

Portanto, mostra-se o casamento como um contrato de natureza marcadamente diferenciada dos demais pactos legalmente disciplinados. Tem como finalidade promover a união duradoura de um homem com uma mulher, observados, na disciplina de tal convivência, os ditames legais. Isto para regular as relações sexuais entre marido e mulher, em sede de exclusividade, preservados os interesses e os direitos da prole comum. Há também o dever permanente de observar a co-prestação de mútua assistência em regime de vida em comum, marcado pelo princípio da livre-união, ante a inexistência de condição ou termo a condicionar o ato matrimonial; da monogamia, ante a impossibilidade de constituição de mais de um vínculo matrimonial ao mesmo tempo e em relação a uma determinada pessoa; e da comunhão indivisa entre os cônjuges enquanto plena comunhão de vida.

B. A Separação de Fato

Enquanto afronta ao dever de vida em comum, a separação de fato não se mostra, por si só, como desconsideração de um dos deveres do matrimônio pura e simplesmente. Tal fato retrata um duplice significado delimitado. Por primeiro, por um sentido puramente

material de constatação da ausência de vida em comum, imbricado; por segundo, ao elemento subjetivo e voluntário informado pela intenção de um dos cônjuges, no mínimo, pretender viver separado do outro, o que implica, de início, perplexidade ante a permanência ou não do dever de assistência entre marido e mulher, na medida em que tal dever pressupõe a convivência conjugal.

Ora, diante do questionamento da permanência ou não do dever de assistência, exsurge a questão pertinente à análise da legitimidade de tal cisão da vida em comum, retratada pela discussão a respeito das causas que motivaram tal separação fática, de modo a saber-se se tal separação está fundada ou não em uma motivação justa.

Tanto o Código Civil quanto a Lei do Divórcio não explicitam os fatos objetivos que possam caracterizar a separação de fato, de modo a traçar um parâmetro normativo de referência linear capaz de permitir a identificação das condutas que, por previstas pela lei, no mínimo, mostrar-se-iam justificadoras da desatenção ao princípio matrimonial da convivência dos cônjuges sob o mesmo teto.

Deixa-se, portanto, tal delimitação, à jurisprudência e à doutrina, que adotam, como paradigma de identificação das causas de abandono tido por injusto, aquelas que a lei tipifica, por via mediata, como infrações aos deveres do matrimônio. Nos dias de hoje não se pode mais cogitar a hipótese de que o marido poderia exigir à mulher que voltasse ao lar conjugal,⁵⁴ dado que tal prerrogativa se encontrava arrimada no poder marital de fixar o domicílio conjugal e no exercício da chefia da sociedade conjugal, encargos que eram

⁵⁴ Tal perspectiva mostra-se interessante, porquanto nunca houve quem cogitasse de que, caso fosse o marido que tivesse abandonado o lar conjugal, pudesse a mulher obrigá-lo a retornar ao convívio conjugal, circunstância essa que demonstra o forte fator ideológico a informar os direitos e deveres que compõem a teia das relações familiares.

assumidos pelo marido, com exclusividade, a partir e por consequência do casamento.⁵⁵

Esses poderes, contudo, receberam rechaço da Carta Constitucional de 1988.

Ademais, a Constituição de 1988 mostra forte incompatibilidade com o disciplinado pelo art. 234 do Código Civil. A Carta Constitucional revogou, pois, o dever exclusivo do marido de sustentar a mulher, no caso de abandono justificado, ante o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges, na medida em que, por força de preceito constitucional, a obrigação de sustento da família passou a ser de ambos os cônjuges. Mostrou-se factível, porém, o exercício de um direito à pretensão a alimentos, em sede de separação de fato, portanto, por parte do cônjuge que tenha sido injustamente abandonado⁵⁶ e que demonstre evidente necessidade. Não se pode invocar a abstrata igualdade jurídica como fator excludente de tal dever, na presunção de que não estando mais a viver juntos os cônjuges, deveriam cada um, por si próprio, prover os meios necessários ao seu sustento pessoal até que delimitada, pela via do consenso, ou por determinação judicial, a extensão e a titularidade do direito a receber verba alimentar.

⁵⁵ Tais poderes encontram-se grafados nos incisos III e IV, do art. 233 do Código Civil.

⁵⁶ Com referência à idéia de igualdade jurídica entre cônjuges, significativo o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, prolatado em data de 2 de maio de 1996, na Apelação cível nº 596038307, em julgamento procedido junto à 8ª Câmara Cível daquela corte, quando restou decidido que: *ALIMENTOS. IGUALDADE DOS CÔNJUGES. Hipótese em que a mulher não pode ficar totalmente sem alimentos, pois que os princípios grandiosos da igualdade jurídica entre os cônjuges e entre homem e mulher não se podem transformar, em casos concretos, em fator de destruição da mulher. O tema da igualdade não pode ser tratado apenas no plano genérico e abstrato.* Tendo sido realçado pelo Des. Relator. Des. Sérgio Gischkow Pereira, entre outros aspectos, que: (...) *Em tese e em abstrato, não tenho qualquer dúvida de que a igualdade entre os sexos no plano jurídico, colocada pela Constituição Federal, não mais permite vigore o art. 233, inc. IV, do CC: a obrigação de sustento da família é de ambos os cônjuges. De resto, é decorrência de movimento de libertação e igualdade para a mulher em todos os planos, que felizmente prospera, atualmente, com maior intensidade no Ocidente. Porém, sempre advirto que o assunto não pode ser visto apenas genericamente, senão que é preciso levar em conta as peculiaridades e circunstâncias especiais do caso concreto, sob pena de resultados absolutamente injustos e desarrazoados em várias hipóteses; assim é porque muitas vezes a mulher, envolvida em determinado litígio submetido à apreciação do Judiciário, ainda não alcançou a autonomia individual, social, econômica, psicológica, afetiva, política, etc., como seria desejável e ideal.* (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v. 179, dezembro de 1996, p. 335-336).

Diante de tais circunstâncias, percebe-se que mesmo inexistente a obrigação em razão do sexo do eventual provedor, o que se mantém intacto é o dever bilateral de manutenção, face ao princípio igualitário inscrito pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 5º, associado, contudo, ao sentido de atendimento às peculiaridades que estejam a evidenciar a necessidade de quem pede, seja homem ou mulher.

Por decorrência, as eventuais sanções que possam advir da separação fática, no curso de tal cisão de convivência, resultam sujeitas a sanções indiretas que só poderão ser apuradas e discutidas no âmbito de um processo de separação judicial. Tal não ocorre, contudo, com o dever recíproco de provimento de verba alimentar que, por força da separação de fato, assume a coloração de um dever específico.⁵⁷

Portanto, a mulher, bem como o marido, passam a ter direito a alimentos não só por sua condição de cônjuges, mas pela simples circunstância de não poderem atender às suas necessidades a contar da cisão da vida em comum. Não se mostra mais aceitável, porém, a pressuposição de um direito fundado na dependência, mas de um direito fundado no dever de assistência,⁵⁸ embora não seja este último um direito absoluto, mas vinculado ao tradicional binômio possibilidade/necessidade. Assevera Cahali que: *“Em resumo, mesmo em caso de separação de fato, não se prescinde da perquirição dos requisitos do art. 400*

⁵⁷ Tal dever está assentado em uma expressão vaga (Lafayette Rodrigues Pereira (Direitos de Família), assevera que tal dever visa atender uma função humanitária; Cândido de Oliveira (Do Direito de Família), vê em tal dever em sentido de assistência e socorro; Clóvis Beviláqua (Direito da Família) assevera que tal dever possui uma conotação de auxílio e de socorro.

⁵⁸ Não há, portanto, mais em se falar no mito de um dever adstrito exclusivamente à esfera do marido por força de uma interpretação ideologizada do disposto pelo art. 233, IV, do Código Civil, já que os cônjuges, com o casamento, assumem, um em relação ao outro, o dever de prestarem socorro material e moral, porquanto uma das finalidades do casamento é a de mútua ajuda.

do C.C; assim, para nascer o direito alimentar é mister a demonstração da necessidade alimentária”.⁵⁹

Mesmo ante a situação peculiar envolvendo a separação de fato por avença entre os cônjuges, subsiste a obrigação alimentar entre marido e mulher, na medida em que, independente da cisão meramente factual da convivência conjugal, o vínculo matrimonial mantém-se ileso. Somente com a morte de um dos cônjuges, ou com o divórcio é que restará juridicamente cindido o vínculo oriundo do casamento.

Por decorrência de tal teleologia, até mesmo no caso de separação de fato, por acordo delimitado pelos próprios cônjuges, não há que se falar na impossibilidade de não exercício do direito a alimentos, dado subsistir o dever de mútua assistência enquanto efeito decorrente do vínculo jurídico gerado pelo casamento,⁶⁰ que só se rompe com a decretação do divórcio.

Por fim é de questionar-se a possibilidade da cessação da convivência conjugal, embora os cônjuges permaneçam sob o mesmo teto. Diante de tão peculiar circunstância há de atentar-se, de início, à inexistência de norma legal que determine, para o exercício da pretensão de recebimento de auxílio alimentar, devam estar os cônjuges efetivamente separados de fato, dado não se poder confundir a existência de uma convivência doméstica com a existência de uma convivência conjugal.

⁵⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. p. 327.

⁶⁰ Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em julgamento procedido em data de 2 de outubro de 1990, junto à 5ª Câmara Cível daquela corte, nos autos da Apelação Cível nº 590046033, quando resultou assentado que: *É juridicamente impossível a homologação judicial do pedido de dispensa formulado pelos cônjuges, apenas separados de fato, visto que subsiste o dever de mútua assistência enquanto existir a sociedade conjugal* (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. 150, tomo II, fevereiro de 1992, p. 602).

Na primeira há, tão-somente, vida em comum sob o mesmo teto, mas marcada pela inobservância de alguns dos deveres inerentes ao vínculo matrimonial, tal como o atendimento aos deveres inerentes ao *debitum conjugale*.

Na segunda, por seu turno, inexistente o ânimo de desatendimento aos deveres decorrentes do casamento, resultando de tal dicotomia a constatação de que é possível a existência de uma comunidade doméstica sem que haja, concomitantemente, uma comunidade conjugal. Até porque o vínculo matrimonial se encontra íntegro. Remanescem, portanto, os deveres do casamento que passam a ser exercidos na medida das possibilidades delimitadas pelos próprios cônjuges, sob a inspiração do ânimo e do interesse efetivo de cada um, informados pela vontade livre de concretizar, ou não, todos os atos inerentes à contingencialidade de uma vida a dois.

Em síntese, a separação de fato, enquanto fenômeno juridicamente relevante, independente de sua natureza litigiosa ou inserida num contexto de ajuste, dá azo à possibilidade jurídica de postulação de verba alimentar. Mostra-se, também, como território de acolhida do dever de mútua assistência, mesmo que a convivência conjugal tenha falido.

C. A Separação Judicial

Dissolvendo-se o casamento válido, tão-somente, pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, surge a separação judicial como causa de cisão da sociedade conjugal. Não implica, portanto em extinção do vínculo matrimonial. A separação judicial importa, sim, em separação de corpos e dos bens que integram a sociedade, observados os ditames do regime ao qual estava subordinado o patrimônio conjugal.

Desse modo, a separação judicial, tanto na sua vertente litigiosa quanto consensual, põe fim aos deveres matrimoniais de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento houvesse sido desfeito em todos os seus efeitos.

Entre os requisitos legais e obrigatórios da disciplina da cisão da sociedade conjugal, o regramento processual civil, tanto em seu plano consensual, quanto em seu plano litigioso, determina que seja explicitada no petitório inicial, ou delimitada pela decisão judicial, a pensão alimentícia devida pelo cônjuge devedor ao cônjuge credor, caso este último não possua bens suficientes para se manter.

No âmbito consensual, caso exista omissão a tal fixação, não se há de crer tenha havido renúncia a tal direito, já que, no dizer de Yussef Said Cahali: *“tal omissão não significa mais do que uma simples dispensa momentânea da pensão, dela não se podendo deduzir, de forma alguma, uma pretensa renúncia implícita ao direito de alimentos (...)”*.⁶¹

Sílvio Rodrigues, por seu turno, entende que a omissão ao pensionamento devido pelo homem à mulher não se mostra como empecilho à homologação da cisão da sociedade conjugal, admitindo a presunção de desnecessidade, já que: *“Os alimentos devidos à mulher, em caso de desquite, não se originam do parentesco, na forma dos arts. 396 e segs. do Código Civil, pois marido e mulher não são parentes. Mas encontram seu fundamento, durante a vigência do casamento, na regra do art. 233, nº IV, daquele código, e após o desquite, nos termos da convenção acordada entre os desquitados”*.⁶²

Washington de Barros Monteiro, mostrando-se fiel ao texto da Súmula nº 379 do Supremo Tribunal Federal, acolheu a tese da possibilidade de desistência do recebimento de alimentos por

⁶¹ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. p. 337.

⁶² RODRIGUES, S. *Direito de família*. p. 220.

parte da mulher, admitindo que (se posteriormente de tal verba vier a necessitar): “*poderá reclamá-los, desde que ocorram os pressupostos legais, designados no art. 400 da lei civil*”.⁶³

Contudo, face aos efeitos decorrentes da cessação da convivência entre os cônjuges, devido ao enfraquecimento dos laços sentimentais entre marido e mulher, a obrigação de pensionamento, primordialmente por criação jurisprudencial, passou também a ser estruturada observando-se as peculiaridades inerentes ao novo modelo de convivência. Passou-se a admitir não só uma eficácia temporária de exigibilidade da obrigação, ou por sua submissão a uma condição resolutiva, por implemento de eventual termo ou pelo advento de alguma condição delimitada pelas partes, cujo conteúdo é marcado por uma natureza extintiva da obrigação. Adveio de tal ocorrência a presunção de uma dispensa do pensionamento para o futuro.⁶⁴

Desse modo, portanto, mostra-se admissível o acolhimento de pensionamento alimentar com eficácia temporal previamente delimitada pelos ex-cônjuges, porquanto tal acertamento decorre da vontade livre de marido e mulher. Estes, num ambiente de consenso, auto-regulam seus interesses, alicerçando-os no princípio da autonomia da vontade. Tal princípio após recepcionado pelo ato de integração normativa de conteúdo público, representado pela decisão judicial homologatória do ajuste, assume a natureza de avença praticamente imutável, salvante a ocorrência de circunstâncias que venham a alterar as forças econômicas dos ex-cônjuges. Como exemplo, o surgimento de algum fator significativo de desequilíbrio da relação obrigacional estabelecida entre ambos, de modo a

⁶³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito de família*. p. 212.

⁶⁴ Com referência, acórdão prolatado pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo como relator o Des. Carvalho Pinto, nos autos da apelação cível nº 96.900, prolatada em data de 15 de dezembro de 1959, cuja ementa delimitou que: “Pensão alimentícia do marido à mulher – Contrato fixando à vigência da obrigação até a verificação de fato futuro – Falta de prova de haver ocorrido – Ação improcedente” (Revista dos Tribunais, v. 295, p. 183).

atingir as circunstâncias concretas existentes à época do acordo e que possibilitaram a conformação do pacto com os olhos voltados para o binômio possibilidade-necessidade.

De qualquer modo, a inserção de cláusula de dispensa,⁶⁵ assegura ao dispensante o direito de, caso tenha necessidade incontroversa, vir a postular o socorro alimentar, desde que demonstre a necessidade, em ação própria, de tal verba.⁶⁶

No que se refere à renúncia, porém, dá-se azo à conformação de forte controvérsia, na medida em que, por não serem os cônjuges parentes, remanescerá o direito a alimentos entre cônjuges separados por força de acordo ou de sentença,⁶⁷ embora verifique-se que até mesmo a idéia de igualdade entre os ex-cônjuges, na forma do possibilitado por

⁶⁵ É interessante destacar que a cláusula de dispensa também se mostra propícia a fomentar polêmica. A jurisprudência tem-se mostrado inclinada a só reconhecer tal dispensa quando a avença das partes traga junto a manifestação da dispensa ao recebimento da verba alimentar o adendo de que tal manifestação é feita com a ressalva de ser possível a postulação de verba alimentária caso se modifiquem às condições econômica do cônjuge dispensante. Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 30.1.1996, na Apelação Cível nº 280.377-1, prolatado pela 4ª Câmara de Férias A de Direito Privado, quando o Tribunal decidiu que: “ALIMENTOS – Obrigação alimentar – Ex-cônjuge – Dispensa quando da separação – Ausência de ressalva do direito de alimentos quando da conversão em divórcio – Pedido posterior – Inadmissibilidade – Carência decretada – Recurso não provido. *Ausente ressalva do direito a alimentos quando da conversão da separação judicial em divórcio, carece a mulher de ação alimentar posteriormente à dissolução do casamento* (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. 178, p. 22).

⁶⁶ Cf., a demonstração da necessidade, há de ter-se vinculada a caso excepcional ou a fato grave e inequivocamente comprovado, conforme acórdão de 21.12.1991, na Apelação nº 74.234-4, prolatado pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quando o tribunal decidiu que: “(...) A cláusula que em separação consensual dispensa alimentos só pode ser objeto de alteração em casos excepcionais, desde que decorrentes fatos graves cabalmente comprovados. Abdica de um possível direito a mulher que, por ser comerciante e ter renda própria, dispensa alimentos quando da separação consensual, sem fazer reserva de pleiteá-los no futuro, se deles necessitar. Voto vencido: A dispensa da pensão pela mulher não traduz renúncia, posto que esta é em caráter definitivo, enquanto que aquela é a faculdade de não exigir tal recurso no momento. Ocorrendo a dispensa, e não renúncia, dos alimentos, pode a mulher pleiteá-los a qualquer tempo, por se tratar de prestação não vinculada a parentesco, mas de encargo obrigacional (Des. Francisco Figueiredo).” (Revista dos Tribunais, v. 671, setembro de 1991, p. 161).

⁶⁷ Cf. no que se refere à renúncia como fator determinante da extinção do direito a postular alimentos, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, prolatado em 30.11.1993, na Apelação Cível nº 202.327-1, em julgamento junto à 3ª Câmara Cível daquela corte, quando restou decidido que: “ALIMENTOS – Obrigação alimentar – Ex-cônjuge – Renúncia quando da dissolução da sociedade conjugal – Insubssistência da Súmula nº 379 do Supremo Tribunal Federal – Ex-marido que se encontra desempregado e em dificuldades financeiras – Pedido improcedente – Recurso não provido. *O dever de mútua assistência desaparece com a dissolução da sociedade conjugal. Depois da separação judicial, a obrigação de alimentos entre os cônjuges só subsiste se houver acordo nesse sentido, ou se um deles for culpado ou responsável pela extinção do casamento* (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, v. 153, p. 15).

interpretação da Carta Constitucional vigente,⁶⁸ sofre tempero por parte da jurisprudência pátria.

Desse modo, os alimentos delimitados em sede de convenção entre os ex-cônjuges passam a integrar-se na categoria de um direito de conteúdo semelhante aos pactos de tecitura obrigacional, regulando-se como os negócios jurídicos em geral, observando-se, tão-somente, para tanto, os preceitos legais que disciplinam e regulamentam os negócios jurídicos, embora o direito à mútua assistência não se extinga com a cisão da sociedade conjugal⁶⁹, mantendo-se adstrito aos princípios gerais que disciplinam o Direito de Família.

No caso de separação judicial com culpa, no direito pátrio, o dever de prestação a alimentos vincula-se ao dever conjugal de assistência. Sua causa, portanto, está no próprio casamento, não pressupondo, para efeito de sua efetivação, a idéia de penalidade. Assemelha-se mais a uma conduta de ordem moral, marcadamente informada pela idéia de auxílio e de socorro, do que por um sentido de indenização ou pena. O sentido de natureza indenizatória é, pois, a circunstância mais próxima à justificação da possibilidade de renunciabilidade do direito⁷⁰ e da impossibilidade de revisão do valor pensionado, no que concerne ao direito assegurado ao cônjuge inocente.

⁶⁸ Cf., quanto ao entendimento de que o princípio constitucional de igualdade entre os ex-cônjuges não há de ser aplicado de modo linear, em acórdão de 20.10.1993, na Apelação Cível nº 593072366, prolatado pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decidiu o Tribunal que: *Ao estabelecer a igualdade entre homens e mulheres, refere-se o art. 5º, I, da CF à igualdade relativa, pois ressalva que o será 'nos termos desta Constituição'. Também, quanto ao art. 226, § 5º, se há de fazer incidir o princípio exposto por Platão e Aristóteles, de que somente podem igualar-se os iguais. Não é igual ao homem a mulher que, com mais de quarenta anos, sem profissão nem formação profissional, se vê separada do marido. Subsiste, por isto, direito a alimentos. Apelo improvido* (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. 162, p. 323-325).

⁶⁹ RODRIGUES, Sílvio. *O divórcio e a lei que o regulamente*.

⁷⁰ Nesse sentido, diz Múcio de Campos Maia que: “Da natureza reparatória da pensão derivam diversas consequências práticas, entre as quais a validade das renúncias celebradas sobre essa pensão, a sua

Portanto, os alimentos deverão ser pagos pelo cônjuge tido como responsável pela separação, associando-se a tal dever a condição de necessidade do cônjuge tido por não responsável pela cisão da vida conjugal.

Nesse sentido, Áurea Pimentel Pereira assevera que o: “*Pressuposto, todavia, para o reconhecimento da obrigação alimentar a cargo do cônjuge, que pela separação tenha sido responsável, é, insista-se, que o outro cônjuge, efetivamente, dos alimentos necessite, para se manter.*”⁷¹, até porque, ainda no dizer de Áurea Pimentel Pereira: “*dita pensão tem nítida natureza alimentar, não revestindo a característica de perdas e danos (dommages et intérêts), já que condicionados à necessidade do cônjuge credor.*”⁷²

De qualquer modo, resulta incontroverso, como princípio geral de nosso direito alimentar entre cônjuges, o fato de que na cisão culposa da sociedade conjugal, o cônjuge, categorizado como responsável por tal ruptura, deverá pensionar o outro tido como inocente, asseverando Yussef Said Cahali que:

“Assim, considera-se responsável pela separação o cônjuge contra o qual a separação foi pedida, por fato (culposo) a ele imputável, quem dá causa à separação judicial é o cônjuge culpado, não exatamente aquele que propôs a ação, cônjuge responsável entende-se o responsável pela separação judicial, assim condenado na respectiva ação; o outro cônjuge, na espécie, é o cônjuge inocente; a culpa de um dos cônjuges, que o qualifica como responsável pela separação, obriga-o a prestar ao outro, se dela necessitar, a pensão fixada pelo juiz, donde, a *contrario sensu*, o cônjuge não responsável pela separação ficará isento da obrigação”.⁷³

transmissibilidade e a impossibilidade de sua revisão” (MAIA, Múcio de Campos. *Natureza contratual da pensão alimentar estipulada no desquite amigável e suas conseqüências jurídicas*. p. 12.

⁷¹ PEREIRA, Áurea Pimentel. *Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros*. p. 93.

⁷² PEREIRA, A P. *Idem*, *ibidem*.

⁷³ CAHALI, Yussef Said. *Obra citada*. p. 383-384.

Portanto, a pretensão ao recebimento de verba alimentar, em sede de separação judicial litigiosa, tem como pressuposto necessário a ausência de responsabilidade por parte do cônjuge que está a pretender o recebimento de alimentos a serem prestados pelo outro. Deve ser observado, entretanto, o binômio possibilidade/necessidade, sob pena de gerar-se a uma obrigação marcada pela impossibilidade material de seu adimplemento.

Por outro lado, enquanto possibilidade decorrente da própria condição do gênero humano, surge a cisão da sociedade conjugal na qual a culpa pelo desfazimento da convivência conjugal é atribuída a ambos os cônjuges, emergindo significativa perplexidade, ante a ausência de previsão legal a disciplinar tal contingência.

Diante disso, como na estrutura legal do Direito brasileiro, não se estabeleceu uma sistemática de graduação de responsabilidades, passou-se a entender que, no caso de culpa recíproca, não haveria obrigação alimentar entre os cônjuges, assumindo-se um modelo de compensação, na medida em que: “as responsabilidades recíprocas se compensam, tornando inexigível a pensão alimentar por um co-responsável contra outro co-responsável”.⁷⁴⁻⁷⁵

Contudo, com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962), homem e mulher equipararam-se no espaço da sociedade conjugal, desaparecendo a justificativa de que ao marido incumbia, com exclusividade, o sustento da

⁷⁴ CAHALI, Youssef Said. *Idem*, p. 401 a 402.

⁷⁵ Nesse sentido é ilustrativo o entendimento de José de Abreu, quando, partindo da circunstância de serem ambos os cônjuges culpados pela separação, assevera: “Se ambos forem culpados? Em tal hipótese, os alimentos não serão devidos ao que nos parece, uma vez que o requisito é exatamente a *idéia de culpa*, que o legislador sempre sublinhou, quer na enunciação do Código Civil antigo – art. 320 —, em que se falava de *mulher inocente*, subtendendo-se *marido culpado*, quer na redação atual, em que se fala de *cônjuge ‘responsável’ pela separação judicial*, ou divórcio, acrescentamos nós. Esta expressão *responsável* evidencia a figura da culpa (ABREU, José. *O divórcio no direito brasileiro*. p. 94).

mulher e dos filhos, como princípio inserido, até então, no Código Civil. Esta visão foi consolidada com o advento da Lei do Divórcio, pela inserção, por tal legislação promovida, do princípio da reciprocidade da prestação alimentícia entre os cônjuges.⁷⁶

Ademais, com o advento da Constituição de 1988, na forma do disciplinado pelo seu art. 226, § 5º, a equiparação entre homem e mulher deu azo ao surgimento a um novo enfoque no que diz respeito ao dever de prestação alimentar, na medida em que, conforme o asseverado por Eduardo de Oliveira Leite:

“o vetor determinante da prestação alimentar deixa de ser a mera posição de esposa, mulher ou mãe, e passa a ser a necessidade. Homem e mulher são considerados iguais, não só em direitos, mas também em obrigações (no caso, a alimentar). O modelo de família não é mais o tradicional, mas o padrão moderno que encontra na família “nuclear” a expressão mais veemente de expressão. Neste modelo o marido deixa de ser “provedor” e ambos os cônjuges passam a ter o dever de contribuir pela manutenção do lar e dos filhos. (...) A igualdade é declarada e “legitimada” em conformidade com os princípios estabelecidos na nova ordem constitucional”.⁷⁷

Por fim, impende referir que a Lei do Divórcio estatuiu o dever de pensionamento alimentar em casos em que a cisão da sociedade conjugal resulta de situações puramente fáticas. Isto é, nas quais não é possível identificar a culpa de algum dos cônjuges na ruptura da vida em comum. Exemplo nos casos em que houve ruptura da vida em comum por mais de um ano, com impossibilidade de seu restabelecimento, ou no caso de um dos cônjuges

⁷⁶ ABREU, José. Obra citada.

⁷⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Os alimentos e o novo texto constitucional. In: PEREIRA, R. da C. *Direito de família contemporâneo*. p. 726-727).

ter grave doença mental, manifestada após o casamento, impossibilitando a continuidade da vida em comum.⁷⁸ Tais “cláusulas legais” receberam a designação de cláusulas de dureza, em que é estabelecida uma espécie de responsabilidade objetiva atribuída ao cônjuge que requer a separação judicial, rompendo, de modo formal, com a sociedade conjugal. A lei, no sentir de Antônio José de Souza Levenhagen, procurou: (...) “*amenizar a feição de desumanidade que a solução possa encerrar, dispondo que o cônjuge que teve a iniciativa da separação continuará com o dever de assistência ao outro (art. 26), sem prejuízo da pensão regular a que se refere o art. 19*”.⁷⁹

Portanto, mesmo na separação judicial, independentemente de sua natureza litigiosa ou consensual, o direito a alimentos permanece inserido entre o conjunto de direitos emergentes de tal fato juridicamente relevante, não resultando extinta a sua potencialidade de exercício, embora sujeita a múltiplas nuances na forma do acima explicitado.

D. O Divórcio

Inovando toda a sistemática relativa à cisão dos deveres e vínculos decorrentes do matrimônio, dado que até então o casamento válido no Brasil só se dissolvia pela morte de um dos cônjuges, pois o desquite, à semelhança da separação judicial, só cindia à sociedade conjugal, a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, veio revogar o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, que em nosso país, possuía *status* de princípio constitucional.⁸⁰

⁷⁸ Nesse sentido, art. 5º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

⁷⁹ LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Do casamento ao divórcio*. p. 127.

⁸⁰ Cf. É de atentar-se que tal princípio, de marcante conteúdo proibitivo, foi inserido na esfera constitucional a partir da Constituição de 16 de julho de 1934, a qual disciplinava, pelo teor de seu art. 144, que: “Art. 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.” A

Por decorrência e em exaurimento da teleologia de tal alteração constitucional, foi promulgada a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. A referida lei, além de retirar da cena jurídica o instituto do desquite, instituiu a figura da separação judicial e, fundamentalmente, acrescentou ao ordenamento jurídico nacional a figura do divórcio.⁸¹ Este último como via adequada a romper, com eficácia jurídica plena, o vínculo matrimonial válido.

Por tais modificações, o casamento só poderia ser dissolvido em duas hipóteses: por conversão, com prévia separação judicial, à época, com tempo superior a três anos, ou pela figura do divórcio sem a prévia cisão da sociedade conjugal pela via judicial, mas com tempo restrito ao lapso dos cinco anos anteriores à data da vigência da emenda. Evidenciando-se, por tal normativa, o substrato ideológico da alteração constitucional procedida, categorizando-o como instituto excepcional, adstrito às rígidas circunstâncias explicitadas pelo art. 2º da EC nº 9/77, o qual inclusive só poderia ser formulado uma vez.

O divórcio então, como decorrência do permissivo constitucional grafado sob o tópico de: *casos expressos em lei*, conforme inserido por força do parágrafo primeiro do art. 175 da constituição vigente à época, ficou vinculado à prévia separação judicial, com lapso superior a três anos, ou submetido à excepcional situação de uma separação fática com início da cisão da convivência com lapso superior a cinco anos da data da vigência da EC nº 9/77, a ser comprovada em sede processual judicializada.

partir de tal norma constitucional, todas as demais Constituições, até o advento da EC nº 9/77, passaram a estatuir, em nível de preceito constitucional, a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

⁸¹ Yusef Said Cahali noticia que: “Anteriormente, nosso direito só admitia o chamado divórcio a *thoro et mensa*, o divórcio do Direito Canônico (Decreto 181, de 1890 – Lei do Matrimônio Civil), sob a nomenclatura de *desquite* na sistemática do Código Civil de 1916; e correspondendo à separação pessoal ou de corpos, do direito alienígena, ou à separação judicial do nosso novo Direito de Família” (CAHALI, Yusef Said. *Divórcio e separação*. Tomo 1, p. 55).

Contudo, com o advento da Constituição de 1988 e com a promulgação da Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, não só restou diminuído o lapso temporal de separação judicial prévia, necessário à conversão para o tempo de um ano, bem como, no caso do divórcio dito direto, o tempo de separação de fato passou a ser delimitado em prazo de dois anos tão-somente, sem qualquer vinculação à emenda constitucional que inseriu a cisão do vínculo matrimonial. Ficaram revogados o art. 38 e o § 1º do art. 40 da Lei nº 6.515/77, de tal modo que: “O *divórcio conversão* deixou de ser a *regra*, não mais se qualificando o *divórcio direto* como excepcional ou extraordinário”.⁸²

Desse modo, com o advento da Constituição de 1988 e em especial pela disciplina estatuída pela Lei nº 7.841/89, eliminou-se a figura do divórcio com causa culposa, deixando o divórcio direto de ser um instituto situado em uma dimensão transitória, restando configurado sob a designação de mero remédio ante uma situação fática já consolidada.

Dentro deste contexto, o dever de assistência, ante a eventual cisão da sociedade conjugal, também resultou disciplinado pelo regramento legal estatuído pela Lei do Divórcio, embora o tenha sido de maneira fragmentária, com manifesta falta de sistematização, de modo a mostrar-se insuficiente na explicitação de suas diretrizes. Isto face aos múltiplos e peculiares conflitos de interesses que emergiram nos litígios trazidos a deslinde, mostrando-se permanentemente necessária a busca de diretrizes junto às regras de disciplina da separação judicial, como também dos sistemas de regulação do direito a alimentos instituídos em sedes distintas das que envolvem as relações conjugais tão-somente.

Por sua disciplina fragmentada e incompleta, o regramento do divórcio dito direto, ficou adstrito por analogia, às normas que disciplinam a separação judicial. A fixação da

⁸² CAHALI, Yussef Said. Obra citada. Tomo 1, p. 57.

verba alimentária entre os ex-cônjuges buscou arrimo junto à estrutura legal de redução e pacificação do conflito estabelecido em sede de cisão da sociedade conjugal, vinculando, no caso de divórcio fundado em culpa de um dos dois ex-consortes, a submissão do cônjuge julgado culpado ao dever de pensionar o cônjuge declarado inocente.⁸³ Para efeito da decretação da extinção de tal dever adstrito, em sua origem, ao vínculo matrimonial em si, entretanto, não se mostra mais possível indagar a respeito da culpa pela falência do casamento, colorindo tal prestação não mais com os matizes de um dever de assistência, mas como sendo um dever de socorro ao ex-cônjuge tido como não responsável pelo fim do matrimônio, já que: *“A tendência é, portanto, de substituição do malfadado princípio da culpa pela instalação do simples princípio da ruptura, expressão, aliás, já incorporada em nosso ordenamento jurídico, inclusive no texto da Lei do Divórcio”*.⁸⁴

Quanto ao divórcio direto de índole consensual, a lei divorcista determinou a observância das mesmas regras de disciplina da separação judicial consensual, facultando às partes, por semelhança aos lineamentos de regulação da esfera contratual, a ordenação de suas relações, na medida de seus interesses e na forma de atendimento ao reclamo das suas necessidades. A exigência formal de previsão do valor de contribuição alimentar resultou do binômio possibilidade/necessidade, por entender que a omissão a tal disciplina não caracteriza renúncia implícita,⁸⁵ conforme ilustra Yussef Said Cahali: (...) *“tal omissão*

⁸³ Tal feição decorre, na precisa caracterização de Antônio Cezar Peluso, com preceito de incontroversa razoabilidade normativa, na medida em que: (...) *toda ofensa, inerente à causa dissolutória articulada no caput, substancia contumélia insuportável, no juízo relativo que podemos todos formular a respeito*. De tal sorte, conforme Peluso: *A hipótese do caput do art. 5º está sustentada na idéia de culpa. E a solução legal encerra pedagogia para o exercício da responsabilidade pessoal* (PELUSO, Antônio Cezar. *O menor na separação*. p. 22).

⁸⁴ PEREIRA, R. da C. *A culpa no desenlace conjugal*. p. 332.

⁸⁵ Cf. Essa, contudo, não é a opinião uníssona da jurisprudência pátria, em acórdão oriundo da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no acórdão nº 583044607, prolatado em data de 16.2.1984, decidiu aquele Tribunal que: “Divórcio e alimentos. Extinguindo o divórcio o vínculo jurídico do qual emana o dever de mútua assistência, carece de ação de alimentos a mulher divorciada que os não teve

*não significa mais do que simples dispensa momentânea da pensão, dela não se podendo deduzir, de forma alguma, uma pretensa renúncia implícita ao direito de alimentos, pois em matéria de renúncia de direito, a interpretação há de ser sempre estrita, não sendo lícito presumi-la em matéria de tal gravidade”.*⁸⁶

Quanto ao divórcio obtido por conversão, duas situações também se apresentam, uma vez que tal conversão pode vir informada por um sentido de consensualidade e de ajustamento entre os ex-cônjuges. Também pode vir marcada por litígio, circunstância esta que por si só já dá causa a uma trabalhosa regulação do modo pelo qual restará delimitado o dever de um ex-cônjuge continuar, ou não, a pensionar o outro. Como seqüência do modelo adotado para o caso da separação judicial sem culpa, também na conversão de tal tipo de cisão, resulta preservado o direito do cônjuge que não formulou o pedido formal de ruptura da sociedade conjugal.

Embora não prevista de forma expressa pela legislação ordinária, na conversão consensual de separação judicial em divórcio, os cônjuges passam a situar-se em um espaço de maior liberdade. Isto possibilita-lhes autodeterminarem-se em suas relações em sede de pensionamento alimentar, embora só possam, em sede de conversão, inovar nos tópicos que admitem alguma espécie de mutação. Pois, mesmo que a separação judicial tenha se desenvolvido dentro de um processo marcado por um litígio, ao final do qual

estipulados mediante acordo, seja quando do desquite, seja no momento da conversão em divórcio. Só excepcionalmente, como resíduo da relação conjugal extinta, pode subsistir obrigação alimentar entre ex-cônjuges. Não se aplica a Súmula nº 379 do STF, até mesmo porque não se cuida exatamente de renúncia, mas de extinção do vínculo jurídico onde se enraizava o direito a alimentos. Se até mesmo nos casos de separação apenas de fato tem-se ocasionalmente julgado que o longo tempo decorrido com absoluto e recíproco desligamento dos cônjuges, cada qual tendo reorientado independentemente sua vida, justifica a negativa de pensão, com razão maior essa solução se impõe quando às aludidas condições de fato se soma a extinção *de juri* do vínculo matrimonial. Sentença confirmada. (Revista da AJURIS, v. 32, p. 146-147. No mesmo sentido: Revista da AJURIS, v. 26, p. 147; v. 34, p. 154).

⁸⁶ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. p. 337.

restou imputada a algum dos ex-cônjuges a culpa pela cisão da sociedade conjugal, mostra-se factível que a conversão de tal separação em divórcio transite por uma via consensual, observando-se, contudo os limites estabelecidos pela sentença.

Portanto, não havendo perda ou renúncia aos alimentos, o dever de pensionamento resulta intacto, até porque só o novo casamento do cônjuge credor é que se mostraria como circunstância apta, de pleno direito, a dar causa à extinção do direito a alimentos.⁸⁷

Tal extinção decorre “ipso jure”, de modo imediato, após a realização do novo matrimônio, face à nova situação jurídica em que se insere o, até então, cônjuge credor.

Áurea Pimentel Pereira refere que: *“Quanto ao novo casamento do cônjuge credor da pensão, constitui, à luz do estatuído no art. 29 da Lei nº 6.515/77, causa de extinção da obrigação alimentar do cônjuge devedor. A norma sobredita tem toda justificativa, encontrando explicação na nova situação jurídica exurgida para o cônjuge, por força do segundo casamento.”*⁸⁸

Ademais, Áurea Pimentel Pereira funda sua assertiva, também, em pressuposto de ordem moral, manifestando que: “sendo, na maioria das vezes, o prestador de alimentos, o marido, soa absurdo manter-se o mesmo obrigado a fornecer pensão à ex-esposa, que novamente se casou, a qual deve demandar os alimentos do novo marido, sendo inadmissível conceber-se que a mesma possa permanecer sustentada, ao mesmo tempo, pelo atual marido e pelo anterior.”⁸⁹

⁸⁷ Cf. Diz o art. 29 da Lei do Divórcio: “Art. 29. O novo casamento do cônjuge credor da pensão extinguirá a obrigação do cônjuge devedor.”

⁸⁸ PEREIRA, A. P. Obra citada, p. 99.

⁸⁹ PEREIRA, A. P. Idem, ibidem.

Pode haver renúncia a tal direito no momento da conversão, porquanto: “*cláusula neste sentido tem condições de ser homologada com a afirmação de sua eficácia, na medida em que se encontra conforme os princípios, não afrontando, a renúncia, nenhum preceito de ordem pública*”.⁹⁰ Tal cláusula deve, contudo, ser expressa e incontroversa no atinente ao seu efeito e à eficácia pretendida pelas partes.⁹¹

Contudo, tal possibilidade aventada pelo magistério de Yussef Said Cahali, não se mostrou acolhida, de forma pacífica pela jurisprudência, tendo o Supremo Tribunal Federal assentado que:

“Embora tenha havido renúncia à pensão alimentar pela mulher, na ocasião da separação judicial, é possível possa ela futuramente obtê-la. Da prova dos autos resulta dela necessitar, já assim ocorrendo quando da separação. E pode pleiteá-la, embora já divorciada, pois a perda do direito a alimentos – se deles precisava – somente se dá no caso de novo casamento ou passando a levar vida irregular (art. 29 da Lei 6.515/77). Inaplicação, na espécie, do enunciado da Súmula 379”.⁹²

⁹⁰ CAHALI, Yussef Said. Obra citada. p. 425.

⁹¹ Entretanto, existem opiniões em contrário. Em acórdão prolatado pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da apelação cível nº 584024731, julgada em data de 4 de dezembro de 1984, sendo relator o Des. Athos Gusmão Carneiro, resultou assentado que: (...) O divórcio rompe, salvante as expressas exceções, todos os vínculos entre os ex-cônjuges. Inaplicabilidade da Súmula nº 379. O dever de assistência somente persiste quando as partes assim o convencionam no acordo de divórcio, ou nos casos do art. 26 da Lei nº 6.515/77. Se a ex-esposa não fez atuar o direito a alimentos enquanto cônjuge, e se tal direito não foi ressalvado expressamente no acordo de divórcio, após desfeito o casamento já não cabe sequer indagar da ocorrência de renúncia ou de dispensa. Carência de ação, por parte da ex-esposa, para pedir alimentos ao ex-marido” (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. 114/345).

⁹² Conforme acórdão prolatado pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 106.093, em data de 10.10.1986, sendo relator o Min. Aldir Passarinho, com publicação no Diário da Justiça da União, em data de 14.11.1986, p. 22.151.

Quanto à conversão litigiosa, de início persiste o cumprimento da obrigação alimentar convencionada ou estatuída pela sentença, mantendo-se, portanto, a obrigação alimentar após a conversão. É verdade que a permanência de tal direito, exclusivamente no que se refere à mulher na condição de credora de tal pensionamento, recebeu, por parte da doutrina e da jurisprudência, interpretações de cunho marcadamente ideológico, quando, por lhe ser atribuída conduta irregular, via cessado o seu direito, com arrimo em fundamentos de natureza estritamente morais,⁹³ a ponto de Yussef Said Cahali afirmar que:

“seria imoral que o ex-marido fosse obrigado a contribuir para a economia do concubinato; seria injusto obrigar-se o marido a dar-lhe pensão, enquanto ela vive maritalmente com outro homem, aliviando este, assim, dos encargos que a mancebia lhe acarreta; o comportamento inatacável da mulher após a separação judicial ou o divórcio é condição *sine qua non* para o pedido de alimentos, sendo inconcebível que o marido se obrigue a sustentá-la, quando ela vive amasiada com outro; é claro que, extinta a sociedade conjugal, a mulher tem liberdade para ligar-se a quem queira – mas também é óbvio que, assim procedendo, torna-se totalmente carecedora de qualquer direito à ajuda do ex-marido”.⁹⁴

⁹³ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, prolatado pela 4ª Câmara Cível nos autos da Apelação Cível de nº 39.128, tendo o Tribunal decidido que: “Exoneração de alimentos. Mulher separada ou desquitada, vivendo em concubinato, perde o direito a alimentos de parte do marido. Recurso improvido. (Revista da AJURIS, v. 25, p. 115). No mesmo sentido acórdão prolatado na Apelação Cível nº 40.388, em julgamento pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em data de 7.4.1982, no qual também restou negado o direito a perceber verba alimentar à mulher que mantinha concubinato com outro homem (Revista da AJURIS, v. 25, p. 116 e 115, e v. 30, p. 177). Também, em idêntico sentido, RT 520/125 e RT 578/233.

⁹⁴ CAHALI, Yussef Said. Obra citada. p. 518.

Contudo, com a evolução dos costumes, tais restrições acabaram por perder seu significado junto à sociedade, passando a conduta social da mulher não ser mais fator determinante da perda ao direito a alimentos.⁹⁵

Por fim, no caso da conversão de separação judicial fundada no disposto pelo art. 5º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.515/77, também restará mantido o pensionamento, dado que não há cogitação de culpa para a imposição do dever de pensionamento, bastando, tão-somente, que o cônjuge devedor tenha sido o autor do pedido de separação judicial. *“A idéia de culpa, ou responsabilidade pelo fato da separação, é substituída, no texto, pela indagação de iniciativa do pedido, o que é bem diferente”*.⁹⁶ Interessante que, caso o cônjuge beneficiário do pensionamento pelo fato de não ter ajuizado o pedido de separação venha a ajuizar pedido de conversão da separação judicial decretada em divórcio, a ele passará a ser atribuído o dever de pensionar o até então devedor, numa verdadeira inversão do dever de prestação alimentar.

⁹⁵ Nesse sentido, julgou o 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos dos embargos infringentes de nº 592017669, julgados em data de 12 de março de 1993, tendo como Relator o Des. Alceu Binato de Moraes, quando restou assentado que: (...) Exoneração. Descabida a exoneração da pensão alimentar, pelo ex-marido, se não comprovada desnecessidade pelo concubinato ou dependência econômica da mulher com terceiro. Relacionamento afetivo com outrem, ainda que íntimo, não é motivo suficiente à exoneração, se desacompanhado de auxílio econômico (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. 160/173).

⁹⁶ ABREU, José. Obra citada. p. 122.

Capítulo 3

A NATUREZA DO VÍNCULO MATRIMONIAL ENQUANTO RELAÇÃO

A. O Casamento Como Vínculo Primordial

Institucionalizado como fonte criadora da família legítima, o casamento deu surgimento ao vínculo jurídico entre marido e mulher, gerando um estado cognominado de estado de casados, fundado na comunidade-vida entre os cônjuges e sua prole. Estabelece-se uma teia de relações de conteúdo múltiplo, marcadas, primordialmente, pelos planos de natureza pessoal e de natureza econômica, que fazem da família uma realidade natural e social submetida ao direito legislado. Carlos Alberto da Mota Pinto assevera dizendo que: *“A família é uma realidade natural e social, cuja existência material, psicológica e moral se manifesta, desde logo, em planos ou domínios da vinha estranhos – íamos a escrever anteriores – ao plano jurídico. O surgimento e a vida da família realizam-se e assentam numa série de comportamentos pessoais e realidades psicológicas e morais, que o direito reconhece, aceita e considera, ao formular a sua regulamentação da instituição familiar”*.⁹⁷

Desse modo, portanto, o casamento passou de uma mera relação oriunda na vida social a uma relação disciplinada pelo Direito. Isto na medida em que entre os cônjuges criou-se, por força da ordem jurídica, uma recíproca sujeição e um recíproco dever, concomitantes e em igualdade formal de sujeições e de imposições ao marido e à mulher.

⁹⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. p.115.

Caracterizando-se, respectivamente, em sua construção lógico-jurídica, como um conjunto de princípios reconhecidos, por primeiro, pela sociedade, e, por segundo, pelo legislador, de modo a vincular, de maneira mais viva, o conjunto de direitos e deveres oriundos do fenômeno familiar. Assim, a pacificação dos eventuais conflitos emergentes de cada unidade familiar, ficou facilitada, até porque: *“a ordenação concreta e institucional da família, mesmo que aceita pelo legislador, não contém uma disciplina de todos os problemas respectivos em termos acabados e categóricos, tornando-se necessária uma formulação certa, precisa e completa do regime jurídico correspondente ou uma opção entre sentidos e concepções divergentes revelados na vida da instituição familiar”*.⁹⁸

Por outro lado, além de caracterizar-se como relação jurídica, o casamento erigiu-se à condição de instituto jurídico, porquanto caracterizado sob a ótica meramente normativa como um conjunto complexo de regras jurídicas em sua grande maioria de natureza imperativas. Tais regras estabelecem a regulação jurídica de todos os fatos e de todos os atos praticados e sofridos pelos cônjuges, no âmbito de sua vida matrimonial, e que, por sua natureza eminentemente social, no curso de sua história, sofreu a influência direta das ideologias dominantes, de modo a mostrar-se *“muito permeável às modificações das estruturas políticas, econômicas e sociais, designadamente religiosas”*.⁹⁹

No âmbito do pensionamento alimentar entre os cônjuges, enquanto cônjuges, tão-somente, ou após a cisão da sociedade conjugal, ou ainda pela conversão da separação judicial em divórcio, ante um pressuposto de fato, categorizado como mera assistência material ou vocacionado ao atendimento das necessidades do outro cônjuge, mesmo que num

⁹⁸ PINTO. Carlos Alberto da Mota. Obra citada. p. 116-117.

⁹⁹ PINTO, C. A. M. Idem, ibidem.

sentido singelo de socorro, exsurge como um vínculo jurídico oriundo e fundado no instituto matrimonial.

Emergem, portanto, de tal circunstância, dois efeitos fundamentais à disciplina das controvérsias alimentares entre os cônjuges: a vinculação (jurídica) recíproca entre marido e mulher e a configuração concomitante dos cônjuges, em reciprocidade de direitos e deveres, como sujeitos de direito, submetidos ao dever de prestar, ou arrimados no direito de receber pensionamento alimentar. Configura-se como fato idôneo a provocar a produção de determinados efeitos em face do ordenamento jurídico que, ante à presença de circunstância tutelada pela lei, promove o deslocamento de uma relação meramente factual (auxílio ou socorro) para o plano jurídico.

Quanto ao direito-dever a alimentos entre cônjuges, portanto, mostra-se o casamento muito mais do que o vínculo primordial da constituição do conjunto complexo de direitos, porquanto face a eventuais conflitos possíveis de ocorrer no seio da família, enquanto acontecimentos aos quais a lei, em sede alimentar, reconhece a função de criar, modificar ou extinguir algum direito, mostra-se como o território que sedia a força jurígena capaz de legitimar o acolhimento da pretensão alimentar como pretensão possível entre os ex-cônjuges.

1. Inexistência de Vínculo Familiar

Contudo, o vínculo jurídico decorrente do casamento, no que respeita aos cônjuges em si, quando rompida a sociedade conjugal, ou depois, ante a extinção do vínculo material, mostra-se com tonalidades muito específicas, mormente no que diz respeito às pretensões de natureza alimentar entre os ex-cônjuges.

Tal perspectiva decorre de que o vínculo entre cônjuges não se caracteriza como um vínculo familiar, por inexistir entre ambos uma relação de parentalidade, mas sim de mera

afinidade, no que se refere à problemática alimentar. Antes da cisão da sociedade conjugal, portanto, mostra-se vigoroso tal vínculo entre os cônjuges como uma relação de conteúdo marcadamente pessoal, informada por um direito-dever comum adstrito à principiologia associada à idéia de ordem pública, vocacionada a um sentido de assistência, sem qualquer liame aos pressupostos objetivos da obrigação de prestação de verba alimentar.

A inexistência do vínculo familiar decorre, pois, de que os cônjuges não são parentes entre si, já que na acepção adotada pelo nosso sistema jurídico privado, em não havendo laços de consangüinidade (dado de conteúdo natural entre marido e mulher), bem como por não descenderem do mesmo tronco familiar, inexistente, entre marido e mulher, o nexo vincular lastreado por uma relação de conteúdo parental.

“Ou seja, em face do casamento, estabelecem-se relações entre o cônjuge e os parentes do outro cônjuge. Mas tal relacionamento limita-se entre o cônjuge e os parentes de seu consorte. Não há qualquer extensão de relação parental de afinidade entre os afins de um cônjuge e os afins do outro consorte. (...) A afinidade restringe-se, quanto aos irmãos do marido, à sua mulher, e quanto aos irmãos desta, ao marido da mesma.”¹⁰⁰

Do mesmo modo, o direito-dever ao pensionamento alimentar entre cônjuges, além de não se mostrar adstrito à idéia de parentalidade, como acima realçado, nasce na relação conjugal e por força do matrimônio. Também como reflexo da vinculação estrita do casamento aos princípios informadores da ordem pública, tida como limite ao exercício dos deveres decorrentes do casamento, adstrita a uma principiologia oriunda do instituto matrimonial, enquanto fenômeno social, gerando um conjunto de noções residuais tendentes a atuar ante a impossibilidade lógico-material de que todas as relações conjugais

¹⁰⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. v. 3, p. 561-562.

sejam, ou tenham sido estritamente disciplinadas pela lei. Mostra-se, portanto, como um mecanismo de natureza integrativa, com feições informadas em cada caso concreto, segundo as concepções inerentes a cada grupo social, cujo núcleo de valores é, na maioria das circunstâncias, estruturado num plano extrajurídico. Portanto, dando causa à impossibilidade de uma predeterminação objetiva com capacidade de incidência regulatória face a todos os possíveis e prováveis conflitos que possam vir a surgir na esfera de cada relação matrimonial.¹⁰¹

Ante a inexistência do vínculo de família entre marido e mulher, o pressuposto inicial do direito-dever de prestação de verba alimentar entre cônjuges, afora a sua natureza de dever fundamental recíproco, apoiado no sistema legal de regulação do matrimônio, pressupõe a dissolução da sociedade conjugal. Tal dissolução se efetiva tanto sob o ponto de vista de uma cisão meramente de fato, quanto na hipótese de uma separação judicializada. Isto porque, na vigência plena do casamento, a mútua assistência mostra-se presente por sua condição específica de efeito jurídico do matrimônio, enquanto dever de natureza associada aos princípios informadores da ordem pública. Também por seu sentido ético-espiritual (*mutuum adjutorium*), não mais submetido ao conjunto de normas disciplinadoras dos conflitos conjugais ocorridos na constância e permanência da convivência conjugal, mas em tal sede, como regra própria e condicionada agora ao binômio necessidade/possibilidade, enquanto ajuda de natureza marcadamente econômica.

¹⁰¹ Tal concepção prende-se à circunstância de que a interpretação das normas que disciplinam os conflitos no âmbito do Direito de Família permitirem, independentemente de seu conteúdo de ordem pública, a sua compreensão pela via de uma compreensão flexível, admitindo a convivência com as múltiplas exceções que matizam a vida e a dinâmica específica de cada grupo familiar. Por tal sentido, Arnaldo Rizzardo assevera que: (...) *sendo a matéria alimentar eminentemente fática, as regras não são absolutas. Comportam exceções, visto as circunstâncias especiais de certos casos.* In: *Direito de família*. v. 3, p. 729).

2. Obrigação Recíproca Visando Conforto Material

Decorrendo do matrimônio, como um de seus efeitos, o dever de prestação alimentícia entre os cônjuges mostra-se, singularmente, como uma obrigação recíproca que visa, entre outros escopos, ao asseguramento de um conforto material. Extinta a sociedade conjugal, a plena e mútua assistência assume a condição de uma obrigação matizada, entre outros aspectos, por um sentido de contribuição para o atendimento das necessidades daquele que se mostra carente ante ao reclamo imediato dos meios necessários à sua sobrevivência pessoal.

Toma-se em conta, como pressuposto genérico à prestação, tão-somente a necessidade de um dos cônjuges, não como uma obrigação subsidiária do instituto do parentesco, conforme acima realçado, mas em presença de uma realidade, entre outros fatos, pela dúplici circunstância estabelecida pela associação factual da falta objetiva de recursos necessários à auto-manutenção. Isto é, com a impossibilidade de prover, pela via do próprio trabalho, a própria sobrevivência, mormente ante causas de natureza física e de caráter marcadamente impiedoso, tais como a invalidez, a doença e a velhice, ou, ainda, por força de fenômenos de natureza socioestruturais, tais como o desemprego ou a falta de trabalho adequado à ocupação vinculada à qualificação profissional do alimentando.

De qualquer modo, há de ter-se em conta, mesmo diante até de casos marcados por uma peculiar dramaticidade, ante os contornos trágicos da situação particular encontrada, como em casos caracterizados pelo acometimento, por parte de um dos cônjuges, de moléstias de extrema gravidade e de forte poder de decomposição da pessoa, que as possibilidades econômico-financeiras do eventual cônjuge alimentante deverão ser concomitante consideradas. É fundamental que a identificação de uma capacidade objetiva de fornecimento da prestação pretendida esteja delimitada com arrimo na realidade factual e concreta, de molde a não dar azo a desfalque patrimonial com repercussão tendente a

atingir o próprio sustento daquele que está a prestar a verba postulada. Não se pode exigir do cônjuge alimentante que tenha de desfazer-se de seu patrimônio ou que tenha que se sacrificar para atender às necessidades do cônjuge carente. Em síntese, na presença de inquestionável necessidade, há de ter-se presente o conjunto efetivo das possibilidades econômicas do cônjuge provedor.

B. Qualidade Geral

1. Auxílio ou Socorro

Da multiplicidade das circunstâncias que caracterizam a prestação alimentar entre cônjuges, emerge um sentido que se mostra necessário desvendar, porquanto inerente ao próprio modelo de regulação, qual seja a necessidade de que se indague a respeito da qualidade geral inerente ao direito-dever de pensionamento entre cônjuges.

De início, percebe-se a presença de diferença substancial entre os elementos que compõem tal instituto. Estando a sociedade conjugal em plena vigência, o dever-alimentar se inscreve como uma obrigação de fazer, com forte conteúdo de ordem pública, enquanto que, face à cisão da sociedade conjugal, exsurge uma mutação do dever de assistência em um dever de socorro. Caracteriza-se, pois, como uma obrigação de dar, cuja origem pode se encontrar legitimada por fonte marcada por um ajuste consensual das partes, ou como resultado da atuação de ente vinculado à esfera pública, no caso por decorrência dos efeitos de uma decisão judicial.

Contudo, independentemente da origem da fonte produtora da obrigação, a qualidade geral que resulta é a de um auxílio, deixando vir à tona um certo conteúdo de natureza ética. Embora seja consabido que os juízos éticos resultam marcados por uma forte agregação aos elementos constituintes de cada cultura em específico, refletindo,

primordialmente, as atitudes de cada grupo social. Isto encaminha a questão à aceitação prévia de uma crítica a determinadas pautas morais, gerando-se um convencionalismo, em especial pelas decisões jurisprudenciais, onde a postura da maioria dominante descarta de forma impiedosa os critérios morais das minorias.

Diante da perspectiva marcadamente moral de auxílio, portanto, da coerência interna de tal elemento de fundamentação e de caracterização da qualidade geral do direito-dever, a prestação alimentar deverá estar sedimentada em princípios de coerência interna que possam impedir a adoção de um sentido anti-ético de justificação da negativa do auxílio postulado, ou seja, a demonstração de uma racionalidade informada, primordialmente, pela idéia de auxiliar a quem necessita.

A qualidade geral de auxílio, portanto, estatui-se como um princípio geral sob a luz da qual, cada fato concreto há de ser tomado em consideração, não havendo de confundir-se as dissonâncias sobre fatos específicos e relativos a cada circunstância considerada, como discrepâncias associadas ao próprio princípio matriz da qualidade geral de auxílio, sob pena de possibilitar-se, com tal equívoco, a própria dissolução do princípio geral em si.

2. Evolução da Vinculação Subjetivo-Legal

Firmada a qualidade geral do dever alimentar entre cônjuges, como fenômeno imantado pela idéia primordial de auxílio, percebe-se que a interpretação de tal direito-dever mostrou-se, em princípio, marcada por um sentido ideológico transcendente à própria idéia de auxílio. Em nossa sociedade ocidental, portanto, a figura do homem sempre esteve associada à idéia de provedor e de administrador, não se pondo em dúvida sua capacidade técnica e de gestão¹⁰² dos destinos e dos interesses da família, sendo reservada à mulher a

¹⁰² Soledad Murillo ao avaliar o distinto uso dos espaços na sociedade por força do discurso social contemporâneo, refere que: “La imagen del hombre en los grupos transcurre por los siguientes significantes: administrador y proveedor (GD – 1, GD – 2) así como las de seductor, jefe o compañero (GD – 3). Sus

condição de pessoa a ser provida e submetida aos ditames masculinos, vivendo, no curso de sua existência, num eixo de dependência mediado entre a figura do pai e, posteriormente, pela do marido.

Tal modo de dependência, em nosso país, buscou suas fontes de inspiração no modelo europeu, já que:

“No Brasil, assim como no mundo ocidental, de onde herdamos nossas normas e princípios jurídicos, o modelo cultural dominante determina que o homem é o chefe da comunidade familiar. O marido-pai é o chefe da sociedade conjugal.

A idéia está tão arraigada na mentalidade brasileira que foi guindada à categoria de norma no Código Civil brasileiro. Com efeito, o art. 233, na sua redação original, assim dispunha: ‘O marido é o chefe da sociedade conjugal.’ E Clóvis justificava tal chefia, ‘por uma necessidade de haver quem lhe assuma a direção’.¹⁰³

Tal modelo, portanto, deu acolhida a uma visão reducionista, estatuidando uma ordem jurídica marcada por: *“formas diferentes de redução da mulher com o traço de exclusão da condição feminina que marca o patriarcado, o qual, a seu turno, estrutura um modelo definido de família,¹⁰⁴ tudo no intuito de que a família vivesse sob o ambiente de uma “paz doméstica” fundada no poder marital”*.¹⁰⁵

capacidades técnicas y gestoras no son postas en duda.” (MURILLO, Soledad. *El mito de la vida privada: de la entrega al tiempo propio*. p.129).

¹⁰³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. p.142.

¹⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. p. 87-88.

¹⁰⁵ VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. p. 74.

Contudo, embora as cartas constitucionais reconhecessem tão-somente a família assentada no matrimônio, como fonte legítima e estrutura basilar da sociedade:

“alterava-se o tecido social no Brasil impulsionado por sua natural evolução e pressionado por duas grandes guerras mundiais, pela profunda liberação de costumes ocorrida nas décadas de sessenta/setenta, pelo questionamento e conseqüente declínio do poder religioso, por duas décadas de ditadura, pelo fantástico progresso da ciência e da tecnologia, que deu início à era espacial e do controle genético, pelo aprofundamento das diferenças sociais, pelo veloz incremento dos meios de comunicação, tudo tendo como pano de fundo um panorama econômico-financeiro caracterizado por instabilidade que beirou o caos”.¹⁰⁶

No que tange ao pensionamento alimentar também não foi diferente. Exigia-se da mulher inocência e pobreza, para que, após o desquite, pudesse continuar a receber pensão alimentícia¹⁰⁷ por parte do marido que originara a cisão da sociedade conjugal. O sistema de regulação das relações suscitadas pela quebra do vínculo conjugal manteve-se orientado por tal visão facciosa e unilateral até o advento da cognominada Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77). Por ela gerou-se a alteração do sentido vetorial de orientação da legitimidade à pretensão alimentar, até então adstrita ao dever do marido continuar a sustentar a mulher, desde que inocente e pobre, inserindo-se, junto ao instrumental de resolução de tais conflitos, a idéia do pré-questionamento da culpa em associação à circunstância concreta da necessidade.

Desse modo, por força da lei divorcista, restou abandonado o duplice paradigma da pobreza associada à necessidade, dando azo a que o sistema jurídico se voltasse para a idéia de necessidade, conjugada à identificação da responsabilidade pela cisão da

¹⁰⁶ BARBOZA, Heloísa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. p. 94. In: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*.

¹⁰⁷ Tal condição era refletida pelo texto do art. 320 do Código Civil, antes de sua revogação pela Lei nº 6.515/77, quando então resultava grafado que: “Art. 320 – No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia que o juiz fixar.”

sociedade conjugal, gerando-se dessa nova perspectiva motivações subjetivas ajustadas à peculiaridade de cada caso concreto.

Na esfera da separação judicial, a verba alimentícia passou a assumir então as feições de um dever jurídico de caráter supletivo, caracterizado por um conteúdo de sanção negativa. Ou seja, o dever de pensionamento passou a assentar-se num sentido de ambivalência. Este sentido está marcado pela contingência pessoal de uma necessidade que, para resultar apta ao recebimento do auxílio pretendido, tem também e de forma indissociável de mostrar-se imaculada pela pecha da responsabilidade pela cisão da vida conjugal, sob pena de, mesmo estando a necessitar do auxílio material, ver-se o necessitado impedido de postular tal socorro.

Tal coloração de supletividade do direito à verba alimentar, por força da relativa liberdade dos cônjuges em fixar a extensão de tal prestação, em sede de separação judicial consensual, bem como da possibilidade de delimitação prévia de seu tempo de duração, buscou atender a um significado de auxílio acessório às necessidades. Necessidades estas decorrentes do novo modo de vida por parte do cônjuge menos aquinhoado para o enfrentamento das necessidades de sua manutenção, visando suprir carências materiais significativas, entre outros aspectos de conteúdo marcadamente individual e personalíssimo. Outros aspectos, tais como deficiências de conhecimento comum dos cônjuges então separados, como nos casos de ausência de qualificação superior, ou afastamento prolongado do mercado de trabalho em razão da vida conjugal, seguramente caracterizam obstáculos praticamente intransponíveis a um dos ex-cônjuges, visto, após a cisão da convivência, como o economicamente hipossuficiente.

Por força do grafado pelo art. 19 da Lei do Divórcio, emergiu, no sistema de regulação do fenômeno decorrente da cisão da sociedade conjugal, a idéia de uma sanção negativa. Por ela impossibilita-se o cônjuge culpado a buscar o recebimento de verba

alimentar junto ao cônjuge inocente, embora este último não tenha assegurado para si o recebimento de tal pensionamento, pelo simples fato de ser inocente, porquanto mantido o referencial da imperatividade de demonstração de necessidade, sob pena de, em assim não procedendo, legitimar-se como um abuso de direito.

Desse modo, o modelo de interpretação da teleologia da regra antes referida prestou-se a legitimar a tese daqueles que não vislumbram no atual sistema um caráter de natureza fundamentalmente indenizatório a ser suportado pelo cônjuge culpado. Se o cônjuge inocente é rico e o culpado é pobre, a não concessão de verba alimentícia em favor daquele que não deu causa à separação judicial, ante à sua manifesta ausência de necessidade, estaria a demonstrar que o fulcro do pensionamento não se mostra vinculado ao provável dano advindo da cisão da sociedade conjugal por si só e, portanto, investido de um sentido indenizatório, mas sim por estar vinculado, antes de mais nada e primordialmente, ao binômio possibilidade/necessidade, como paradigma dual de atendimento à necessidade daquele que, por força de suas condições econômico-pessoais, precisa de auxílio para obtenção dos meios necessários à sua subsistência.

Portanto, sob o ponto de vista evolutivo do nexo de legitimação do pensionamento alimentar, enquanto informado por seu conteúdo ético-jurídico de auxílio a um dos cônjuges, do estatuto patriarcal voltado ao dever genérico do marido pensionar a mulher inocente e pobre, o sistema recepcionou, em seqüência ao primeiro modelo, a idéia de atendimento àquele que se mostrava necessitado, sem abstrair a tal necessidade a comprovação de ausência de culpa pela cisão da vida conjugal. Apontou, por força do estatuto divorcista, junto à idéia genérica de responsabilidade, para o sentido de auxílio associado a um nexo moldado pela fusão do preceito legal de responsabilização às condições pessoais de carência do necessitado, conformando a diretriz normativa que se constrói pela mediação entre a culpa e a carência.

Capítulo 4

A PRESTAÇÃO EM SI: AJUSTE, CONDENAÇÃO OU DEVER LEGAL

A. O Caráter Indenizatório Enquanto Sanção

Vinculado, ainda, ao dever de mútua assistência, embora agora, após a cisão da sociedade conjugal, marcado por um conteúdo de auxílio-socorro, e não mais pela anterior escora assentada nos alicerces da ordem pública, o dever de prestação alimentar passou a ser lido, também, por um olhar de brilho indenizatório. Identificado este último, em um sentido mediato, com os dispositivos grafados na Lei do Divórcio pelos quais resta sancionado o cônjuge culpado pela perda do direito ao recebimento à verba alimentar e pela impossibilidade de ter-lhe assegurada a guarda de eventuais filhos. Também no caso estrito do cônjuge-mulher, pela perda do direito ao uso do patronímico do marido; isso nos casos de cisão fundada em culpa.

Sob a mesma ótica, num reforço a uma ideologia marcada por uma idéia subliminar de revanche, viu-se, nos caso da separação fundada em simples ruptura de convivência, tanto quanto no caso de um dos cônjuges estar a sofrer de grave moléstia mental – circunstâncias essas geradoras, no primeiro caso, de impossibilidade de restabelecimento da vida em comum, e, no segundo caso, de insuportabilidade da manutenção da convivência conjugal – a imposição de pensionamento alimentar. Este tido como dever inerente ao cônjuge que simplesmente formulou o pedido pela via judicializada, assumindo tal regramento a postura forçada da construção de um modo de indenizar o cônjuge inerte ante à possibilidade de buscar o ato judicial de integração legal da situação fática já vivenciada,

circunstância essa também repisada ante o pedido de conversão de separações judiciais em divórcio.

Desse modo: *“Por ser o casamento um contrato, embora especial e de Direito de Família, a responsabilidade civil nas relações conjugais é contratual, de forma que a culpa do infrator emerge do descumprimento do dever assumido, bastando ao ofendido demonstrar a infração e os danos dela oriundos para que se estabeleça o efeito, que é a responsabilidade do faltoso”*.¹⁰⁸

Tal concepção, marcadamente inspirada no Direito francês,¹⁰⁹ identifica como danos mediatos o descumprimento de um conjunto de deveres assumidos com o matrimônio. Tais deveres, embora não indenizáveis na sistemática legal positiva atual, por ausência de previsão legal específica (mas no que pertine à verba alimentar, não se mostraria tal dever qualificado como verdadeira indenização), porquanto *“apenas ressarce os prejuízos causados ao cônjuge inocente pela cessação do dever de assistência material de seu consorte,”*¹¹⁰ mostra-se com eficácia parcial, em sede de reparação civil. O adimplemento do dever do cônjuge culpado de pensionar o cônjuge inocente, na medida em que a prestação de verba alimentar, no caso de cisão da sociedade conjugal, bem como no caso de divórcio, não espelha um caráter ressarcitório pleno, de modo a atender à reparação não só dos danos materiais, ou com vocação à reparação dos danos morais, quando deveria investir-se, também, de um caráter compensatório e punitivo.

Orlando Gomes inscreve-se entre aqueles que vê no pensionamento alimentar, pós-cisão da sociedade conjugal, uma prestação assentada em uma natureza indenizatória,

¹⁰⁸ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Obra citada. p. 184.

¹⁰⁹ SANTOS, R. B. T. S. P. Idem, ibidem.

¹¹⁰ SANTOS, R. B. T. S. P. Obra citada. p. 158.

asseverando que: *“Ultimamente, porém, a doutrina, na própria França e nos outros povos cultos, inclinou-se para a tese da indenização, não somente no divórcio, mas também na separação. A pensão é considerada uma reparação do prejuízo resultante do desaparecimento do dever de sustento”*.¹¹¹

Fundado na idéia de prejuízo decorrente da cisão da sociedade conjugal, quando, entre outros aspectos, inviabilizada a busca de recursos para o atendimento à subsistência dos cônjuges por ato atribuível a um deles, viu Múcio de Campos Maia¹¹² um sentido de natureza indenizatória, sendo: *“justa, pois, a reparação de tal prejuízo...”*¹¹³ Entendimento esse não aplicável, contudo, nos casos de dissolução consensual dos laços conjugais, porquanto tais alimentos mostram natureza puramente convencional, enquanto fruto de livre transação entre os cônjuges, prevalecendo, no caso: *“os princípios do Direito das Obrigações, ou mais precisamente, as regras da transação, com todas as suas conseqüências, dentre as quais se destacam a invariabilidade da pensão contratada, a possibilidade da renúncia, da cessão, da compensação, da transação, etc.”*¹¹⁴

Por seu turno, Mário Moacyr Porto¹¹⁵ vê na obrigação alimentar, em razão da ruptura da sociedade conjugal, uma dúplici natureza, qual seja a de ajuda material e de sanção

¹¹¹ GOMES, Orlando. Obra citada. p. 263.

¹¹² MAIA, Múcio de Campos. Obra citada.

¹¹³ MAIA, M. Idem, p. 12.

¹¹⁴ MAIA, M. Idem, p. 18.

¹¹⁵ PORTO, Mário Moacyr. *Ação de responsabilidade civil entre marido e mulher*.

econômica, decorrentes dos ilícitos civil e penal (art. 19 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968 e art. 153, § 17, da CF de 17, de outubro de 1969),¹¹⁶ asseverando que tem:

“a firme convicção que a dívida de alimentos de que cuida o art. 19, da Lei nº 6.515, de 26.12.77, é, na verdade, uma indenização por ato ilícito, que se cumpre sob forma de pensão alimentar. Uma reparação pecuniária pela dissolução prematura e reprovável da sociedade conjugal, por culpa de um dos cônjuges (art. 5º, *caput*, da Lei nº 6.515) (...) E hoje que a nova legislação admite o divórcio, isto é, a extinção do próprio casamento, a prestação que se impõe ao cônjuge culpado é, a todas as luzes, uma indenização delitual, que se apóia ou tem as suas raízes no art. 159, do C.C.”¹¹⁷

Desse modo, a pensão alimentícia fundada no art. 19 da Lei do Divórcio decorre da ruptura prematura e reprovável da vida em comum que, em sua feição de natureza adstrita a um sentido de ajuda material, visa substituir o dever de socorro. Constituindo-se somente a exigibilidade de tal direito na medida em que o cônjuge não responsável pela cisão da vida conjugal tenha efetiva necessidade, associada tal carência ao decreto judicial de uma separação judicial, ou num divórcio, ambos marcados pela identificação de uma conduta causadora da ruptura enquanto pressuposto factual de atribuição da responsabilidade, enquanto dever de pensionar.

Contudo, não se pode olvidar que a cisão da sociedade conjugal pode ensejar a outros danos e lesões residentes no espaço inerente aos direitos de personalidade do cônjuge

¹¹⁶ Há de ter-se cautela ante tal assertiva, dado que a substancialização da obrigação alimentar sob o ponto de vista de pena, na ótica Mário Moacyr Porto, não se mostra tecnicamente adequada, na medida em que, mesmo que se considere sanção penal a sujeição do devedor inadimplente de pensionamento alimentar, tal circunstância não está sob hipótese alguma inserida no plano da sanção de natureza criminal.

¹¹⁷ PORTO, M. M. *Idem*, p. 176.

inocente. Nesse momento, pensionamento alimentar transcenderia o seu mero conteúdo substitutivo do dever de socorro, caracterizando-se como sanção de natureza econômica tendente, até a reparar os danos de natureza moral advindos da ruptura da vida conjugal. Mário Moacyr Porto que aponta *“a pensão a que alude o art. 19, da Lei do Divórcio, repara tão-somente o prejuízo que sofre o cônjuge inocente com a injusta supressão do dever de socorro. Outros prejuízos que resultarem da separação litigiosa ou do divórcio poderão ser ressarcidos, com apoio nas regras do direito comum, isto é, na conformidade do art. 159 do C. C. Não ocorre, assim, uma dupla indenização pelo mesmo dano, mas prejuízos diferentes”*.¹¹⁸

Desse modo, portanto, há de ter-se em conta, de molde a evitar equívocos, a circunstância de que o instituto do pensionamento alimentar não está diretamente associado aos estritos limites dos deveres matrimoniais, ou subsumido à preexistência dos vínculos decorrentes da parentalidade. Isto porque o pagamento do pensionamento alimentar, a título de socorro, não exonera o cônjuge culpado dos danos causados à pessoa do outro consorte, mesmo que tais atos ou omissões tenham se constituído na motivação factual da ruptura ou da geração da insuportabilidade de manutenção da vida em comum. Mostrar-se-ia singularmente absurdo, portanto, o fato de que o cônjuge que tivesse lesado a integridade corporal do outro, causando-lhe seqüelas graves, por exemplo, viesse a resultar isento do dever de reparar tal dano, sob a alegação de que tendo sido essa a causa da ruptura da vida em comum e estando o cônjuge agressor a ofertar pensionamento alimentar ao cônjuge lesado, ante o fato de estar garantindo ao inocente os meios necessários à sua sobrevivência, por dano algum mais poderia restar responsabilizado.

Não há, por conseqüência, como confundir-se as matrizes fundamentais de tais direitos, ou seja, pela associação errônea entre dano e dever como origem comum e

¹¹⁸ PORTO, M. M. Obra citada, p. 182.

idêntica de conseqüências semelhantes, embora: “o cônjuge culpado é obrigado a não só indenizar o dano resultante da dissolução temporã e maliciosa da sociedade conjugal como igualmente indenizar os prejuízos decorrentes dos ‘atos ilícitos’ que motivaram a dissolução”.¹¹⁹

1. A Responsabilidade Entre Cônjuges

Fundado no matrimônio, o dever de pensionar o cônjuge necessitado encontra no casamento a sua causa jurídica, projetando seus efeitos após a separação do casal como efeito da mutação do dever conjugal de assistência em dever de socorro. Emerge, desse modo, como uma obrigação marcada pelo caráter da reciprocidade, pois cessado o regime de bens entre os cônjuges, fonte de subsistência comum do casal, e procedida à partilha do patrimônio conjugal, na eventual necessidade de um dos antigos consortes, surge o dever genérico de pensionar aquele que necessita do auxílio material e econômico para atendimento de sua própria subsistência.

Desse modo, na atual sistemática legal, por força do advento da Lei do Divórcio, vigora o “*princípio da reciprocidade da prestação alimentícia entre os cônjuges,*”¹²⁰ embora nem sempre tenha sido esta a diretriz normativa, dado que no sistema codificado, anteriormente à vigência da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, cognominado como Estatuto da Mulher Casada, era dever exclusivo do marido o de pensionar a mulher e os filhos. Inadmitia-se, portanto, que a mulher, em caso de cisão da sociedade conjugal, viesse a ter que pensionar o ex-cônjuge homem,¹²¹ mesmo que aquele fosse inocente e pobre,

¹¹⁹ PORTO, M. M. *Idem*, p. 185.

¹²⁰ ABREU, J. *Obra citada*. p. 93.

¹²¹ Tal perspectiva não decorre e nunca decorreu de texto expresso da lei, categorizando-se tal regra como diretriz de natureza ideológica, na medida em que a idéia de provedor estava diretamente vinculada às

resultando mantido, contudo, do anterior sistema, tão-somente, o dúplice pressuposto delimitado pela imposição de demonstração da necessidade daquele que está a postular a verba alimentícia, bem como a fixação do valor de pensionamento, em incoorrendo acertamento entre os cônjuges, seja fixada pelo juiz.

Portanto, por força da diretriz estatuída pelo art. 19 da Lei nº 6.515/77, tanto o homem, quanto a mulher poderão ser inseridos na situação jurídica de devedores de crédito alimentar. A tal dever deverão ser acrescentadas as peculiaridades de identificação da responsabilidade pela separação, em face de qualquer um dos cônjuges, a comprovação de evidente necessidade, por parte daquele que está a pretender o recebimento do pensionamento. Por fim, caso flua litígio entre as partes, o valor da pensão seja fixado pelo juiz em sede processual de composição do conflito.

Assim, o art. 19, da Lei nº 6.515/77, dispõe que:

“Art. 19. O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.”

Ademais, por força da nova orientação legislativa, a anterior figura do cônjuge culpado resultou substituída pela figura do cônjuge responsável. A característica fundamental de sua identificação reside no fato de ter sido o causador da cisão da vida comum.

Nesse sentido, diz Yussef Said Cahali que:

prerrogativas inerentes ao homem. Não se admitindo, sob o ponto de vista sociológico, que o marido, após a cisão da vida conjugal, viesse a receber auxílio financeiro por parte da mulher. Isto porque não só pela absoluta ausência de inserção da mulher no mercado de trabalho, o que não lhe assegurava meios suficientes para manter a si própria, ao homem tal auxílio redundaria em seu menosprezo junto ao grupo social em que se encontrava inserido, na medida em que tal pensionamento estaria por ratificar a sua condição de subserviência e de dependência em relação ao sexo feminino, como um estigma.

“considera-se *responsável pela separação* o *cônjuge* contra o qual a separação foi pedida, por fato (culposo) a ele imputável, quem dá causa à separação judicial é o cônjuge culpado, não exatamente aquele que propôs a ação, cônjuge responsável entende-se o responsável pela separação judicial, assim condenado na respectiva ação; o outro cônjuge, na espécie, é o cônjuge inocente; a culpa de um dos cônjuges, que o qualifica como responsável pela separação, obriga-o a prestar ao outro, se dela necessitar, a pensão fixada pelo juiz; donde, a *contrario sensu*, o cônjuge não responsável pela separação judicial ficará isento da obrigação”.¹²²

Portanto, procedida a tipificação da responsabilidade, resulta, no caso concreto, quebrado o princípio da reciprocidade do dever de pensionamento recíproco, a qual só se manifesta ante a inicial situação de cisão da sociedade conjugal, em momento em que, ainda, não estava explicitado qual dos cônjuges foi o responsável pela ruptura da convivência conjugal.

2. Culpa Recíproca

Com o advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, os cônjuges passaram a ser equiparados na condição de provedores das despesas comuns. Por força da Lei nº 4.121/62 que alterou a anterior redação do art. 240 do Código Civil, a mulher, com o casamento, assumiu a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos da família, decorrendo, de tal preceito regulador, a equiparação parcial da mulher ao marido. Essa circunstância, embora de conteúdo tímido, serviu de base ao entendimento da possibilidade de a mulher, a partir do novo estatuto legal, vir a ser responsabilizada por eventual dever alimentício em face do marido inocente e pobre. Isto porque a figura de

¹²² CAHALI, Y. S. Obra citada. p. 383-384.

provedor exclusivo, adstrita à figura do cônjuge varão, resultou afastada na forma do grafado pelo art. 2º da Lei nº 4.121/62 que dispõe:

“Art. 2º. A mulher, tendo bens ou rendimentos próprios, será obrigada, como no regime da separação de bens (art. 277 do Código Civil), a contribuir para as despesas comuns, se os bens comuns forem insuficientes para atendê-las”.

Por tal circunstância, o sistema legal passou a admitir, embora de forma restrita, o princípio da responsabilidade recíproca de ambos os cônjuges no que diz respeito ao atendimento das necessidades familiares comuns, entre as quais se insere o dever de mútua assistência. Sendo a mulher proprietária de patrimônio de titularidade exclusiva a ela atribuída, ou possuindo rendimentos a ela tão-somente pertencentes não mais persistia a figura do cônjuge economicamente dependente e submetido ao poder marital. Assumindo, pois, o ônus de obrigatoriamente contribuir para o atendimento das despesas comuns da família.

Dada tal circunstância: *“reconhecida a culpa recíproca como causa de dissolução da sociedade conjugal com a procedência da ação e da reconvenção (ou da ação paralela contrária), nenhuma obrigação alimentar será preservada em favor de qualquer dos cônjuges, ante a compensação das responsabilidades”*.¹²³

Ademais, por não estabelecer o nosso Direito um critério de graduação da responsabilidade, pela prática de ato gerador de ofensa a um dos deveres inerentes ao casamento, o simples fato de que ambos os cônjuges tenham perpetrado alguma espécie de infração conjugal será o bastante para, em se reconhecendo a reciprocidade de culpas,

¹²³ CAHALI, Y. S. Obra citada, p. 397-398.

resultar caracterizada a dúplice isenção de responsabilidade alimentar entre os cônjuges infratores.¹²⁴

Aliás, Yussef Said Cahali vê a inexigibilidade de pensão alimentícia entre os cônjuges co-responsáveis pela cisão da sociedade conjugal, como reflexo do próprio sistema jurídico estruturado pela Lei do Divórcio, manifestando que:

“No sistema do direito brasileiro, por dedução do art. 19 da Lei do Divórcio, o cônjuge necessitado só conserva o direito de ser pensionado pelo outro, *se não responsável pela separação judicial*; ora, *se também responsável* pela dissolução da sociedade conjugal, será, no mínimo, *co-responsável* pelo desfazimento da família; e desde que o nosso direito não estabelece nessa matéria uma graduação de responsabilidades com vistas à prevalência de uma sobre a outra ou de absorções recíprocas, concorrendo as infrações conjugais praticadas pelo marido e pela mulher do mesmo modo para o decreto de separação judicial pela *procedência da ação e da reconvenção*, as responsabilidades recíprocas se compensam, tornando inexigível a pensão alimentar por um co-responsável contra outro co-responsável”.¹²⁵

Circunstância interessante, contudo, decorreu de visão jurisprudencial ante o fato de que mesmo o cônjuge mulher, em casos de ocorrência de culpa recíproca, necessitar do recebimento de verba alimentar, não ter afastada a possibilidade de recebimento de

¹²⁴ Nesse sentido, voto do Min. Octávio Gallotti no Recurso Extraordinário nº 108.086-8, julgado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no qual, entre outros argumentos, resta asseverado que: “O dever da mútua assistência decorre originariamente da sociedade conjugal, e, em caso de separação judicial não consensual (art. 5º, **caput**, da Lei 6.515/77) só subsiste em favor do cônjuge necessitado, a quem não se possa irrogar a responsabilidade pela separação. A declaração de reciprocidade de culpas não caracteriza essa isenção de responsabilidade, denota a sua existência e exclui, para ambos os cônjuges, o direito da percepção de alimentos” (Revista dos Tribunais 611/271).

¹²⁵ CAHALI, Y. S. Obra citada. p. 401-402.

alimentos por um determinado período, visão essa que deu azo ao surgimento da possibilidade do recebimento de um pensionamento temporário.

De tal sorte, marido e mulher são equiparados à condição de provedores das despesas comuns e necessárias ao atendimento dos reclamos atinentes à sociedade familiar, em visão abrangente. A sociedade conjugal, em espectro mais reduzido, é a estrutura jurídica de regulação de prestação de verba alimentícia entre os cônjuges, pós-cisão da sociedade conjugal, passando a ser iluminada pelo princípio da responsabilidade recíproca de ambos os cônjuges.

Como efeito imediato da reciprocidade de responsabilidades conjugais, ante a ausência de critério objetivo de aferição da graduação das responsabilidades de cada um dos cônjuges, enquanto conduta desencadeadora do evento responsável pela ruptura da vida conjugal, emergiu a idéia de uma concomitante e ambivalente isenção da responsabilidade pelas condutas culposas promotoras da extinção do sociedade conjugal. Isto porque, sendo ambos os cônjuges responsáveis pelo fracasso conjugal, não se poderia atribuir, exclusivamente a algum deles uma responsabilidade maior, restando ambos, por consequência, desprovidos de possibilidade jurídica de vir a exigir um do outro o recebimento de verba alimentar.

B. Múltiplo Caráter de Natureza Supletiva Enquanto Ajuste

A compreensão do pensionamento alimentar entre os cônjuges, após rompida a convivência conjugal, no âmbito da separação judicial consensual, vincula-se a dois princípios genéricos: o da compreensão da prestação da verba alimentar como sendo um instituto de ordem pública, e o da adequação a um sentido de natureza assistencial.

Já no âmbito da cisão litigiosa, o pensionamento alimentar resulta adstrito, além da hipótese de conteúdo indenizatório, às órbitas de uma sanção negativa, bem como a de uma

compensação econômica, que pode até ser assimilada como possuindo uma natureza previdenciária.

Quanto aos casos de cisão vinculados a uma responsabilidade objetiva, como na ruptura da vida em comum pelo afastamento voluntário de um dos cônjuges, ou pelo acometimento, por um deles, de grave doença mental, o vínculo jurídico se estabelece matizado por um sentido de mero dever.

Desse modo, mesmo nas circunstâncias em que os ex-cônjuges constroem o modelo de disciplina de atendimento à eventual necessidade de algum deles, como também nos casos de cisão fundada no agir culposo de algum dos ex-consortes, ou até mesmo no caso do dever objetivo, como acima realçado, resulta manifesto que tal avença, sanção e/ou dever é caracterizada por um sentido de supletividade. Estando extinta a convivência legitimadora da associação e do direcionamento dos esforços comuns tendentes ao atendimento das necessidades de cada um dos cônjuges, até então comuns, o pensionamento alimentar indubitavelmente assume uma feição de suplementatividade. Incorpora, pois, a condição de um subsídio, de um reforço, de um complemento, de modo a reforçar os meios materiais de um dos cônjuges que, já não mais contando com o auxílio direto e imediato do outro, vê-se na necessidade de ter complementados os seus meios pessoais e individuais para o atendimento das necessidades vinculadas à sua sobrevivência.

1. Sanção Negativa

Etimologicamente o vocábulo sanção possui dois significados que se mostram diversos, podendo significar tanto aprovação, quanto confirmação.

De Plácido e Silva identifica a palavra como expressão oriunda: *“Do latim “sanctio, sanctionis”, de “sancire” (estabelecer uma lei, ou estabelecer por lei), (...) possuindo (...) o vocábulo, etimologicamente, duas significações distintas. Quer significar a*

*“aprovação”, ou a “confirmação” que se dá, ou se impõe à lei, como quer exprimir a ordenação, a imposição, a pena, o castigo, que se dispõe na regra legal”.*¹²⁶ Decorre de tal conceito múltiplas variáveis, não só no que se refere aos efeitos resultantes dos atos de produção da lei, enquanto norma jurídica formal e submetida a um devido processo constitucional, bem como no que concerne ao próprio mecanismo coercitivo integrante da própria lei, de modo a tornar impositiva a determinação contida em seu preceito, caracterizado-se por diferentes espécies de sanção, tais como as de natureza acautelatória, de anulação e de nulidade, diretas e indiretas, e as de natureza penal. *“Também denominadas repressivas (...) que comportam a imposição de multas, indenizações nos casos de atos ilícitos ou de qualquer outra penalidade, como prisão, ou confisco de bens ilicitamente usados, quando se registrem atos qualificados como crime ou contravenção”.*¹²⁷

No âmbito do Direito de Família, a idéia de sanção também comporta uma variabilidade extensa, assumindo posturas adequadas a sentidos de constrangimento, de reparação e de pena, mas, primordialmente, marcada por um conteúdo de natureza ética, ou seja, o espírito de proteger, e de tutelar o interesse dos mais frágeis.

Constrangimento, pois, na medida em que obriga o devedor de verba alimentar a atender às necessidades do alimentando, sob a ameaça concreta de supressão da própria liberdade do alimentante inadimplente. Embora a prisão do devedor de alimentos não se mostre como a finalidade pontual perseguida pelo ordenamento jurídico, sob a ótica de um castigo ou de uma punição, mas pelo sentido de constrangimento adstrito a seu comando,

¹²⁶ SILVA, De Plácido e. Obra citada. p. 1402-1403.

¹²⁷ SILVA, De Plácido e. Idem, ibidem.

busca assegurar o cumprimento da prestação necessária ao atendimento das necessidades básicas do credor da verba alimentar.

Reparação, como no caso em que o marido, ao restituir o dote, tenha causado aos bens pertencentes à sua mulher (art. 307 do C. Civil), devendo responder pelos danos produzidos por seu agir informado por um agir que torne inquestionável a sua culpa.

Pena, entre outras circunstâncias, nos casos de ter sido a mulher vencida em processo de separação judicial, para o efeito de perder o direito ao uso do nome do marido, devendo voltar ao uso de seu nome de solteira. Isto, mesmo que de tal circunstância, entre outras, resulte manifesta distinção entre seu nome e o dos filhos nascidos da sociedade conjugal desfeita. Ou, ainda, com prejuízo para a sua identificação, inclusive nos casos em que a mulher, na esfera profissional em que atua, já houvera consolidado sua imagem associada ao patronímico a que se viu obrigada a não mais portar.

Contudo, mesmo que identificadas sanções, em sede de Direito de Família, com matizes de constrangimento, de reparação e de pena, não são tais características que melhor identificam a sanção em sede das relações de família, mas sim por um conteúdo explicitado por uma funcionalidade de orientação ética, visando, isso sim, ao atendimento de: *“finalidades nitidamente protetivas, tutelares, de controle, em benefício dos mais fracos”*.¹²⁸

Desse modo, portanto, vê-se acerto no dizer de Carlos Celso Orcesi da Costa, quando percebe que:

“em direito de família, a função preventiva ou mesmo diretamente reparatória da pena, ou ainda, no extremo limite, sua função punitiva, não constituem sua principal característica. O que subsiste, apenas, é uma função de orientação ética, presente em todo o regramento

¹²⁸ COSTA, C. O. da. Obra citada. p. 700.

jurídico, mas com relevo no direito de família. Há especial repulsa social ao descumprimento dos deveres familiares, como, por exemplo, o abandono espiritual e material de um filho”.¹²⁹

Delimitados tais contornos no plano da ordem regulatória das relações de família, verifica-se que, no atinente ao dever de prestar alimentos, face à cisão da sociedade conjugal, após a quebra do paradigma do marido provedor, pelo advento da Lei nº 4.121/62, a valoração ética das condutas dos cônjuges, face a conflito impeditivo da manutenção da vida em comum (informado por conduta afrontosa a um dos deveres do matrimônio, por uma exigência objetivada pela lei), cedeu passo a um sistema de imputação de responsabilidade associado à idéia de indispensabilidade de demonstração da responsabilidade de um dos cônjuges.

Há de reconhecer-se, contudo, que essa circunstância, pela sua singular artificialidade, mostra-se alheia à realidade de uma vida de convivência em sua cotidianidade, na qual, muitas vezes, a circunstância formal-objetiva de causação da cisão da sociedade conjugal a um dos cônjuges formalmente atribuída, teve no outro consorte o móvel subliminar de tal agir.

Entretanto, por ser de todo impossível a efetiva apuração dos motivos que deram causa à ruptura da vida em comum, busca-se, na superficialidade de uma mera adequação material ao preceito legal, a dogmatização da culpa em tais estreitos limites.

Portanto, acolhido pela Lei do Divórcio, o princípio da imputação necessária à prestação da verba alimentar, pós-cisão da sociedade conjugal, assume, observado o escopo fundado exclusivamente na culpa objetiva, retratada pela expressão “cônjuge responsável”, a postura de uma sanção negativa. Isto na medida em que ao mesmo tempo que o cônjuge inocente tem direito a ser pensionado, o cônjuge culpado, mesmo que

¹²⁹ COSTA, C. O. da. *Idem*, p. 703.

necessitado, nos termos estritos da lei, perde o direito de buscar a prestação de socorro, embora esteja de tal auxílio necessitado.

É bem verdade que a jurisprudência, de forma tímida e quase inexistente, procurou atenuar a eficácia de tal princípio, admitindo a fixação do dever de pensionar por um prazo determinado, a exemplo do ocorrido nos casos de responsabilidade recíproca pela cisão da sociedade conjugal, mostrando-se tal entendimento, contudo, restrito a pouquíssimos casos.

2. Compensação Econômica de Natureza Previdenciária

Fórmula inovadora que passou a ser considerada em algumas decisões judiciais, tomou como pressuposto de natureza factual a idéia de que por estar irremediavelmente falida a relação conjugal, o questionamento da culpa passava a mostrar-se como uma análise de sentido prático imediato. Devia, entretanto, tão-somente ser avaliada sob o prisma de um interesse secundário a ser considerado, já que o interesse primário de manter a união de vida ente os cônjuges se mostrava inviável, ante a impossibilidade definitiva do restabelecimento da convivência.

Tal percepção da realidade, portanto, já não mais valorava o conjunto de atitudes de ambos ou de algum dos cônjuges, no fito de localizar na negligência, na culpa ou no dolo, os elementos caracterizadores da motivação da ruptura da vida em comum. Buscava seus referenciais numa avaliação totalizadora dos fatos e dos conseqüentes comportamentos que deram azo à crise conjugal, de modo a restringir a atribuição da culpa individual, como sendo o elemento primordial a ser considerado. Procedeu-se então a um desencaixe da matriz fixada pelo art. 19 da Lei do Divórcio, enquanto vínculo objetivo de identificação de uma conduta tida por ilícita, passando-se a considerar relevante o conjunto de todas as circunstâncias que envolveram e deram causa à cisão da vida em comum, de modo que o

problema lógico a ser solvido pela via da aplicação racional do preceito legal, deu espaço a uma solução influenciada, também,¹³⁰ pela averiguação de outros dados identificáveis em cada caso concreto.

Sob essa ótica, identificou-se a possibilidade, no âmbito da prestação em si, da idéia de que o pensionamento alimentar entre os cônjuges, pós falência da vida em comum, também pudesse assumir os contornos de uma prestação econômica de natureza previdenciária, a ponto de Carlos Celso Orcesi da Costa dizer que, na esfera dos múltiplos significados assumidos pelo dever de pensionamento alimentar, torna-se perceptível, também:

“um fundamento de caráter previdenciário, o que é semelhante mas não inteiramente idêntico. Essa idéia nova pressupõe breve explicação. Ainda em nossos dias, a mulher dedica-se, parcial ou plenamente, às funções domésticas, encarregando-se o marido de prover o sustento da família, com seu trabalho externo. Embora fundamental, especialmente no que tange à formação dos filhos, bem como à direção da casa – que os germanos definem com a expressão ‘poder das chaves’ (*Schlüsselgewalt*), “poder doméstico” – o trabalho doméstico não está cercado da proteção e regalias do trabalho profissional. Desse ângulo, a dependência de alimentos não significaria inferior condição social, mas uma espécie de compensação econômica de natureza previdenciária”.¹³¹

¹³⁰ Considerado o sistema jurídico brasileiro como referencial inafastável para a solução de qualquer problema situado na órbita jurídica, à evidência, no estado atual da ciência jurídica brasileira, não se pode e talvez até nunca se poderá desconsiderar o texto legal como referência preliminar à solução de qualquer conflito submetido a uma regulação jurídica. Contudo, o realce à possibilidade de restarem considerados outros sistemas, deve-se ao fato de que, se pretendermos resolver qualquer problema sob a orientação de um único sistema, estaremos fadados a construir uma percepção parcial da realidade. Isto porque problemas de natureza psicológica dificilmente são redutíveis a termos objetivos, porquanto os problemas situados na órbita do Direito de Família têm alcançado uma pacificação mais satisfatória na medida em que suas soluções racionais estejam diretamente vinculadas à identificação de uma ação prática mais adequada a cada caso concreto.

¹³¹ COSTA, C. C. O. da. Obra citada. p. 638.

A competitividade que se inseriu como um fator de diferenciação e de exclusão na vida contemporânea acabou por gerar forte fator de diferenciação entre os ex-cônjuges. O conjunto de esforços tendentes à busca dos meios materiais para o atendimento das necessidades, até então comuns àquele cônjuge, ou seja: estar afastado do mercado de trabalho, por ser possuidor de um menor número de aptidões necessárias à conquista de um posto de trabalho, além dos fatores de natureza ideológica, tais como idade, sexo e cor, assumiram força de discriminação. Portanto, em não se assegurando verba alimentar fundada no reconhecimento incontestável de tais circunstâncias, estar-se-ia a dar causa a profunda lesão aos interesses e à própria perspectiva de reconstrução material da vida do cônjuge necessitado, nos aspectos acima realçados, considerado de condições hipossuficientes.

Portanto, em sede de justificação concreta ao recebimento da verba alimentar, a idéia de compensação econômica de natureza previdenciária há de ser considerada, admitindo-se, até, a hipótese de que o critério de culpa possa restar subsumido a uma releitura em nível da idéia de sua visualização como um mero fundamento de conteúdo de justiça ideal.

C. O Sentido Objetivo do Dever

Ao assumir o marco referencial de que a prestação alimentícia entre cônjuges, após a ruptura da sociedade conjugal, possa assumir uma tríplice condição de ajuste, de condenação ou de dever legal, há de ter-se em conta que, em sede objetiva de fixação de tal dever, as duas idéias basilares do sistema vincularam-se a dois sentidos genéricos.

Num primeiro território, a idéia do dever de pensionar vincula-se a um contexto de amparo ao cônjuge abandonado ou doente, enquanto causas manifestamente expostas pelo preceito legal. Num segundo plano de identificação, entretanto, emerge a idéia subliminar informada pela intencionalidade de enfraquecer qualquer estímulo à idéia de cisão da

sociedade conjugal. Tais sentidos foram corporificados pelo disposto no art. 5º, parágrafos 1º, 2º e 3º, associados, ainda, ao disciplinado pelo art. 6º, todos da Lei do Divórcio.

Tanto a hipótese do § 1º, quanto a do § 2º, não eram previstas pelo sistema legal anterior à Lei nº 6.515/77, mas face a uma situação de fato consolidada entre os cônjuges, onde a impossibilidade da reconstrução da vida em comum, ou a impossibilidade manifesta da continuidade de uma vida de convivência, ensejaram ao legislador possibilitar a decretação judicializada da separação judicial.

Ao contrário do sistema anterior, sob a égide do art. 317, IV,¹³² do Código Civil, no caso de ruptura da vida em comum, por mais de um ano,¹³³ não há mais cogitação de demonstração e comprovação da existência de uma causa específica e previamente prevista pela lei para efeito de imputação de culpa a um dos ex-cônjuges. Por ele ambos estão legitimados a propor o pedido de extinção da sociedade conjugal, sendo a única prova a ser demonstrada em juízo a ruptura da vida em comum com lapso de continuidade igual ou superior a um ano, associando-se a isso a circunstância de não mais ser possível o restabelecimento da vida conjugal.

Quanto à disciplina do § 2º, do art. 5º, da Lei do Divórcio, o acometimento de doença mental por um dos cônjuges, em data posterior ao casamento, gerando a impossibilidade da manutenção da vida em comum, associada à circunstância da enfermidade durar mais de cinco anos e ante um prognóstico de cura improvável, deu azo à possibilidade da cisão formal da sociedade conjugal, em que também há desnecessidade de demonstração de culpa, conforme a sistemática ordinária professada pela lei divorcista.

¹³² O art. 317, inc. IV, do Código Civil, revogado pela Lei nº 6.515/77, disciplinava que: “Art. 317 – A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: (...) IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.”

¹³³ A redução para o prazo de um (1) ano de efetiva ruptura da vida em comum, para o efeito de decretação de separação judicial, decorreu do art. 1º da Lei nº 8.408, de 13 de fevereiro de 1992, porquanto tal dispositivo, à época da redação original da Lei nº 6.515/77, era de cinco (5) anos.

Tais inovações vieram associadas a efeitos marcadamente protetivos, tanto no que se refere ao aspecto patrimonial decorrente do matrimônio, de modo a reverter para o acervo do cônjuge (que não houver formulado pedido de separação judicial) todos os bens remanescentes aos que havia contribuído para a formação do patrimônio comum, no caso dos regimes de comunhão. Outra inovação é a da possibilidade, em não sendo vedado pelo regime de bens adotado entre os então nubentes, do asseguramento da meação dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal em benefício do patrimônio do cônjuge não responsável pelo pedido de separação judicial. Outra mais se refere à identificação de circunstâncias decorrentes da ruptura da vida conjugal, geradoras de um eventual agravamento das condições pessoais ou da saúde do cônjuge abandonado ou doente, ou, ainda, no caso de que a separação judicial possa vir a dar causa a graves conseqüências morais para os filhos menores do casal separando.

1. Amparo ao Cônjuge Abandonado ou Doente

De tal sentido objetivo de admissão de extinção da sociedade conjugal, no curso dos efeitos decorrentes da ruptura da vida em comum, o princípio basilar a informar a concessão de verba alimentar será caracterizado, por primeiro, pelo atendimento do binômio possibilidade/necessidade. Isto porque, tendo a regulação legal adotado a idéia de responsabilidade como fator determinante do dever de prestação de alimentos entre os cônjuges, pós-cisão de sua vida conjugal, mesmo que não se tenha cogitado e identificado de forma expressa a responsabilidade pela extinção da sociedade conjugal, por uma questão de humanidade, deverá o cônjuge abandonado ou doente, na medida de suas necessidades, receber o socorro material por parte de seu ex-consorte. O dever de socorro, por decorrer do dever de mútua assistência, agregando-se a tal circunstância o fato de ainda restar intacto o vínculo matrimonial, possibilita o atendimento das pretensões alimentares

daquele que está a passar por carências invencíveis por parte de suas atuais forças econômicas.

2. Enfraquecimento do Incentivo à Separação

Da análise do sistema da lei divorcista, outro fator que chama atenção, embora não se mostre materializado por norma expressa, diz respeito à tentativa de obstar a busca da formalização das separações judiciais fundadas em mera ruptura da vida em comum, ou por ter sido um dos cônjuges acometido de grave moléstia mental. As restrições de natureza patrimonial, portanto, inseridas no § 3º do art. 5º da lei do divórcio, sem dúvida alguma, induzem a uma reflexão maior a respeito da conveniência, ou não, de buscarem os cônjuges a quebra formal do vínculo conjugal, o qual disciplina:

“Art. 5º. A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

.....
§ 3º. Nos casos dos parágrafos anteriores, reverterão, ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação nos adquiridos na constância da sociedade conjugal”.

De outra banda, pela via de tal incentivo ao reverso, cujo sentido subliminar retrata uma intenção disfarçada de obstaculizar a cisão do vínculo matrimonial, o divórcio também acaba por ser alcançado por tal restrição de conteúdo meramente patrimonial, embora se saiba que a extinção do vínculo matrimonial pode ser postulada pela via direta.

Contudo, no caso dos pedidos de conversão, o art. 26 da Lei do Divórcio amplia o antiestímulo, na medida em que já tendo sido obtida a separação judicial com arrimo no grafado pelos parágrafos 1º e 2º da Lei nº 6.515/77, e, por consequência, já implementado o benefício material em favor do cônjuge não responsável pelo pedido de separação judicial, o cônjuge que teve iniciativa àquele pedido de separação judicial continuará com o dever de assistência ao outro.

Interessante que, nas hipóteses em tela, ante à sistemática da lei divorcista, há uma perpetuação, por força de lei, do dever matrimonial de assistência material, embora agora só vinculado àquele que, tão-somente, teve a mera iniciativa de postular, por primeiro, o decreto de extinção da sociedade conjugal. Manteve-se, assim, de forma expressa e incontroversa, um dos princípios de arrimo da instituição matrimonial mesmo após a decretação formal de ruptura de seu vínculo.

Desse modo, resulta, mais uma vez desconsiderada, a noção de responsabilidade grafada pelo art. 19 da Lei nº 6.515/77, adotando o sistema a idéia da iniciativa, o que de início dá causa também à desconsideração de eventual perquirição da necessidade de recebimento de verba alimentar. Pois o cônjuge tido, por força de lei, como credor à prestação, assumiu tal condição, ante o simples fato de não ter requerido o pedido de separação judicial nas hipóteses disciplinadas pelos parágrafos 1º e 2º do art. 5º, da Lei nº 6.515/77.

Ante tais circunstâncias, exsurge, como justificativa plausível da opção aventada pela lei, que o regramento disciplinador da cisão da sociedade conjugal e de posterior divórcio busca constranger o cônjuge que não mais vive com o outro, sem que causa alguma possa imputar àquele como razão da cessação da convivência comum. Ou por força do acometimento de grave moléstia mental posterior ao casamento e que torne impossível a continuidade da vida em comum. Disso resulta desestimulada a obtenção de decreto

judicial extintivo de tal vínculo, sob pena de em ajuizando postulação de separação judicial face a seu cônjuge, abandonado ou doente, ver-se o autor de tal pedido constrangido a continuar vinculado, por força de lei, a prestar ao outro assistência material necessária à subsistência daquele.

Diante de tais imposições, cria-se manifesta perplexidade. Isso porque tal disciplina, ainda que sendo admissível nos casos em que a ruptura se deu em decorrência de doença mental, até mesmo ante um sentido de mera caridade, permitindo-se tolerar tal encargo, mostra-se exagerada, no caso de simples cessação de convivência, mostrando-se desprovida de uma racionalidade adequada a legitimar a sua imposição, tornando-se avessa até mesmo à extensa e flexível contextura do senso comum.

Capítulo 5

A FIXAÇÃO E A NATUREZA DO VALOR DA PRESTAÇÃO

A. Possibilidade Econômico-Financeira Face ao Estado de Miserabilidade

Questão complexa a fixação da verba alimentar entre os cônjuges separados, mesmo na circunstância de sua fixação no espaço da consensualidade. Há de estar adstrita a um conjunto de formulações marcado pela condicionalidade, porquanto o critério de fixação definitiva se mostra avesso à própria dinâmica da vida, não sendo aceito nem mesmo na órbita das relações parentais. De qualquer modo, o binômio possibilidade/necessidade ainda é o divisor de águas de toda a problemática que envolve o direito/dever ao pensionamento alimentar.

Inserido na contextualidade inerente às normas de ordem pública, a verba alimentar é instituída, no caso da sociedade conjugal, como um dos efeitos do casamento, assumindo, por tal origem, a configuração de uma prestação informada pela idéia de assistencialidade.

Contudo, pela ruptura da vida em comum e quebra do princípio de mútua assistência, embora, ao tempo da separação judicial, tão-somente no que se refere à sua eficácia material imediata, prevalece tal direito, embora agora submetido ou à consensualidade dos ex-cônjuges, ou a uma determinação judicial.

À época em que vigorava a sociedade conjugal, o compromisso de mútuo auxílio exauria o atendimento das necessidades pessoais de cada cônjuge e da família como um todo. Inexistia a possibilidade, formalmente considerada, de um dos cônjuges buscar

amparo junto ao sistema legal, no fito de implementar o efetivo equilíbrio de distribuição da riqueza familiar. Observada para tanto, a proporcionalidade informada pela oferta de meios materiais, face à demanda exigida pelos cônjuges, com observância direta entre os meios disponíveis e as necessidades a serem atendidas.

Contudo, da análise do sistema de regulação que disciplina a espécie, percebe-se que foram estatuídos alguns princípios de orientação e de delimitação da fixação de verba alimentar entre os ex-cônjuges.

A verificação e identificação da condição financeira dos ex-consortes é a pedra angular de tal sistema. Por esta razão toda decisão judicial, versando a fixação de verba alimentar, mostra-se excluída do fenômeno processual do trânsito em julgado. A necessidade do credor de alimentos, associada à possibilidade do devedor do pensionamento, há de verificar-se de início a vitalidade econômica de cada um.

Há de ter-se em conta, também, que o regramento legal que disciplina a matéria alimentar gerou distinção relevante entre as idéias de prestar alimentos por obrigação e de prestar alimentos por dever.¹³⁴ Isto por força do art. 396 do Código Civil que gera o dever dos parentes prestarem alimentos, de forma recíproca, uns aos outros, assegurando-se-lhes os meios necessários para a subsistência de cada um. No âmbito da Lei do Divórcio, entretanto, foram estabelecidos dois planos distintos de pensionamento alimentar: a relativização da obrigação em face do ex-cônjuge e em face aos filhos do casal.

Em relação ao pensionamento dos filhos do casal, os meios que refletem o patrimônio comum da unidade familiar passam a ser considerados em relação a uma proporcionalidade adstrita à força financeira dos ex-conviventes. Essa circunstância poderá dar azo a ofertas de conteúdo e de valores diversos, ante as condições financeiras de cada

¹³⁴ CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Alimentos e coisa julgada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 83.

um dos pais, conforme disciplinado pelo art. 20 da Lei do Divórcio. Aqui, portanto, a exigibilidade fundada na relação parental pura e simples assume uma feição de contingencialidade, como efeito mediato da cisão da sociedade conjugal.

No que se refere à obrigação de prestar alimentos ao cônjuge, por força dos arts. 19 e 26 da Lei nº 6.515/77, o direito assentou-se nas idéias de responsabilidade pela cisão, ou de iniciativa de formalização de pedido de desconstituição da sociedade conjugal, ante a ruptura de vida em comum por ausência de convivência, ou pelo acometimento de moléstia mental incurável por parte dos cônjuges. Respectivamente, abandonados ou doentes, assegurando-se tal direito, de início, tão-somente, ao cônjuge tido por inocente, desde que haja a necessidade de percepção de tal verba, associada à ausência de patrimônio suficiente para a própria manutenção, devendo tal valor, face à eventual carência de meios necessários à subsistência, ser fixado pelo juiz, no caso da separação judicial litigiosa, ou resultar de avença entre os ex-consortes.

Portanto, com o advento da Lei nº 6.515/77, a sistemática de prestação de alimentos entre ex-cônjuges passou a atender pressupostos de natureza restrita, quais sejam a necessidade para a subsistência e a pressuposição de culpa ou iniciativa de formalização de pedido judicializado de desconstituição da vida em comum, no caso das cisões litigiosas. Mas, se a idéia de necessidade resulta consagrada como um *iter* racional de justificação da pretensão, o fator primordial a ser levado em consideração diz respeito à dúplice limitação da demarcação de tal necessidade: ausência de bens suficientes para se automanter e necessidade de subsistência individual.

A ausência de patrimônio gerador de riqueza suficiente e a necessidade de subsistência se configuram, porém, como fatores imbricados de forma direta, de modo a prestarem-se para a identificação da ideologia instituída pelo regramento legal que

disciplina a espécie. Fundamental, portanto, identificar-se o sentido do vocábulo subsistência, porquanto a idéia de acervo patrimonial resultou, também, vinculada diretamente ao sentido possível de tal contingência, qual seja a necessidade prévia de identificação do conteúdo e da extensão da idéia de subsistência como nexos factuais juridicamente relevantes.

Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira identifica no verbo intransitivo subsistir as idéias de: “*Existir; ser; existir na sua substância; existir individualmente; viver; estar em vigor; manter-se; conservar a sua força ou ação*”,¹³⁵ na mesma medida em que identifica no substantivo feminino subsistência um sentido caracterizado por um “*Estado ou qualidade de subsistente; estabilidade; sustento; conjunto do que é preciso para sustentar a vida*”.¹³⁶

Diante de tal delimitação, resulta demonstrado, portanto, que a verba alimentar a ser prestada, deverá servir, tão-somente, para o asseguramento de uma existência individual, enquanto conjunto de meios necessários à manutenção da vida do credor da verba alimentícia, não se mostrando possível entender-se tal pensionamento como fonte de atendimento a outras necessidades que não e tão-somente a da própria existência individual com a garantia da plenitude das funções vitais do alimentando.

O sistema, portanto, pretendeu evitar, com a cisão da sociedade conjugal, que um dos cônjuges, por sua condição de necessitado, ficasse lançado à condição de miséria, vendo-se, pelo simples fato da ruptura de sua vida em comum, em um estado lastimoso, na condição de um indigente digno de compaixão, vivendo na mais profunda penúria submetido a uma

¹³⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. p. 1.136.

¹³⁶ FERREIRA, A. B. de H. *Idem*, *ibidem*.

condição vergonhosa, circunstância absolutamente inaceitável por parte de qualquer ser humano.

Tal teleologia é reforçada no art. 29 da Lei do Divórcio, na medida em que tal tipo legal estatui que só o novo casamento do cônjuge credor é que terá força jurídica extintiva da obrigação do cônjuge devedor da verba alimentar. Logo, na medida em que o cônjuge-credor passa a conformar nova sociedade conjugal, exsurge, por força do novo matrimônio, o dever de mútua assistência entre os novos cônjuges. Não se mostra mais justificável que o ex-cônjuge devedor continue vinculado a uma obrigação adstrita ao efeito de um matrimônio não mais existente, associando-se a tal circunstância o fato de que o ex-cônjuge credor já se encontra amparado no âmbito de uma nova relação matrimonial.

Escopo de mera manutenção das necessidades vitais do credor à verba alimentícia, no caso de direito vinculado à cisão de uma sociedade conjugal, resulta, portanto, identificado, de forma mediata, dentro da estrutura teleológica do pensionamento alimentar entre ex-cônjuges. Tal pensamento está consolidado pela Lei do Divórcio, na medida em que, por força do grafado pelo art. 22 da Lei nº 6.515/77, a verba alimentar concedida a um dos ex-conviventes, poderá ser corrigida monetariamente, observado índice oficial de atualização. Resta obstaculizada, entretanto, tal possibilidade em presença de decisão judicial contrária à atualização, exigindo-se, para tanto a demonstração da desnecessidade de tal correção, porquanto seja o valor original suficiente para o atendimento das necessidades individuais do cônjuge credor nos limites dos meios necessários à sua subsistência, não necessitando, portanto, mais do que recebe.

Esse entendimento funda-se nos contornos da regulação específica do pensionamento alimentar disciplinado pela Lei do Divórcio. Esse pensionamento possibilita, para o atendimento dos filhos do casal, uma leitura diversa e de espectro mais abrangente. Isto é, estende à prole a possibilidade de alteração a qualquer tempo, conforme disciplinado pelo

art. 28 da Lei do Divórcio. Permite que, por decorrência do aumento das necessidades do filho credor, além das necessidades restritas à sua simples subsistência no momento da fixação da verba (dado constituir-se em um ser em crescimento e evolução), a alteração dos contornos das necessidades aliadas a tal subsistência e cujas exigências, vinculadas às necessidades de alimentação, instrução, vestuário e lazer, mostram-se diversas das do ex-cônjuge.

Desse modo, ao ex-cônjuge credor, enquanto pessoa tida como ser portador de todas as condições e características inerentes a um ser humano plenamente formado, será tal verba tão-somente atualizável, mas não mais se admitindo a sua modificação em sua extensão de delimitação de base do valor caracterizado como assistência material fixada.

Ante tais circunstâncias, o pensionamento alimentar prestado ao ex-cônjuge necessitado não poderá transcender às suas necessidades de subsistência. Suporta exclusivamente a atualização do valor fixado à época da cisão da sociedade conjugal. Não está autorizada pelo sistema normativo a sua alteração, embora, fundamentalmente atenta, por força do mecanismo de atualização do valor pensionado, ao atendimento das providências necessárias ao impedimento de que o ex-consorte financeiramente mais frágil não seja lançado aos braços da miséria.

É certo, contudo, que o sentido de miserabilidade não há de estar associado ao pressuposto de uma condição pessoal de indigência e de humilhação. Entretanto que a análise do conjunto das condições econômicas do ex-cônjuge necessitado se mostre perceptível à carência de meios próprios para sua própria manutenção. Agregue-se, ao mesmo tempo, na valoração da extensão do auxílio a ser prestado, a avaliação dos eventuais recursos do alimentando, como também a explicitação das suas necessidades pessoais, de sua qualificação pessoal, como também de sua condição social. Isto porque a

prestação de verba alimentar é, antes de mais nada, uma questão de natureza fática, sobrelevando, portanto, o conteúdo variável das circunstâncias dos ex-cônjuges.

Nesse sentido, percuciente se mostra a análise de Marco Aurélio S. Viana, ao abordar os contornos necessários à configuração de um estado de miserabilidade, ao referir a relatividade de tais circunstâncias, na medida em que:

“O próprio estado de necessidade em que se encontra o credor merece análise sob orientação relativa. Ele é o resultado da comparação entre os recursos do alimentário e suas necessidades pessoais.

Apenas quando os meios de que dispõe não forem bastantes é que se terá configurado o *estado de miserabilidade*. Considera-se o que ele ganharia em plena atividade, como forma de lhe assegurar uma situação próxima da que teria se em sua atividade normal. Os alimentos são fixados na proporção das necessidades do alimentário (art. 400 do CC). Os alimentos são devidos quando o alimentário não tem bens nem pode prover, pelo seu trabalho, a própria manutenção (art. 399 do CC)”¹³⁷.

Portanto, a análise da situação de dita miserabilidade tem como referência básica, além das circunstâncias pessoais do alimentante e do alimentando, as quais possibilitam construir o quadro comparativo inerente aos recursos e às necessidades de cada um dos ex-cônjuges, toda a matéria de fato que possa elucidar, fundamentalmente, a peculiar condição socioeconômica tanto do que necessita, quanto do que deve auxiliar, já que o credor: “*só será atendido depois de esgotados seus próprios recursos, seja pela utilização dos rendimentos de capital, seja pela aplicação do próprio capital*”¹³⁸.

¹³⁷ VIANA, Marco Aurélio S. *Teoria e prática do direito de família: doutrina, jurisprudência, prática e direito comparado*. p. 207.

¹³⁸ VIANA, M. A. S. *Obra citada*. p. 206.

B. Dívida de Dinheiro ou Dívida de Valor

Delimitada a prestação de verba alimentar entre ex-cônjuges como obrigação decorrente do exaurimento do dever matrimonial de mútua assistência, impende que se tenha noção da natureza material de tal dever, indagando-se a respeito do conteúdo de sua essência, qual seja: a dívida alimentar se configura como uma dívida de natureza puramente pecuniária, categorizada comumente como dívida de dinheiro, ou insere-se na categoria de dívida de valor?

Por primeiro, há de se considerar que a obrigação alimentar caracteriza-se como uma prerrogativa de natureza estritamente pessoal, decorrendo de tal característica a sua intransmissibilidade, dado que a relação jurídica obrigacional da qual decorre tal direito é de cunho estritamente pessoal.

O cônjuge credor, portanto, passa a ser titular do direito de exigir alimentos do cônjuge devedor, na medida em que o liame jurídico que gera tal obrigação está associado factual e juridicamente à extinção da sociedade conjugal por ambos anteriormente conformada. Por força do vínculo matrimonial que a informava, dela gerou-se o efeito de legitimação pessoal e exclusiva para ambos.

Por tal circunstância resulta juridicamente impossível que qualquer outra pessoa possa pretender o recebimento de tal verba. Ainda que contra outra pessoa, que não o ex-cônjuge, seja promovida medida judicial tendente ao cumprimento de tal obrigação de modo forçado, tanto que só pelo advento da morte ou do casamento do cônjuge tido como credor, extingüir-se-á a obrigação em relação ao ex-cônjuge devedor, incorrendo o fenômeno da transmissibilidade do direito à prestação a quem quer que seja.

Outro aspecto caracterizador da obrigação alimentar diz respeito ao seu caráter patrimonial, embora de natureza especial, porquanto: *“a obrigação de dar alimentos é uma*

*obrigação com prestação, cujo cumprimento se resolve respectivamente para os dois sujeitos num acréscimo e numa diminuição de patrimônio, mas é no entanto verdade que se trata de uma obrigação com um caráter especial, que se distingue não só de qualquer outra, mas também (como se disse) das próprias obrigações alimentares que não se radicam no vínculo familiar”.*¹³⁹

Caracterizada, portanto, como uma prestação de conteúdo econômico com concomitante interferência na órbita patrimonial dos sujeitos implicados na relação alimentar, resulta manifesto o caráter patrimonial da obrigação alimentar. Mas tal caráter, como já indagado, a vincularia, no espaço do objeto de seu cumprimento, a que natureza de prestação? Dívida de dinheiro, ou dívida de valor?

Resulta seguro, portanto, que se trata de um dever jurídico. Advém de tal dever uma relação jurídica situada no âmbito do Direito de Família, geradora da obrigação de pensionar, mas na qual, subliminarmente, predomina um sentido de instituição. Estatuída na esfera de uma regulação jurídica imperativa, seus efeitos se mostram estritamente direcionados à produção dos meios, das condições e do atendimento dos fins necessários aos interesses inerentes à expectativa pessoal dos sujeitos vinculados pelo elo obrigacional especial.

Tratando das formas de pagamento, o Código Civil brasileiro dispõe em seu artigo 947 que, no caso de pagamento em dinheiro, sem que as partes tenham determinado qual a espécie de dinheiro a ser entregue a título de pagamento, a extinção da obrigação far-se-á com a entrega da moeda corrente no local em que a obrigação foi cumprida, embora as partes possam estipular o pagamento com moeda diversa daquela (§ 1º, do art. 947 do C. Civil). Disciplina o mesmo estatuto civil que, no caso de inexecução da obrigação, ou de desatendimento ao modo e ao tempo pactuados, dará azo ao devedor responder pelas

¹³⁹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. p. 33.

perdas e pelos danos (art. 1.056 do C. Civil). Tais perdas e danos, no caso das obrigações em dinheiro, constituindo-se no acréscimo, ao valor devido, dos juros de mora e eventuais custas, não afastada a incidência de pena convencional, caso contratada.

No caso do débito alimentar pago mediante entrega de prestação pecuniária, em princípio, portanto, factível seria, no caso de inadimplemento, a possibilidade do alimentando buscar além da quantia devida e impaga, a reparação dos danos decorrentes da simples inexecução do dever não adimplido, mediante o ajuizamento de pretensão à imposição, por força de lei, de acréscimo caracterizado como perdas e danos, caso tal acréscimo não venha a ser reconhecido de forma voluntária pelo devedor inadimplente.

Tal perspectiva resulta assentada em três dispositivos do Código Civil, na medida em que identificado dano ao direito de receber alimentos. Associe-se que a verba alimentar deve estar fixada em dinheiro. O direito ao recebimento da verba devida cumulada com valores correspondentes às perdas e aos danos emerge da simples leitura dos dispositivos legais grafados na legislação codificada: “*Art. 159. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”*”, donde inexistente dúvida de que a pretensão ao recebimento de verba alimentícia, face ao nosso sistema jurídico, caracteriza-se como um direito ao adimplemento de uma obrigação. Logo:

“Art. 1.061. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional”.

Mesmo porque:

“Art. 1.064. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros de mora, que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como as prestações de outra natureza, desde que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes”.¹⁴⁰

Contudo o regramento legal disciplinou de forma específica a reação à inexecução de cumprimento da obrigação de prestação alimentícia, inserindo junto à Carta Constitucional a possibilidade de decretação da prisão civil do devedor. Também, em sede de legislação ordinária, o dessapossamento de seus bens pessoais, por força de execução forçada, de molde a tornar efetivo o cumprimento da obrigação, mostrando-se, também nesse aspecto, o conteúdo especial do débito alimentar, embora não se encontre no sistema jurídico nacional nenhum preceito que impeça ao alimentando não atendido em sua pretensão de recebimento de verba alimentar, a possibilidade de buscar ressarcimento pela inexecução de tal obrigação.

Contudo, mesmo caracterizando-se a obrigação alimentar como um direito situado na órbita das prerrogativas pessoais, de cunho patrimonial, mas marcada por uma especialidade, não há empecilho algum que o pensionamento alimentar seja pago em dinheiro. Tal quantia deve ser destinada a assegurar ao cônjuge alimentando os meios necessários à sua subsistência. Ao que tudo indica, portanto, a obrigação alimentar poderia ser categorizada como sendo uma dívida de dinheiro.

¹⁴⁰ É de realçar-se que a regra grafada pelo art. 1.064 do Código Civil, ao referir as dívidas em dinheiro, não discrimina, excluindo, os débitos de natureza alimentar que devem ser adimplidos pela entrega de determinada quantia ao alimentando. Ademais, no mesmo dispositivo em tela, além da inexistência da exclusão dos débitos de natureza alimentar, a regra legal permite a inclusão das verbas de natureza alimentar junto às demais circunstâncias protegidas por tal comando legal, ao servir-se da ampla expressão: “(...) prestações de outra natureza”, não excluindo, mais uma vez, as prestações de natureza alimentar, desde que fixadas por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes, mecanismos estes utilizados, também, para a fixação das obrigações de conteúdo alimentar. Por esta razão, factível a inserção da idéia de reparação de danos emergentes do inadimplemento de prestação de natureza alimentícia.

No que se refere às dívidas cognominadas como dívidas de valor, ao reverso de uma representação puramente nominal da prestação a ser exigida, caracterizam-se como manifestação mediata de um sentido de utilidade, transcendendo o valor intrínseco do débito. Este está vinculado àquilo que poderá ou deverá ser adquirido com tal prestação, de modo a assegurar o efetivo cumprimento da obrigação que a origina.

Washington de Barros Monteiro, procedendo análise a respeito da dicotomia resultante dos dois conceitos, assevera que:

“urge se distingam as obrigações de dar certa soma em dinheiro das obrigações de valor. Aquela tem por objeto uma quantia em si, enquanto estas objetivam apenas determinada estimação ou taxaço. Subordinam-se as primeiras ao referido princípio nominalístico; portanto devem ser satisfeitas com o número de unidades monetárias, mencionado no título obrigacional, ainda que haja alterado seu poder aquisitivo. As segundas, ao inverso, devem ser solvidas com a quantia capaz de representar o valor esperado”.¹⁴¹

Face a tal explicitação, o débito alimentar, por seu turno, também em muito se aproxima da categoria definida como dívida de valor, já que a finalidade da prestação é assegurar ao credor da verba manter-se, de modo a que possa sobreviver pelo atendimento de todas as necessidades inerentes à sua existência individual.

Apontadas as duas vertentes, verifica-se que a noção mais aproximada da natureza material do dever de prestar verba alimentícia, ao indagar-se a respeito do conteúdo concreto de sua essência, é a de se caracterizar como uma dívida de valor, embora possa ser adimplida pela entrega de uma certa quantia em dinheiro. Sua finalidade é a de “(...)

¹⁴¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Obra citada. p. 74.

fornecer uma quantia que permita ao credor adquirir certos bens”,¹⁴² ao ponto de Sílvio Rodrigues reconhecer, na pensão alimentícia: “o exemplo típico, cujo escopo é possibilitar a sobrevivência do credor”;¹⁴³ de modo que: “a cifra em dinheiro corresponde apenas ao montante capaz de adquirir os bens necessários à subsistência”.¹⁴⁴ Torna-se imprestável, portanto, a prestação, caso, por força do aumento do valor de aquisição dos bens necessários ao atendimento das necessidades do credor, tal valor não venha a ser revisto, no fito de assegurar a sua aquisição e de modo a resguardar o sentido e a vocação originária que informaram a sua delimitação no momento de sua fixação.

No caso de a verba alimentícia, destinada ao atendimento das necessidades alimentares do ex-cônjuge credor de tal direito, após a cisão da sociedade conjugal, vir a perder a potencialidade de atendê-lo na aquisição dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, a Lei nº 6.515/77 dispõe, na forma de seu art. 22, a respeito da possibilidade da atualização do valor, de qualquer natureza, de modo a garantir a manutenção do pensionamento nos termos e com a eficácia pela qual foi avençado pelas partes, ou fixado pelo juiz.

C. Prestação *In Speciem*

Por fim, na senda da fixação do valor e da natureza da prestação, surge a possibilidade de que o pensionamento alimentar, enquanto obrigação geradora de uma dívida de valor, possa ser prestado mediante a entrega dos próprios meios necessários à subsistência do credor.

¹⁴² RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. p. 149.

¹⁴³ RODRIGUES, S. *Idem*, *ibidem*.

¹⁴⁴ RODRIGUES, S. *Idem*, *ibidem*.

O Código Civil brasileiro, ao disciplinar o pagamento de verba alimentar, no âmbito da relação de parentalidade, aventa a possibilidade de que o pensionamento seja efetivado por entrega de uma verba destinada a tal fim, ou ainda pela oferta de hospedagem e sustento, conforme o disposto pelo art. 403 do estatuto civil referenciado. Embora a prestação não pecuniária de hospedagem e sustento só possa ser autorizada pelo juiz, em sede de litígio, sendo o credor anuente capaz, na forma do disciplinado pelo art. 25 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Disciplina a mesma lei, conforme estatuído pelo seu art. 17, que, na impossibilidade da verba devida ser descontada junto à folha de pagamento do devedor, possam as prestações alimentícias ser cobradas de aluguéis de prédios pertencentes ao alimentante ou por desconto junto a quaisquer rendimentos oriundos do acervo patrimonial do devedor.¹⁴⁵

Desse modo, portanto, verifica-se que o pagamento da verba alimentícia transcende à simples materialização pela entrega de dinheiro em moeda, podendo ser contraprestado nas mais variadas formas, inclusive com a entrega de gêneros alimentícios necessários ao sustento do credor. Inexiste, no regramento legal brasileiro que disciplina a espécie, regra que impeça ou proíba ao ex-cônjuge devedor de alimentos pensionar o ex-cônjuge alimentando, através da oferta de bens em espécie, desde que suficientes ao atendimento das necessidades do credor da verba, para o asseguramento de sua subsistência.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Yussef Said Cahali, citando doutrina estrangeira, procede, em razão da dúplice modalidade de prestação da verba alimentar, à identificação de duas formas de adimplemento da obrigação alimentar, por meio da qual resulta demonstrada a natureza fungível da obrigação, na medida em que distingue a obrigação alimentar própria, como aquela que é implementada pela oferta dos bens necessários à manutenção do alimentando, enquanto que na obrigação alimentar imprópria são fornecidos os meios necessários à aquisição dos bens necessários à subsistência do credor alimentário (CAHALI, Y. S. *Dos alimentos*. p. 29).

¹⁴⁶ Em regra, embora os alimentos possam ser prestados em espécie, a sua oferta é concretizada pela entrega de uma certa e determinada quantia em dinheiro por parte do alimentante ao alimentando (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. v. 6, p. 381). No caso dos alimentos prestados pelo alimentando em sua própria casa, na qual o alimentante viesse, para o recebimento da verba, a residir, haverão de estar delimitados por uma prévia aceitação por parte do credor capaz, não se podendo admitir a sua prestação coercitiva, por tal modo, salvo se submetida tal pretensão à decisão judicial (Cf. WALD, Arnaldo. *Direito de família*. p. 41).

De qualquer modo, por força do grafado pelo art. 19 da Lei do Divórcio, caso os ex-cônjuges não cheguem a um consenso a respeito do modo em que o pensionamento haverá de ser prestado, caberá ao juiz, não só fixar o valor da verba, mas também estabelecer a modalidade em que serão prestados. A idéia de liberdade atribuída ao alimentando a respeito da escolha do modo de cumprimento da obrigação, à semelhança do possibilitado no caso das obrigações alternativas, não é, pois, de natureza absoluta, porquanto é pressuposto da eficácia da prestação que a solução do encargo seja procedida sem que esteja situada num ambiente de permanente litígio. Não se mostra tolerável, portanto, a existência de controvérsia, não só quanto ao modo da prestação, bem como quanto ao seu valor.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil*. v. 2, p. 298-299.

CONCLUSÃO

A inexistência de uma regulação sistematizada a respeito do direito a alimentos, nas relações conformadas pelos vínculos estatuídos a partir do casamento, tem dado causa a questionamentos que, na maioria das vezes, demonstram a inexistência de uma racionalidade que possa assegurar a construção de juízos de orientação decisional, em presença da dinâmica social geradora de conflitos concretos emergentes da cotidianidade. A fragmentação dos sentidos de cada uma das diretrizes emergentes do intento de pacificação dos litígios surgidos no mundo da vida é a marca característica dos modelos jurídicos que se sucedem na expectativa de dar solução jurídica aos conflitos advindos dos choques produzidos no cerne da vida familiar.

Desse modo, verificou-se que as soluções são construídas no atendimento dos reclamos específicos de cada espaço de regulação particularizada, exigindo-se do investigador que, para a compreensão do fenômeno oriundo da necessidade de disciplina do direito-dever de prestação de alimentos entre os ex-cônjuges na pós-cisão da sociedade conjugal, proceda à análise da controvérsia no âmbito de cada um desses microssistemas, delimitando o problema a partir dos seus próprios critérios de compreensão.

No caso da separação de fato, a fixação do direito à verba alimentar, pós-cisão da sociedade conjugal, mostra-se em um duplo significado, delimitado pela constatação da ausência de uma vida em comum, enquanto circunstância de caráter meramente factual, já que os ex-cônjuges poderão estar vivendo, ainda, sob o mesmo teto. Exigindo-se, por isso, tão-somente, no plano subjetivo de percepção da realidade vivenciada, a identificação de

uma intenção incontroversa de um dos cônjuges, no mínimo, em pretender viver separado do outro, associando-se a isso a indispensável comprovação da necessidade do pretendido pensionamento, ante, também, a presença incontroversa da possibilidade de prestar o que se pede.

A partir de tais contornos, a idéia de prestação de verba alimentícia a um dos cônjuges, por parte do outro, enfrenta o primeiro obstáculo. Isto é, a possibilidade de que tal dever continue adstrito à teleologia do Código Civil, sistema de regulamentação natural de tal conflito, dado que a Carta Constitucional excluiu o dever ideologizado de ser obrigação exclusiva do marido a de sustentar a mulher, no caso de abandono injustificado. Por força do novo regramento constitucional, pois, os cônjuges passaram a gozar da prerrogativa de igualdade no âmbito das relações de órbita conjugal, circunstância essa que se mostra, na maioria esmagadora dos casos, ainda muito distante de uma realidade concreta, por ser ainda o homem o detentor de maior poder econômico no seio da sociedade conjugal.

Na esfera da separação judicial, por força de tal regulação de especificidade distinta do sistema codificado, profundamente influenciado pelo novo estatuto constitucional, o atendimento às necessidades de um dos cônjuges, a contar da cisão da vida em comum, não mais parte do pressuposto de um direito fundado na dependência informada pela fragilidade econômica da mulher, como fato socialmente inquestionável. Mas sim, por força da igualdade determinada pelo mandamento constitucional, na idéia de identificar e justificar um direito fundado no dever de assistência que transcende à mera necessidade de dependência econômica, enquanto responsabilidade originária de ambos os ex-cônjuges.

Ademais, a separação judicial, enquanto fenômeno juridicamente relevante face ao conjunto de obrigações decorrentes das relações conjugais, passa a assumir, independentemente de sua natureza litigiosa ou consensual, a sede adequada, por si

própria, da possibilidade jurídica de postulação da verba alimentar, mostrando-se, também, como território acessível ao resgate dos efeitos do dever de mútua assistência, mesmo que a convivência conjugal tenha falido.

Por decorrência dessa nova percepção da realidade emergente da pós-cisão da sociedade conjugal, passa a admitir-se, também, a oferta de pensionamento alimentar com eficácia temporal previamente delimitada entre os ex-cônjuges. Isto por ser-lhes facultado agir, pela via consensual, no exercício da auto-regulação de seus interesses privados, o qual, firmado o consenso, resulta subordinado tão-somente à recepção pelo ato de integração normativa de conteúdo público representado pela decisão judicial homologatória, como nexos de asseguramento de sua validade jurídica.

Portanto, na separação judicial, independentemente de sua natureza, litigiosa ou consensual, o direito a alimentos permanece inserido entre o conjunto de direitos emergentes de tal fato juridicamente relevante, não resultando extinta a sua potencialidade de exercício.

As possibilidades de renúncia e de dispensabilidade, pós-cisão da sociedade conjugal, decorreram da aceitação de uma concepção vinculada a um sentido de obrigação alimentar como negócio jurídico obrigacional.

Contudo, não se obteve até o momento a pacificação jurisprudencial de tal controvérsia, na medida em que, para uma corrente jurisprudencial, a verba alimentar está vinculada à manutenção da própria vida do alimentando. Acrescente-se a tal visão a inexistência de regra legal que permita, de forma expressa, a renunciabilidade, ao contrário do que ocorre com a possibilidade de dispensa temporária, na forma do explicitado pelo art. 23 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Nesta, o direito ao recebimento de pensão alimentícia, entre cônjuges, após a ruptura da sociedade conjugal, irrenunciável, só resulta

extinto pelo casamento do cônjuge credor, na forma do disciplinado pelo art. 29 da Lei do Divórcio.

De qualquer modo, significativa também é a corrente jurisprudencial adversária da idéia de impossibilidade jurídica de renúncia à verba alimentar entre cônjuges, pós-cisão da sociedade conjugal, a qual arrima-se no fato de que, dissolvida a sociedade conjugal, a obrigação de prestar alimentos se mantém só em presença de laços de parentesco. Pois há o desaparecimento do dever de mútua assistência, embora tal corrente apresente o temperamento de sua posição favorável à renúncia ao pensionamento alimentar, desde que o cônjuge renunciante possua bens ou rendas suficientes à garantia de sua subsistência pessoal.

Como singular e expressivo exemplo das variadas orientações de natureza legislativa que disciplinam a matéria alimentar entre ex-cônjuges, o dever de assistência regrado pela Lei do Divórcio é estatuído de maneira fragmentária, onde a falta de sistematização e a insuficiente explicitação de suas diretrizes mostram-se como sua característica de diferenciação marcante.

O fator significativo, contudo, da diferenciação apontada, reside no colorido dado a tal prestação alimentícia não mais com os matizes de um dever de assistência a exemplo do modelo codificado, mas como um dever de socorro ao ex-cônjuge tido como não responsável pelo fim do matrimônio. Entretanto, na conversão da separação judicial em divórcio, resta não defesa a possibilidade dos ex-cônjuges se autodeterminarem em um espaço de maior liberdade, desde que não resulte em alteração dos tópicos que, por terem sido delimitados por decisão judicial, não mais permitam mutação.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Como exemplo de tópicos que não mais permitam mutação pela via de avença delimitada entre os ex-cônjuges, temos o reconhecimento judicial do cônjuge culpado, reconhecimento esse que, tendo sido procedido pela autoridade judicial, em sentença, não mais pode ter sua identificação modificada pelo simples ajuste consensual dos ex-cônjuges.

Desse modo, portanto, em sede da lei divorcista, dois efeitos fundamentais mostram-se presentes no atinente aos conflitos emergentes do direito-dever de prestação de verba alimentar ao ex-cônjuge. O da manutenção da vinculação jurídica recíproca entre ex-marido e ex-mulher, não mais por decorrência do vínculo matrimonial; e o acolhimento de um princípio de reciprocidade delimitado exclusivamente pela lei. Esta os transforma em sujeitos de direito submetidos, por um lado, ao dever de prestar alimentos, ou arrimados, por outro lado, no direito de recebimento de prestação alimentar.

De qualquer modo, tal vínculo legal determinante dos deveres recíprocos de prestar e de receber alimentos, entre ex-cônjuges, no contexto delimitado pela Lei do Divórcio, afora sua natureza de dever fundamental recíproco, até então assentando no vínculo matrimonial, passa agora a pressupor a prévia dissolução da sociedade conjugal. Esta dissolução se efetiva tanto no prisma de uma cisão meramente factual, quanto no plano de uma separação judicializada, exigindo-se, para tanto, a mera inexistência entre os ex-cônjuges de uma convivência assentada em um vínculo de natureza familiar. Acolhe-se a idéia de que para a vitalidade de tal obrigação, em sua reciprocidade, mostre-se possível a busca de sua efetividade, tão-somente pela oferta de um mero conforto material adstrito às necessidades de sobrevivência do ex-cônjuge carente.

Há, portanto, uma mutação de natureza ontológica do dever de assistência em um dever de socorro, o qual assume a qualidade geral de auxílio, mostrando-se muito mais como um dever de conteúdo ético, do que um dever de natureza puramente jurídica, circunstância essa que abre as portas para o ingresso do fenômeno ideológico. O que impede a universalização do dever, enquanto vocação natural da norma de regulação, na medida em que assegura a cada moral local a possibilidade de adequar o sentido de auxílio às particularidades específicas de cada caso, sob os ditames do olhar da ideologia social

dominante, acolhendo só aqueles que, em sua perspectiva peculiar, são merecedores de referido socorro.

Contudo, de louvável percebe-se que a coerência interna do sistema, enquanto elemento ideológico de fundamentação do dever de prestar alimentos ao ex-cônjuge, assume a qualidade geral de um direito-dever à prestação. Impedindo, entretanto substancialmente, o acolhimento de um sentido antiético de justificação da negativa do auxílio pretendido e postulado, estando, portanto, assentado numa racionalidade informada pelo singular dever de auxiliar a quem necessita, estatuiendo-se tal qualidade geral de auxílio em um princípio geral.

Desse modo, como fator a ser enaltecido no regramento divorcista, em matéria de prestação de verba alimentícia a ex-cônjuge, percebe-se que, da visão reducionista encastelada no sistema codificado (no qual está assentada uma visão sociológica de que a mulher é tida como portadora de uma condição inferior à do homem), evoluiu-se para uma superação de desigualdades pela adoção de uma idéia primordial de auxílio e de responsabilidade recíproca.

Quanto aos aspectos decorrentes das indagações tendentes a vislumbrar a prestação alimentar em si, o fator mais marcante mostra-se na idéia subliminar inerente ao dever de prestação da verba alimentícia, enquanto sanção. No Brasil assumiu, muito mais, a condição de revanche do que de proteção ao ex-cônjuge necessitado.

A obrigação alimentar, portanto, oriunda da separação judicial informada pela culpa planteia-se com um duplice significado. O de sanção decorrente da ruptura prematura e não natural da vida em comum, marcada por um profundo sentido de reprovabilidade social; e o de asseguramento de meio material de garantia ao atendimento das necessidades do ex-cônjuge tido por não culpado pela cisão da sociedade conjugal.

De tal concepção resulta, ainda, possível, recepcionar-se a tese de que a cisão da sociedade conjugal, por dar causa a outros danos e lesões residentes no espaço inerente aos direitos de personalidade do dito cônjuge inocente, permite reconhecer no dever de pensionamento alimentar uma transcendentalidade de mero conteúdo substitutivo de dever de socorro. Tal caracteriza-se como sanção de natureza econômica tendente até reparação dos danos de natureza moral advindos da ruptura da vida em comum.

Essa perspectiva mostra-se vitalizada na medida em que nosso ordenamento jurídico de disciplina das relações conjugais não estabelece um critério prévio de graduação da responsabilidade a ser atribuída ao agente causador do ato gerador de ofensa a um dos deveres inerentes ao casamento. Resulta admissível até, nos casos de culpa recíproca, ter-se a mulher como legitimada ao recebimento de um pensionamento temporário, conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria.¹⁴⁹ Muitas vezes, pois, o ato violador do dever matrimonial tem raízes em atos com força suficiente para desencadear o ato gerador de ofensa, sem, contudo, caracterizarem-se com atos lesivos aos deveres do casamento.

Tal construção decorre de uma interpretação extensiva do conteúdo conceitual da responsabilidade entre cônjuges, porquanto, em sendo o casamento a causa jurídica do dever de pensionar o cônjuge necessitado, projetando seus efeitos após a separação do casal, torna-se possível reconhecer-se tal responsabilidade como fato legitimador da mutação do dever conjugal de assistência em dever de socorro. Até porque, por força da Lei do Divórcio, passou a vigorar em nosso sistema o princípio da reciprocidade da prestação alimentícia entre os ex-cônjuges, ao contrário do que vinha, até então, sendo delimitado por força do sistema codificado.

Portanto, por uma exigência legal, foi implementado o sistema de imputação de responsabilidade associado à idéia de indispensabilidade de demonstração da

responsabilidade de um dos ex-cônjuges. Não foi levada em consideração a circunstância de que, na vida real, a conduta do culpado, muita vez, como já realçado acima, foi causada por um agir provocador de uma conduta de infração a algum dos deveres do casamento, do cônjuge tido por inocente. Isso gerou a superficialidade de uma mera adequação material a um preceito legal, dogmatizando-se a culpa nos estreitos limites da lei.

De tal dogmatização, dá-se causa, no que se refere ao ex-cônjuge tido como culpado, a uma imputação de uma sanção negativa, na medida que se passa, dentro dos contornos delineados pelo sistema de regulação divorcista, a negar-se ao cônjuge tido como responsável pela ruptura da vida conjugal, o recebimento de verba alimentícia, mesmo que esteja esse a passar por graves privações. Aqui ressurge, de forma subreptícia, o móvel moral de demonstração de inquestionável inocência, como pressuposto necessário ao recebimento do pensionamento.

Por tais circunstâncias, a anterior figura do cônjuge culpado resultou substituída pela figura do cônjuge responsável, o qual tanto pode ser o homem quanto a mulher, dado que, por influência dos ditames da Lei nº 4.121/62, geradores do alargamento conceitual de cônjuge provedor, à mulher também passou a ser atribuído, de forma explicitada, o dever de pensionar o homem.

No âmbito da separação judicial consensual, porém, o pensionamento alimentar assume a condição de um múltiplo caráter de natureza supletiva, adstrito ao ajuste conformado pelas partes. Aqui vincula-se a prestação alimentar entre os ex-cônjuges a dois princípios básicos. O primeiro reconhece à verba alimentar ajustada um sentido que a institucionaliza sob uma natureza de regramento de ordem pública, embora ajustada entre particulares. O segundo de que tal verba deve adequar-se a um conteúdo de natureza

¹⁴⁹ Ver, *infra*, à p. 64.

meramente assistencial, excluindo-se a possibilidade de percebê-la como forma de conteúdo reparador às expectativas obstadas pela cisão da vida conjugal.

Entretanto, não há como negar que, independentemente da natureza da separação judicial, o pensionamento assume uma feição de suplementatividade, incorporando a condição de subsídio, de um reforço, de um complemento, de modo a acrescer, aos meios materiais de subsistência do cônjuge necessitado, um subsídio de natureza econômica para o atendimento das necessidades do ex-cônjuge economicamente hipossuficiente. Aqui, mostra-se o pensionamento alimentar como verba de natureza previdenciária, assumindo feições semelhantes a um pecúlio.

Da análise do sistema, percebe-se, ainda, um sentido de eventual compensação econômica, na medida em que se mostra possível, em procedendo-se a um desencaixe de determinadas situações específicas (em face da matriz fixada pelo art. 19 da Lei do Divórcio, de modo que tal regra passe a ser considerada como mero vínculo objetivo de identificação de uma conduta ilícita de natureza formal), tomar em conta outras circunstâncias que, independentemente das que deram causa à cisão da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial em si, legitimem a prestação do pensionamento alimentar. Entre elas estão as condições pessoais relativas à idade avançada, à falta de qualificação profissional, ou a outras circunstâncias de cunho personalíssimo, com efeitos significativos, enquanto fatos de natureza impeditiva ou de dificuldade de obtenção dos meios de auto-sustento por parte de algum dos ex-cônjuges.

Entretanto, independentemente das circunstâncias pessoais apontadas acima, a regulação legislada, por influência do ordenamento divorcista francês, estatuiu o dever de pensionamento ao ex-cônjuge doente ou abandonado, de forma injusta, de modo a inserir no sistema, além da prestação de socorro material caracterizado pela pensão alimentícia em si, uma idéia de teleologia vocacionada ao enfraquecimento de qualquer estímulo à

obtenção da cisão da sociedade conjugal. Isso enquanto intenção não declarada de obstaculizar a ruptura do vínculo matrimonial, nos casos em que a ruptura da vida em comum decorre não de um agir lesivo aos deveres do casamento, mas por circunstâncias diversas das reprovadas pelo regramento legal.

Para tanto, desconsiderou, nesses casos, a noção de responsabilidade grafado pelo art. 19 da Lei do Divórcio, adotando um sistema móvel de justificação da pensão, vinculando o dever de pensionar ao mero ato de iniciativa da cisão, sem que se prestasse, como nas demais hipóteses, a buscar, como nexos preliminar à pretensão, a demonstração prévia da necessidade do recebimento da verba.

Tal quebra de sistema, portanto, mostra-se muito mais como uma opção ideológica do legislador, do que explicitação de circunstâncias de peculiaridades alheias às das demais situações previstas pela lei. Optou-se aqui por paradigmas associados a uma ética cristã, desconsiderando-se a estrutura jurídica já construída pela sedimentação dos institutos construídos ao longo da história do pensamento jurídico nacional, em sede de pensionamento alimentar pós-cisão da sociedade conjugal, adotando-se, como paradigma referencial básico o da dignidade da pessoa humana. Esse parâmetro, aliás, foi adotado pelo Brasil como um dos princípios fundamentais da nossa República, com a promulgação da Carta Constitucional de 1988. Por tal circunstância, veio reforçar os preceitos da Lei do Divórcio pertinentes à disciplina da ruptura da sociedade conjugal sem o questionamento de culpa ou de responsabilidade de qualquer um dos cônjuges.

Obstáculo sempre presente na fixação da verba alimentar ao ex-cônjuge necessitado, muitas vezes como dissimulação do mal estar e dos ressentimentos gerados pela ruptura da vida conjugal. A fixação do valor a ser prestado vincula-se à mediação entre a possibilidade econômico-financeira do ex-cônjuge que deve prestar e a situação de miserabilidade do ex-cônjuge que pretende receber o auxílio alimentício.

Portanto, a verificação e a identificação individualizada da condição financeira de cada um dos ex-consortes é a pedra angular do sistema de fixação do valor a ser prestado, a qual pode ser permanentemente avaliada, dado que, no caso de fixação pela via da decisão judicializada, pode ser tal pensionamento a qualquer tempo modificado.

Importa destacar que o regramento que disciplina a matéria alimentar gerou distinção relevante entre as idéias de prestar alimentos por obrigação e de prestar alimentos por dever.

No primeiro caso, a verba alimentar decorre do vínculo oriundo do casamento, surgindo, portanto, como uma das conseqüências do matrimônio. Na segunda vertente, porém, o dever de prestar alimentos emerge do próprio fenômeno da cisão da vida conjugal, podendo mostrar-se como mero exercício das prerrogativas inerentes ao princípio da autorregulação dos interesses privados, possível na órbita da cisão consensualizada da sociedade conjugal, ou como decorrência do reconhecimento judicial da responsabilidade de um, ou de ambos os cônjuges, pela ruptura da vida conjugal.

Há de notar-se, também, que foram instituídos dois planos distintos de pensionamento alimentar.

No âmbito das relações estatuídas pela Lei do Divórcio, o dever de prestar alimentos biparte-se ante o regramento de disciplina de pensionamento dos filhos do casal e o regramento de pensionamento entre os cônjuges.

Desse modo, o pensionamento aos filhos origina-se das forças patrimoniais familiares dissolvidas, tomando-se em conta as possibilidades de cada um dos pais, já que não mais existe unidade patrimonial, inserindo-se aqui, junto ao dever de prestar alimentos aos filhos, as feições da contingencialidade vivenciada pelos genitores individualmente.

No tocante aos cônjuges entre si, contudo, as diretrizes são estabelecidas pela associação de causas, onde a responsabilidade pela cisão ou a iniciativa de romper o elo

conjugal, mesmo sem demonstração de responsabilidade alguma, instituem-se como nexos originários do dever. Associe-se a tais circunstâncias a ausência de patrimônio suficiente ao atendimento das próprias necessidades de subsistência do cônjuge necessitado, de modo que sua existência individual seja possibilitada, sem que, para tanto, deva o pensionamento prestado vir a atender a outras necessidades que não as de mera sobrevivência do cônjuge pensionado. Assim, impedir tão-somente que o alimentando seja lançado a uma condição de miséria.

Portanto, o pensionamento a ser prestado ao cônjuge necessitado deverá ter seu valor fixado para o atendimento exclusivo das necessidades de subsistência do alimentando. Não podendo ser revisto em seu valor originário de fixação, mesmo ante o acréscimo de necessidades do beneficiário do pensionamento, submetendo-se a prestação tão-somente à atualização de seu valor, face à ocorrência de fenômeno inflacionário. Contrariamente ocorre o caso de pensionamento de filho, no qual o valor pode ser, em sua fixação originária, permanentemente revisto.

Quanto à possibilidade de que o pensionamento devido ao cônjuge, pós-cisão da sociedade conjugal, seja prestado em espécie, inexistente obstáculo para tanto, desde que, na via consensual, o alimentando tenha plena capacidade civil para acolher tal forma de pagamento. Inexistindo consensualidade para a delimitação de tal forma de prestação, o juiz fixará o valor da verba devida, como também estabelecerá o modo como a obrigação será cumprida.

Fixados os pontos de estruturação do dever de prestação de alimentos entre cônjuges na pós-cisão da sociedade conjugal, percebe-se a necessidade imediata de buscar-se a construção de um estatuto único a reger os litígios envolvendo prestação de verba alimentar. Assim, ficariam instituídas diretrizes mais adequadas à realidade social contemporânea, já que se mostra indispensável a promulgação de uma regulação que

enfrente a questão do pensionamento alimentar de forma sistemática e ordenada. Tal conjunto normativo poderia vir a integrar o sistema codificado, a exemplo das novas regulações que estão a disciplinar os conflitos surgidos no âmbito do Direito de Família, pela via de promulgação de uma lei específica para o deslinde de tais controvérsias.

Portanto, não se mostra mais possível aceitar a fragmentação das diretrizes legais destinadas a reger a questão da verba alimentar entre cônjuges, após a cisão da sociedade conjugal, pois a ausência de tal sistema gera intranquilidade social. Assim, permite também a inserção de componentes ideológicos, com desconsideração manifesta aos princípios de natureza jurídica que orientam a matéria, o que se mostra de todo indesejável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, José. *O divórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- ALIENDE, Aniceto Lopes. *Questões sobre alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- ALMEIDA FILHO, Amaro Alves de. *Ação de alimentos*. RT Informa, 256/13.
- . Amaro Alves de. *Renúncia aos alimentos na separação consensual – sua validade*. RT 538/11.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Revista do Advogado, 1997.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer? In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 472, 1975, p. 15-21.
- BARBOSA, Régis de Castilho. *Questões alimentares – competência e renúncia à pensão pela mulher*. Revista do Advogado, 25/29.
- BARBOSA, Virgílio. *Alimentos no desquite amigável*. RF 202/382 a 384.
- BARBOZA, Heloísa Helena. O Direito de família brasileiro no final do século XX. In: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARRA, Washington Epaminondas. *Da renunciabilidade dos alimentos pela mulher*. Informativo da Associação Internacional do direito de Família. fev., 1982, 1/1.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil do Estados Unidos do Brasil*. Comentado por Clóvis Bevilaqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1975.
- . *Direito da família*, 7ª ed., Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Alimentos*. 4. ed., São Paulo: LEUD, 1979.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. (Trad.) Maria Helena Kühner, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

- BRAGA, Fernando. Da codificação à lei civil brasileira. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1995, n. 126, abr./jun., p. 181-193.
- BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Divórcio e separação: doutrina e legislação*. 4. ed., revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Alimentos e coisa julgada*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.
- COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Tratado do casamento e do divórcio: constituição, invalidade, dissolução*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- CRUZ, João Claudino Oliveira e. *A nova ação de alimentos*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- . *Dos alimentos no direito de família*. Rio e Janeiro: Forense, 1956.
- . *Renúncia da pensão alimentícia no desquite amigável*. RF 228/391-392.
- DELGADO, Luiz. *Quadro histórico do direito brasileiro*. Recife: Editora Universitária - Universidade Federal de Pernambuco, 1974.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. Com assistência de José Baptista da Luz. 11. ed., 11ª impressão. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1983.
- FERREIRA, Luiz Pinto. *Investigação de paternidade, concubinato e alimentos*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- FRIGINI, Ronaldo. *Alguns aspectos da prestação alimentar*. R T 684/47.
- FULGÊNCIO, Tito. *Do desquite*. São Paulo: Saraiva, 1923.
- GIORGIANNI. O direito privado e suas atuais fronteiras. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1998, v. 747, p. 35-55.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- . Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. In: *AJURIS*. Porto Alegre: Gráfica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 1977, v. 9, mar., p. 5-33.
- HOBSBAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991.
- . *Famílias monoparentais: a situação de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- . *Síntese de direito civil: Direito de família*. Curitiba: JM Editora, 1997.
- . Os alimentos e o novo texto constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Do casamento ao divórcio*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1978.
- LIMA, Domingos Sávio. Critérios para a fixação do *quantum* alimentício entre cônjuges. In: *Revista de Direito Civil*. São Paulo: RT, v. 29, p. 17.
- MAIA, Múcio de Campos. *Natureza contratual da pensão alimentar estipulada no desquite amigável e suas conseqüências jurídicas*. RT 269/7 ou RF 177/61.
- MALHEIROS, Fernando “et alii”. O direito de família e a mulher. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ago./1999, v. 766, 3 - Jurisprudência sistemática, p. 143-160.
- MATOS, Edísio Gomes de. *Teoria e prática do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 19. ed., 6 volumes. v. 2, Direito de família, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1980,
- . *Curso de direito civil*. 10. ed., revista e atualizada, 6 volumes. v. 4, Direito das obrigações, 1ª parte: Das modalidades das obrigações, dos efeitos das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1975,
- MORENO, Jose Luis Serrano. *El efecto familia: veinticuatro tesis sobre derecho constitucional de la familia*. Granada: Ediciones TAT, 1987.
- MURILLO, Soledad. *El mito de la vida privada: de la entrega al tiempo propio*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1996.
- NEVES, Iêdo Batista. *Conflitos na jurisprudência*. 2. ed., Rio de Janeiro: APM, 1985.
- . *O processo civil na prática do advogado e dos tribunais*. Rio de Janeiro: Fase, 1990.
- OLIVEIRA, Cândido de. *Do direito de família*. Rio de Janeiro: Jacinto R. Santos, 1918.

- OLIVEIRA, Euclides de. *Alimentos – renúncia pela mulher em anterior separação consensual – pedido superveniente – carência*. Notícias Forenses, já. 1982, p. 12.
- PELUZO, Antônio Cezar. O menor na separação. Direito de família: aspectos constitucionais, In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 20-41.
- PEREIRA, Áurea Pimentel. *Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 322-340.
- *A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 161-173.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Algumas questões de direito de família na nova constituição*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, nº 639, 1988, 250 a 262.
- *Algumas reflexões sobre a igualdade entre cônjuges*. In: Ajuris, Porto Alegre: Diretoria da Revista de Jurisprudência e Outros Impressos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nº 58, 1989, p. 42 a 68.
- PIMENTEL, Sílvia, DI GIORGI, Beatriz, PIOVESAN, Flávia. *A figura/personagem mulher em processo de família*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.
- PORTO, Mário Moacyr. Ação de responsabilidade civil entre marido e mulher. In: *AJURIS*. 28/173.
- RAIZER, Ludwig. O futuro do direito privado. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, 1979, v. 9, n. 25, p. 11-30.
- RAMOS, José Saulo. *Divórcio à brasileira*. Rio de Janeiro: Brasília, 1978.

- REIS, Carlos David Santos Aarão. *Família e igualdade: a chefia da sociedade conjugal em face da nova constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 8. ed., revista e atualizada. 7 volumes. v. II. Parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 1978.
- . *Direito civil*. 8. ed., revista e atualizada. 7 volumes. v. VI. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 1978.
- . *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito de família, direitos reais e posse*. (Trad.) Ary dos Santos. 3. ed., II v., São Paulo: Saraiva, 1972.
- SANSEVERINO, Milton. *Obrigação alimentar e divórcio*. RT 530/39.
- SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Dever de assistência imaterial entre cônjuges*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- . *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SGARBI, Carlos Alberto. *Renunciabilidade do direito de alimentos pela mulher na separação consensual*. Justitia 42 (108)/138-143.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: *AJURIS*. Porto Alegre: Gráfica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v. 40, jun./1987, p. 128-149.
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 5. ed., 5 v., Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed., ver. e ampliada de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- STEELE, Luiz. *Alimentos no desquite amigável – o problema de sua irrenunciabilidade no direito brasileiro*. RT 439/43 ou RF 237/39.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARETTO, Vicente. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 47-69.
- THUROW, Lester C. *O futuro do capitalismo: como as forças econômicas de hoje moldam o mundo de amanhã*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Da ação de divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e plurais: identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.
- VALLE, José Maria Gonzalez del. *Derecho canonico matrimonial: según el código de 1983*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1983.

- VARELA, J. M. Antunes. *Dissolução da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- VERUCCI, Florisa. Mulher e família na nova constituição brasileira. In: VERUCCI, Florisa; TABAK, Fanny. (Orgs.) *A difícil igualdade: os direitos da mulher como direitos humanos*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 55-75.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Teoria e prática do direito de família: doutrina, jurisprudência, prática e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. 10. ed., revista e ampliada. 5 volumes. V. IV, Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.