

Alimentos (*)

João Batista Arruda Giordano

Juiz de Direito Aposentado e Advogado no Rio Grande do Sul

PREÂMBULO

Sabemos grave a responsabilidade de falar sobre as perspectivas atuais do encargo alimentar para colegas da Associação dos Advogados de São Paulo. Mas há razões fundadas para crer, ao menos, na possibilidade de uma troca de experiências mutuamente proveitosa. Se ela ocorrer, já estará justificada nossa presença entre os senhores.

Porque dispomos de tempo limitado, a opção foi por uma abordagem a partir de registro escrito, a fim de otimizar a ocupação do horário, focando aquelas posições concernentes a alimentos, que foram recentemente adotadas, ou se encontram em regime de discussão nos pretórios do Rio Grande do Sul.

Para melhor entendimento, fica desde logo anotado que a explanação irá abranger, primeiramente, uma incursão em dois pontos polêmicos da doutrina: a culpa em alimentos, tanto no casamento civil quanto na união estável, e a natureza jurídica do encargo alimentar entre cônjuges. Depois, encerrando a exposição, faremos um breve inventário do que entendemos como avanços em matéria alimentar, na jurisprudência gaúcha.

No intuito de lançar todos os fundamentos necessários à investigação, começemos pelas fontes da obrigação alimentar

As normas positivas do Direito Estatal de Família, no Brasil, tais como previstas no Código, iniciam com a regulamentação do matrimônio civil, seu rito solene, os impedimentos e as provas do casamento. É o que se poderia denominar Direito Matrimonial.

Logo depois, contudo, o Livro de Direito de Família adentra a questão da dissolução da sociedade conjugal, regulando o desfazimento do casamento e as conseqüências jurídicas, no que se refere ao interesse dos cônjuges e dos filhos e ao destino dos bens.

E, na verdade, as regras mais pungentes do Direito de Família são aquelas referentes ao descasamento. Talvez por isso se costume ouvir, nos corredores dos tribunais espanhóis, a afirmação de que "o Direito de Família começa quando acaba a família".

As disposições legais atinentes a alimentos, também, como normas de Direito de Família têm sua incidência mais dramática no momento em que se desfaz a unidade familiar. Em face dessa constatação, por exemplo, não

poucos julgados sustentam que nem sequer cabe pleitear alimentos, na constância da vida familiar.

As fontes do encargo alimentar são a lei, a convenção e o dever de indenizar, em razão de ato ilícito. A primeira dessas fontes, isto é, a lei, regula os alimentos entre cônjuges e entre parentes.

Na parte doutrinária desta abordagem, veremos apenas os alimentos entre cônjuges em procedimentos onde se discute culpa, porque a indagação desse elemento subjetivo, em feitos de família, tem comprometido o ideal de igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

ALIMENTOS ENTRE CÔNJUGES

Encontram suas matrizes legais no dever de mútua assistência, previsto no art. 231 , inc. III, do Código Civil, e no encargo imposto ao responsável pela separação, como estatuído no art. 19 da Lei do Divórcio, que reza:

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

Vê-se daí que, quando a verba alimentícia não for consensualmente ajustada, a lei brasileira obriga que o magistrado examine a quem coube a culpa pela separação e imponha o encargo alimentar ao cônjuge considerado responsável.

Eis um elemento instigante: a culpa. Mas será que o sentido de culpa é um conceito facilmente apreensível? Vejamos:

CRISE DA NOÇÃO DE CULPA

As legislações mais modernas do mundo vêm desconsiderando o exame da culpa como fator de definição da responsabilidade na separação. No que se refere a alimentos, em particular, firma-se a idéia de que o encargo tem a ver apenas com o velho e conhecido binômio necessidade x possibilidade ou, consoante também é conhecido, necessidade x capacidade.

E é preciso reconhecer, aliás, que, mesmo no Brasil, com a possibilidade legal de separação e divórcio com base no só fato do decurso de tempo, não se cogita do elemento culpa em boa parte dos processos judiciais de família.

O conceito de culpa deveras está em crise. Arnaldo Rizzardo, magistrado e doutrinador gaúcho, sustenta esse ponto de vista:

"Verifica-se uma tendência, no direito contemporâneo, em se abstrair a obrigação alimentar do elemento culpa na separação. Ou não se leva em conta a culpa para efeitos de pensão alimentar" (Direito de Família, Editora Aide, Rio, 1944, II volume, página726).

Antônio Cezar Peluso, esse infatigável semeador de idéias novas em Direito de Família e membro insigne da Corte de Justiça Paulista, tem

opinião coincidente com aquela de seu colega do Sul, anteriormente exposta. Peluso percebeu a dificuldade de identificar, no curso do processo judicial, o cônjuge a quem possa ser atribuída a culpa da separação. Por isso, foi garimpar nos ensinamentos de Freud a explicação dessa dificuldade. Ele diz:

"Ora, segundo as formulações freudianas, como as tópicas, a primeira e a segunda, não é tão simples encontrar a culpa como fundamento do nexo de imputabilidade ética ou jurídica: os psicanalistas levam anos para descobrir as motivações inconscientes da mais pedestre ação humana. Os juízes, porém, têm o dever e a pretensão de as desvendar na estreiteza e superficialidade do processo! As crises matrimoniais, e a Psicanálise também o comprova, raro são devidas a uma culpa episódica, pontual; quase sempre constituem manifestações tardias de uma ruptura latente, da qual as pessoas não têm consciência. Os inconscientes dos cônjuges rompem a comunhão de vidas muitos anos antes das crises exteriores... Produz-se antes a ruptura, cuja verdadeira responsabilidade, quando exista, é dificilmente apurável pelo juiz" (Edição Especial de Seleções Jurídicas, COAD/ADV Advocacia Dinâmica, Out/Nov-96, página 43.)

Bem por isso, o Livro de Família do anteprojeto do Código Civil, que se acha no Congresso Nacional, idealizado pelo saudoso professor Clóvis do Couto e Silva, também despreza a indagação de culpa. O anteprojeto, na verdade, prevê que possa vir a fazer jus a alimentos inclusive o cônjuge considerado responsável pela separação.

Atualmente, já estamos falando em uma certa tendência de harmonização supranacional do Direito de Família. Com os olhos postos nessa inclinação, convém uma rápida avaliação do que está ocorrendo, por exemplo, na República Argentina, país que ocupa um patamar mais ou menos parecido com o nosso, no que pertine ao desenvolvimento dos institutos jurídicos.

Naquela nação também o conceito de culpa está em crise. A afirmação é dos professores Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni, que lecionam em conhecida obra, aqui livremente traduzida:

"Desde o advento do divórcio-remédio, o conceito de culpa entrou em crise. Independentemente disso, também se contesta esse conceito, em razão da relatividade do acerto da decisão judicial baseada na indagação de culpa, já que o juiz, para julgar, fundamenta-se nos meios de prova que as partes conseguem produzir, por exemplo, testemunhos sobre atitudes de um dos cônjuges em público. Mas o julgador não chega a inteirar-se daquilo que sucedeu na intimidade do lar, talvez durante largo tempo, nem terá oportunidade de ouvir depoimentos ou obter outras provas sobre o acontecido no ambiente mais reservado do casal.

É preciso compreender que o processo de divórcio tradicional exige que se ponham em ação formas de comunicação que constituem uma prolongação do conflito, que fazem mais presente o litígio e até o agravam. Isso

acontece porque, da perspectiva do divórcio baseado na culpa de um dos cônjuges, o processo exige que sejam controvertidas as causas do conflito, que sejam comprovadas as ofensas, demonstrada a incontinência de conduta.

Observa-se, então, que o esquema do processo contencioso, baseado em conflito de pretensões, pode chegar a ser contraproducente" (Manual de Derecho de Família, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, páginas 333-334).

Não há exagero, pois, em concluir que, hoje em dia, nas mais das vezes, o julgador não precisará agir como um Deus da Guerra, esmiuçando a intimidade do casal e agudizando suas crises, para, no cotejo da prova, decidir quem pagará alimentos para quem.

* * *

A CULPA E OS ALIMENTOS ENTRE COMPANHEIROS

A Lei n° 8.971, de 29 de dezembro de 1994, veio regular o direito dos companheiros a alimentos e sucessão. Em seu art. 1°, essa lei defere o direito a alimentos à companheira de homem solteiro, judicialmente separado, divorciado ou viúvo, que tenha convivido por cinco anos com ele, desde que não haja constituído nova união e demonstre necessidade.

Nada dispõe essa lei sobre a necessidade de investigar a culpa para instituir o encargo alimentar.

Ocorre que a lei referida foi considerada equívoca e insuficiente. Para corrigi-la, veio então a Lei n° 9.278, de 10 de maio de 1996, cuja ementa diz que ela visa regular o parágrafo 3° do art. 226 da Constituição Federal. Esta lei, em seu art. 7°, prevê que o convivente terá de prestar alimentos ao outro que deles necessitar. Pura e simplesmente, também sem mencionar exame de culpa.

Apesar da clareza translúcida dos dispositivos legais acima enunciados que manifestamente desprezam a indagação da culpa, vozes autorizadas alteiam-se a defender interpretação em sentido contrário.

Tal é o caso, por exemplo, do professor Francisco José Cahali, que, em artigo candente, bradou pela necessidade de investigar a culpa, em ações de alimentos entre companheiros, sob o entendimento de que não fazê-lo implicaria privilegiar a união estável em detrimento do casamento civil (Repertório IOB de jurisprudência n° 3/95, pág. 51).

E o professor Cahali não está sozinho. O juiz de alçada de São Paulo, Euclides Benedito de Oliveira, produziu interessante artigo a respeito dos alimentos na união estável. Na avaliação dos requisitos para concessão dos alimentos entre companheiros, escreveu o juiz:

"... a obrigação alimentar pressupõe a inexistência de culpa por parte do requerente.

* * *

Importa considerar, em abono da tese esposada, que, no casamento, havendo separação judicial, os alimentos são devidos pelo cônjuge responsável, em favor do outro, tido como inocente e necessitado.

* * *

A regra incidente no casamento desfeito há de aplicar-se, por analogia, à situação dos companheiros, sob pena de se dar a estes mais direitos que aos casados" (Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 1, n° 2, ed. de jan/abr de 1997, págs. 34-35).

Ora, se o legislador desejasse o exame da culpa, teria instituído às expressas, nas Leis 8.971/94 e 9.278/96, a necessidade dessa indagação. Mas não o fez. Ao contrário, em ambas ele silenciou. Logo, a única conclusão que se pode extrair é a de que deve ser abstraída essa discussão nos alimentos entre parceiros.

A tese da desnecessidade de exame da culpa, para imposição do encargo alimentar entre companheiros, teve o seu primeiro defensor na figura do professor João Baptista Villela. O professor foi definitivo, ao lecionar que, depois do advento da Lei 8.971/94, descabe a investigação de culpa na ação alimentos da união estável. Agora, diz o mestre, os únicos requisitos para concessão dos alimentos são a prova da relação de parceria e do binômio necessidade x possibilidade.

Restaria ajuntar, talvez, que já é tempo de sairmos da contramão dos caminhos palmilhados pelas legislações do mundo civilizado. Temos de livrar-nos dessa visão reducionista proporcionada pela cultura judaico-cristã, que vislumbra em toda e qualquer relação interpessoal apenas aquela visão bíblica do dilema pecado x expiação, culpa x punição.

NATUREZA JURÍDICA DO ENCARGO ALIMENTAR ENTRE CÔNJUGES EM FEITOS LITIGIOSOS

Na doutrina brasileira, os alimentos sempre foram entendidos como tendo natureza assistencial. Nesse sentido, lapidar é a observação de Sílvio Rodrigues:

"A pensão alimentária, devida por um cônjuge ao outro, tem, tradicionalmente, no direito brasileiro, um sentido assistencial e não indenizatório" (O Divórcio e a Lei que o Regulamenta, Editora Saraiva, São Paulo, 1978, página 153).

Parece claro que, na constância do matrimônio, os alimentos passados de um cônjuge a outro efetivamente tenham um cunho assistencial. Diga-se o mesmo em relação aos alimentos livremente ajustados entre os esposos na separação por mútuo consentimento. Uns e outros encontram seu fundamento

no dever de mútua assistência e decorrem de uma relação familiar ou quase-familiar, conforme qualificam os autores argentinos.

Todavia, fica difícil atribuir enfoque assistencialista aos alimentos entre marido e mulher, impostos em feito contencioso, com base no artigo 19 da Lei do Divórcio, depois de investigada a responsabilidade, eis que a consequência da avaliação da culpa é em regra uma medida reparatória, não assistencial.

Considerando que o divórcio põe termo a todo e qualquer liame entre os ex-cônjuges, de outra parte, é contraditório defender que o dever de assistência permaneça íntegro.

Qual o interesse de saber se os alimentos têm caráter assistencial ou reparador? Essa discriminação importa, porque distintas as consequências jurídicas, conforme se trate de alimentos com vocação assistencialista ou ressarcitória.

Para acentuar isso, diremos, como se diz na doutrina argentina, que a verba alimentícia assistencial refere-se à questão de Direito de Família, informada por princípio de Ordem Pública, por isso mesmo em princípio indisponível, como regra não podendo ser objeto de renúncia, nem de cessão ou de qualquer outro ato de vontade que contrarie aquilo que a lei dispõe.

Já os alimentos de índole reparatória, depois do divórcio, de certo modo, como preconizam os autores argentinos, perdem a feição assistencial e adquirem um cunho puramente patrimonial, ensejando renúncia, cessão etc.

Vai nessa direção o ensinamento do professor da Universidade de Córdoba, Eduardo Ignacio Fanzolato. Comentando o artigo 207 do Código Civil Argentino, que imputa ao cônjuge responsável pelo descasamento o dever de compensar o desnível econômico imposto ao parceiro inocente, sustenta o professor, aqui em tradução livre:

"Assim, por obra do divórcio, passa-se do campo do direito matrimonial para a esfera jurídica patrimonial do ressarcimento, já que estamos frente a uma reparação de danos causados por um proceder reprovável; a prestação não tem natureza assistencial, senão que é substancialmente compensatória.

* * *

O divórcio transmuda a índole da ampla prestação alimentária entre cônjuges, a qual, depois da sentença, perde a natureza assistencial, extrapecúlio, e converte-se em uma obrigação reparatória, de substância e conteúdo patrimonial" (Alimentos y Reparaciones en la Separación y en el Divorcio, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, páginas 32-32).

Assim, ao contrário do que tem sido geralmente aceito entre nós, enquanto vigorar o artigo 19 da Lei 6.515, o dever de prestar alimentos,

imposto ao cônjuge responsável pela separação ou divórcio, configura mesmo uma obrigação de natureza indenizatória, de conteúdo puramente patrimonial, e não assistencial.

Dissemos que a investigação da culpa, na separação e no divórcio, além de configurar uma providência de êxito incerto, implica prolongar o conflito, agravando a crise do casal. A medida, porém, como vimos, é exigência expressa do artigo 19 da Lei do Divórcio. Enquanto vigorar esse dispositivo legal, repete-se, os juízes continuarão avaliando a questão da responsabilidade nos feitos litigiosos.

Já que se tem de conviver com esse sistema, que insiste na emissão de juízo de reprovação e de punibilidade, pareceria mais conveniente, então, fazê-lo com a mesma convicção dos argentinos, para admitir que o encargo alimentar imposto a partir dessa ótica tem cunho somente patrimonial, não assistencial.

Qual a vantagem da interpretação acima preconizada? Em nossa opinião, esse modo de entender a obrigação alimentar viria proporcionar mais equilíbrio nos direitos de homens e mulheres. Porque, no geral, são as mulheres que passam a receber os alimentos instituídos após a avaliação da culpa.

E são as mulheres, também, que, uma vez descasadas, tornam-se vítimas de uma dura fiscalização por parte dos ex-maridos, que ameaçam com a extinção dos alimentos, diante da primeira nova ligação afetiva da ex-esposa, cuja sexualidade é desse modo controlada.

A verdadeira "Espada de Dâmocles" que paira sobre a fronte das mulheres, nesses casos, submete-se àquilo que, suponho, Peluso qualificaria como uma "atrofia das virtualidades da pessoa".

Daí que, se o encargo estiver destituído de natureza assistencial, adotando uma feição apenas reparadora, não poderá o marido, por exemplo, ameaçar a mulher com a exoneração dos alimentos, caso ela se vincule afetivamente a outro homem, depois da separação ou divórcio.

Porque, se os alimentos têm esse cunho ressarcitório, visando reparar a desigualdade que os cônjuges experimentam após o descasamento, o dever de pagar a verba alimentar, que onera o varão, perdurará, ainda que a beneficiária da pensão venha a vincular-se a outro homem.

Neste ponto da exposição, gostaria de meditar sobre o seguinte: talvez por se tratar do único país sul-americano a falar língua diversa do castelhano, o Brasil constitui-se, de longe, na nação menos permeável à influência das legislações de outros povos.

Comportamo-nos como uma ilha, infensos às informações e aos avanços experimentados pelo direito das outras nações. Mas não deveria ser assim. Porque o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil autoriza que se

lance mão dos princípios gerais do direito sempre que a lei brasileira não solucionar satisfatoriamente uma questão de direito.

Ora, se nossa lei civil autoriza seu uso, como fonte subsidiária, impende examinar a área de abrangência dos princípios gerais do direito. Define-a J. M. de Carvalho Santos:

"Os princípios gerais de direito, nesse sentido, abrangem a doutrina propriamente dita, o ensinamento dos juristas, a legislação dos povos cultos, a tradição" (Código Civil Brasileiro Interpretado, Editora Freitas Bastos, Rio/São Paulo, 1963, 10ª edição, volume I, página 106).

Eis então que, arrimados no parecer do mestre, faremos uma curta apreciação do que se diz sobre a natureza jurídica dos alimentos entre cônjuges, em procedimentos litigiosos, no direito comparado.

NATUREZA JURÍDICA DOS ALIMENTOS NO DIREITO COMPARADO

Podemos afirmar, com base no testemunho do professor Fanzolato, que, em matéria de alimentos, a França é o nosso melhor paradigma. Porque aquele país instituiu o divórcio, quando da Revolução de 1789, desde então passando a doutrina a desenvolver um interessante trabalho a respeito das conseqüências jurídicas da dissolução do casamento (obra citada, página 38).

Segundo o civilista argentino, na França, assim como na Bélgica, a generalidade dos doutores vê na obrigação alimentar criada no contencioso um fundamento acentuadamente reparador. Pensam desse modo, diz, Toullier, Naquet, Aubry e Rau, Baudry-Lacantinerie e Chauveau, Ripert, Josserand, Savatier, Planiol e Ripert, Dekkers, Julliot de la Morandière e Boubès (obra citada, página *idem*).

O talhe ressarcitório dos alimentos estipulados em feitos litigiosos, na França, aliás, fica evidente ao exame do artigo 270 do Código Civil daquele país, após a reforma de 1975. Reza o dispositivo legal em apreço, logo depois de afirmar que o divórcio extingue o dever conjugal de socorro mútuo, o seguinte:

"... mas um dos esposos pode ser obrigado a pagar uma prestação destinada a compensar, na medida do possível, a disparidade que a ruptura do matrimônio origine nas condições de vida respectivas."

Ainda conforme o professor Fanzolato, o novo direito matrimonial espanhol, obra da Lei nº 30, de 7 de julho de 1981, em seu artigo 97, regula as relações pecuniárias posteriores ao divórcio, estabelecendo o seguinte:

"O cônjuge a quem a separação ou divórcio produza desequilíbrio econômico em relação à situação do outro, que implique agravamento de sua condição anterior dentro do casamento, tem direito a uma pensão, que será fixada na decisão judicial."

Referindo-se ao direito argentino, Fanzolato sublinha o caráter reparador dos alimentos pós-conjugais, que se destinam a compensar um desequilíbrio patrimonial causado pela cessação antecipada dos direitos assistenciais. Na Argentina, chama-se isso de "reparação por frustração de esperança". E ele dá um exemplo:

"A perda da qualidade de cônjuge determina o malogro da probabilidade de obter uma pensão por viuvez" (obra citada, página 76).

E quanto à natureza da prestação:

"O divórcio transmuda a índole da prestação alimentícia entre cônjuges, a qual, depois da sentença, perde a natureza assistencial e converte-se em uma obrigação reparatória de conteúdo patrimonial" (obra citada, página 33).

Para sermos bem exatos, claro, teríamos de observar que, diferentemente do Brasil ou da Argentina, na França e na Espanha, cônjuge responsável pelo descasamento é o que toma a iniciativa da ruptura, não o que trai ou injuria.

O certo é que, pelos dispositivos legais acima transcritos, a sanção reparatória decorre de um enfoque objetivo, ou seja, independentemente do elemento subjetivo que tenha provocado o descasamento, a reparação já é devida ante o só fato do desnível econômico produzido pela separação ou divórcio.

Um resumo das abordagens feitas até aqui permitiria as seguintes inferências:

a investigação da culpa em Direito de Família, especialmente com vistas à imposição do encargo alimentar, é providência em desuso em boa parte dos países ocidentais;

a lei brasileira persevera na exigência do exame da responsabilidade pelo descasamento;

enquanto vigorar o artigo 19 da Lei do Divórcio, impõe-se usá-lo como instrumento de promoção de um maior equilíbrio nos direitos do homem e da mulher, interpretando-se como indenizatórios os alimentos decretados com base nesse dispositivo;

a natureza reparatória desses alimentos, que visam indenizar a perda de um direito aperfeiçoado na constância do casamento, impede venham os mesmos a ser extintos pelo capricho do ex-marido;

o cunho puramente ressarcitório desses alimentos permite que o direito correspondente seja objeto de renúncia, cessão etc., como qualquer direito patrimonial disponível.

Concluído esse estudo doutrinário, comentaremos agora tópicos específicos do direito a alimentos, avaliando sua atualidade sob a ótica da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Serão vistos os seguintes temas:

verba alimentar transitória;

execução de alimentos com sanção de cadeia e sua restrição às três últimas parcelas;

teoria da aparência e alimentos; e

alimentos e nova vinculação afetiva da beneficiária.

VERBA ALIMENTAR TRANSITÓRIA

A Constituição Federal de 1988 quis deixar bem clara a igualdade de homens e mulheres, ao dispor, no inc. I do art. 5º, o seguinte:

"Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição."

É evidente que a norma constitucional objetivou evitar tratamento desigual e possivelmente discriminatório às mulheres. Isso é bom.

Ocorre que os tribunais, a pretexto de dar aplicação ao mandamento da lei maior, o que têm feito, muitas vezes, é subtrair às mulheres direitos inequívocos. E isso é muito ruim.

Tomemos o exemplo dos alimentos. Atualmente, ao menos os juízes do Rio Grande do Sul vêm sendo parcimoniosos no ato de deferir a verba provisória para a mulher nas ações de alimentos. A magistratura tem exigido que, além da relação conjugal, a mulher demonstre que necessita e não pode prover por si mesma o próprio sustento.

Como a necessidade não é em si um conceito definitivo, mas, ao contrário, pode ser apenas passageiro, os magistrados começaram a utilizar uma alternativa de permeio: começam a impor o encargo alimentar por prazo determinado.

O primeiro a adotar essa nova política judicial, a dos alimentos por tempo certo, que os aderentes já começam a batizar de alimentos transitórios, foi o Juiz de Família da Comarca de Porto Alegre, Ítalo Pagano Cauduro Sobrinho.

E a conveniência dessa medida é o atendimento das necessidades daquele contingente de mulheres que, sem serem propriamente ineptas para o auto-sustento, estão de momento impedidas de exercer atividade laborativa.

Tal é o caso, por exemplo, da jovem que colará grau em curso superior dentro de meses. Ou o da moça, cujo estado de gravidez não lhe permite trabalhar. Depois da formatura, no primeiro caso, e algum tempo após dar à luz o filho, neste último, é razoável supor que uma e outra logo poderão prover a própria manutenção, justificando-se nesses casos a imposição de alimentos a tempo certo.

Em grau de recurso, essa matéria foi primeiramente apreciada na apelação cível nº 595.202.227, da 8ª Câmara Cível, que confirmou a possibilidade de alimentos transitórios. Há outros arestos, como o seguinte:

"Mulher grávida. Possibilidade de alimentos com prazo determinado. Provimento a agravo regimental em agravo de instrumento, a fim de

fazer retornarem os alimentos provisórios ao percentual de 30%, mas de maneira que os 10% a mais correspondam à mulher e durem por período desde logo fixado, considerado o estado de gravidez" - Agravo regimental nº 596.028.183, 8ª Câmara Cível, relator Sérgio Gischkow Pereira, mar/96.

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS COM SANÇÃO DA PENA DE PRISÃO E SEU LIMITE ÀS TRÊS ÚLTIMAS PARCELAS

Em meados dos anos 80, os juízes de família da comarca de Porto Alegre, freqüentemente, víamos frustrado o direito do alimentário e inutilizado nosso trabalho de vários meses, às vezes anos, quando decretávamos a prisão do devedor, com base no art. 733 e parágrafos do CPC, em execução de alimentos.

É que, se a execução englobava prestações vencidas há muito tempo, como é usual, o devedor acabava impetrando *habeas corpus* preventivo e obtendo salvo-conduto, pois o tribunal gaúcho decidia que alimentos referentes a tempo muito recuado não eram alimentos, mas parcelas indenizatórias, de feição patrimonial, que deveriam ser cobradas não com a medida coercitiva excepcional e sim através da execução com pena de penhora.

O tribunal estava coberto de razão. Porque, se o credor não recebeu os alimentos e não reclamou por largo tempo, conseguindo sobreviver, é porque não necessitava da verba, que, por isso mesmo, perde o caráter alimentar e assume feição patrimonial.

E, como quer que seja, perdendo a natureza alimentar, a verba pretérita não irá ensejar decreto de restrição de liberdade, de vez que, pela Constituição Federal, a prisão civil só poderá ocorrer quando verdadeiramente se trate de devedor de alimentos ou depositário infiel.

Mas eram muito freqüentes as execuções abarcando alimentos pretéritos. Então, para evitar dano ao direito da parte, que via esboroar-se o meio de coerção mais eficiente de que dispunha para receber seus alimentos, e também para obviar desperdício de tempo e de trabalho de magistrados e servidores, os titulares das varas de família de Porto Alegre entenderam de começar a cindir as execuções em que se reclamassem alimentos passados.

A medida acima referida tomaram-na os juízes com base no art. 620 do CPC, que estabelece que, quando por mais de uma forma for possível a execução, deverá o magistrado cuidar para que se realize pelo modo menos gravoso para o devedor.

Foi assim que as três últimas prestações passaram a ser cobradas via execução com cominação da pena de prisão, e as prestações anteriores, por haverem perdido o caráter de alimentos atuais, através de execução com pena de penhora, nos moldes do art. 732 combinado com o 646 do CPC.

De sorte que essa solução não foi idealizada para beneficiar o devedor de alimentos, como chegaram a pensar alguns. A finalidade era, isto sim, evitar que o devedor de alimentos pudesse obter um *habeas* sob a alegação de tratar-se de pensão pretérita, livrando-se concomitantemente de satisfazer o encargo alimentar.

Essa tese, hoje, é pacífica no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Já foi placitada também no Superior Tribunal de Justiça. Para economizar tempo, referiremos apenas um dos primeiros acórdãos a sufragar o entendimento:

"Execução de alimentos atrasados. É sempre possível a execução comum, sem a ameaça de prisão, quando o débito, pelo longo atraso, assumiu feição indenizatória. Orientação prática, no sentido de manter-se a sanção no tocante às três últimas parcelas devidas." - Agravo de instrumento nº 587.005.406, 3ª Câmara Cível, relator Galeno de Lacerda, mar/87.

TEORIA DA APARÊNCIA E ALIMENTOS

Devemos estar lembrados de que a Teoria da Aparência, sempre mais usada em Direito Comercial e das Obrigações, funda-se no princípio segundo o qual o sujeito pode ser responsabilizado por uma atuação reiterada e ostensiva, capaz de infundir em terceiros um certo convencimento.

Exemplo disso é o caso do empregado subalterno, que os responsáveis por uma empresa permitem se exiba nas dependências da mesma como chefe do departamento de compras. Uma atuação repetida nesse sentido impedirá que, depois, os responsáveis pela empresa possam alegar que o empregado não tinha a função mencionada.

Pois esses princípios, com roupagem adequada, deslocaram-se para o campo do direito alimentar. Isso ocorreu por causa da dificuldade que os juízes enfrentam para obter prova dos rendimentos mensais do alimentante, notadamente quando se cuida de profissional liberal, trabalhador autônomo ou diretor de empresa.

Assim, quando não se consegue quantificar com exatidão a renda do devedor de alimentos, que alega penúria material, mas tem-se prova de que ele ostenta marcantes sinais exteriores de riqueza, pode-se dizer que o padrão de vida dele é incompatível com a alegação de dificuldade econômica.

Exemplo disso é aquele cidadão que alega não ter recursos financeiros para pagar os alimentos, mas viaja constantemente para o Exterior, freqüenta os melhores restaurantes e reside em mansão localizada em bairro privilegiado, dotada de piscina semi-olímpica, quadras de tênis e de *paddle*, canil e *handler* para os animais, além de ser visitado mensalmente pelo importador de bebidas estrangeiras, cujos serviços utiliza.

Nessas circunstâncias, o juiz irá desconsiderar eventual alegação de penúria material, por parte desse cidadão. E fixará a pensão, não

segundo a renda declarada, mas em proporção ao convencimento decorrente dos sinais exteriores de riqueza. A jurisprudência está bem sedimentada:

"Sinais exteriores. Ante as notórias dificuldades em se estabelecer a capacidade econômica de quem exerce atividade autônoma, é viável seja ela mensurada pelos sinais exteriores." - Apelação cível nº 590.009.353, 3ª Câmara Cível, relator Jorge Alcebíades Perrone de Oliveira, Out/90.

"Na fixação dos alimentos aos filhos são levados em conta os rendimentos comprovados do alimentante e também os presumidos por fatos externos de fortuna." - Apelação cível nº 595.072.356, 7ª Câmara Cível, relator Ulderico Cecatto, Nov/95.

"Sinais exteriores de riqueza, quando comprovados, servem para autorizar o pensionamento" - Apelação cível nº 595.095.795, 8ª Câmara Cível, relator Antônio Carlos Stangler Pereira, Set/95.

ALIMENTOS E NOVA VINCULAÇÃO AFETIVA DA BENEFICIÁRIA

Anteriormente, a doutrina e a jurisprudência preconizavam a exoneração do ex-marido, quanto à pensão alimentícia para a ex-mulher, quando ela passava a relacionar-se sexualmente com outro homem.

Dizia-se que não era nem ético e nem justo que o ex-esposo tivesse de continuar pagando alimentos a uma mulher que estava vivendo uma nova relação amorosa.

Ultimamente, todavia, as idéias vão recebendo a oxigenação dos novos tempos. E os julgadores já não retiram da mulher o direito de receber alimentos só porque ela se ligou a um namorado. Em alguns casos, aliás, o direito a perceber os alimentos pode continuar, ainda que a ex-esposa conceba filho em relação pós-conjugal ou até mesmo passe a viver em união estável com outro. Os seguintes casos, apreciados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ilustram bem essas afirmações:

"A mulher não se obriga à abstinência sexual, para manter a pensão, desde que mantenha vida pública regrada; e a geração de filho, fruto de nova relação, não caracteriza, de si só, o concubinato." - Apelação cível nº 59.008.8811, 8ª Câmara Cível, relator Clarindo Favretto, Abr/91.

"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 suficiente à exoneração, se desacompanhado de auxílio econômico" - Embargos infringentes nº 592017669, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, relator Alceu Binato de Moraes, Mar/93.

"O ex-cônjuge que recebe alimentos não está obrigado à abstinência sexual, para que possa continuar a auferi-los. Tendências modernas, pelo menos merecedoras de reflexão séria, no sentido do afastamento da idéia de

culpa no equacionamento do problema alimentar" - Apelação cível n° 595.074.543, 8ª Câmara Cível, relator Sérgio Gischkow Pereira, Jun/95.

Por fim, encerrando, consignamos nossos encômios ao Departamento Cultural da A.A.S.P., na pessoa de sua diretora, Drª Lia Justiniano dos Santos, pela inspiração na escolha do temário, de tão palpitante atualidade. E, agradecendo a indulgência dos senhores, colocamo-nos à disposição para eventuais questionamentos.

* Curso dado na Associação dos Advogados de São Paulo (A.A.S.P.)

(in “Nova Realidade do Direito de Família”, Coordenação Científica Sérgio Couto, Rio de Janeiro: COAD, Tomo 2, SC Editora Jurídica, 1999, p. 44/51)