

DA RENUNCIABILIDADE A ALIMENTOS, POR PARTE DA MULHER, NO DESQUITE AMIGÁVEL (*)

Walter M. Coelho
Procurador da Justiça
Prof. Fac. Dir. PUC e UNISINOS

1. Ainda que vigente há mais de meio século, e inobstante a clareza de seus dispositivos, perfeitamente enquadrados em uma sistemática irrepreensível, continua o CÓDIGO CIVIL, no que respeita à norma contida no artigo 404, a ensejar polêmicas entre os seus intérpretes e aplicadores.

Certo é que o dissenso sempre se afigurou mais acentuado nos pretórios e tribunais do que entre os doutrinadores, pois esses, em expressiva maioria, seguem a trilha segura dos ensinamentos de PONTES DE MIRANDA. Ou seja, distinguem, perfeitamente, o direito parental do direito matrimonial. E, sobretudo, não confundem alimentos decorrentes do vínculo da consangüinidade com aqueles de caráter convencional ou indenizatório, e que, pela sua natureza, são, sem dúvida alguma, renunciáveis.

Mas, se o dissídio foi jurisprudencial, com predominância ora de uma, ora de outra tendência, os percalços decorrentes dessa controvérsia são mais expressivos do que se possa imaginar. Mormente agora, em que a Suprema Corte, pela SÚMULA n.º 379, consagrou a jurisprudência dominante da "irrenunciabilidade", cessando, assim, a insegurança, mas não os prejuízos dessa distorção de conceitos jurídicos.

As súmulas visam, primordialmente, a estabilidade da jurisprudência. Essa estabilidade, todavia, não é, nem poderia ser,

(*) Trabalho apresentado perante o INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL, o qual, após aprovado, ensejou a admissão do autor como MEMBRO EFETIVO daquele Sodalício.

absoluta. Não limita nem vincula o poder jurisdicional. E o próprio SUPREMO poderá rever a sua posição, modificando o seu pronunciamento, que, por vezes, não constitui manifestação unânime de seus membros.

Inconformados, pois, com essa orientação, valendo-nos da vivência dos anos em que oficiamos nas Curadorias de Família, no contato diuturno com os dramas que não afloram à letra rígida dos códigos e das leis, mas que fazem sentir a dinâmica do Direito em toda a sua pujança, é que nos animamos a defender esta tese.

A inflexibilidade daqueles que não a aceitam, e que, insensíveis ao mundo dos fatos, apegam-se às interpretações literais da norma legal, enseja, muitas vezes, decisões iníquas, divorciadas da realidade, e que são a negação da própria Justiça. Tais decisões, que negam o direito da mulher de renunciar a alimentos no desquite amigável, admitindo apenas que ela não exerça o direito à pensão alimentícia, não têm qualquer sustentáculo ético ou jurídico.

Aliás, esse malfadado entendimento de há muito vem esbarrando contra a norma legal, contra o espírito da lei, contra a evolução social e cultural da mulher, contra a realidade fática e contra o próprio Direito Natural e o senso da equidade.

É o que se procurará demonstrar.

2. ALIMENTOS: CONCEITO, EVOLUÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

Na acepção comum, "alimentos" significa o que é necessário à manutenção da vida estritamente fisiológica, ou seja, o que se destina à nutrição humana. Tudo aquilo "que serve à subsistência animal", na expressão de Pontes de Miranda.

Em Direito, porém, o termo "alimentos" tem acepção técnica e seu conceito é bem mais amplo.

Assim, na terminologia jurídica, os "alimentos" abrangem não só o fornecimento de alimentação propriamente dita (alimenta naturalia), mas também de habitação, vestuário, tratamento médico e até diversões (alimenta civilia). E, em sendo o alimento menor, o termo comporta também as despesas de instrução e educação.

Ademais, com respeito aos alimentos civis, vige a norma de que eles não são fixados segundo as possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentado.

Consigna-se, ainda, nesta oportunidade, que o Código Civil, no capítulo dos alimentos (artigos 396/405), não os conceitua, mas, imprópria e serodidamente os enumera no Direito Sucessório, em seu artigo 1.687.

Muito antes de ser criação e aperfeiçoamento do Direito Positivo, esteve sempre a obrigação alimentar vinculada a ditames de ordem moral e religiosa. Sua natureza ética tem profundas raízes no Direito Natural.

Na própria escala animal há algo assemelhado, conquanto primário e instintivo, dentre as espécies superiores. É por demais conhecida a estória da mãe pelicano que, à falta de alimentos, dá a seus filhotes a própria carne de seu papo, assegurando-lhes a sobrevivência.

Mas, voltando ao assunto em seus termos estritamente humanos, sociológicos e jurídicos, constata-se que do direito à vida, primeiro dos direitos pessoais e congêntos, decorre o direito de conservação da própria existência. Todo o homem tem o indiscutível direito de sobrevivência. Isto é, viver e sobreviver, em condições que lhe permitam atingir o seu aperfeiçoamento físico, moral e espiritual.

Atingida, com a maioridade, a plenitude de seu desenvolvimento físico e psíquico, a regra é que o indivíduo procure obter, por seu próprio esforço, essas condições necessárias à sua existência. Excepcionalmente, porém, a idade avançada, a doença, a falta de trabalho e a míngua de recursos o impossibilitam de prover à própria manutenção, gerando-se, então a obrigação alimentar, que o Estado não deixou à mercê da solidariedade familiar, mas disciplinou em normas de caráter cogente.

Aliás, no Direito de Família, apesar de integrar o Direito Privado, há a predominância das normas de ordem pública, e daí sua indisponibilidade.

Entre os romanos o assunto era visto mais como "officium pietatis" do que como obrigação de caráter jurídico, destacando-se o fundamento moral da obrigação alimentar. Era o dever de socorro entre os membros da mesma "gens", e que os impelia à ajuda recíproca nos casos de necessidade.

Com a decadência da civilização romana e o conseqüente afrouxamento dos costumes, a "gens" vai perdendo, paulatinamente, o seu sentido, a sua vitalidade e coesão. É o fracionamento da instituição familiar, em termos de patriarcado, e que vai circunscrever a obrigação alimentícia aos parentes mais próximos.

Na velha legislação portuguesa já encontramos a matéria cristalizada, com disciplinação jurídica que se manterá válida até aos nossos dias. De fato, nas Ordenações Filipinas, Livro I, Título 88, §§ 15 e 16, encontraremos a fonte direta dos atuais artigos 396 e 405 do nosso Código Civil, limitada a obrigação alimentar aos parentes em linha reta, ao infinito, e na linha colateral até ao segundo grau.

Vimos até aqui o conceito e natureza dos "alimentos" enforcado dentro do capítulo do Direito Parental, ou seja, aqueles que devem ser prestados em decorrência da consangüinidade. Ainda que assemelhado a um direito obrigacional (obrigação de dar), trata-se, no entanto, fundamentalmente, de um direito de natureza pessoal. Direito indisponível, imprescritível, intransferível e irrenunciável, cujas raízes jusnaturalistas interessam de perto ao Estado, à sociedade e à instituição da família.

A obrigação alimentar, todavia, pode decorrer de outros vínculos, alterando-se substancialmente a sua natureza jurídica, visto que gerada de outro fato jurígeno.

Cumprido assaltar, pois, este outro aspecto da questão.

3. ALIMENTOS LEGÍTIMOS E ALIMENTOS OBRIGACIONAIS, CONVENCIONAIS, PROMETIDOS OU LEGADOS

Denominam-se, pois, "legítimos" os alimentos regulados nos artigos 396/405 do Código Civil. Eles são devidos por direito de sangue (*jure sanguinis*), sendo essa obrigação alimentar um dever do direito parental. Apenas os alimentos legítimos, que são devidos "*ex dispositione iuris*", integram o direito de família e sua regulamentação legal situa-se precisamente no setor que disciplina as **RELAÇÕES DE PARENTESCO** (Cap. VII do Título V, Livro I da parte especial do Código Civil).

Os alimentos, porém, podem ser obrigacionais, convencionais, prometidos ou legados, regidos pelas normas do direito das obrigações ou de caráter sucessório, conforme o fato jurídico que lhes deu causa.

A obrigação alimentar, nesses casos não decorre de direito personalíssimo, mas estará vinculada à vontade das partes ou a

ato ilícito. Não são alimentos legítimos e sobre eles não atuam as normas de ordem pública que estruturam o direito de família. Sua natureza jurídica é tão diversa que se diferenciam não apenas pelo objeto, mas até mesmo pelo suporte fático. A finalidade de socorro, ínsita ao direito parental, é por vezes meramente indenizatória, e o quantum alimentar não precisa circunscrever-se às reais necessidades do alimentado.

Cumpra, afinal, consignar outra espécie de alimentos que, embora legislado no direito de família, não decorre do vínculo da consangüinidade. É o dever alimentar entre os cônjuges.

Chega-se, assim, ao ponto essencial e decisivo da tese ora apresentada.

Analizemo-lo, detidamente.

4. ALIMENTOS RECORRENTES DO DIREITO MATRIMONIAL

O assunto será regulado nos artigos 231, III e 233, V, do Código Civil, no título referente aos efeitos jurídicos do casamento.

No primeiro artigo, que trata dos deveres de ambos os cônjuges, consigna o inciso III a obrigação de "mútua assistência". Quanto ao artigo 233, que versa especificamente sobre os direitos e deveres do marido, diz o inciso V que lhe compete "prover à manutenção da família, guardada a disposição do artigo 277".

PONTES DE MIRANDA, com apoio em autores alemães (Ehrlich, Scheppler e Hussareck), diz em seu TRATADO, que esse dever de assistência é inerente à vida conjugal, resultando de regra jurídica cogente. Todavia, finda a sociedade conjugal, pelo desquite, ou mesmo cessada a vida em comum, no caso do artigo 234, desaparece a obrigação alimentar.

Afirmo, textualmente, o renomado mestre, a fls. 208 do vol. 9, de seu TRATADO DE DIREITO PRIVADO:

"O dever de alimentação regulado nos artigos 396/405 é dever de direito parental. O dever de alimentação entre cônjuges, no direito brasileiro, é somente de direito matrimonial: há o dever recíproco do artigo 231, III, que supõe a sociedade conjugal, ainda que não exista de fato; e o dever do marido, que é o do artigo 233, pois lhe compete "prover à manutenção da família, guardada a disposição do artigo 277. Esse direito é que vai acabar

por ocasião da dissolução da sociedade conjugal, com certa projeção para além dela... artigos 320 do Código Civil e 642 do Código de Processo Civil)”.

Sobre essa projeção dos “alimentos” para além do desquite judicial ou amigável, veremos, oportunamente, que ela não decorre do dever assistencial, inerente à sociedade conjugal. Serão alimentos indenizatórios ou, então, convencionais, cujo direito não provém de regra jurídica cogente, mas de normas legais meramente dispositivas.

Mas, voltando às lições do eminente jurista que é PONTES DE MIRANDA, — diz ele, mais adiante, a fls. 209 do citado volume de seu TRATADO:

“Tem-se procurado estabelecer confusão entre o dever de alimentos que se regula nos artigos 396/405, e o dever de alimentos entre cônjuges. O marido e a mulher não foram incluídos nos artigos 396/398. O direito matrimonial é que rege os alimentos entre os cônjuges. Não o direito parental”.

E, logo a seguir, cita, a respeito, dois acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja transcrição, ainda que parcial, se impõe.

Um dos acórdãos é do 2.º Grupo de Câmaras Cíveis:

“Podem os parentes — são palavras da lei. Os artigos imediatos apontam quais são esses parentes, ascendentes e descendentes, — art. 397, e irmãos, assim germanos como colaterais — art. 398. Além de tais pessoas, não subsiste a obrigação alimentar. A regra é cada qual viver à sua custa. Por exceção, em casos especiais comete-se aos parentes o encargo. NÃO PERMITE A MATÉRIA, ENTRETANTO, POR SER DE DIREITO ESTRITO, INTERPRETAÇÕES ANALÓGICAS OU EXTENSIVAS. Cônjuges não é parente. É companheiro, sócio, enquanto perdura a sociedade conjugal. Dissolvida que seja, torna-se um estranho, apenas impedido de casar por motivos de ordem pública. Não seria justo, aliás, constranger um deles, após o desquite por mútua vontade, a sustentar o outro. Terminando o desquite a sociedade conjugal, extinguem-se esses deveres, salvo quanto ao último, “sustento, guarda e educação dos filhos”, que persiste por especial determinação da lei (art. 381). Ora, se por força do desquite desaparecem as vantagens do casamento, tais como a assistência mútua, a vida em comum, lógico é que se ponha fim também aos ônus, entre os quais sobreleva o da manutenção da esposa”. (Rev. dos Trib., 182/691).

O outro acórdão é da 3.^a Câmara daquele egrégio Tribunal:

“A mulher desquitada amigavelmente não tem o direito de exigir alimentos do ex-marido, se não assumiu ele tal obrigação no acordo homologado. Aí se disse, com acerto, que o direito da mulher a alimentos (Cód. Civil, art. 233, V) cessa com o desquite amigável, salvo cláusula em contrário firmada no respectivo acordo. A essa pensão alimentícia convencionada expressamente é que se refere o artigo 645 do Código de Processo Civil. O direito a alimentos não é irrenunciável por parte da mulher, ao firmar-se o acordo; homologado este, a circunstância de vir a necessitar deles, posteriormente, não lhe confere o direito de exigí-los do ex-marido; a não ser que a renúncia tenha decorrido de erro da parte dela, ou de dolo da parte dele, caso em que é anulável. Como acentua PONTES DE MIRANDA, só os alimentos legítimos, assim chamados por serem devidos “ex-dispositione iuris”, constituem capítulo do direito de família. E legítimos são os alimentos que se devem por direito de sangue (iure sanguinis), ou parentesco. A obrigação alimentar dos cônjuges (artigos 233, III) é fundada no casamento, aliás na sociedade conjugal, com a sobrevivência de que cogita o artigo 320 e a suspensão do artigo 234. Ora, o artigo 320 se refere ao desquite judicial ou litigioso, sendo a mulher inocente; no amigável, os cônjuges combinam livremente, nada impedindo que a mulher renuncie aos alimentos”. (Rev. dos Trib., 182/801).

No Supremo Tribunal, onde a questão nem sempre foi pacífica e as decisões, por vezes, são tomadas em simples maioria, já se acordou, mais de uma vez, que não há obrigação alimentar entre cônjuges desquitados, a não ser que fixados os alimentos em sentença ou acordo:

“O direito a alimentos não é irrenunciável por parte da mulher, ao firmar o acordo para o desquite; homologado esse, a circunstância de vir a necessitar deles posteriormente não lhe confere o direito de exigí-los do ex-marido, salvo se a renúncia assestou em erro de sua parte ou em dolo da parte do marido, caso em que se lhe dá ação para anular o ato assim eivado de nulidade”. (Arq. Jud., 108/22).

No mesmo sentido, acórdão da 2.^a Turma daquela Corte Suprema, publicado na Revista dos Tribunais, volume, 181, página 932.

Todavia, inúmeras têm sido as decisões em contrário de nossos tribunais, acolhendo a tese da irrenunciabilidade. Essa juris-

prudência divergente baseia-se, em síntese, nos seguintes pontos fundamentais:

1.º — Alimentos são irrenunciáveis. Esta a norma legal expressa, que não comporta interpretações duvidosas. Onde a lei não distingue, não compete ao intérprete distinguir;

2.º — O desquite não dissolve o vínculo do matrimônio, persistindo, pois, o dever alimentar dele decorrente;

3.º — Os alimentos devidos à mulher depois do desquite não são apenas indenizatórios. Trata-se, também, de pensão socorro, pois se exige o requisito da necessidade;

4.º — O artigo 642 do Código de Processo Civil dirige a controvérsia, pois ali se exige que no acordo de desquite amigável deve constar a pensão alimentícia que o marido prestará à mulher;

5.º — A mulher, parte mais fraca, tem especial proteção da lei e sua renúncia a alimentos pode ser obtida por pressões do marido, que, dada a sua condição de homem, tem condições para facilmente coagá-la.

Vejamos, data vênia, a total improcedência dessa argumentação, divorciada que está dos fundamentos fáticos, éticos e jurídicos da questão.

5. PENSÃO-SOCORRO E PENSÃO-INDENIZAÇÃO. O CARACTER ADJETIVO E MERAMENTE SUPLETIVO DO INCISO IV DO ARTIGO 642 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NO QUE RESPEITA A ALIMENTOS PURAMENTE CONVENCIONAIS

Com respeito à primeira argüição, de que os alimentos são irrenunciáveis por expressa disposição da lei, pouco há que acrescentar ao que até aqui já disse. Trata-se de argumento superficial e simplista, que se aferra à interpretação meramente literal da lei. Não leva em qualquer consideração o problema fundamental da natureza jurídica dos "alimentos" e a sistemática do Código Civil.

O clássico e saudoso RIBAS já distinguia, perfeitamente, os "alimentos" devidos "ex jure sanguinis" daqueles que são convencionais ou testamentários, devidos "ex dispositione hominis", isto é, constituídos por atos "inter vivos" ou "causa mortis". (RIBAS, Consolidação das Leis de Processo Civil, 1.879, vol. II, página 155).

Exemplo típico, no Código, de “alimentos” puramente convencionais é o do artigo 1.424, que trata da constituição de renda, e ninguém se atreverá a afirmar que eles são irrenunciáveis.

A segunda argüição, de que o desquite não dissolve o vínculo do casamento e, por isso, permanece a obrigação alimentar, é totalmente irrelevante.

O desquite põe termo à sociedade conjugal e, conseqüentemente, cessam os deveres dela decorrentes, quais sejam, a fidelidade recíproca, a vida em comum, a mútua assistência, mais os deveres específicos do marido e da mulher. Restará apenas o dever de sustento e educação dos filhos, que persiste por especial determinação da lei (art. 381) e pelo vínculo da consangüinidade.

Aliás, já bem salientou o incomparável jurista que foi CLOVIS BEVILACQUA, com sua indiscutível autoridade:

“Separados os cônjuges, tornam-se eles, um em relação ao outro, pessoas estranhas, desaparecendo as obrigações recíprocas, criadas pelo casamento, e subsistindo, apenas, as que nasceram do desquite”. (CÓDIGO CIVIL, vol. 2.º pág. 282).

A indissolubilidade do vínculo matrimonial não tem, pois, nenhuma pertinência com a questão de “alimentos”. Apenas impede, em nome de uma ficção absurda e desumana, a possibilidade de novas núpcias, tentando vincular dois seres humanos que, de fato, estão inteiramente desvinculados. É a lei buscando, inutilmente, opor-se à natureza e à vida, e que, ao invés de servir à felicidade humana, procura, madrastamente, obstaculizá-la.

Mas, essa já seria outra tese, que nada tem a ver com a questão ora explanada.

A terceira argüição contra a renunciabilidade a alimentos, no desquite, é a que se nos afigura mais séria e ponderável. Trata-se de saber se os “alimentos” prestados à mulher, após o desquite, constituem uma pensão indenizatória ou uma pensão-socorro.

Quando, no item 4 desta tese, citando PONTES DE MIRANDA, consignávamos que a obrigação alimentar cessava após o desquite, com certa projeção para além da vida conjugal, dissemos, naquele ensejo, que essa projeção seria oportunamente abordada.

Esta é a oportunidade.

Sem entrar no estudo dos autores estrangeiros, o que extravasaria as proporções impostas ao desenvolvimento desta tese, — cumpre lembrar apenas as três posições que, doutrinariamente, existem a respeito da matéria.

A teoria da pensão-socorro entende que os “alimentos” devidos à mulher, após o desquite, são de natureza assistencial, pois que a lei os condiciona ao requisito da necessidade :

ARTIGO 320 do Código Civil: “No desquite judicial, sendo a mulher inocente e **pobre**,...”

ARTIGO 642, IV, “in fine”, do Código de Processo Civil: “... e da pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não **dispuser de bens suficientes para manter-se**”.

A teoria da pensão-indenização vê nesses “alimentos” um cunho essencialmente reparatório.

É que no desquite judicial sobreleva o requisito da INOCÊNCIA da mulher. É pressuposto “sine qua non” da pensão. Se a mulher for julgada culpada, por maior que seja a sua carência de recursos, ela não fará jus a qualquer auxílio alimentar.

Essa seria, por extensão, a mesma natureza dos “alimentos” no desquite amigável, onde, oculta a problemática da culpabilidade, a pensão apresenta-se como meramente convencional.

Entre os juristas pátrios, TITO FULGÊNCIO, defendendo a teoria da pensão indenizatória, chegou ao ponto de afirmar que o artigo 320 tem sua fonte no artigo 159 da lei civil.

Há, todavia, uma terceira posição doutrinária, defendida por BONNEFOY (Les pensions alimentaires entre poux) e JOSSE-RAND, que procura conciliar as duas teorias divergentes. Essa terceira posição, que constitui a teoria eclética, vê na pensão, posterior ao desquite um caráter misto de indenização e de alimentos propriamente ditos.

No egrégio Supremo Tribunal Federal, em voto que proferiu no recurso extraordinário n.º 24.324, o Ministro OROZIMBO NONATO, sustentando a tese da irrenunciabilidade, partiu das conclusões da teoria eclética. Admitiu Sua Excelência que se a pensão alimentícia, no caso, fosse somente indenizatória, seria

renunciável. Todavia, teria ela também inequívoco sentido de socorro, e, em sendo mista (indenizatória e assistencial), deve ser tida por irrenunciável.

Essa decisão, adotada pela colenda 2.^a Turma, foi reformada, por via de embargos, em Tribunal Pleno, pela Suprema Corte, com os votos dos Ministros LUIZ GALOTTI, EDGAR COSTA, SAMPAIO COSTA, AFRANIO COSTA, MÁRIO GUIMARÃES, HAHNEMANN GUIMARÃES e o saudoso HUNGRIA, vencidos os Ministros ROCHA LAGOA, RIBEIRO DA COSTA e LAFAYETTE DE ANDRADE.

Veio de prevalecer, assim, naquela oportunidade (1955), o justo entendimento de que os "alimentos" à mulher, após dissolvida a sociedade conjugal, ainda que de caráter misto, são renunciáveis.

Como bem assinala JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, quer se trate de "indenização que se faz efetiva por via de alimentos, ou de alimentos que se pagam a título de indenização, a pensão assume um caráter misto, desprendendo-se dos critérios rígidos e próprios aplicáveis aos alimentos devidos pelos parentes e assumindo feição especial". (DOS ALIMENTOS NO DIREITO DE FAMÍLIA, página 242).

De fato, nesse tipo de alimentos, o fundamento básico é a culpabilidade, sendo a pobreza simples condição. Se assim não fosse, isto é, se a "ratio legis" assentasse no requisito da necessidade, a desquitada faria jus a alimentos, independentemente de sua culpa ou inocência. Seriam alimentos de direito natural, devidos pela obrigação moral de socorro, nos quais apenas interessa saber das possibilidades do alimentante e das reais privações do alimentário. Ademais, a obrigação seria recíproca (mútua assistência), como no direito parental, e não unilateral, como via de regra ocorre no desquite.

Assim, quer esses "alimentos" sejam pensão-indenização, quer se atenda o seu caráter misto de socorro indenizatório, em ambos os casos não é possível aplicar os rígidos princípios que regem os alimentos devidos a consanguíneos.

No mundo jurídico, a renúncia é a regra; a irrenunciabilidade, a exceção.

É óbvio, como já se disse alhures, que em matéria de tal relevância, referente a direito estrito, não se podem tolerar interpretações analógicas ou extensivas.

No desquite amigável, em face da natureza do procedimento, a possível culpabilidade permanece oculta, decorrendo os alimentos de mera convenção.

Em síntese: os “alimentos” decorrentes do desquite litigioso constituem, essencialmente, uma pena, pelo ato ilícito de ter dado causa à dissolução da sociedade conjugal; os decorrentes do consensual constituem, intrinsecamente, um favor ou uma transação.

Foi o que decidiu, com muito acerto o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, então Distrito Federal, nos embargos de nulidade na apelação n.º 25.178, quando consignou:

“No primeiro caso (desquite amigável) os alimentos que o marido quiser prestar à mulher constituirão um favor; se o marido, porém, se sente culpado e teme a ação da mulher, dá-los-á a título de transação”.

E mais adiante, assim se manifesta o venerando acórdão:

“Assim, os alimentos decorrentes da consangüinidade constituem direito absoluto, que não admite qualquer escusa, enquanto os alimentos provenientes da sociedade conjugal tomam a forma de obrigação relativa, subordinada às circunstâncias previstas em lei.

E por que será assim? A razão é simples. A consangüinidade estabelece um vínculo físico tão forte entre os parentes que repugna ao direito admitir que alguém possa esquecer a solidariedade que daí um vínculo deva ocorrer, mas, como a carne é fraca e o legislador não confia apenas no dever moral, impõe a coação legal.

O mesmo, porém, não acontece na sociedade conjugal.

O homem e a mulher associam-se por motivos outros, e a solidariedade que daí decorre desaparece com o desaparecimento dos motivos que os reuniu, sem deixar qualquer traço na alma ou no sangue.

Compreende-se que um sócio ajude o outro. Não se compreende, porém, essa ajuda, quando já deixaram de ser sócios, a não ser como mercê, como castigo ou como negócio.

As conseqüências da doutrina que defende a irrenunciabilidade dos alimentos por parte da mulher são catastróficas sob o

ponto de vista moral e social, e só isso bastaria para afastá-la como nociva aos interesses da sociedade e das próprias partes.

A primeira conseqüência desastrosa é a de submeter os ex-maridos, para todo o sempre, à falta de escrúpulos e aos caprichos de certas ex-esposas, que, não obstante levarem,, às vezes, vida irregular, perseguem-nos, durante a vida, com os pedidos sucessivos de aumento de pensão. Todos conhecem casos em que as ex-esposas são de tal forma aquinhoadas com pensões alimentícias, que são os ex-maridos que se transformam em carecedores de alimentos. Tais casos não são, infelizmente, excepcionais, apesar de serem profundamente imorais e injustos”.

Fere, assim, o brilhante decisório, com notável clarividência, os aspectos sociais e humanos do problema, que afinal abordaremos, no item referente ao espírito da lei e à realidade fática.

No que diz respeito à quarta argüição, em que se defende a irrenunciabilidade em face do disposto no artigo 642, inciso IV, do Código de Processo Civil, seria até dispensável maiores considerações, tendo em vista os argumentos até aqui expendidos.

Inquestionavelmente, o assunto há de resolver-se no âmbito do direito substantivo, não podendo a lei processual inovar matéria de tal relevo. O mencionado artigo 642 apenas regula a forma como se procede ao desquite amigável e, antes de enumerar os incisos que seguem ao cabeço do artigo, há a expressão condicional “se houver”. Assim, é de entender-se que a referência à pensão alimentícia para a mulher é feita em caráter eventual, isto é, caso seja estipulada.

Trata-se, pois, de norma puramente adjetiva e supletiva, e a ausência de fixação de alimentos, à mulher, no acordo de desquite, não obsta a sua homologação. Essa tem sido a atual orientação dos tribunais, em que pesem divergências quanto à renúncia expressa. E nem poderia ser de outra forma.

A última argüição contra a tese da renunciabilidade, de que se deve ter em vista possível coação do homem contra a mulher, é de tal forma bisonha que nem careceria de contestação.

Ora, todo ato jurídico resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude pode ser anulado, conforme dispõe o artigo 147 do Código Civil.

Se retroagíssemos alguns séculos, ao tempo em que o homem era o senhor absoluto do clan familiar e a mulher a serva obe-

diente e amedrontada, seria possível, ainda, encarar com seriedade essa interpretação legal. Não hoje, nos dias que correm, na sociedade em que vivemos, em que a emancipação social e cultural da mulher é uma realidade.

Erro ou coação que possa levar a mulher à renúncia de alimentos é matéria de prova e tem seu remédio legal.

6. O ESPÍRITO DA LEI E A REALIDADE SOCIAL E HUMANA

Ninguém, em sã consciência, tem direto interesse em levar às barras do tribunal as mazelas de um matrimônio em ruínas, nem de expor ao "strepitus fori" as suas tragédias conjugais.

Recorre o cônjuge inocente ao desquite litigioso quando outra alternativa não se apresenta para pôr fim aos dissabores que lhe infernizam a vida em comum.

O erro e, por vezes, a insensibilidade daqueles que, afeiçoados a pseudos princípios de dogmática jurídica, esquecem que a vida, em sua dinâmica complexa e prodigiosa, não se esgota nem se contém na letra fria dos Códigos, — o erro, dizíamos, — é ver os rótulos, sem se aperceber do conteúdo das coisas.

É a vida e sua plena e integral realização que, em termos sociológicos, vem ditando e aperfeiçoando as leis da convivência humana, através dos séculos. Não são as leis que, arbitrariamente, regularam as relações jurídicas da sociedade, mas a sociedade é que, indiretamente, as ditou e ordenou, em função de sua melhor sobrevivência.

Aqueles que sustentam não poder a mulher renunciar a alimentos, no desquite consensual, parece que se deixam levar pelo rótulo "amigável" que enquadra a questão.

Todavia, a regra é que por trás do desquite "communi consensus" escondem-se todos os dramas que destruíram um lar e tornaram impossível a vida conjugal.

O normal é que ninguém se desquite por motivos frívolos ou de somenos, e o marido ou a mulher inocentes recorrem ao procedimento litigioso quando esgotadas as possibilidades de desate amigável da sociedade matrimonial.

Amigável foi a solução. Não a causa!

Pretende-se não só evitar a publicidade do infortúnio, com o natural desgaste de resolver, em longo processo, os próprios tormentos, mas também solucionar, o mais breve possível, o pesadelo do colapso familiar.

Sensível a esse problema, a Lei n.º 968, de 10.10.1949, determinou que o juiz, requerido o desquite litigioso, tente, preliminarmente, a conciliação. Mas, não obtido esse objetivo, tentará ainda transformar o feito em desquite amigável.

Pois bem, a vingar o entendimento de que os alimentos da mulher são irrenunciáveis, o marido, de fato inocente, jamais poderá valer-se dos benefícios do desquite amigável. Teríamos que admitir que a lei não foi feita para ele. Culpada a mulher, teria o cônjuge varão que, necessariamente, "lavar a roupa suja" de sua desdita nos pretórios, sob pena de somar-se ao seu infortúnio o ônus de pensionar, "ad perpetuam", a causadora deste mesmo infortúnio.

Exemplificando:

A esposa adúltera, reconhecendo a gravidade de sua culpa, concorda, por escrúpulo de consciência, em renunciar à pensão alimentícia em desquite consensual. Aliás, se não concordasse, o marido recorreria ao litigioso, o que talvez não lhe convenha, nem aos filhos. O desquite é procedido. O tempo passa. Decorridos vários anos, já envelhecida, sem mocidade e sem beleza, cesadas as facilidades da vida livre e irregular, arrependida da renúncia, vem postular alimentos do ex-cônjuge. E em nome dessa tese esdrúxula e sem sentido, pode um Juiz ou tribunal considerar que a sua renúncia deve ser tida como não escrita, dando-lhe ganho de causa.

Quem não é capaz de sentir a aberrante iniquidade e injustiça desse entendimento e dessa decisão?

Por outro lado, é natural e humano que, tanto o homem como a mulher, procurem refazer, ainda que à margem da lei, um outro lar, tentando reconstruir a felicidade com outro companheiro ou companheira. Daí nascem outras famílias de fato, com todos os encargos delas decorrentes.

Como ignorar essa realidade social e esse incontestável direito do ser humano de procurar a sua plena realização?

Mas, afinal, em nome de que princípio de direito natural ou positivo é possível continuar, teimosa e cegamente, insistindo que à mulher, no desquite, é vedado o direito de renunciar alimentos?

No já referido acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, este aspecto da finalidade da lei não passou desapercibido. É o que se vê dessa outra passagem de suas considerações.

“A Lei n.º 968, de 10 de outubro de 1949, com o alto escopo de defender a sociedade conjugal e, principalmente, o decoro público, evitando o escândalo de certos desquites litigiosos, fundados em motivos graves, determinou que, em tais casos, o juiz tente a conciliação dos cônjuges e, se não o conseguir, aconselhasse a proceder ao desquite amigável, se o casamento houver sido realizado há mais de dois anos.

“Pergunta-se: se não for permitida a renúncia total e definitiva da mulher, à pensão alimentícia, qual será o marido, suficientemente tolo, que abrirá mão de uma segura prova contra a sua mulher, prova que o libertará, definitivamente, de qualquer ônus, para aceitar a situação incerta de um desquite por mútuo consentimento?

“E que autoridade terá o juiz para aconselhar semelhante atitude ao marido? Imporemos ao magistrado o dever moral de enganar, de mistificar e destruiremos, definitivamente, todas as boas intenções e a finalidade visada pela Lei n.º 968, que será tida pelos maridos como uma lei-armadilha”.

No mesmo decisório, em declaração de voto, ainda se critica o injustificável procedimento de o julgador homologar o desquite amigável, com exclusão da cláusula da renúncia a alimentos por parte da desquitanda.

Ali se diz, com toda propriedade, que o acordo é um todo indivisível, que se homologa por inteiro ou não se homologa. O juiz não deve e não pode interferir no desquite por mútuo consentimento, para alterar ou modificar o acordo das partes, ou parte dele, declarando a nulidade ou inoperância de tais ou tais condições. Trata-se, no caso, de transação entre as partes, devendo aplicar-se a norma traçada pelo artigo 1.026, do Código Civil. Se o juiz considerar nula qualquer cláusula do acordo, deverá negar homologação ao desquite. A homologação parcial do acordo poderá acarretar prejuízos a ambas as partes, para as quais o acordo só interessaria como foi feito e não com as alterações decretadas contra sua vontade.

O eminente jurista e magistrado JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, em sua já citada monografia sobre os alimentos no direito de família, também faz considerações sobre o espírito da lei e, em especial, da Lei 968, para concluir, dizendo:

“Daí porque, em alguns casos, a renúncia aos alimentos esconde a culpa, não interessando à Justiça que esta venha, de qualquer forma, lume”.

7. O PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Em outubro de 1965, encaminhou o Exmo. Sr. Presidente da República ao Congresso Nacional os projetos de lei referentes ao novo CÓDIGO CIVIL e ao CÓDIGO DAS OBRIGAÇÕES.

Ocorre que a Comissão encarregada de elaborar o CÓDIGO CIVIL foi presidida pelo Ministro OROZIMBO NONATO, justamente aquele Ministro que, em minoria, sustentou, no Supremo Tribunal a tese da irrenunciabilidade dos alimentos da mulher desquitada, tese ora vitoriosa pela SÚMULA n.º 379.

É natural que Sua Excelência, fiel a seus princípios, colhesse a oportunidade para inserir, no futuro diploma legal, em norma expressa, o seu entendimento sobre o assunto.

Assim é que a Comissão presidida por Sua Excelência e integrada pelo professor Orlando Gomes e o jurista Cáo Mário da Silva Pereira, incluiu, sob o título “dos alimentos”, o artigo n.º 272, assim redigido:

ARTIGO 272 — Alimentos ao cônjuge desquitado.

“Se um dos cônjuges desquitado vier a necessitar de alimentos, o outro poderá ser obrigado a concorrer para o seu sustento, mediante pagamento de pensão módica fixada pelo juiz, caso não tenha aquele parente em condições de prestá-los”.

Inteligentemente, o assunto “alimentos” mereceu título a parte (Título VI) dentro do direito de família, deixando de ser simples capítulo do título das “relações de parentesco”.

Para atenuar o impacto e as conseqüências do incrível dispositivo, diz-se que a pensão será módica (?), isto é, de natureza toda especial, independente do critério de recursos do alimentante e grau de necessidade do alimentário. Outrossim, só terá cabimento na ausência de parente em condições de socorrer o necessitado.

O artigo em questão choca-se, frontalmente, contra a tradição do nosso direito e contra a melhor doutrina, quer nacional, quer estrangeira. Ademais, seu texto está isolado e solto entre os artigos em que foi situado, e que só mencionam os parentes. É, data vênica, um enxerto, difícil de ser adaptado, mesmo na sistemática do projeto.

Mas, o mais chocante nessa inovação é o desprezo total à doutrina da culpabilidade. O desquitado carente de recursos faz jus a alimentos quer tenha sido inocente, quer tenha sido culpado. Isto é, a mulher adúltera pode levar uma vida inteira de deboche. Desde que desquitada, terá sua aposentadoria garantida: o ex-cônjuge a pensionará na velhice. Da mesma forma o marido canalha e pródigo; uma vez desquitado de mulher que tenha recursos, poderá pedir uma pensão em caso de necessidade, pois a obrigação é recíproca, para melhor assemelhar-se aos alimentos entre consangüíneos.

De fato, é melhor que ser segurado do I.N.P.S., pois não se exige o ônus da contribuição previdenciária.

Sem dúvida alguma, em que pesem as boas intenções e a indiscutível autoridade dos eminentes juristas que elaboraram o projeto, esse dispositivo, além de revoltante e iníquo, é, com perdão da crueza dos termos, um dispositivo que fere o senso ético.

Além do mais, ele entra em testilhas com outro artigo do próprio projeto, o de n.º 147 (que reproduz a norma do atual artigo 320), ou seja, determinando a pensão alimentícia, no litigioso, quando a mulher for inocente e pobre.

Aliás, como salienta LUÍS FERNANDEZ CLERIGO, quase todas as legislações assentam o fundamento básico dos "alimentos" posteriores ao desquite, no princípio da CULPABILIDADE. E cita, entre outros, o direito francês, alemão, suíço, peruano, mexicano e o argentino.

Uma das poucas exceções foi o do direito português, que no artigo 29 do decreto de 3 de novembro de 1910, não fez distinção entre cônjuge culpado ou inocente para efeitos de obrigação alimentar.

O assunto, no entanto, mereceu candente crítica do grande civilista luso CUNHA GONÇALVES que, em seu monumental TRATADO, assim se manifestou:

“Esse preceito, porém, tal qual se acha redigido, representa uma revoltante incoerência; pois não se compreende que o cônjuge culpado tenha, ainda, o direito de ser alimentado pelo cônjuge inocente;...” (TRATADO DE DIREITO CIVIL, Coimbra, 1933, vol. VII, pág. 118).

Finalmente, e para encerrar esta tese que já se alonga em demasia, uma última observação impõe-se como necessária e oportuna. É que a Comissão encarregada de elaborar o PROJETO, no RELATÓRIO apresentado ao Sr. Ministro da Justiça, ao expor as principais alterações feitas na lei civil, não menciona essa malfadado artigo 272, como se a matéria fosse de mínima importância. A surpreendente inovação é apenas arrolada, mais adiante, na simples enumeração dos artigos alterados, sem qualquer justificativa.

Muito embora os projetos de Código Civil e Código das Obrigações estejam sobrestados pelo Governo, que pretende refundi-los, novamente, em um só código, não se pode deixar de suscitar o problema, chamando a atenção do Ministério da Justiça e do Congresso Nacional para a questão ora ventilada.

Trata-se de matéria de alta relevância, podendo o Governo rever a questão, já que, no Congresso, os CÓDIGOS podem ser aprovados em bloco, isto é, por inteiro e sem emendas.

Aliás, comenta-se que é pensamento da nova Comissão encarregada de elaborar outro projeto de Código Civil, encarar o problema sob um novíssimo ângulo, em termos de assistência social. Se assim for, amplie-se a obrigação alimentar no direito parental, aumentando-se os limites legais da solidariedade familiar. Mas não se cometa a revoltante heresia jurídica de obrigar o desquitado inocente a pensionar o culpado, ainda que com módica pensão de alimentos puramente naturais e não civis.

Seria mais viável até, conquanto absurdo, que a lei impusesse o dever de socorro em favor de qualquer estranho desamparado, do que exigir que se pensione àquele por quem, via de regra, nutre-se profunda mágoa e de quem se guardam inapagáveis ressentimentos.

O altruísmo e o desprendimento são, de fato, excelsas virtudes cristãs. O Estado, porém, não pode legislar para santos e para mártires, nem exigir esse comportamento do homem comum. A lei jurídica é editada para os homens, respeitadas todas as suas contingências humanas.

8. CONCLUSÕES:

Desde que mereça a aprovação dos ilustrados membros deste SODALÍCIO, propõe o autor desta TESE que, a título de colaboração com a Comissão de Códigos do Ministério da Justiça, seja ela encaminhada à elevada consideração daquele Ministério e ao Congresso Nacional, propondo-se lei de finalidade interpretativa, que não mais enseje exegese extensiva em assunto de tal importância.

Seria, pois, de acrescentar-se, por lei, ao atual artigo 404 do Código Civil, as expressões “decorrentes da consangüinidade”, ficando dito artigo assim redigido:

ARTIGO 404: “Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos decorrentes da consangüinidade”.

Sugerir-se-ia, outrossim, que idêntico dispositivo integrasse o futuro Código Civil, e que, revista a posição governamental,

— não constasse do futuro código o artigo 272 do atual projeto, o qual, como se procurou demonstrar, não tem qualquer fundamento humano, social, ético ou jurídico, e constituir-se-á em fonte de aberrações e iniquidades.

Porto Alegre, dez. de 1971.