

A PENSÃO DERIVADA DA SEPARAÇÃO OU DO DIVÓRCIO NA EXPERIÊNCIA ESPANHOLA

Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil brasileiro

Professor Doutor **CARLOS LASARTE**
Catedrático de Direito Civil - Universidade Nacional de
Educação à Distância (Madri - Espanha) - Doutor em Direito pela
Universidade de Bolonha (Itália) - Vogal Permanente da Comissão
Geral de Codificação - Sócio Internacional do IBDFAM

24 a 27 de setembro de 2003

1. Introdução

Antes de tudo, gostaria de agradecer ao Professor Sérgio Resende de Barros, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por haver traduzido do espanhol para o português esta palestra, na qual iremos tratar da pensão - "pensão compensatória" - cujo significado no vigente Direito espanhol, para ser devidamente apreendido, exige que façamos duas observações iniciais.

A primeira delas é de caráter sistemático: ainda que se encontre compreendida no capítulo que o Código destina a regular os efeitos comuns à nulidade, separação e divórcio, não cabe dúvida alguma de que a pensão descrita no artigo 97 do Código Civil espanhol é devida exclusivamente nos casos de separação e divórcio. Nas hipóteses de nulidade matrimonial, não cabe pensão alguma, exceto uma "indenização", tal como o expressa de forma clara o artigo 98 do mesmo Código, que, referindo-se às hipóteses de matrimônio putativo, estabelece que "o cônjuge de boa fé, cujo matrimônio haja sido declarado nulo, terá direito a uma indenização, se houver existido convivência conjugal, atendidas as circunstâncias previstas no artigo 97".

Em segundo lugar, agora em uma perspectiva processual, devemos observar que a pensão analisada é contemplada no conteúdo mínimo do convênio regulador que deve reger os efeitos de qualquer crise conjugal, segundo a letra E do artigo 90 do Código.

2. O artigo 97 do vigente Código Civil espanhol

O artigo 97 do Código Civil da Espanha dispõe que "o cônjuge para o qual a separação ou divórcio produza desequilíbrio econômico em relação à situação do outro, implicando uma piora em sua situação anterior ao matrimônio, tem direito a uma pensão, que se fixará na decisão judicial, tendo em conta, entre outras, as seguintes circunstâncias:

1a - Os acordos a que houverem chegado os cônjuges.

2a - A idade e o estado de saúde.

3a - A qualificação profissional e as probabilidades de acesso a um emprego.

4a - A dedicação passada e futura à família.

5a - A colaboração com seu trabalho nas atividades mercantis, industriais ou profissionais do outro cônjuge.

6a - A duração do matrimônio e da convivência conjugal.

7a - A perda eventual de um direito de pensão.

8a - O patrimônio e os meios econômicos e as necessidades de um e do outro cônjuge.

Na decisão judicial se fixarão as bases para atualizar a pensão e as garantias para sua efetividade."

Sistematicamente, pois, esse artigo se compõe de três partes bem diferenciadas, a saber:

- 1) A primeira, que contém a regra inicial, que define e conforma o direito à pensão como decorrência do desequilíbrio econômico que, para um cônjuge em face do outro, possa ter sido produzido pela separação ou divórcio, implicando por sua vez uma piora em sua situação anterior ao matrimônio.

- 2) Uma segunda parte, na qual se enunciam os critérios ou padrões que deverão ser levados em conta pelo Juiz, de forma casuística, para determinar a pensão devida na crise matrimonial

submetida ao seu controle.

3) Uma terceira e última parte, na qual se dispõe que na decisão judicial serão fixadas as bases para atualizar a pensão, bem como as garantias para a sua efetividade. Portanto, já desde o início, com vistas voltadas para o futuro, procura-se dar efetividade à pensão. E assim se abre uma ampla gama de possibilidades que deverão ser concretizadas pela partes ou, se for o caso, pelo juiz, sempre atendendo às circunstâncias específicas de cada hipótese.

Não analisaremos os critérios oferecidos ao Juiz para a fixação do montante da pensão, pois tal análise (mesmo que fosse mínima) prolongaria esta exposição demasiadamente. Aqui é suficiente indicar que as "circunstâncias" acolhidas no artigo 97 do Código Civil espanhol são dados de caráter legal que são estabelecidos ad exemplum e não com o significado de numerus clausus. Nada obsta, portanto, que o Juiz possa eventualmente apreciar outras "circunstâncias" em cada caso litigioso. Mais ainda: semelhante eventualidade, se for o caso, pode resultar até mesmo conveniente.

Quanto ao que se refere ao comando inicial da norma, é evidente que o direito à pensão é gerado como consequência de um fato objetivo: o desequilíbrio econômico interconjugual, o qual produza para qualquer dos cônjuges uma piora em sua situação patrimonial. Coligando esse dado com o elenco de "circunstâncias" enumeradas no artigo 97, é claro que possivelmente o ponto mais expressivo desse assunto radique na incidência da culpabilidade ou inocência do cônjuge que foi desfavorecido pela crise matrimonial. Passemos, portanto, a considerar essa questão.

3. Irrelevância da culpabilidade

Com efeito, na Espanha, o dado mais relevante da regulação atual é dado pelo fato de que a pensão é gerada em favor do cônjuge mais desfavorecido economicamente como consequência da crise matrimonial, sem que o artigo 97 habilite o Juiz a levar em consideração a causa genética da separação ou divórcio. Em outras palavras, ser culpado ou inocente em relação à crise matrimonial é irrelevante para a procedência ou improcedência da pensão.

Com isso, a redação vigente de nosso Código Civil introduz um fator normativo desconhecido até 1981 na legislação espanhola. Por oportuno, deve-se sublinhar que o artigo 30 da Lei republicana de divórcio, de 2 de março de 1932, previa em termos semelhantes uma pensão para o cônjuge que, posteriormente à dissolução do matrimônio, se encontrasse necessitado dela. Porém, essa pensão era notoriamente distinta da atual por duas razões:

1) Em primeiro lugar, porque só podia solicitá-la o cônjuge inocente.

2) Em segundo lugar, e de forma complementar, porque o cônjuge inocente devia justificar a necessidade dessa pensão, a qual assumia assim uma natureza exclusivamente alimentícia, natureza essa que, sem dúvida, está ausente no atual artigo 97 do Código Civil.

A opção técnica seguida pelo legislador espanhol é significativa e suscita assombro na cidadania, bem como entre os próprios juristas. Por exemplo, em sua obra, Elementos de Direito Civil, o eminente Professor LACRUZ afirma que a pretensão do legislador de alcançar a "objetividade asséptica" provoca tantas e tão graves contradições, que "se faz difícil pensar que nosso legislador tivesse o propósito de que a concessão da pensão houvesse de ter lugar, sem mais, nem menos, em todos os casos em que se desse objetivamente o desequilíbrio econômico... Resta, contudo, um recurso para interpretar de um modo mais humano o art. 97, que é a explicação, que ele dá, de que as circunstâncias que expressa serão levadas em conta 'entre outras', quer dizer, não somente elas... É uma disposição que valerá para o que queira o juiz ou o tribunal e que, portanto, nada garante, firmemente, para o que busca a Justiça, porém poderá ser aproveitada para introduzir na lei considerações de decência e honestidade, nas quais seguramente se está de acordo com a grande maioria das pessoas".

No entanto, há um dado importante no iter legislativo da norma, que desaconselha a pretensão de incluir na locução "entre outras" do artigo 97 as referências à culpa na crise matrimonial. A saber: na elaboração parlamentar da lei, até sua saída do Congresso dos Deputados, o projeto de lei punha como primeira circunstância a ser considerada pelo Juiz os fatos que houvessem determinado a separação ou o divórcio e a participação de cada cônjuge nos mesmos.

Com isso, ao contrário do que ocorre no Direito francês, não se pretendia impor necessariamente ao cônjuge causador da crise matrimonial a perda do direito à pensão, porém ao menos se expressava a necessidade de valoração da conduta culposa pelo Juiz, para o efeito de condicionar a possível concessão e, se for o caso, a quantia da pensão.

Na tramitação parlamentar no Senado, ocorreu a radical supressão dessa circunstância. Isso permite concluir que os fatos motivadores da ruptura conjugal devem ser indiferentes, não influenciando nada em relação à pensão econômica contemplada no artigo 97. Nesse sentido, ademais, parece pronunciar-se de forma reiterada a jurisprudência dos Tribunais Superiores regionais que, mais de uma vez, exigiram de forma expressa desligar da conduta dos cônjuges o tema da pensão.

Contudo, a conclusão irrefutável de que a culpa de qualquer dos cônjuges é irrelevante para pensão regulada no artigo 97 não deixa de ser uma peça estranha ou extravagante em nosso sistema familiar. Para perceber a antinomia existente, basta recordar que o cônjuge viúvo perde seus direitos sucessórios caso se haja separado sem culpa do defunto (art. 834) ou que qualquer dos cônjuges pode ser deserdado por "haver descumprido grave e reiteradamente os deveres conjugais"(art. 855-1o).

4. A fixação da pensão

Uma vez resolvida a crise matrimonial, muitos dos pontos conflitivos existentes entre os cônjuges acabam se abrandando. Há, entretanto, duas questões que dificilmente se compõem no futuro, ainda que os cônjuges, agora separadamente, hajam refeito suas vidas: de uma parte, a custódia e as visitas dos filhos e, de outra parte, a quantia e o pagamento da pensão. O legislador parece que teve plena consciência do perigo da litigiosidade intrínseca das questões relativas à pensão. Por isso, tratou de evitar que as discussões sobre o montante da mesma fossem um tema recorrente, um pleito eterno, entre os cônjuges. Daí resulta o seguinte:

1) O artigo 97 do Código Civil espanhol incorpora um taxativo mandado para o Juiz, quando estabelece, de uma parte, que a pensão se fixará na decisão judicial (parágrafo 1o) e, de outra parte, que "na decisão judicial se fixarão as bases para atualizar a pensão e as garantias para sua efetividade"(parágrafo 3o).

2) O artigo 100 estabelece igualmente, de forma indiscutidamente imperativa, que, uma vez cumpridas essas condições de fixação inicial, a pensão "somente poderá ser modificada por alterações substanciais na fortuna de um ou outro cônjuge".

3) O artigo 99 facilita extraordinariamente os mecanismos substitutivos da pensão nele considerados, permitindo que o acordo convencional dos cônjuges objetive o cumprimento do dever legal imposto ao cônjuge economicamente favorecido pela crise conjugal e permitindo, ainda, que dita substituição possa ser realizada "em qualquer momento".

A determinação concreta do montante da pensão pode levar-se a cabo mediante acordo entre os cônjuges (art. 97, 1a) ou por declaração judicial através de dois procedimentos distintos:

1) Uma quantia estipulada em um tanto fixo.

2) Porcentagem sobre os ingressos do cônjuge obrigado a satisfazer a pensão.

O Código não faz referência a nenhum deles, nem tampouco à periodicidade da pensão. Veja-se até que ponto é fragmentária e descuidada a regulação da nova figura introduzida pela Lei 30/1981. Contudo, é evidente que a prática atesta que tais incógnitas não resultaram particularmente problemáticas. Quase sem exceção alguma, digna de nota ao menos, a periodicidade da pensão se fixa, ora convencionalmente, ora judicialmente, por mensalidades, atendendo, sem dúvida, à razão prática de que a periodicidade mensal é a mais comum tanto de ingressos quanto de gastos dos mortais contemporâneos.

O procedimento de fixação mediante a estipulação de uma certa quantia ou mediante porcentagem depende em grande medida da própria postulação processual do demandante ou daquele que tem direito à pensão, ainda que não fique o Juiz obrigado a seguir necessariamente a proposta feita por este, salvo se houver acordo entre os cônjuges (neste caso, entendo, o Juiz, sim, estará obrigado a aceitá-lo, salvo por razões de ordem pública em contrário que, por outra parte, impediriam também a aprovação do correspondente convênio regulador).

Em todo caso, na prática, ganhou posições, claramente, a fixação de um tanto estipulado, que parece compadecer melhor com a presumida objetivação da pensão perseguida pelo Código.

5. Atualização da quantia fixada

Para os casos de se estipular uma quantia, a jurisprudência sobre a matéria permite afirmar que são raras as hipóteses em que as bases para atualizar a quantia líquida inicial da pensão são diferentes do índice geral de preços ao consumidor, o qual é um critério objetivo.

Contudo, evidentemente, tanto as partes, quanto o Juiz se encontram legitimados para proceder à atualização da pensão conforme padrões distintos de dito índice.

Enfim, nem precisa ser dito que, nos casos de fixação da pensão mediante porcentagem sobre os ingressos recebidos pelo cônjuge devedor, não é necessário recorrer a padrão algum de atualização, dado que esta depende definitivamente da quantia daqueles.

6. Substituição da pensão

Dispõe o artigo 99 do Código Civil espanhol que "em qualquer momento poderá convencionar-se a substituição da pensão fixada judicialmente conforme o artigo 97 pela constituição de uma renda vitalícia, o usufruto de determinados bens ou a entrega de um capital em bens ou em dinheiro".

O ponto de partida de semelhante preceito radica na consideração de que, em todo caso, a regra da autonomia privada ou os acordos interconjugais se superpõem a qualquer outra ordem de considerações, salvo se afetarem a ordem pública ou se atentarem contra os direitos dos menores de idade. Nesse sentido, convém ressaltar que, com efeito, na reforma pós-constitucional de 1981, que incorpora ao Código Civil espanhol o "novo" Direito de família, a autonomia privada recebeu um impulso renovador.

Os cônjuges, pois, podem convencionar ou acordar quanto queiram. Mais ainda: embora o preceito parta da idéia de que a pensão "fixada" pode ser "substituída" a posteriori, não deve caber dúvida alguma de que, no próprio momento da fixação inicial, as partes podem propor (e, em conseqüência, o Juiz haverá de aceitar) qualquer das três fórmulas acolhidas no artigo, em cujo comentário não nos vamos deter.

7. Modificação da pensão

Por sua vez, o artigo 100 do Código expressa que "fixada a pensão e as bases de sua atualização na sentença de separação ou de divórcio, somente poderá ser ela modificada por alterações substanciais no patrimônio de um ou de outro cônjuge".

A exigência de que as alterações patrimoniais de um ou de outro cônjuge devam ser "substanciais" responde, sem dúvida, à necessidade de evitar contínuas e recorrentes reclamações por uma ou por outra parte (credor ou devedor) na humana pretensão de aumentar ou reduzir a quantia da pensão compensatória. Somente quando se haja produzido alguma alteração fundamental ou substancial na situação patrimonial de qualquer dos cônjuges, caberá pleitear a modificação da pensão. Sobretudo, desde que se consiga o acordo interconjugal, nem sequer é preciso dizer que não será necessário recorrer ao procedimento judicial. Este, no entanto, resultará absolutamente necessário em caso de falta de acordo.

8. Extinção da pensão

Afirma o primeiro parágrafo do artigo 101 do Código Civil que "o direito à pensão se extingue pela cessação da causa que o motivou, por contrair o credor novo matrimônio ou por viver maritalmente com outra pessoa", ainda que obviamente existam também outras eventualidades que provoquem o mesmo efeito extintivo (por exemplo, a renúncia ou o falecimento do próprio cônjuge credor).

Outrossim, requer escassa explicação o fato de que a extinção da pensão seja provocada pela nova vida marital do credor (seja mediante união matrimonial, seja através da união de fato, assimiladas uma à outra neste ponto).

Porém, mais complexa resulta, em compensação, a determinação da extinção da pensão por cessação da causa motivadora de seu nascimento. Cabe pensar que a alteração no patrimônio de qualquer dos cônjuges seja de tal natureza e profundidade, que, em vez de provocar a mera modificação da quantia fixada, determine sua definitiva extinção, pois o binômio desequilíbrio econômico/pioramento constitui, sem dúvida, a causa próxima da existência da pensão. Se falássemos que a causa remota dela radica na separação e no divórcio em si mesmos considerados, naturalmente a reconciliação dos esposos separados (art. 84) ou o novo matrimônio dos cônjuges divorciados (art. 88.2) determinariam também a extinção da pensão. Assim o requer, ademais, a lógica do conjunto do sistema, pois o "renascimento matrimonial"

(valha a expressão) seria incompatível com medidas originadas por sua crise.

O segundo parágrafo do artigo 101 do Código estabelece que "o direito à pensão não se extingue pelo só fato da morte do (cônjuge) devedor", pois seus herdeiros haverão de continuá-la honrando (na maior parte dos casos, se tratará dos filhos comuns do casal separado ou divorciado). Entretanto, a continuidade da obrigação de prestação periódica pode ver-se afetada, se o patrimônio hereditário não puder satisfazer as necessidades da dívida ou afetar os direitos dos herdeiros na legítima, pois em tais casos os herdeiros do cônjuge devedor poderão solicitar ao Juiz a redução ou supressão da pensão.