

Alimentos ex delicto

Maria Berenice Dias

Juíza de Alçada do RS - Brasil
Presidenta da Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica
Professora da AJURIS e Mestre em Processo Civil

1 - Consagra o art. 159 do CC a teoria subjetiva da responsabilidade civil, que se assenta no princípio fundamental da culpa. O homicídio, decorrente da prática de ato ilícito, enseja obrigação indenizatória que, nos termos do art. 1.537 do CC, consiste (I) no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral, o luto da família e (II) na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

A obrigação de pensionamento de origem delitual, como lembra Sérgio Gilberto Porto (Doutrina e Prática dos Alimentos, Rio de Janeiro, Aide, 1991, p. 15) não tem limites preestabelecidos, sendo um benefício que se paga a título de perdas e danos decorrente de obrigação descumprida de caráter indenizatório e não-assistencial, como os alimentos resultantes da relação de parentesco. A expressão *pensão alimentar*, segundo Mario Moacyr Porto, não desfigura a natureza indenizatória da obrigação:

“Não é o nome que define a natureza de uma obrigação, o predicado de um direito, a índole de uma instituição. A expressão ‘alimentos’, que a lei usa, significa apenas que, no pagamento da indenização, se deverá seguir o critério, a forma, o processo empregado para o implemento de uma obrigação alimentar. É uma referência, servindo de base para o cálculo da indenização.” (Ação de Responsabilidade Civil entre Mulher e Marido, in Ajuris, nº 28, p. 177).

O pressuposto para a sua exigibilidade é a identificação de que, na oportunidade do perecimento da vítima, esta era devedora de pensão, encargo que passa à responsabilidade do causador de sua morte. Tal fato, porém, não determina a aplicação subsidiária dos regramentos do instituto existentes no Direito de Família nem rotula a indenização como alimentar. Um exemplo de que a indenização não é alimento é a definitividade em que é concedida. Também a reciprocidade não se verifica nesta sede, pois eventual alteração de riqueza do obrigado não o torna credor de alimentos. Não se guarda observância ao parâmetro necessidade-possibilidade, binômio que rege a quantificação dos alimentos, não se perquirindo, ao se estipular a obrigação alimentar *ex delicto*, as condições econômicas pessoais do beneficiário.

2 - Fixa a lei os limites subjetivos e objetivos dos danos emergentes e lucros cessantes, sem estipulação de termo *ad quem* para a cessação da obrigação. Diversa é a postura legal quando se tratam de lesões corporais, pois há uma previsão de término, ou seja, até o fim da convalescença. Para a indenização decorrente do crime de homicídio, limitação temporal existia na alínea segunda do art. 912 do estatuto processual de 1939: *“Se a vítima falecer em consequência do ato ilícito, prestará o responsável alimentos às pessoas a quem ela os devia, levada em conta a duração provável da vida da vítima.”* Dito balizador, por não reproduzido na lei atual, não mais vigora.

No entanto, afastando-se da expressão legal, a jurisprudência vem-se inclinando em prefixar o fim da obrigação alimentícia à viúva da vítima fatal em caso de eventual remarcação (Julgados TA 4/145, 18/304 e 24/237). Mais recentemente, em julgados de que tive oportunidade de participar (Apelação Cível nº 192 208 937 e Embargos Infringentes nº 193 086 857, do qual fui Relatora), essa posição, apesar de rechaçada pela maioria, foi sustentada em voto vencido. Em ambos os julgamentos, porém, foi afastada somente a previsão *a priori* do término, mas resguardada a possibilidade de oportunamente ser posta a questão em causa.

Estriba-se a restrição no reconhecimento do caráter alimentar da indenização, apesar de o STF já ter, em lição de Orozimbo Nonato, asseverado:

*“A alusão a **alimentos** contida no inciso II do artigo 1.537 do Código Civil é simples ponto de referência para o cálculo da indenização e para a determinação dos beneficiários e, sendo critério de liquidação de obrigação de indenizar, não se destina a transformar a natureza dessa obrigação, metamorfoseando-a em outra, de caráter diverso, como é a de prestar alimentos”* (José Carlos Moreira Alves, *Questões de Direito Civil na Jurisprudência mais Recente do STF*, Rev. Jurídica, 93/94, p. 19).

José de Aguiar Dias diz que a expressão legal não permite concluir que a indenização se conceda como pensão alimentar. *“A referência a alimentos não tem, em nosso sistema de reparações, a influência fundamental que sempre se lhe tem atribuído. Deve ser tida como simples indicação subsidiária, para apontar os beneficiários da indenização ou para coibir abusos na liquidação”* (Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. 2, p. 397). Discorrendo longamente sobre as circunstâncias que não permitem se reconheça esse caráter à indenização, refere: *“ainda que alguém substitua o prestador de alimentos, até com vantagem, nem assim se aceita este fato como elisivo da obrigação de indenizar”* (op. cit., p.396).

Categórico sobre a questão Hans Fischer, ao proclamar que *“a mulher que recebe uma pensão como reparação da morte do marido, dela não pode ser privada pelo fato de contrair segundas núpcias”* (A Reparação dos Danos no Direito Civil, trad. de Férrer de Almeida, São Paulo, 1938, *apud* José de Aguiar Dias, op. cit., p. 397).

3 - É de lembrar que, mesmo em sede de alimentos, nenhuma norma jurídica, explícita ou implícita, condiciona a subsistência do direito a alimentos à abstinência sexual da titular, que continua credora a despeito de reparos que se oponham à sua vida afetiva.

Pontes de Miranda, o nosso jurista maior, muito bem se posiciona sobre o tema:

“Certa jurisprudência tem decidido que a mulher perde a pensão alimentícia se passa a viver com outro homem, ou se tem algum amante, ou se lhe provam relações sexuais (4a. Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de abril de 1949, R. dos T., 180, 348). Sem razão. O dever de fidelidade é ligado à sociedade conjugal, que o desquite dissolve; e não ao vínculo. Não mais tem o marido legitimação para investigar a vida da mulher; passa à frente o direito a velar a intimidade... Os julgados que permitiram esmiuçar-se a vida da mulher desquitada, inocente ao desquitar-se, não têm qualquer apoio em lei e ofendem direito de personalidade. São juízes que resolvem questões do Século XX, de que procede o CC, que respeitou a igualdade entre os cônjuges, com argumentos aos sistemas jurídicos já superados.” (Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. VIII, p., 92).

Assim, descabe uma migração normativa, com o só fito de inibir o uso da liberdade sexual da beneficiária da indenização. A responsabilidade decorrente da prática de ato ilícito tem somente a forma de pensionamento alimentar. Calculam-se pelos alimentos, nada mais, e a eventual circunstância de a alimentada vir a contrair novas núpcias é fato que se possibilita exclusivamente pelo seu estado de viuvez, que ocorreu por culpa do autor do homicídio de seu par.

Não há por que condicionar o pagamento à provável necessidade. *“O dano não é elemento integrante do ato ilícito, bastando a violação do direito para impor a obrigação de indenizar”* (Mário Moacyr Porto, O Art. 129 do Código Civil, *Ajuris* 36, p. 143). A norma especial contida no art. 29 da Lei do Divórcio, que faz cessar a pensão pela ocorrência do casamento, não

pode ser recepcionada como causa extintiva de obrigação de natureza delitual, com o que se estaria a brindar o responsável com excludente por ele indiretamente propiciada.

4 - Prevê a lei a possibilidade de concessão de alimentos pela ruptura do casamento com caráter reparatório, hipótese regradada no art. 19 da Lei do Divórcio, ao atribuir ao cônjuge responsável pela separação o ônus do pagamento da pensão. Trata-se, como ressalta a doutrina, igualmente, de indenização por ato ilícito que se cumpre sob a forma de pensionamento. É de lembrar-se que os juristas defendem a existência de direito indenizatório tão-só pelo presumível prejuízo que resultou da dissolução anormal e culposa da sociedade conjugal (Moacir Lobo da Costa, Desquite por Mútuo Consentimento, Revista dos Tribunais, 189, p. 610). Se o rompimento foi causado por terceiros, a obrigação lhe fica transferida, e com o mesmo caráter de reparo a ato ilícito. A pensão é paga como indenização pelo rompimento do casamento. Se por culpa do marido, este paga a pensão nos termos da Lei do Divórcio; se o fim da relação ocorreu por culpa de outrem, este assume a obrigação de pagar a indenização.

5 - Desnecessário lembrar que o casamento não é só forma de subsistência, não tendo a mulher, como único “benefício”, a obtenção de direito a ser alimentada. Também, e principalmente, é o estabelecimento de um vínculo afetivo entre duas pessoas, cujo convívio foi ceifado por fato culposo imputável a alguém.

Nas circunstâncias atuais, não mais vigora a presunção de que o marido provê o sustento da esposa. O casamento deixou, felizmente, de ser fonte de sobrevivência da mulher, tornando-se um vínculo de companheirismo e comunhão de afeto. Essa nova concepção, que enseja inclusive um maior respeito mútuo, está diretamente ligada à própria busca do reconhecimento da igualdade entre os cônjuges. A única forma de haver absoluta respeitabilidade entre pares é a sua total independência, sem qualquer vínculo de subordinação, em nenhum nível, inclusive no aspecto econômico.

Esse é o modelo da sociedade conjugal contemporânea, a ponto de estar proclamada na atual Carta Constitucional, que, ao estabelecer a plena igualdade dos gêneros masculino e feminino, traçou um perfil de modernidade. Assim, não se pode presumir que um casamento se baseie na dependência econômica da mulher como pressuposto da união, permanecendo a carga ideológica no sentido de que, pelo casamento, o encargo alimentar é exclusivo do cônjuge varão, sugerindo uma posição de dependência econômica da mulher.

Hostil e conservadora se apresenta a única exceção estabelecida nos julgamentos supra referidos, pois muitas outras situações podem levar à independência econômica e mereceriam ser previamente elencadas, sob pena de se visualizar um certo ranço preconceituoso pela ressalva de uma única causa extintiva. Assim, o recebimento de uma herança, o acerto de alguma aposta lotérica e tantas outras hipóteses não tão lícitas levariam a presumir a cessação da necessidade de pensionamento.

Como refere Aguiar Dias:

“Ora, na jurisprudência brasileira, nossa busca minuciosa não encontrou um só caso em que o juiz admitisse a variabilidade da indenização conforme a mudança dos haveres do credor.” (ob. cit., p. 396).

Se, com a morte do cônjuge, resta dissolvida a sociedade conjugal, deixa de existir dever de fidelidade, e a previsão de término do direito configura verdadeira tentativa de impor a castidade até após a morte do marido. Essa solução revela uma forte carga ideológica e uma posição discriminatória contra a liberdade da mulher, sem lembrar que emergiram novos valores sociais referentes à sua dignidade, autonomia, liberdade e privacidade na área da sexualidade. Dita preocupação da jurisprudência não diz com a necessidade, mas com a conduta moral da

mulher, revelando-se a honestidade como condição para persistir o pensionamento, condicionando-o direta e exclusivamente à abstinência sexual.

Já tive oportunidade de afirmar (A Mulher e o Poder Judiciário, artigo publicado no Jornal do Comércio de 01/8/94): *“A vida sexual ou afetiva é área de indevassável intimidade. A castidade não integra o suporte fático do direito, não se podendo perquirir o perfil moral do necessitado. O direito a alimentos não é uma recompensa a virtudes morais, e tem natureza ético-social e não, ético-sexual.*

(Publicado na Revista AJURIS, nº 64, pp. 287/291, 1995, e no CD-ROM Coletânea Doutrinária, da Editora Plenum).

FONTE: <http://www.mariaberenice.com.br/site/frames.php?idioma=pt>