

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



Centro de
Direito da
Família

Ano 14 - n.º 27-28 - 2017
Publicação Semestral

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Centro de
Direito da
Família

Grupo de Investigação “Vulnerabilidade e Direito” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projeto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR04643/2013).

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

Ficha Técnica

Conselho Redatorial

Guilherme de Oliveira (Diretor Científico)
(Instituto Jurídico)
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
(Centro de Direito da Família da FDUC)

Rosa Cândido Martins
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
(Centro de Direito da Família da FDUC)

Paula Távora Vítor
(Instituto Jurídico)
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
(Centro de Direito da Família da FDUC)

Propriedade da Revista

Centro de Direito da Família
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Pátio das Escolas
3004-528 Coimbra
Telef./Fax: 239 821 043
cdf@fd.uc.pt
www.centrodedireitodafamilia.org

Editor

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Lex Familiae

Revista Portuguesa de Direito da Família
Ano 14 – n.º 27-28 – Janeiro a Dezembro 2017
Publicação Semestral

Execução gráfica

João Rijo Madeira

ISSN 1645-9660

Depósito Legal: 209 492/2004

O Centro de Direito da Família, fundado em 1997, é uma associação privada sem fins lucrativos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que se dedica à promoção do Direito da Família e do Direito das Crianças e Jovens, entendidos num sentido amplo, que abrangem desde o Direito Civil da Família até ao Direito Social, e todas as áreas em que a Família tenha um qualquer relevo. Para satisfazer este propósito, desenvolve ações de formação pós-graduada e profissional; promove reuniões científicas; estimula a investigação e a publicação de textos; organiza uma biblioteca especializada; e colabora com outras instituições portuguesas e estrangeiras.

Sumário

	Págs.		Págs.
Guilherme de Oliveira		Pourquoi et comment régler les comptes	
<i>Introdução</i>	5	au moment de la rupture ?	
Doutrina		<i>Présentation générale et programme du Colloque</i>	101
Encontros do Centro de Direito da Família (CDF) com		Isabelle Sayn	
o Departamento de Direito Civil da Faculdade de		<i>Les conséquences économiques du divorce, ou quels comptes régler au moment</i>	
Direito da Universidade de São Paulo (USP)		<i>de la rupture ?</i>	105
Geraldo Rocha Ribeiro		Cécile Bourreau-Dubois	
<i>Sugestões para Aumentar a Taxa de Cumprimento da Obrigação de Alimentos</i>		<i>Des comptes à régler en raison des conséquences économiques de la rupture</i>	111
<i>Devidos a Filho Menor</i>	9	Robert Leckey	
Maici Barboza dos Santos Colombo		<i>Des comptes à régler en raison des liens familiaux rompus</i>	115
<i>Estudo Crítico sobre a Prisão Civil: Vantagens e Desvantagens</i>	33	Yann Favier	
Ana Laura Teixeira Martelli Theodoro		<i>Les enjeux des techniques de règlement des comptes dans les couples séparés</i> ...	123
<i>Alimentos e Técnicas Coercitivas: Para Além da Prisão Civil – Uma Possibilidade (?)</i>		Nathalie Dandoy; Frédérique Granet	
<i>de Processo Civil Brasileiro</i>	43	<i>Les implicites des techniques de règlement des comptes dans les couples</i>	
Maria Conceição Amgarten		<i>séparés: le partage des biens</i>	129
<i>A Titularidade dos Alimentos “Gravídicos”</i>	55	Paula Távora Vitor	
Marianna Chaves		<i>Les implicites des techniques de règlement des comptes dans les couples</i>	
<i>Algumas Notas sobre a Execução de Alimentos no Novo Código de Processo</i>		<i>séparés: les obligations alimentaires entre ex-époux</i>	137
<i>Civil Brasileiro</i>	65	Sandrine Dauphin	
Felipe Matte Russomanno		<i>Le système socio-fiscal et la compensation des inégalités économiques après</i>	
<i>Polêmicas sobre a Transmissibilidade Causa Mortis da Obrigação de Prestar</i>		<i>la rupture</i>	141
<i>Alimentos</i>	81	Caroline Henchoz	
		<i>Ce que régler les comptes veut dire: le point de vue des conjoints séparés</i>	
		<i>Éléments pour une économie de la rupture</i>	149

INTRODUÇÃO

Guilherme de Oliveira

Neste número — dedicado a questões de *direito alimentar* e conexas — incluímos alguns artigos de autores brasileiros que nos mostram uma realidade jurídica diferente e interessante. As contribuições foram apresentadas no quadro de uma cooperação regular e muito honrosa que ficamos a dever ao colega Prof. José Fernando Simão, da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo.

Incluímos também a síntese das intervenções realizadas no colóquio «Pourquoi et comment régler les comptes au moment de la rupture?», que teve lugar em Saint-Étienne, França, no dia 6 de junho de 2016. Este colóquio foi realizado no âmbito do projeto ANR COMPRES (Agence National de Recherche), CERCRIID (Université Jean Monnet) e BETA (Université de Lorraine), e contou com a participação da Doutora Paula Távora Vítor, investigadora do Centro de Direito da Família.

**Encontros do Centro de Direito da
Família (CDF) com o Departamento de
Direito Civil da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo (USP)**

SUGESTÕES PARA AUMENTAR A TAXA DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS DEVIDOS A FILHO MENOR

Geraldo Rocha Ribeiro

Membro Associado do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Palavras chave: *alimentos devidos a menores, Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores*

Keywords: *child support; Public Body acting in place of the Debtor*

Resumo: *O problema da garantia da obrigação de alimentos devidos a filho menor é aqui tratado a partir de uma visão prospectiva da ordem jurídica portuguesa, quando colocada em confronto com soluções de outros ordenamentos. Pretende-se, com este contributo, reforçar a garantia do direito a alimentos e proteger mais eficazmente as crianças em situação de pobreza. Para isso, a missão do Fundo de Garantia deve ser repensada e articulada com o funcionamento de outros mecanismos (seguros e entidades de mediação e apoio à família) aptos a discernir o que deve ser uma intervenção centrada no problema estrito de não cumprimento da obrigação de alimentos, das questões relacionadas com as políticas públicas de erradicação de pobreza infantil.*

Abstract: *The problem of ensuring child support is treated here from a prospective view of the Portuguese legal system, when in comparison with solutions from other jurisdictions. The aim of this contribution is to improve the child's right to support and to protect children more effectively from poverty. The mission of the «Fundo de Garantia» (Public Body acting in place of the debtor) should be reconsidered and coordinated with other mechanisms (insurance and family support and mediation agencies) in order to clarify what is an intervention focused on the strict problem of non-compliance and which is the role of public policies aimed at eradicating child poverty.*

I. Identificação do Problema: principais constrangimentos e riscos de incumprimento

a. Os interesses em confronto

A obrigação de alimentos devidos a menores tem como seu titular activo a criança e visa dotar esta de meios de subsistência e de educação necessários ao seu pleno desenvolvimento e que, pela situação de especial vulnerabilidade em que se encontra, não consegue suprir autonomamente. A obrigação cumpre a função de assegurar as condições materiais e económicas instrumentais à satisfação das necessidades da criança. Por isso, é erigido como um direito fundamental e subjectivo da criança e que tem como titular passivo a família (artigo 209.º do Código Civil, de ora em diante identificado como CC) e, em especial, os progenitores. A estes recai a especial responsabilidade de assegurar, dentro das suas possibilidades e disponibilidades económicas, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança (artigo 27.º, n.º 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança). Isto significa que o superior interesse da criança impõe aos progenitores, como cuidadores naturais e primeiros responsáveis, o dever de manutenção e auxílio (artigos 1874.º, n.º 2, 1878.º, n.º 1, 2009º, n.º 1, *al. c)* CC). A extensão da obrigação é, por isso, maior face à obrigação ge-

ral de alimentos uma vez que inclui o provimento à saúde, à segurança e à educação, não sendo necessariamente o seu conteúdo de natureza patrimonial, na medida em que inclui o dever de cuidado inerente ao desenvolvimento psicofísico do filho. A obrigação de alimentos assume uma natureza pessoal e indisponível e é sempre devida mesmo quando os progenitores se encontrem inibidos do exercício das responsabilidades parentais (artigo 1917.º CC: a inibição das responsabilidades parentais não suspende ou exime a obrigação de alimentos) e manter-se-á para lá da maioridade do filho (artigo 1880.º e 1905.º, n.º 2 CC). A obrigação de alimentos subsiste autonomamente face aos demais poderes funcionais que integram as responsabilidades parentais, mas só ganha foros de autonomia jurídica quando ocorra uma situação de ruptura de vida em comum ou não se tenha estabelecido qualquer relação de vida em comum. Enquanto o filho menor residir com os progenitores não se fala de obrigação de alimentos, mas tão só do dever de manutenção e auxílio. Por isso, a exigibilidade da obrigação de alimentos está dependente, nos termos do artigo 2006.º CC, da propositura da acção e consequente fixação judicial ou da sua fixação por acordo (transacção judicial ou acordo homologado nos processos de competência das Conservatórias de Registo Civil ⁽²⁾). A exigibilidade do direito a alimentos depende do exercício por parte do credor do seu direito potestativo constitutivo através da intervenção de uma autoridade pública: o tribunal ou homologação de acordo em sede de processo da Conservatória de Registo Civil.

² A fixação de alimentos pode resultar do acordo de regulação das responsabilidades parentais homologado no âmbito do divórcio e separação judicial por mútuo consentimento (Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro) ou nas situações regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo nos termos do artigo 274.º-A ss. do Código de Registo Civil.

Ao interesse do filho acresce o interesse supra-individual de protecção da família e da infância que integram o direito a alimentos da criança como constitutivo da ordem pública portuguesa. Na verdade, a especial situação da criança e a obrigação internacional e constitucional de protecção da infância justificam a diferenciação dos critérios de fixação da obrigação e das garantias conferidas ao credor de alimentos, uma vez que o direito a alimentos não é um comum direito de crédito. O credor, por ser criança, é colocado numa posição privilegiada de tutela, mesmo em confronto com outros credores da obrigação de alimentos (com a maioridade do filho, apesar de se manter o dever de alimentos, há uma transformação no conteúdo e função da obrigação, artigos 1880.º e 1905.º CC). Para isso, o ordenamento jurídico deve consagrar meios processuais executivos expeditos para efectivação do direito ⁽³⁾ e formas de processo céleres tendentes à constituição e revisão dos alimentos. Não só porque a obrigação visa suprir necessidades e carências actuais da criança, compreendendo tudo o que é indispensável ao seu sustento, vestuário, habitação, segurança e saúde (conteúdo genérico da obrigação alimentar, artigo 2003.º CC), como também visa suprir as necessidades referentes à instrução e educação da criança (conteúdo específico da obrigação alimentar devida a filhos menores, artigos 1874.º, n.º 1, 1878.º, 1879.º e 1880.º CC). Estas necessidades constituem um instrumento fundamental ao pleno desenvolvimento da criança.

O direito a alimentos é, por isso, um direito subjectivo preenchido por uma relevante com-

³ Um dos exemplos é o procedimento pré-executivo previsto no artigo 48.º Regime Geral do Processo Tutelar Cível, d e ora em diante designado como Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro, última alteração pela Lei n.º 24/2017, de 24 de Maio.

ponente jus-fundamental resultante do interesse público inscrito na função que os alimentos desempenham e que são fundamentais à garantia do superior interesse da criança. Não é, portanto, somente uma obrigação de direito privado a cargo dos progenitores, é também uma tarefa do Estado imposta pela obrigação de protecção da infância, em especial a protecção das crianças em situação de pobreza (artigos 36.º, n.º 5 e 69.º da Constituição e artigo 27.º, n.º 2 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, Princípio IV da Declaração dos Direitos da Criança, Princípio I da Recomendação do Conselho da Europa R (84) 4).

Posto isto, não obstante o interesse imperante da criança, o direito de alimentos não deixará de depender da capacidade económica dos seus devedores, *in casu*, dos progenitores. É na medida das suas capacidades *reais* ou *potenciais* que dependerá a fixação do *quantum*. Tal resulta não só do nosso artigo 2004.º CC, como encontra respaldo na regulação transfronteiriça dos alimentos ao se estabelecer como critério material sobreponível ao direito material do ordenamento jurídico competente (artigo 14.º do Protocolo de Haia, de 23 de Novembro de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações alimentares). Desta feita não se pode descuidar a capacidade económica dos progenitores, pois desta depende a efectivação do direito da criança. O dever de prestar alimentos e de contribuir para os encargos da vida familiar dos filhos menores incumbe a ambos os progenitores e na medida da capacidade económica individual de cada um por referência ao critério da proporcionalidade (*justa medida*). O interesse dos progenitores, enquanto devedores, é mediado por um estrito sentido de proporcionalidade entre o haver e o dever, sabendo, porém, que a relevância social, económica e jurídica da protecção da criança impõe que a de-

terminação da capacidade não seja somente feita em termos de balanço contabilístico. Tratando-se de um direito fundamental à vida e desenvolvimento da criança, é obrigatório a fixação de alimentos mesmo que atendendo a capacidade potencial por ausência ou impossibilidade financeira do progenitor devedor (⁴).

Na verdade, a confluência de interesses individuais e supra-individuais justificam a protecção acrescida a disponibilizar ao credor de alimentos e exigem políticas públicas de protecção da infância que, prosseguindo o superior interesse da criança, sejam distintas da obrigação a cargo dos progenitores. Esta distinção é relevante, uma vez que a chamada do Estado para a protecção da criança nunca se poderá equiparar à obrigação exigida ao devedor originário de alimentos. Assim, se num primeiro momento da intervenção o interesse público centra-se na protecção individual da criança, não deixará de ser tomado igualmente em conta que tal intervenção está sujeita à reserva do possível, atento o contexto social e económico do Estado. A desejável universalidade da protecção da infância em termos de prestações sociais tenderá a ser escalonada por ordem das prioridades sociais determinadas em função do princípio da subsidiariedade, Isto

⁴ Entre outros veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Setembro de 2011: “I- A essencialidade de que se reveste para o interesse do menor a prestação alimentar impõe ao tribunal que lhe confira o necessário conteúdo, não se podendo dar, e ter, por satisfeita pela constatação da falta de elementos das condições económicas do progenitor requerido, particularmente se por ausência deste em parte incerta ou de colaboração sua. II - *Mesmo no caso de se desconhecer o paradeiro e a situação económica do progenitor, deve fixar-se a pensão de alimentos devidos a menor.* III - Não o fazer, deixando para o futuro, de duração incerta se não mesmo inalcançável, campo para novas iniciativas por banda da mãe dos menores ou do MP com o objectivo de descobrir o paradeiro do requerido-pai e as suas condições de vida ou esperar o seu surgimento, compromete inevitavelmente a eficácia jurídica da satisfação das necessidades básicas dos menores alimentandos, prolongando no tempo de forma injustificada a carência continuada de recebimento de qualquer prestação social de alimentos”, sublinhado nosso.

significa que o efeito útil de uma intervenção adequada será tanto mais exigente quanto maior for a situação de vulnerabilidade em que se encontra a criança e respectivo agregado. Os riscos de pobreza infantil associados às famílias monoparentais ancoram um elemento objectivo favorável à intervenção directa do Estado neste tipo de situações. Estas crianças enquadram-se num grupo de risco pela vulnerabilidade social e económica em que se encontram e por isso justificam uma intervenção directa do Estado. É a relevância do interesse público de protecção da infância e evicção do risco de pobreza que justifica a previsão de um mecanismo de apoio social subsidiário à obrigação dos progenitores, o Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores ⁽⁵⁾.

A privação de alimentos expõe a criança, e os elementos do agregado com quem vive, a um sacrifício económico exponencial pela ausência ou limitação de recursos que supram a quebra decorrente do incumprimento. Verifica-se, assim, um nexo de causalidade entre o incumprimento e o perigo de a criança se encontrar, ou de se vir a encontrar, numa situação de pobreza. Uma vez que ao direito a alimentos se associa uma função instrumental de garantia do direito à vida e à prossecução do superior interesse da criança, confluem àquele interesses integrativos da ordem pública que exigem do Estado a condução de acções positivas tendentes à realização do direito da criança. A finitude de recursos disponíveis justifica a limitação da intervenção às situações de maior necessidade. A impossibilidade de uma intervenção universal impõe uma maior responsabilidade colectiva na resposta adequada

às situações de maior vulnerabilidade. Estas serão aquelas em que a criança e restantes elementos do agregado familiar não tenham rendimentos *per capita* acima do limiar de uma vida digna ⁽⁶⁾. Assim, quando o Estado se substitui ao devedor na prestação de alimentos justifica-se que se considere a capacidade económica do progenitor com quem o menor vive e de outros membros do agregado familiar para aferir da necessidade da prestação social.

A obrigação de alimentos reclama, por isso, um tratamento especial por causa da confluência de interesses individuais e familiares, típicos de uma relação jurídica de direito privado, com interesses públicos de protecção da infância. Assim, as intervenções do Estado de Direito Social exigem políticas sociais e legislativas de efectiva protecção da infância e erradicação da pobreza infantil. Para isso deveremos partir de uma abordagem que distinga situações de inadimplemento voluntário do involuntário.

Para nos centrarmos no problema do cumprimento da obrigação de alimentos e, consequente, meios de aumentar a taxa de sucesso, temos que distinguir a situação económica e patrimonial dos devedores. A distinção entre incumprimento culposo do não culposo é importante para adequar os meios de garantia do direito da criança. Assim, quando falamos em incumprimento culposo, presumimos que o devedor voluntariamente não paga a prestação e/ou sonega ou dificulta a execução dos alimentos, apesar de ser titular de rendimentos ou capital bastante para suportar integralmente a obrigação de alimentos nos termos do artigo 601.º

⁵ Aprovado pela Lei n.º 75/98, de 19 de Novembro, última alteração pela Lei n.º 24/2017, de 24/05 e regulado pelo Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de Maio, última alteração pela Lei n.º 64/2012, de 20 de Dezembro. De ora em diante o Fundo será designado por FGDAM.

⁶ Segundo o Estudo do Instituto Nacional de Estatística, “Rendimento e Condições de Vida 2017 (dados provisórios)”, publicado no dia 30 de Novembro de 2017, (disponível em www.ine.pt), o valor correspondia por adulto, em 2016, a 454€/mês, 5.442,00€/ano.

do Código Civil. Recorremos à noção de património ilíquido ou bruto e que integra o conjunto de relações jurídicas susceptíveis de avaliação pecuniária ⁽⁷⁾. Para isso torna-se irrelevante a assunção de obrigações por parte do devedor que não se adstringam às necessidades fundamentais e que estejam no limite dos bens parcialmente penhoráveis previstos no artigo 748.º, n.º 3 Código de Processo Civil (no caso se fixa no valor de 203,35€/mês ⁽⁸⁾) em confronto com as necessidades da criança (artigos 1879.º e 2004.º CC) ⁽⁹⁾. Bem como é a natureza pessoal da obrigação que justifica que esta não se extinga mesmo que o devedor seja declarado insolvente (artigos 51.º, n.º 1 *al. j*), 93.º e 245.º, n.º 2 *al. a*) do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas ⁽¹⁰⁾).

Na verdade, o nosso trajecto passa por distinguir entre a intervenção social de protecção à infância das situações em que é necessário garantir o direito da criança através do património do devedor. Os meios a accionar terão de ser diferenciados

consoante a natureza culposa ou não do incumprimento e, mais importante, terão que corresponder a respostas adequadas à situação de risco em que se encontra a criança por causa do não cumprimento da obrigação ou insuficiência desta (pensamos aqui nos casos em que a prestação possível face ao património do devedor não é suficiente para suprir as necessidades do filho) ⁽¹¹⁾. A distinção de situações e uma abordagem ampla permitirá melhorar as políticas sociais de protecção da infância, racionalizar a gestão de recursos e, decisivo, responder eficazmente às situações de risco de pobreza infantil. A flexibilização dos critérios constitutivos da intervenção do FGDAM permitiria obter ganhos de eficiência nas políticas sociais de inclusão das famílias em situação de pobreza e alargar uma intervenção premente e necessária a outras situações que não somente ao grupo social de famílias monoparentais e à verificação do incumprimento do devedor. Existem casos em que, apesar do cumprimento pontual, o montante dos alimentos é tão baixo (por limitação da capacidade do devedor) que se frustra *ab initio* a sua função. Tal realidade não deixará de nos convocar para uma discussão

⁷ Sobre a noção ver Carlos Mota PINTO, *Teoria Geral Do Direito Civil*, 4.ª ed. por António Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 344-345.

⁸ Valor fixado no artigo 17.º, n.º 1 pela Portaria n.º 98/2017, de 7 de Março.

⁹ É comum em alguns países utilizarem-se fórmulas de cálculos enquanto critérios guia para a fixação da prestação de alimentos quer por iniciativa das autoridades administrativas, quer por outros entes, sendo que as mesmas não adquirem um critério vinculativo. A título de exemplo, vejamos os diferentes critérios dos Estados norte-americanos (por exemplo, Califórnia (www.cse.ca.gov/ChildSupport/), Ohio (<https://ohiochildsupportcalculator.ohio.gov/>)), Reino Unido (<https://www.gov.uk/child-maintenance>) e Espanha (Consejo General del Poder Judicial, www.poderjudicial.es).

¹⁰ Aliás, atenta a natureza, o conteúdo e a função da obrigação de alimentos devidos a filhos menores a massa insolvente dos progenitores não deixará de responder pelo crédito do filho, direito fundamental irrenunciável e interesse prevalente aos interesses dos credores. O carácter privilegiado do credor exige que a obrigação seja satisfeita, independentemente da responsabilidade subsidiária das pessoas previstas no artigo 2009.º CC. Entendemos, portanto, que não é de aplicar ao direito do credor-filho o regime da obrigação geral de alimentos, previsto no artigo 93.º Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

¹¹ Numa visão prospectiva do sistema, cabe indagar qual a função que o FGDAM deve ser chamado a desempenhar. A situação de risco de pobreza em que se encontra a criança, pode resultar de outras causas que não somente do facto de se integrar numa família monoparental. Ainda que seja neste grupo social que encontramos a maior percentagem de situações de risco (segundo o recente estudo do Instituto Nacional de Estatística falamos de cerca de 33,1% das situações, do total de pessoas em situação de risco de pobreza em Portugal, 18,3%), a função dos alimentos exige uma intervenção pública mais assertiva e alargada, em particular perante a ausência ou impossibilidade objectiva de rendimentos de um dos progenitores e de baixos rendimentos do agregado familiar onde se integra a criança (não podemos escamotear que algumas prestações de alimentos, tendo em conta a capacidade dos progenitores, fiquem bem abaixo dos 100€/mês por criança). Aliás no mesmo estudo é referido que o risco de situação de pobreza é maior em agregados familiares com dois adultos e três ou mais crianças dependentes (41,4%). E que são as crianças que se encontram na situação de maior risco, 22,35%. O resultado do inquérito ao “Rendimento e Condições de Vida 2017 (dados provisórios)”, publicado no dia 30 de Novembro de 2017, está disponível em <www.ine.pt>.

crítica sobre qual a função que o Estado e FGDAM devem desempenhar e quais os fundamentos a favor da discriminação positiva das famílias monoparentais face às demais ⁽¹²⁾.

¹² Este problema é tanto mais urgente discutir quando o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 5/2015 conclui: “A prestação a suportar pelo Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores não pode ser fixada em montante superior ao da prestação de alimentos a que está vinculado o devedor originário, nos termos do disposto pelos artigos 2.º, da Lei n.º 75/98, e 3.º n.º 3, do DL n.º 164/99.” A qualificação da obrigação do FGDAM a partir do instituto da subrogação e consequente defesa de que “o montante da prestação correspondente à obrigação originária traduz-se em limite objetivo desse incumprimento e, por conseguinte, do pressuposto que ele representa” produz um efeito perverso. O FGDAM em vez de ser compreendido como um instrumento de combate à pobreza infantil, é convertido num mero seguro de risco. Tal significa que a função do FGDAM é coarctada no âmbito subjectivo de resposta e na flexibilidade necessária para executar uma verdadeira política de luta contra a pobreza infantil. O papel do FGDAM torna-se, por isso, débil face ao desiderato que o legislador antevia com a sua criação. No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de Maio, é estatuído que “os factores que relevam para o não cumprimento da obrigação de alimentos assumem frequência significativa a ausência do devedor e a sua situação sócio-económica, seja por motivo de desemprego ou de situação laboral menos estável, doença ou incapacidade, decorrentes, em muitos casos, da toxicodependência, e o crescimento de situações de maternidade ou paternidade na adolescência que inviabilizam, por vezes, a assunção das respectivas responsabilidades parentais”. Em seguida se diz que “foi intenção do Estado criar uma nova prestação social, com vista a traduzir um avanço qualitativo inovador na política social desenvolvida pelo Estado, ao mesmo tempo que se dá cumprimento ao objectivo de reforço da protecção social devida a menores”. Logo, não poderemos deixar de compreender que o FGDAM, quando se substitui ao devedor originário, fá-lo no cumprimento de uma obrigação autónoma de fonte legal inerente a um dever de protecção da infância por intermédio de mecanismos de solidariedade social. Não ocorre somente uma colectivização do risco de incumprimento, há a necessidade de se afirmar uma acção positiva de inclusão das crianças que se vêm privadas de meios suficientes para a sua subsistência e que tem no incumprimento de alimentos uma causa próxima, mas não necessariamente a única. Ao FGDAM cabe garantir à criança as condições de subsistência mínimas para o seu desenvolvimento e para uma vida digna. O valor da prestação a seu cargo não é assim indiferente perante uma situação de objectiva necessidade, como é o caso de prestações alimentícias muito baixas quando em confronto com situações de fixação da prestação em função da capacidade potencial perante a impossibilidade ou ausência do progenitor.

b. Meios legais para fixação da obrigação de alimentos

A fixação de alimentos em Portugal é feita através do que podemos designar por modelo judicial mitigado. Existindo acordo dos progenitores, a obrigação de alimentos pode ser fixada em sede de processo a correr na Conservatória de Registo Civil (hoje com competência alargada a todos os acordos de responsabilidade parental independente dos progenitores serem casados ou não, através da Lei n.º 5/2017, 2 de Março). Para os outros casos, a obrigação de alimentos é fixada judicialmente, por decisão ou homologação de acordo, através de meios declarativos conexos à acção de regulação de responsabilidades parentais (artigos 11.º, n.º 3 RGPTC) ou especiais (artigos 45.º e ss. RGPTC). Em qualquer um destes meios de fixação, seja administrativo ou judicial, é possível recorrer à intervenção de serviços de mediação. A iniciativa pode caber aos progenitores ou pode resultar de convite da autoridade competente (tribunal ou Conservatória), sendo que neste último caso a intervenção do serviços depende do consentimento daqueles, de modo a respeitar o princípio da não obrigatoriedade da mediação (artigos 21.º, n.º 1 *al. b*), 24.º, 38.º e 39.º RGPTC). No entanto o recurso a tal serviço não prejudica, quando a fixação corra judicial, a tentativa de acordo ou avanço para a fixação da obrigação por decisão do tribunal, nem se pressupõe a realização de qualquer diligência prévia ao pedido de homologação judicial de acordo ou à instauração da acção judicial competente. Nos processos de competência da Conservatória, pelo menos num primeiro momento, é requisito legitimador da competência daquela que exista um acordo aceite pelos progenitores, todavia não é afastada a oportunidade de recorrer aos serviços de mediação caso o Ministério Público não seja favorável ao

acordo proposto (artigo 274.º-B do Código de Registo Civil e artigo 14.º, n.ºs 5 e 6 do Decreto-Lei n.º 272/2011, de 13 de Outubro ⁽¹³⁾).

A disponibilização de meios judiciais e administrativos alternativos potencia o expedito esclarecimento da posição que cada um dos progenitores assume no cuidado do seu filho — de uma relação comunitária passamos para uma relação cooperativa-trilateral — e promove a pacificação da vida familiar pós-ruptura. Todavia estes ganhos não removem os riscos que acompanham as vicissitudes de uma obrigação duradoura e pessoal como são os alimentos e que estão umbilicalmente ligados aos cuidados inerentes ao exercício das responsabilidades parentais. Um desses riscos prende-se com a falta de informação relevante e acessível aos progenitores aquando da feitura do acordo. Nem sempre os progenitores estarão devidamente informados do regime jurídico das responsabilidades parentais, nem terão plena compreensão da sua situação económica e financeira pós-ruptura da vida em comum. A ausência de serviços públicos ou privados de aconselhamento e dificuldades no acesso a informação relevante acabam por dificultar a tomada da melhor decisão possível, no que toca à salvaguarda dos interesses dos progenitores e do filho destes. Na verdade, o risco de informacional aquando da negociação entre os progenitores não garante que as decisões tomadas sejam favoráveis

ao cumprimento e exercício do acordo de regulação conforme os interesses do filho. A falta de previsibilidade das necessidades futuras do filho e das consequências patrimoniais que se abatem a cada um dos progenitores dificultam a obtenção de um base de acordo durável e eficiente.

Se é certo que caberá ao Ministério Público o magistério activo da defesa dos interesses do filho menor, não menos verdade que a sua competência se circunscreve à emissão de um parecer que tem como objecto um acordo para o qual intervém como fiscalizador e não facilitador da salvaguarda dos interesses conflituantes. O seu contributo é *a posteriori* e circunscrito, muitas das vezes, à informação disponibilizada pelos progenitores. As possíveis insuficiências de informação congénitas ao acordo submetido à apreciação do Ministério Público representam um sério risco para o sucesso do mesmo. Parece, pois, que o Ministério Público deverá tentar obter uma completa compreensão da motivação que ele encerra, em particular perante as questões do exercício partilhado ou não das responsabilidades, bem como da determinação e exercício do direito de visita em confronto com a prestação de alimentos acordada. Ao Ministério Público exige-se uma atitude que não se constrinja à mera sindicância objectiva do acordo proposto. Aquele deve assumir uma função interventiva de garantia de obtenção do melhor acordo para os interessados e poderá ser, em muitos casos, diferente daquilo que eram as intenções originárias dos progenitores. Desde logo, dar gravidade aos interesses em confronto face à solução objecto do acordo e a importância de rever ou de executar na íntegra o acordo de regulação, devendo para o efeito proceder a uma apreciação conjunta de todos os aspectos da regulação das responsabilidades parentais como condição necessária ao sucesso da regulação e à

¹³ A alteração realizada pela Lei n.º 5/2017, de 2 de Março, alarga os meios de fixação da obrigação de alimentos ao atribuir competência concorrente às Conservatórias de Registo Civil para a homologação de acordo de regulação das responsabilidades parentais para as situações de separação de facto, cessação da união de facto ou de progenitores não casados. Este alargamento justifica-se pela ausência de litígio entre os progenitores, uma vez que é pressuposto atributivo de competência da Conservatória que o pedido tenha como objecto um acordo previamente firmado entre os progenitores, e pelo facto de o interesse da criança estar acautelado com a sindicância da proposta de acordo pelo Ministério Público (à semelhança do que resultava da experiência do Decreto-Lei n.º 271/2001, de 13 de Outubro).

efectividade da prestação de alimentos. O Ministério Público deve exercer as suas funções próximo dos interessados com vista a estar disponível para informar e esclarecer as eventuais dúvidas dos progenitores e reforçar a importância da assunção da responsabilidade na educação e manutenção do filho e no seu bem-estar, enquanto um trabalho cooperativo entre os progenitores. Apesar da dissolução da sociedade conjugal ou familiar, não deixará de subsistir um interesse comum personalizado no filho e que exige dos progenitores uma relação de empreendimento e cooperação entre si. A ideia de *meaningful relation* expressa o propósito da função a desempenhar por cada um dos progenitores na salvaguarda do interesse do seu filho e consequente responsabilização e valorização do papel que cada um deles assumirá no exercício das responsabilidades parentais.

c. Interessados e intervenientes

Os interessados em matéria de obrigação de alimentos são os progenitores e o filho. No entanto a fixação dos alimentos não se circunscreve à actuação dos titulares activos e passivos da relação jurídica, existem especificidades processuais que justificam que os interessados assumam diferentes funções e que, a importância dos interesses supra-individuais, impliquem a intervenção de outros entes.

Uma dessas especificidades diz respeito à incapacidade judiciária do filho menor credor de alimentos. Quando não exista acordo entre os progenitores a respeito da fixação de alimentos, porque o filho menor não pode estar por si em juízo (artigo 11.º Código de Processo Civil *ex vi* artigo 123.º CC), é necessário que a sua incapacidade seja suprida por intermédio do seu representante legal. Todavia, ao contrário das regras gerais previstas no

n.º 2 do artigo 16.º do Código de Processo Civil, a representação em juízo do menor será feita, em regra, pelo progenitor com quem ele reside contra o outro progenitor devedor de alimentos. No entanto, a falta de capacidade judiciária dos filhos menores não pode afastar a sua participação processual. A definição do que é o seu melhor interesse depende amiúde da sua audição como meio de concretização da dimensão subjectiva daquele interesse. Daí constituir um verdadeiro direito da criança ser ouvida pelas autoridades em questões do seu interesse, conforme se encontra consagrado no n.º 2 do artigo 12.º da Convenção dos Direitos da Criança, no artigo 3.º da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças e nos artigos 4.º, n.º 1 *al. c*), n.º 2 e 5.º do RGPTC.

Na verdade, a criança não pode deixar de ser considerada como sujeito activo interessado, mesmo não tendo capacidade judiciária. O direito da criança ser ouvida na primeira pessoa e sem medição de terceiros é, quando tenha suficiente maturidade, condição de um processo equitativo e justo. A audição promove a garantia da justa composição de interesses e assume-se como exigência de *due process* substantivo. Não pode existir uma decisão justa e conforme os interesses da criança se lhe é recusada a faculdade de participar na tomada da mesma. No entanto não há expressa previsão do direito de audição para os regimes jurídicos previstos no Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, e nos artigos 274.º-A e ss. do Código de Registo Civil. A aparente omissão legal não significa que o direito de audição esteja precludido nos processos administrativos. Entendemos, portanto, que devem ser aplicadas as regras previstas no RGPTC para o exercício do direito da audição da criança, com as necessárias adaptações. Não só por valer o artigo 5.º RGPTC como norma supletiva

aos processos tutelares cíveis regulados no Código de Processo Civil (artigo 65.º RGPTC) e por interpretação analógica a todos os outros processos cuja *ratio materiae* integre o objecto dos processos tutelares cíveis (alguns dos quais em regime de competência concorrente das Conservatórias com os tribunais¹⁴)), como por força da vinculatividade do direito de audição ser oponível às autoridades públicas, enquanto verdadeiro direito, liberdade e garantia análogo (artigo 12.º, n.º 2 da Convenção dos Direitos da Criança, artigos 16.º, n.º 1, 17.º e 18.º da Constituição). Mesmo que se duvide da presente qualificação, sempre se dirá que a relevância da opinião do filho menor é tanto mais pertinente quando a regulação resulta de uma proposta dos progenitores sem que esteja garantida a sua participação. Como dissemos acima, a relação pós-ruptura é de natureza triangular pelo que não está na disposição dos progenitores o interesse do filho, sendo pertinente a sua audição nos termos do artigo 5.º RGPTC com vista a validar o acordo proposto. Justifica-se a aplicação analógica dos princípios orientadores a todos os processos que tenham como objecto e destinatário privilegiado a criança e a sua situação e que se qualifiquem como instrumentos garantes do seu superior interesse (artigo 3.º, n.º 1 da Convenção dos Direitos da Criança). A *ratione materiae* deve prevalecer sobre a

¹⁴ O artigo 1909.º, n.º 2 CC (artigo para o qual remetem o 1911.º, n.º 2 e 1912.º, n.º 2 CC) admite a competência concorrente para a homologação de acordo de regulação para as situações de separação de facto, dissolução da união de facto e de progenitores que não vivam em união de facto (Lei n.º 5/2017, de 2 de Março).

Já quanto ao regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, não obstante a competência exclusiva, ao se exigir como condição, para o divórcio por mútuo consentimento, o acordo sobre a regulação das responsabilidades parentais justifica-se a interpretação analógica em função do objeto do acordo da regulação ser coincidente com o objeto dos processos tutelares cíveis (artigo 3.º *al. c* e d)). Em ambos os processos se identificam como interesse principal o da criança, pelo que devem ser acautelados os direitos desta para uma justa e adequada decisão.

diversidade de competência das autoridades, sejam administrativas ou judiciais, apenas se impondo a adaptação em ordem das especificidades processuais. A adaptação não pode representar um meio de sonegação de direitos.

A isto acresce a competência para a fixação da obrigação de alimentos que hoje é alargada e concorrente (salvo nos casos do acordo de regulação das responsabilidades parentais no âmbito de um processo de divórcio por mútuo consentimento ou separação judicial) entre o o tribunal e a Conservatória do Registo Civil para as situações em que há acordo dos progenitores. Inexistindo acordo vale a reserva da função jurisdicional e a competência é exclusiva dos tribunais.

É de destacar ainda a intervenção do Ministério Público enquanto curador das crianças. Ao Ministério Público compete apreciar o acordo de regulação dos progenitores em sede administrativa, estando a homologação daquele dependente do seu parecer favorável. Bem como lhe cabe, igualmente, a iniciativa processual na fixação, modificação e execução da obrigação de alimentos em representação dos interesses da criança (artigo 17.º RGPTC). O Ministério Público apresenta-se assim como coadjuvante na tomada de decisão que salvguarde o superior interesse da criança sendo obrigatória a sua presente em todas as diligências e actos processuais presididos pelo juiz.

A estes intervenientes acrescentam os advogados enquanto mandatários dos progenitores. Ainda que não seja obrigatória para os processos tutelares cíveis (salvo na fase de recurso (artigo 18.º, n.º 1 RGPTC)), é comum os progenitores constituírem advogado como forma de obterem informações e aconselhamento jurídico sobre os termos do acordo a celebrar ou para fins de patrocínio em processo judicial. Os advogados podem ainda desem-

penhar um importante papel na salvaguarda dos interesses das próprias criança. Em caso de conflito de interesses pode ser nomeado um advogado para representar os filhos menores e designado um curador especial para o efeito (artigo 18.º, n.º 2 do RGPTC e artigo 1881.º, n.º 2 CC), ou pode a sua intervenção ser solicitada por criança com maturidade adequada (artigo 18.º, n.º 2 *in fine* RGPTC).

d. Factores de Risco

A necessidade de fixação da obrigação de alimentos resulta ou da ruptura da vida em comum dos progenitores (divórcio, separação judicial, separação de facto ou dissolução da união de facto) ou da ausência desta (os progenitores não são casados, nem vivem em União de Facto). No entanto, a situação tipo que justifica a fixação de alimentos, seja a título principal ou acessório, será a que decorre da ruptura da vida em comum. Assim, é característico dos processos de fixação de alimentos a regulação das responsabilidades parentais no seu todo e pelo facto de o seu contexto se caracterizar pelo rompimento do projecto de vida pessoal e patrimonial comum dos progenitores. Logo, este processo traz consigo componentes emocionais associados ao fim de um relacionamento (ou à ausência deste) que podem colocar entraves à discussão e tentativa de obtenção de consenso por parte dos progenitores nas várias questões a resolver, por exemplo, destino da casa de morada de família, partilha do património conjugal, alimentos entre ex-cônjuges e, havendo filhos menores, regulação das responsabilidades parentais (aqui se incluindo os alimentos devidos aos filhos menores). No que toca a este último, e em especial quanto ao problema da fixação de alimentos, apesar da relação a dois ter acabado, nem por isso deixarão os progenitores de estar vinculados a um dever de cooperação

com vista à salvaguarda do melhor interesse do seu filho. A relação acaba, mas não a responsabilidade para com o filho. A ruptura implica a reorganização da vida pessoal e patrimonial dos progenitores, nem sempre se encontrando estes dotados de toda a informação adequada e suficiente para projectar os (novos) encargos, nomeadamente, informação fiscal, financeira e económica. Esta falta de informação impede muitas vezes os progenitores, em sede conciliatória, de conhecerem a totalidade das reais necessidades de uma criança e respectivos encargos e custos. Em especial para os casos em que o filho fica a residir apenas com um dos progenitores. Não poucos são os casos em que o progenitor com quem a criança não reside percepcione o destino dos alimentos como um benefício directo do outro progenitor e não do seu filho. Há por isso um sério risco de falha de percepção do destino dos alimentos.

A este risco acresce os efeitos patrimoniais da separação trazerem consigo muitas vezes o risco de empobrecimento dos membros do então casal, em especial para o progenitor com quem o menor reside (a monoparentalidade constitui um factor de risco de pobreza). A redução de sinergias financeiras e o potencial aumento de encargos com a autonomização económica, nomeadamente, a venda ou compra da casa de habitação comum e compra ou arrendamento de uma nova habitação, levam à tensão e resistência na assunção da responsabilidade patrimonial pós-ruptura. O fenómeno de empobrecimento social e económico dos progenitores é susceptível de conduzir ao agravamento da capacidade económica ou mesmo redundar na incapacidade económica de satisfazer os seus encargos.

Outro risco resultante de informação insuficiente é a dificuldade na determinação da real capacidade económica de cada um dos progenitores, em

especial do devedor de alimentos. A informação patrimonial não só é relevante para a justa repartição de encargos entre os progenitores no momento da fixação de alimentos, como para garantia do pontual cumprimento da obrigação, nomeadamente, na identificação do património e fontes de rendimento do devedor. Não é de descurar o risco do devedor provocar a falta de solvibilidade ou ocultar parte dos seus rendimentos e capital, em especial nas situações em que o devedor é profissional liberal, empresário ou titular de rendimentos provenientes de capital. O desconhecimento por parte do credor do património do devedor ou a eventual sonegação de bens, promove o esvaziamento da garantia da relação jurídica de alimentos e enfraquece a realização do direito do filho menor. Nestas situações não são de todo irrelevantes as regras do sigilo bancário que restringe o acesso aos dados financeiros (artigos 78.º e 79.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras⁽¹⁵⁾). Atendendo ao interesse público de garantia da obrigação de alimentos deveria ser equacionada a possibilidade de alargar as causas de excepção ao dever de segredo para um momento prévio à fixação de alimentos não se restringindo às situações em sede de acção executiva⁽¹⁶⁾.

¹⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, última alteração Lei n.º 109/2017, de 24 de Novembro.

¹⁶ No processo executivo a identificação dos depósitos é feita por mediação do Banco de Portugal (artigo 749.º, n.º 6 Código de Processo Civil) e em momento prévio à penhora. Ainda que seja possível o recurso à providência cautelar de arresto (artigo 391.º e ss Código de Processo Civil) e de arrolamento (artigos 403.º e 409.º Código de Processo Civil) seria de ponderar, quando estivesse em questão a regulação das responsabilidades parentais, a partilha de informação através da imposição de deveres de cooperação entre os progenitores na revelação da sua situação patrimonial como momento prévio à discussão e conclusão do acordo. Todavia, para que tal foi eficaz seria necessário prever a intervenção de um serviço de mediação ou apoio na elaboração do acordo.

e. Meios de Garantia do Direito de alimentos

Uma vez feita a inventariação dos principais problemas e riscos que orbitam a obrigação de alimentos, cabe agora discutir como poderá a ordem jurídica garantir mais eficazmente o direito do credor.

i) Preventivos

A primeira abordagem a adoptar será de ordem preventiva, mais do que a reactiva. Antes de pensarmos como reagir perante o inadimplemento do devedor, devemos, profiláctica e eficazmente, reduzir o risco de mora ou inadimplemento. Para isso, e como foi referido *supra*, temos de destrinçar as situações de risco de incumprimento voluntário das de incumprimento involuntário, por exemplo, porque não existe património suficiente que garanta o cumprimento das prestações vencidas ou vincendas ou porque o devedor se encontra numa situação de impossibilidade de cumprir não imputável. Na verdade, é necessário distinguir as situações em que o devedor não tem rendimentos ou que estes são inferiores às necessidades dos filhos menores (p.ex., a situação de incumprimento resulta de rendimentos baixos ou insuficientes dado o número da filhos) dos casos de manifesta irresponsabilidade pessoal na assunção do que é dever de um progenitor (p.ex. contrair uma dívida para aquisição uma automóvel que representa uma taxa de esforço superior a 30% do orçamento mensal). Tal destrinça nem sempre é possível estabelecer à partida, pelo que os riscos que envolvem o não cumprimento voluntário devem estar presentes em todas as fases do processo (fixação, modificação, cessação e execução), desde logo para

prevenir ou identificar situações de fraude.

Em regra, como vimos, a necessidade de fixação da obrigação de alimentos decorre da ruptura da vida em comum dos progenitores. Ora, uma primeira consequência pode ser a quebra de confiança e cooperação até então existente. A cooperação entre o ex-casal é importante para afastar entropias na relação no momento de tomada de decisões a favor do interesse do filho. Desta feita, torna-se claro que uma solução consensual é o caminho privilegiado a adoptar. A adesão voluntária ao processo negocial — e aqui a adesão é diferente da assunção voluntária da obrigação, uma vez que diz respeito à voluntariedade dos intervenientes em cooperarem enquanto meio de obter um acordo — por parte dos progenitores dá maiores garantias de cumprimento da obrigação, por dela resultar um relação de compromisso entre eles e, fundamental, estabelecer entre eles uma base de confiança. O estabelecimento de uma relação de confiança entre os progenitores permitirá alcançar um maior sucesso perante as vicissitudes inerentes à natureza e função da obrigação de alimentos e eventuais flutuações de rendimentos do devedor. Em especial quando seja necessário proceder à revisão da prestação alimentícia perante a alteração dos rendimentos e necessidades do filho. Uma rápida revisão permite responder de forma adequada às necessidades contemporâneas da criança.

Outro meio preventivo passa pela possibilidade de se recorrer a serviços de mediação. Estes apresentam a vantagem da discussão e negociação do acordo ocorrer fora da órbita do litígio judicial de matriz predominantemente adversária, enquanto instrumento facilitador da obtenção de acordos exequíveis. Ainda que a fixação de alimentos ocorra num processo de jurisdição voluntária, não deixarão de existir duas partes que podem

antagonizar as suas pretensões, em especial como efeito colateral da ruptura da vida em comum⁽¹⁷⁾. Contudo a falta de adesão e de conhecimento destes tipos de serviços, quer de centros de mediação privados ou integrados nos tribunais (ou acessíveis a partir dos processos de competência da Conservatória de Registo Civil) e a falta de serviços de apoio à família especializados, impedem a existência de um intervenção pró-activa, conciliadora e eficiente. A não generalização do acesso aos serviços de mediação, como instrumento preventivo ou de resolução alternativa de conflitos, tende a dificultar o seu sucesso. Muitas vezes o recurso aos serviços de mediação ocorre já numa fase avançada de conflito e hostilidade entre os progenitores o que mina a utilidade e eficácia de tais serviços por falta de oportunidade e intervenção precoce.

O ordenamento jurídico português, independente do efectivo recurso a serviços de mediação, promove a obtenção de um acordo entre os interessados, mesmo quando a fixação de alimentos seja discutida em sede judicial. No entanto o favorecimento de uma solução consensual não prescinde que o acordo tenha uma especial formalidade (terá que ser homologado por uma autoridade administrativa ou judicial), nem que seja objecto de sindicância quanto à salvaguarda do superior interesse da criança⁽¹⁸⁾. Por isso, não são reconhecidos acordos privados que passem à margem do controlo público dos termos em que

¹⁷ Atendendo ao contexto de ruptura em que se discute a regulação das responsabilidades parentais, o processo judicial não deixará de ser compreendido como uma extensão do campo de discussão dos factos que conduziram à ruptura da vida em comum. Não poucas vezes este se assume como local de confronto entre dois lados da barricada em contraposto ao interesse prevalente do filho menor, objecto da regulação.

¹⁸ O carácter indisponível do superior interesse da criança impede que a eficácia do acordo que não seja homologado judicial ou pelo Ministério Público (“...sujeito a homologação...”, artigo 1905.º, n.º 1 CC).

são firmados. Porém, a solução consensual não é sinónimo de uma boa decisão, nem de uma decisão exequível. A falta ou défice de informação na construção do acordo pode eventualmente inquinar os termos em que este é aceite pelos progenitores. Em particular porque não existe uma correlação directa e prejudicial entre fixação da obrigação de alimentos e a regulação de determinados aspectos das responsabilidades parentais, em especial o direito de visita. As questões que integram o objecto da regulação tendem a ser autonomizadas e ponderadas analiticamente. Os alimentos surgem como questão conexa e não prioritária, em muitos casos, atenta a preocupação em obter a dissolução do casamento ou a fixação da residência do menor. Esta subalternização ou instrumentalização da obrigação de alimentos muitas vezes conduz à secundarização da sua importância e à fixação de um valor em sede de acordo nem sempre centrado no interesse do filho, antes como critério a incluir na lógica negocial de *trade-off* assente no compromisso e cedência negocial dos progenitores.

Ainda assim, é inegável que a celeridade promovida pela previsão de vários meios concorrentes trazem consigo a garantia do reconhecimento de um título executivo idóneo a accionar o procedimento pré-executivo e executivo. Tal força executiva é reconhecida às decisões e transacções judiciais e aos acordos homologados na Conservatória de Registo Civil. Vejam-se as normas relativas ao divórcio por mútuo consentimento em caso de divórcio (artigo 1905.º, n.º 1 CC (¹⁹)), em acção tutelar cível especial (artigos 35.º e 45.º RGPTC) ou em sede do regime de regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo junto das Conservatórias do

Registo Civil (aprovado pela Lei n.º 5/2017, de 2 de Março e nos termos dos artigos 1909.º, n.º 2, 1911.º, n.º 2 e 1912.º, n.º 2 CC). Obtida a decisão ou homologação do acordo, o credor goza de um título executivo que lhe faculta o acesso aos meios pré-executivos (artigo 48.º RGPTC) e à execução especial por alimentos artigo 933.º e ss. Código de Processo Civil), conforme o n.º 1 do artigo 703.º Código de Processo Civil, n.º 4 do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 272/2001 e n.º 6 do artigo 274.º-A do Código de Registo Civil.

Acresce, ainda, a ausência de mecanismos privados ou públicos com vista a garantir do cumprimento da obrigação de alimentos, para além das garantias gerais e especiais previstas no Código Civil (nomeadamente, hipoteca legal e judicial, consignação de rendimentos judicial). Não existem assim quaisquer mecanismos de seguros ou fundos de risco, a não ser o Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores, mas que, pela sua natureza de prestação social subsidiária, funciona numa lógica distinta, como veremos. Seria útil prever fundos que possibilitassem socializar o risco de incumprimento da prestação de alimentos numa lógica ampla de interesse público que obviasse a confusão entre situações de emergência social das situações de tutela individual do credor e do progenitor com quem este reside.

ii) Reactivos

O procedimento pré-executivo é uma forma célere de garantir o direito dos filhos (artigo 48.º RGPTC), ao conferir ao credor a faculdade de pedir ao tribunal que ordene que pagamento da pensão de alimentos seja feito directamente por dedução dos vencimentos ou rendimentos periódicos e conhecidos do devedor. Basta que exista decisão ou acordo homologado a fixar a prestação de alimen-

¹⁹ Aqui se incluem ainda a obrigação de alimentos em casos de separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade e anulação do casamento.

tos e que o devedor esteja em mora 10 dias após o vencimento da obrigação invocando o incumprimento do devedor sem necessidade de penhora ou notificação do devedor. Trata-se de um incidente de incumprimento a que se encontra enxertado um meio executivo da decisão ou acordo que ficou os alimentos. Contudo esta medida está dependente de da existência de rendimentos regulares do devedor. Esta facto restringe o meio, em termos de praticabilidade e eficácia, às situações em que o devedor seja trabalhador por conta de outrem ou tenha rendimentos periódicos e certos ou de origem determinada. Se os pagamentos forem irregulares ou provenientes de diferentes pessoas a medida revela-se infrutífera.

Não sendo possível assegurar o pagamento da prestação de alimentos por este procedimento, resta ao credor o recurso à acção executiva na forma especial prevista nos artigos 933.º do Código de Processo Civil. Esta dispensa a citação prévia do devedor (n.º 5 do artigo 933.º Código de Processo Civil), bem como faculta ao exequente a possibilidade de pedir a adjudicação de parte das quantias, vencimentos ou pensões ou a consignação de rendimentos independentemente da penhora (n.º 1 do artigo 933.º Código de Processo Civil). Contudo, salvo as situações em que o devedor tenha bens sujeitos a registo ou depósitos bancários, o credor nem sempre tem acesso a informação patrimonial do devedor, nem tão pouco goza de legitimidade para consultar bases de dados que identifiquem a situação patrimonial do devedor. O desconhecimento tem como efeito dissuadir o credor em avançar para a acção especial de execução por alimentos, em especial perante a possibilidade do Fundo se poder substituir ao devedor, frustrando-se, de certa forma, a ideia de funcionamento subsidiário deste.

Existe ainda um outro meio de reacção que é a tutela penal. A criminalização pelo não cumprimento da obrigação de alimentos (artigo 250.º do Código Penal) tenderá a desempenhar uma função preventiva especial de dissuasão do incumprimento. A ameaça de aplicação de uma sanção penal poderá desempenhar um efeito compulsório no cumprimento da obrigação de alimentos, todavia poderá erodir ainda mais a relação entre os progenitores e agora com o próprio filho menor por causa da natureza semi-pública do crime (artigo 113.º, n.º 5 e 116.º, n.º 4 Código Penal). O efeito útil da ameaça de sanção (mais do que a sanção em si) ocorrerá sempre que o devedor cumpra a sua obrigação entregando os montantes vencidos e vincendos, nomeadamente através da suspensão do procedimento criminau ou da suspensão da pena com imposição de condições (*in casu*, mediante o pagamento das prestações vencidas e vincendas). No entanto, em termos práticos podemos discutir se a criminalização constitui um meio eficaz e adequado tendo em consideração os interesses a acautelar. Desde logo em termos de construção do tipo legal de crime. Se for exigida a verificação antecipada da impossibilidade de execução pelos meios de direito civil ou se o recurso aos expedientes de direito civil forem interpretados como uma renúncia tácita à queixa crime, acabamos por esvaziar de sentido qualquer efeito útil da criminalização do incumprimento culposu, desde logo o seu efeito compulsório.

Perante o incumprimento, o credor pode requerer que o FGDAM se substitua ao devedor a título subsidiário em sede do incidente de incumprimento e procedimento pré-executivo previsto no artigo 48.º RGPTC. A falta de pagamento total ou parcial da quantia em dívida, enquanto condição objectiva, tem que ser demonstrada judicialmente

pela frustração daquele meio pré-executivo. Não é, portanto, necessário recorrer à via da execução especial por alimentos (²⁰), nem tão pouco requerer a condenação de outras pessoas obrigadas a alimentos (artigo 2009.º CC (²¹)). Para que se funde a legitimidade passiva do FGDAM basta que o devedor, que figure no título executivo (decisão ou acordo homologatório), não cumpra voluntariamente a sua obrigação, nem seja possível a sua substituição por intervenção do tribunal em sede pré-executiva ou executiva. À comprovação do incumprimento e à impossibilidade de execução acrescem a verificação dos seguintes requisitos (artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 164/99): a) existência de decisão (definitiva ou provisória), transacção ou acordo homologado ou acordo que fixe os alimentos devidos a menores; b) existência de decisão (definitiva ou provisória), transacção ou acordo homologado ou acordo que fixe os alimentos devidos a menores; c) menor de 18 anos (²²); d) residência do menor em território

²⁰ No entanto, não se exige ao credor a obrigatoriedade do recurso ao procedimento pré-executivo como condição para requerer a intervenção do FGDAM. A impossibilidade de execução do direito de alimentos pode também ser demonstrado, em alternativa, através de processo de execução especial por alimentos. De acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Outubro de 2009, o credor pode “optar, em alternativa, por um desses meios procedimentais, em função da avaliação que realiza, em concreto, acerca do seu próprio interesse na reintegração efectiva do direito lesado com o incumprimento da obrigação alimentar”.

²¹ Quando sejam chamados a suportar os alimentos devidos a menores, estes devedores assumem uma obrigação conjunta, cabendo ao tribunal fixar o montante dos alimentos devidos por cada um, em atenção aos respectivos recursos individuais. Trata-se de uma obrigação conjunta ou parcária, proporcional, tendencialmente paritária, que cada um dos condevedores suportará, na proporção dos respectivos recursos e grau de parentesco.

²² A alteração do artigo 1.º pela Lei n.º 24/2017, de 24 de Maio, abre a possibilidade de a obrigação do Fundo se estender para lá dos 18 anos nos mesmos termos que os previstos no artigo 1905.º, n.º 2 CC. No entanto esta alteração acarreta perplexidades em termos de políticas sociais face ao que já aqui foi dito. Em primeiro lugar, não se alcança as razões para o alargamento da intervenção do FGDAM para substituição dos alimentos devidos a filho maior e simultaneamente se restringir às situações em que o credor beneficie do reconhecimento do direito

de alimentos aquando da sua menoridade. Segundo a interpretação que fazemos do artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 75/98, de 19 Novembro, e respectiva remissão para o artigo 1905.º, n.º 2 CC, o FGDAM somente será chamado a intervir para os casos em que a obrigação de alimentos foi fixada aquando da menoridade do credor e se esteja perante uma situação de incumprimento onde não é possível a execução da obrigação (sendo que o incidente, ocorrendo o incumprimento com a maioria, será o mecanismo do artigo 48.º RGPTC por remissão do artigo 989.º Código de Processo Civil). O inadimplemento, enquanto condição objectiva de recurso ao FGDAM, não depende, ao contrário da fixação de alimentos, da sua verificação aquando da menoridade. Alargando-se o âmbito de intervenção do FGDAM aos alimentos devidos a maiores, o momento em que ocorre o incumprimento é irrelevante, uma vez que o diferencia a obrigação de alimentos é a função que esta desempenha em função das características do seu devedor. Numa interpretação teleológica e funcional do instituto não vislumbramos qual o pressuposto limitativo da legitimidade do FGDAM para se substituir ao devedor que somente entrou em incumprimento com a maioria do credor. Outro entendimento não se pode retirar da lei, sob pena de encontrarmos, para um mesmo grupo social vulnerável — filhos credores de alimentos —, diferentes consequências a partir de um mesmo facto objectivo. Em primeiro, não bula com a exigibilidade de uma prestação considerada vital para o credor, mas tão somente com o momento em que é legítimo recorrer ao mecanismo público de prestação social, e, segundo, o acto de incumprimento é neutro face à posição de cada um dos interessados, verificados os requisitos para a intervenção do FGDAM, porquanto em nada modifica a obrigação que sobre este recai de se substituir ao devedor. Equiparando a lei a obrigação de alimentos devidos a filhos menores à obrigação de filhos maiores, apenas se justificaria a discriminação entre credores se razões substantivas apresentassem diferentes obrigações e interesses públicos. O que não sucede na opção tomada pelo legislador. Nesta é feita uma equiparação formal dos credores de alimentos para efeitos da manutenção de obrigação após a maioria para efeitos da intervenção do FGDAM. Esta solução política é todavia muito duvidosa, quer em termos de oportunidade, quer em termos de respeito pelo princípio da igualdade. A teleologia do n.º 2 do artigo 1905.º CC compreende-se perante a realidade social das famílias monoparentais e da situação de vulnerabilidade que a caducidade da prestação de alimentos representa para formação dos jovens e equilíbrio económico do agregado onde vivem. Foram estas as razões de fundo que justificaram a alteração legislativa operada pela Lei n.º 122/2015, de 1 de Setembro: assegurar a continuidade de uma prestação necessária e que, em princípio a maioria não afecta a não ser em termos formais. Desta feita, a alteração legislativa visou adequar processual e substantivamente as posições do credor, agora plenamente capaz juridicamente, e do devedor. Com ela resulta a inversão do ónus da iniciativa processual, já não é ao credor que cabe a iniciativa para a manutenção dos alimentos, antes se presume que com a maioria se mantém a necessidade de alimentos e que caberá ao devedor demonstrar os pressupostos negativos que determinam a extinção da obrigação. Ao credor é conferida confiança e certeza de que continuará a beneficiar dos alimentos de uma forma contínua encontrando-se na situação prescrita nos artigos 1880.º e 1905.º, n.º 2 CC. Afasta-se o ónus do credor em ter que desencadear um incidente processual para a confirmação de um direito já previamente reconhecido perante circunstâncias que materialmente (partindo

nacional, e) inexistência de rendimentos líquidos do alimentando superiores indexante dos apoios sociais (IAS ⁽²³⁾); f) o alimentando não beneficie, na mesma quantidade, de rendimentos de outrem, a cuja guarda se encontre, superiores ao IAS, sempre que a capitação de rendimentos desse agregado familiar não exceda aquele valor ⁽²⁴⁾ e que não estejam em situação de internamento em estabelecimentos de apoio social, públicos ou privados sem fins lucrativos, cujo funcionamento seja financiado pelo Estado ou por pessoas colectivas de direito público ou de direito privado e utilidade pública,

do pressuposto que o filho cumpre o artigo 1880.º CC) se mantém inalteradas e que apenas a aquisição do estatuto de maioridade altera a sua posição processual e não a sua pretensão substantiva. Todavia, se tal solução é acertada para protecção do filho maior, já quanto ao alargamento da intervenção do FGDAM não nos parece líquido equipare a situação das crianças à dos jovens. Uma vez alcançado os 18 anos, não existe uma obrigação pública de protecção tão reforçada como para as crianças. A própria obrigação assume uma feição diferente, isto porque se encontra adstrita à conclusão da formação profissional ou educação, como tal, as necessidades já não podem ser consideradas como vitais para a existência de uma vida condigna do credor. A isto acresce que não se vislumbra em que medida o jovem integre um grupo social de risco de pobreza suficientemente diferenciador que justifique uma intervenção positiva do Estado Social. Perante a limitação de recursos económicos e financeiros disponíveis do Estado e não integrando os jovens em nenhum grupo social diferenciado de risco de pobreza, cremos que ocorrerá um desvio de recursos importantes para acautelar os interesses das crianças. Este desvio parte da equiparação do direito a alimentos do filho maior ao filho menor, sendo que o FGDAM tem, e deverá ter, uma intervenção para lá da mera substituição do devedor originário. Se há lugar onde a subsidiariedade da intervenção tem que ser levada ao limite é aqui. Aos credores maiores de idade presume-se que gozam de suficiente maturidade física e intelectual que os dota de ferramentas para assumirem autónoma e responsavelmente os seus interesses, incluindo o provimento das suas necessidades. A situação do filho maior, por maior relevância que tenha a sua formação profissional e educação, não lhe confere a mesma gravidade e emergência social que à situação enquanto menor, porquanto ocorre uma modificação as exigências de necessidade por já não existir um interesse supra-individual de protecção à infância.

²³ O IAS corresponde ao indexante dos apoios sociais instituído pela Lei n.º 53-B/2006, de 29 de Dezembro, última alteração pela Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro, e tem como valor actual 421,32€ fixados pela Portaria n.º 4/2017, de 3 de Janeiro.

²⁴ As regras de capitação estão reguladas no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 70/2010, última alteração DL n.º 90/2017, de 28 de Julho, que regula as regras para determinação da condição de recursos.

bem como os internados em centros de acolhimento, centros tutelares educativos ou de detenção. Contudo, só existe obrigação de o FGDAM se substituir ao devedor quando seja formulado um pedido de intervenção e dentro das necessidades da criança credor de alimentos até ao montante máximo de 1 IAS por devedor (independentemente de estarmos perante mais do que filho menor) ⁽²⁵⁾. A intervenção a cargo do FGDAM qualifica-se como uma prestação social substitutiva da obrigação do devedor primário de alimentos necessária à satisfação das necessidades do menor e evicção do risco de pobreza e que se mantém enquanto se verificarem os pressupostos legais sujeitos a revisão anual por iniciativa do credor (artigo 9.º Decreto-Lei n.º 164/99. de 13 de Maio) ⁽²⁶⁾.

²⁵ Sobre a possibilidade de se fixar uma prestação a cargo do FGDAM superior à obrigação do devedor originário, veio o Acórdão de Uniformização n.º 5/2015 do Supremo Tribunal de Justiça esclarecer que “nos termos do disposto no artigo 2.º da Lei n.º 75/98, de 19 de Novembro, e no artigo 3.º n.º 3 do DL n.º 164/99, de 13 de Maio, a prestação a suportar pelo Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores não pode ser fixada em montante superior ao da prestação de alimentos a que está vinculado o devedor originário”. No entanto esta decisão é susceptível de críticas, em primeiro lugar, porque o FGDAM intervém ao abrigo de uma obrigação legal autónoma à obrigação do devedor originário. A sua intervenção não se limita à mera modificação subjectiva da relação jurídica de alimentos. Há uma conversão de uma obrigação de direito privado para direito público, porquanto o Estado está obrigado a realizar uma prestação social distinta da prestação originária a cargo do devedor (tal é visível não só pela sujeição ao regime das prestações sociais, nomeadamente, a condição de recursos, mas também pela conversão da obrigação do devedor na parte assumida pelo FGDAM como uma obrigação da Segurança Social, artigo 5.º Decreto-Lei n.º 164/99. de 13 de Maio, e por igual qualificação quanto ao recebimento de prestações indevidas pelo credor (artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 164/99. de 13 de Maio), afastando, assim, o regime do enriquecimento sem causa. A intervenção do FGDAM é necessária enquanto garantia das condições de subsistência mínimas para o desenvolvimento e vida digna da criança credor de alimentos. Por isso, comprovando-se que o menor necessita de alimentos em montante superior aos devidos pelo devedor originário, deve o FGDAM ser chamado a se substituir àquele e a complementar na medida do necessário, assim como não pode ser condenado a pagar quantia superior às necessidades comprovadas da criança, mesmo que em montante inferior ao devedor originário.

²⁶ A este respeito deve ser acentuado que a função que o FGDAM é chamado a desempenhar pode justificar um juízo judicativo de ade-

II. O problema está na (des-)judicialização?

Perante as dificuldades na efectivação do direito a alimentos devidos a menores acima discutidas — muitas delas resultantes da realidade social e económica do país e das políticas sociais do Estado — podemos questionar-nos se o problema resulta do modelo legal adoptado. Isto é, as limitações e falhas de informação dos progenitores, a natureza adversária que o processo de regulação pode assumir em virtude da ruptura da vida em comum dos progenitores, o carácter conexo do problema dos alimentos com outros aspectos da regulação das responsabilidades parentais (residência e direito de visita) contribuem para as dificuldades em garantir o direito do filho menor? Seria desejável prosseguir uma verdadeira desjudicialização através da intervenção de entidades administrativas circunscrita à

quação do montante a que aquele é chamado a prestar em substituição do devedor. No confronto entre os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2009 e de 7 de Abril de 2011 verificamos que apesar da letra da lei (artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 75/98) ser clara a situação especial de uma fratria numerosa pode justificar que se ultrapasse o valor máximo de 1 IAS por devedor. Apesar do Acórdão de 2011 deixar claro que o limite de 1 IAS era em relação ao devedor e não ao credor, a verdade é que na sua fundamentação deixa em aberto a possibilidade de, perante as circunstâncias de facto como as do Acórdão de 2009, se possa ultrapassar esse limite. Transcrevendo o Acórdão de 2009: “Não é possível afirmar, como faz o recorrente, que o montante de 4 UCs [hoje 1 IAS] satisfaz o objectivo a que o legislador se propôs de “garantia dos alimentos devidos” (conclusão 15a) sem considerar o número de menores pelos quais essa quantia tem de ser repartida (sendo certo, por exemplo, que podem estar integrados em agregados familiares diferentes, o que conduziria a que a quantia atribuída a cada um viesse afinal a ficar dependente, também, das condições dos outros agregados familiares, o que não seria razoável)”, sublinhado nosso. Já por sua vez o Acórdão de 2011: “Relativamente elevado [montante máximo 1IAS] para os valores médios de prestações alimentares judicialmente arbitradas, deixando alguma margem de segurança ao menos para as situações correntes, em que os filhos carenciados não sejam muito numerosos, como efectivamente sucedia na situação concreta sobre que versou o Acórdão de 4/6/09)”, sublinhado nosso.

questão dos alimentos e autónoma ao processo de regulação das responsabilidades parentais? O caminho de administrativização do problema tem sido tomado por vários Estados dos E.U.A., pelo Reino Unido e pela Austrália, todavia não é garantia de sucesso, nem se pode transplantar sem uma visão crítica e adaptada à realidade portuguesa.

Como já tivemos oportunidade de anotar, não podemos ignorar que a litigiosidade que um processo judicial pode potenciar representa um factor de risco no cumprimento da obrigação de alimentos. Apesar de não existir nenhuma relação prejudicial entre a fixação de alimentos e outros aspectos da regulação das responsabilidades parentais, a interdependência das questões é relevante para obter a adesão dos progenitores a uma comportamento cooperante e de compromisso. As escolhas que os progenitores façam quanto ao que entendem ser o melhor para o seu filho terão implicações em sede da determinação da obrigação de alimentos. Por exemplo, não deve ser descuidado o investimento afectivo do progenitor com quem a criança não reside, uma vez que o comprometimento deste será relevante para compreender a finalidade dos alimentos e respectivo destino. O estabelecimento de um relação transparente entre progenitores (muitas vezes difícil por força da situação de ruptura que antecede à regulação das responsabilidades parentais) é fundamental para o sucesso do exercício cooperativo das responsabilidades parentais. Deverá ser promovido o acordo prévio sobre questões escolares ou actividades extra-curriculares que tenham repercussões para o orçamento familiar de cada progenitor partindo de uma base de entendimento comum sobre o que deve ser a formação e educação do filho dentro das capacidades financeiras individuais e cooperativas de ambos os progenitores. Para isso é importante

a consagração de uma fase pré-conciliatória, como sucede no modelo português, nos processos litigiosos de regulação das responsabilidades parentais (artigos 35.º e 37.º *ex vi* artigo 46.º RGPTC), mas que deverá ser tida como uma ocasião decisiva para esclarecer a nova realidade e responsabilidades dos progenitores e trabalhar um fio condutor no projecto educativo do filho e se possível realizar através de serviços de mediação ou de apoio à família. No entanto esta fase não deixará de ser condicionada pela matriz litigiosa que caracteriza o início do processo e pelo facto de hoje as situações de acordo poderem correr fora dos tribunais, onde não está previsto qualquer momento pré-conciliatório formal. Se é certo que o acordo depende do parecer favorável do Ministério Público para que seja homologado, o consenso que conduz à eficácia daquele nem sempre dá garantias de uma visão alargada dos interesses da criança e das vicissitudes que acompanham o exercício das responsabilidades parentais. A ausência de serviços especializados de apoio à família e de mediação facilmente disponíveis não assegura que o acordo resulte da manifestação de vontades simetricamente informadas sobre a relevância e consequências daquele. A oferta e acessibilidade destes serviços poderiam desempenhar uma função conciliatória que não se bastasse com o fim, o acordo, antes com o processo tendente à sua obtenção através da prestação de informações e esclarecimento de dúvidas num ambiente de não confronto, a identificação prévia dos riscos que a regulação das responsabilidades parentais representa no caso concreto e a promoção da construção de uma vontade cooperativa entre os progenitores.

No entanto, independente do modelo mais ou menos judicial a adoptar, deverá ser assumida a tendência de acolher na regulação das responsabilida-

des parentais uma visão integral de todos os seus aspectos e que com ela estejam conexos, nomeadamente, atribuição da casa de morada de família, fixação da residência, direito de visita e obrigação de alimentos. A inclusão do progenitor com quem o menor não reside e a promoção do exercício conjunto das responsabilidades parentais como meio de distribuir a responsabilidade entre os progenitores serve de factor favorável à remoção do risco de incumprimento ao promover o exercício efectivo das responsabilidades e estabelecimento de um vínculo permanente entre progenitores e filhos (*ongoing meaningful*). O comprometimento com o bem-estar e desenvolvimento por ambos os progenitores favorece a compreensão da função e da relevância dos alimentos. A relevância deste acordo global é tido em conta em alguns países, como o Reino Unido ou a Austrália, onde a fixação da obrigação de alimentos depende não só da contabilização das necessidades do filho e da capacidade dos progenitores, como também do exercício do direito de visita, indicando-se como número mínimo 52 noites por ano. A existência de uma ligação efectiva entre progenitor e filho, para os casos em que este reside com o outro progenitor, promove a responsabilização daquele pelo bem-estar, sustento e educação do filho e consequente adesão voluntária dos custos e encargos necessários. Todavia, o direito de visitas não deve relevar como condição objectiva para a fixação do *quantum* enquanto critério para a redução do montante, antes deve servir para responsabilizar e sensibilizar o devedor de alimentos para a importância e função da obrigação.

Este compromisso também se estende aos processos de decisões a tomar pelos progenitores quanto a aspectos relevantes da vida do filho, em especial quando feito de forma prévia através do estabelecimento das bases comuns de educação do

filho. Existem despesas ou encargos futuros previsíveis, mesmo que a título eventual, como por exemplo os custos associados a necessidades educativas ou outras despesas extraordinárias, cujo acordo prévio permite planificar financeiramente a vida dos progenitores e a vida dos filhos, tornando-os imunes a constrangimentos supervenientes. Por exemplo, podem os progenitores, para este efeito, abrir uma conta conjunta ou acordar um orçamento para incluir despesas variáveis ou necessidades eventuais.

Como já foi referido, à obrigação de alimentos perpassa o interesse público de protecção do superior interesse da criança, e desta forma consagra-se a indisponibilidade e irrenunciabilidade do direito do filho. Contudo, a obrigação de alimentos assume contornos especiais, porquanto continua a ter (salvo na questão dos alimentos provisórios, que podem ser fixados oficiosamente pelo tribunal, artigo 2007.º CC) uma dimensão de interesse privado ao fazer depender do seu reconhecimento o exercício do direito potestativo da constituição ou modificação da obrigação de alimentos. Ainda que, por se tratar de uma criança, possa o Ministério Público actuar em representação daquele, não é afastada a necessidade de fixação judicial ou, existindo acordo dos progenitores, administrativa da obrigação de alimentos. A dependência de acto público de constituição da obrigação acarreta consequências na actualidade e exigibilidade da obrigação (artigo 2006.º CC). Tal centra o problema, na ausência de acordo e cumprimento voluntário, numa óptica judicial bulindo com os tempos da justiça e a necessidade e actualidade dos alimentos (daí a alteração do regime dos alimentos devidos a maiores, artigo 1905.º CC). Aqui levanta-se a seguinte questão: faz sentido o exercício do direito de alimentos estar dependente do impulso

processual do progenitor guardião, ainda que em representação do filho, inserindo-se a questão na querela mais alargada da regulação e do divórcio? Sendo o principal interessado e titular do direito de alimentos o filho, e só reflexamente o progenitor guardião (por ser este que cabe, falhando a prestação a cargo do progenitor devedor, suportar os custos integrais com a educação e sustento do filho e que conduz amiúde ao seu empobrecimento), fará sentido depender a efectivação do direito por meios judiciais? Não existirão outras formas de intervir, em particular perante a subsidiariedade da intervenção do FGDAM? Deverá ser promovido o convite aos interessados para recorrerem a serviços de mediação quer na fixação do conteúdo da obrigação e da sua modificação? A ideia de proximidade dos serviços e a “*des-litigação*” processual (“*less adversarial procedures*”) contribuem para o sucesso do cumprimento? Fará sentido retirar a carga contenciosa do processo como meio de prevenir riscos de incumprimento?

Um dos caminhos, seguindo o modelo australiano, tendentes a evitar insucessos passa pela existência de serviços integrados e multidisciplinares de apoio à família, desde logo para ajudar a lidar com a ruptura, bem como a gestão financeira dos progenitores pós-ruptura e planificação da recomposição da vida familiar. A existência de mediadores ou consultores imparciais e estranhos aos progenitores, aos seus mandatários e ao decisor judicial pode servir de dissuasor de conflito, em especial se se encontrarem disponíveis num momento inicial da negociação do acordo. Momento onde a prestação de informação e aconselhamento é decisiva para o estabelecimento de uma base de cooperação e autonomização da regulação das responsabilidades parentais face às causas de ruptura da vida em comum (relembre-se que em termos de

funcionamento do sistema, a via judicial surge com a frustração da obtenção de um acordo homologado na via administrativa).

A isto acrescem as garantias que a intervenção de uma entidade administrativa pode permitir para o cumprimento da obrigação de alimentos, por estarem dotados de mecanismos pré-executivos e arrolamento de bens, meios mais expeditos de execução ou sancionatórios para os casos de violação dos deveres de cooperação, nomeadamente o dever do devedor indicar o património. Ou seja, integrar o problema numa relação jurídica alargada onde os deveres de cooperação não se situam apenas na relação trilateral resultante da ruptura, mas perante o próprio mediador administrativo, a quem se poderia conferir legitimidade de convocar a intervenção do Ministério Público. Este modelo no entanto tem custos que tenderão a ser suportados pelos próprios utilizadores, no caso os progenitores. Tal significa que há um acréscimo ao custo com os alimentos, mas que corresponde ao custo pela transferência do risco de incumprimento para um fundo colectivo. Esta transferência pressupõe uma substituição automática face ao incumprimento e conferia legitimidade directa ao serviço para execução da dívida.

III. Caminhos a seguir: entre a privatização e a publicização dos meios de prevenção e reacção

Tendo em consideração o aqui exposto, e a título preventivo, um possível caminho seria, como requisito prévio ao pedido de homologação de acordo, prever a obrigação de recurso a entidades que prestassem esclarecimentos, aconselhamento e planeamento financeiro aos progenitores nos casos de ruptura da vida em comum. Mesmo quando

consensual, a fixação de alimentos muitas vezes resulta de juízos experiência sem o conhecimento e processamento de toda a informação relevante (p. ex. meios de renegociação de dívidas ou venda da casa de morada de família, veículos). No que aos alimentos diz respeito, o acordo muitas vezes limita-se à fixação de um valor pecuniário sem qualquer referência ou termo de comparação face às reais necessidades do filho. O que desloca a questão da fixação de alimentos para uma estrita compreensão contabilística assente no balanço entre receitas e rendimentos, longe do cerne do problema e da função que a obrigação alimentos é chamada a desempenhar. O problema da falta de solvabilidade do devedor deve ser discutido previamente ao acordo e perante o património bruto do devedor. Para este efeito e num primeiro momento, não devem ser contabilizadas as obrigações, somente as exigências para uma vida digna do devedor em contraponto às necessidades do filho. Por isso, mesmo perante as variáveis que devem pautar a fixação de alimentos, existe a necessidade de esclarecer e informar os progenitores sobre o peso económico da educação e cuidado de um filho. Para tal, ainda que não vinculativas, a disponibilização de fórmulas das prestações a pagar disponíveis na internet, na ausência de entidades que disponibilizem serviços de aconselhamento e assessoria, poderia servir como meio de clarificação estimada da responsabilidade de cada um dos progenitores.

A necessidade de reorganização e planificação da nova vida dos progenitores, como já referido, nem sempre é precedida das necessárias informações. Este défice informacional muitas vezes advém da ausência de serviços especializados de informação, aconselhamento e planeamento financeiro acessíveis aos progenitores. Este tipo de serviços permitiria agilizar e antecipar eventuais escolhos

futuros, disponibilizar instrumentos financeiros adequados a suprir necessidades futuras e previsíveis do filho. Outra valência que estes serviços poderiam dispor seria apoio na renegociação ou reorganização de dívidas e organização do orçamento familiar com vista a determinar de forma transparente as reais possibilidades do devedor e libertar recursos, sempre na lógica de garantir a autonomia e capacidade financeira de ambos os progenitores e garantir as necessidades do filho.

Um outro caminho poderia passar pela previsão de seguros públicos ou privados que permitisse transferir o risco de incumprimento. A colectivização do risco de incumprimento numa lógica distributiva pressupõe a aplicação de uma taxa ou prémio proporcional ao *quantum* de alimentos fixados, risco de incumprimento e numa lógica distributiva. Este custo adicional a ser suportado por ambos progenitores teria um prémio de risco diferenciado a favor do progenitor com quem o filho reside e que poderia estar isento para situações casos especiais, como por exemplo, baixos rendimentos e indícios de violência doméstica. O pagamento dos alimentos seria feita directamente ao fundo que por sua vez procederia ao pagamento a favor da criança e que, em caso de mora ou inadimplemento, esse pagamento não carecia de qualquer incidente de incumprimento. A duração da substituição poderia ser limitada ou apenas cobrir parte da prestação de alimentos. Seria ainda pressuposto que o seguro, por se substituir ao devedor, tivesse legitimidade activa para accionar os meios pré-executivos e executivos em caso de incumprimento do devedor. Tal significaria que o fundo poderia executar directamente o devedor, sem qualquer necessidade de reavaliação da situação deste e sem impor qualquer ónus ao credor para chamar processualmente o devedor ou o seguro. O me-

canismo seria automático e de funcionamento administrativo prescindindo da intervenção judicial para que fosse feita a prestação de alimentos em falta, garantindo desta feita a contemporaneidade e cumprimento pontual da obrigação do ónus de impulso e sem mediação do tribunal, tal como resulta actualmente com o FGADM ⁽²⁷⁾.

Este seguro não substituiria o FGADM, antes procederia à distinção do que é protecção e prevenção da pobreza infantil e a garantia do cumprimento da obrigação de alimentos. O seguro funcionaria, portanto, como garantia adicional disponível ao credor e como meio de colectivização do risco de incumprimento. Por sua vez, ao FGADM caberia a efectiva prestação social de carácter subsidiário de resposta às situações de maior vulnerabilidade. Tal permitira reforçar a natureza pública da obrigação assumida pelo FGADM nas situações de inadimplemento do devedor e desta feita autonomizar e reforçar os meios executivos disponíveis no âmbito da execução das dívidas à segurança social. Tal permitiria a especialização e alargamento da intervenção do FGADM para lá das situações de incumprimento, podendo servir, por exemplo, de complemento a alimentos de baixo valor ou justificar a imediata substituição do devedor nos casos em que o progenitor se encontrasse ausente ou não tivesse, sem culpa, capacidade de prestar alimentos ⁽²⁸⁾. A chamada

29

²⁷ Desta feita veja-se o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 12/2009 do Supremo Tribunal de Justiça: «A obrigação de prestação de alimentos a menor, assegurada pelo Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores, em substituição do devedor só nasce com a decisão que julgue o incidente de incumprimento do devedor originário e a respectiva exigibilidade só ocorre no mês seguinte ao da notificação da decisão do tribunal, não abrangendo as prestações anteriores».

²⁸ A falta de capacidade do devedor nos casos de ausência ou impossibilidade não culposa levanta a necessidade de fixar judicialmente a obrigação de alimentos de forma a garantir o acesso ao FGADM. Ver o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Setembro de 2011:

do FGADM permitira estabelecer uma relação jurídica autónoma de direito público com o devedor que legitimaria a execução administrativa deste e no quadro da autotutela executiva administrativa. A isto se poderia associar, ainda, a previsão de sanções administrativas (porventura compulsórias) ou penais, não pelo incumprimento em si, mas pela falta de colaboração dos progenitores, por exemplo na identificação de património ⁽²⁹⁾.

«A essencialidade de que se reveste para o interesse do menor a prestação alimentar impõe ao tribunal que lhe confira o necessário conteúdo, não se podendo dar, e ter, por satisfeita pela constatação da falta de elementos das condições económicas do progenitor requerido, particularmente se por ausência deste em parte incerta ou de colaboração sua». A justificação desta jurisprudência entende-se por duas ordens de razão, além das aventadas no douto aresto: o direito a alimentos é indisponível, pelo que não pode estar dependente da capacidade do devedor verificando-se a necessidade do filho menor a sua efectivação. Esta capacidade influencia o *quantum*, mas dela não depende o reconhecimento do direito do filho. Em segundo lugar, a condição exigida pelo FGADM dos alimentos serem previamente fixados, reclama que se acautele e proteja a criança integrada em família monoparental do risco de não obter os alimentos necessários ao abrigo do princípio da não discriminação. Se ela se encontra em situação materialmente identifica à criança que beneficia de uma decisão ou acordo de fixação de alimentos, então também ela deverá gozar do direito a chamar o FG-DAM. Poder-se-á discutir em termos técnicos se o problema se resolve em sede de fixação do direito a alimentos ou em sede de intervenção do FGDM. Contudo, partindo do entendimento pugnado pelo acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 5/2015 e com respeito à obrigação de não discriminação, o momento terá que ser aquando da fixação da obrigação de alimentos, porquanto a intervenção do FGDM rege-se por critérios de estrita legalidade por oposição aos processos de jurisdição voluntária em que se discute a fixação de alimentos e que justificam a invocação de critérios de equidade para preencher o elemento constitutivo do direito a alimentos a *capacidade* do devedor.

²⁹ Poderia ainda ser equacionada em sede de sanções administrativas acessórias a possibilidade de aplicar a suspensão ou cassação da carta, não emissão de passaporte, impedimento no acesso a concursos públicos. Todavia, quanto a estas, torna-se dúbia a sua admissibilidade constitucional atento princípio da proporcionalidade tendo em conta a natureza do facto (incumprimento culposo da obrigação de alimentos) e a natureza da sanção. Salvo as situações de impedimento de concursos públicos no âmbito da contratação pública, não vislumbra-mos razões que justifiquem, partindo do nosso direito sancionatório do facto, de sanções acessórias exorbitantes ao facto ilícito cometido pelo devedor.

IV. Conclusões

O presente trabalho resulta de uma reflexão que se limita a uma abordagem perfunctória do problema que representa o cumprimento da obrigação de alimentos. Mais do que fornecer respostas, pretendemos abrir linhas de discussão sobre os instrumentos que poderão melhorar o sistema e desta forma proteger eficazmente a criança, em especial explorando a possibilidade de criar fundos de risco que seriam suportados pelos próprios interessados.

É nossa firme convicção que é urgente repensar a missão do FGDM e das políticas de protecção da criança em situações de pobreza como questões prementes e autónomas do problema mais amplo do incumprimento da obrigação de alimentos.

Devemos diferenciar as situações com vista a realizar uma racional gestão dos recursos públicos e dotar a relação jurídico de alimentos de mecanismos musculados que acautelam mais eficazmente os interesses dos credores ⁽³⁰⁾.

³⁰ O presente artigo resultou da apresentação oral no âmbito do encontro CDF/IBDFAM realizado em Coimbra. Deixamos aqui as principais referências tidas em consideração em matéria da obrigação de alimentos devidos a menores: Adoración PADIAL ALBÁS, *La Obligación de Alimentos entre Parientes*, Bosch: Barcelona, 1997; Adriano Vaz SERRA, “Obrigação de Alimentos”, *Bol. Min. Just.*, 108 (1961); Anabela PEDROSA, “Cobrança forçada de alimentos devidos a menores”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, 2/3 (Janeiro / Junho de 2005); Bruce SMYTH / Bryan Rodgers / Vu SON / Maria VNUK, “The Australian child support reforms: a critical evaluation”, *Australian Journal of Social Issues*, 50/3 (2015) 217-232; Christine SKINNER, *Child maintenance in the United Kingdom*, *European Journal of Social Security*, 14/4 (2012) 231-251; Daniel R. MEYER, “Child maintenance policies in the United States”, *European Journal of Social Security*, 14/4 (2012) 252-266; Francisco Manuel Pereira COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Introdução, Direito Matrimonial*, vol. I, 4.ª ed. com a colaboração de Moura Ramos, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 355-357 (692-707 s.); REINO UNIDO, GOVERNO, *Child Maintenance Service reaches next stage*, 2013, disponível em <<https://www.gov.uk/government/news/child-maintenance-service-reaches-next-stage>>, consultado em 19-08-2013;— “Child Support Agency - How is child maintenance worked out?”

A importância que a obrigação de alimentos desempenha para a vida de uma criança vai muito além de uma pura relação de direito privado. É necessária uma política legislativa que dote a relação jurídica de garantias adequadas a efectivar os direi-

tos da criança. Tal só será possível se a intervenção for diferenciada em função dos riscos sociais e económicos que resultam do não cumprimento ou cumprimento insuficiente da obrigação de alimentos devidos a crianças. Por isso, aqui deixamos este nosso modesto contributo para uma discussão que não se cinja à intervenção do FGA.

(2011), disponível em: <http://www.direct.gov.uk/>; Helena BOLIEIRO / Paulo GUERRA, *A Criança e a Família: Uma Questão de Direito(s). Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, 2.^a ed., 199-256; Jackie JONES / Claire L. PERRIN, “Third time lucky? The third child support reforms replace the Child Support Agency with the new CMEC”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 31/3 (Setembro 2009) 333-342; J. P. Remédio MARQUES, *Algumas Notas Sobre Alimentos (Devidos a Menores)*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007; IDEM, “Aspectos sobre o cumprimento coercivo das obrigações de alimentos, competência judiciária. Reconhecimento e execução de decisões estrangeiras”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 613-709; IDEM, “Obrigação de Alimentos e Registo Civil”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Notariais e Registas (CENOR), Junho de 2006, in <<http://www.fd.uc.pt/cenopr>>; IDEM, “Em torno do estatuto jurídico da pessoa idosa no ordenamento português – obrigação de alimentos e Segurança Social”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 83 (2007) 183-218; IDEM, “O nascimento e o *dies a quo* da exigibilidade do dever de prestar por parte do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores – Anotação ao Acórdão do STJ, de Uniformização de Jurisprudência n.º 12/09, de 7/07/2009”, *Cadernos de Direito Privado*, 34 (Março/Junho 2011) 20-36; IDEM, “O montante máximo da prestação social a suportar pelo Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 5/2015, de 19.3.2015, Proc. 252/08.8TBSRP-B-A.E1.S1-A - Anotação”, *Cadernos de Direito Privado*, 51 (Julho/Setembro, 2015) 37-58; Helen RHOADES, “Australia’s Child Support Scheme - Is it working?”, *Journal of Child Law*, 7/1 (1995) 26-37; Helen XANTHAKI, “The judiciary-based system of child support in Germany, France and Greece: an effective suggestion?”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 22/3 (2000) 295-311; Lisa YOUNG / Nick WIKLEY, “‘Earning capacity’ and maintenance in Anglo-Australian family law: diferente paths, same destination?”, *Child and Family Law Quarterly*, 27/2 (2015) 129-150; Margaret RYZNAR, “Two direct rights of action in child support enforcement”, *Catholic University Law Review*, 62, 1007-1034; Margaret HARRISON / Peter McDONALD / Ruth WESTON, “Payment of child maintenance in Australia: the current position, research findings and reform proposals”, *International Journal of Law and the Family*, 92/1, 1987, 92-132; Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5.^a ed., Almedina, 2011, 289-368; Nicole K. BRIDGES, “The ‘Strengthen and vitalize enforcement of child support (save child support) act’: Can the save child support act save child support from the recent economic downturn?”, *Oklahoma City University Law Review*, 36/3, 679-712; Patrick PARKINSON, “Reengineering the Child Support Scheme: An Australian Perspective on the British Government’s Proposals”, *The Modern Law Review*, 70/5 (2007) 812-836; Stephen PARKER, “Child support in Australia: children’s rights or public interest?”, *International Journal of Law and the Family*, 5 (1991) 24-57.

ESTUDO CRÍTICO SOBRE A PRISÃO CIVIL: VANTAGENS E DESVANTAGENS¹

Maici Barboza dos Santos Colombo

Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo

Palavras chave: *alimentos; prisão civil; ordenamento jurídico brasileiro*

Keywords: *support; civil arrest; Brazilian legal system*

Resumo: *O presente trabalho apresenta em linhas gerais o cabimento da prisão civil do devedor de alimentos no ordenamento jurídico brasileiro, como meio de coerção indireta para compelir o devedor ao adimplemento da obrigação alimentar e, assim, garantir a sobrevivência digna do credor. São abordados os principais aspectos legais da execução de alimentos e algumas polêmicas sobre o cabimento da prisão civil nos alimentos compensatórios e naqueles devidos pelos avós.*

Abstract: *This paper presents a general outline of the civil debtor's arrest in the Brazilian legal system as a means of indirect coercion to compel the debtor to comply with the maintenance obligation and, thus, to ensure the creditor's worthy survival. The main legal aspects of the execution of support obligation and some controversies about the adequacy of the civil prison in compensatory support and those due by the grandparents are discussed.*

I. Panorama da prisão civil por alimentos no direito brasileiro

A prisão civil, segundo o direito brasileiro, integra a tutela executiva da dívida alimentar voluntária e inescusável, como meio de coerção indireta e pessoal, com fundamento no art. 5.º, inciso LXVII

¹ O presente trabalho foi apresentado no I Colóquio de Direito de Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC) e da Faculdade de Direito da USP (FDUSP), realizado em novembro de 2015 na Universidade de Coimbra.

da Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário e cuja internalização ocorreu com o Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992 e posterior promulgação pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992.

São pertinentes ao estudo da prisão civil por dívida de alimentos no direito brasileiro as seguintes leis: o Código Civil (Lei Federal 10.406/2002), o Código de Processo Civil (Lei Federal 5.869/1973) e a Lei de Alimentos (Lei Federal 5.478/1968). Também é importante esclarecer que está em período de *vacatio legis* o novo Código de Processo Civil (Lei Federal 13.105/2015) até 16 de março de 2016, quando então entrará em vigor, ab-rogando o Código de Processo Civil e derogando alguns dispositivos da Lei de Alimentos (arts. 16 a 18) que serão tratados oportunamente.

O Código de Processo Civil vigente dispõe no art. 733² que o devedor será citado para efetuar

² Código de Processo Civil de 2015, art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetua-lo. [...]

§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial

o pagamento das prestações inadimplidas no prazo de 3 (três) dias ou, no mesmo prazo, justificar a impossibilidade de fazê-lo. É por meio de justificativa, portanto, que o devedor de alimentos alega na ação de execução que o inadimplemento é involuntário ou escusável, situação em que não se decreta a prisão civil. Caso o executado não pague nem justifique no prazo legal ou caso a justificativa não seja acolhida, poderá ser-lhe decretada a prisão civil pelo prazo de 1 a 3 meses. Observa-se, portanto, que antes do decreto prisional é franqueado ao executado o direito de se defender por meio de justificativa ou pagar os alimentos em atraso.

A tramitação da execução de alimentos pelo rito da prisão civil depende também de que as prestações alimentícias a executar tenham vencido há, no máximo, 3 meses antes do ajuizamento da ação, somadas àquelas que se vencerem no curso do processo, segundo a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça. Por não ser um requisito legal, mas sim proveniente da jurisprudência, a doutrina não é unânime na aceitação desse requisito, embora seja ele amplamente aplicado na esfera judicial às execuções de alimentos com pedido de prisão civil.

Araken de Assis critica veementemente a restrição oriunda da súmula por defender que o decurso do tempo não é capaz de desnaturar a dívida alimentícia, além de afirmar que se trata de excessiva proteção ao executado, pois é feito um juízo *a priori* de impossibilidade financeira para o pagamento de mais prestações em atraso quando o correto, em seu entendimento, é que seja feito um juízo *a posteriori*, de acordo com a defesa apresentada pelo executado no prazo legal.³

na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. [...]

³ Araken de ASSIS, *Da execução de alimentos e prisão do devedor*, 145-146. No mesmo sentido Leonardo GRECO, *O processo de execução*, Rio de Janeiro, Renovar: 2001.

Para o Professor Fredie Didier, entretanto, a restrição da exequibilidade das prestações alimentícias decorre da boa-fé objetiva aplicada em âmbito processual, manifestada no dever de mitigar as próprias perdas por parte do credor (*duty to mitigate the loss*).⁴

O novo Código de Processo Civil retifica essa situação no art. 528, §7º, incorporando o requisito ao texto legal, com redação mais acurada, segundo a qual “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

Portanto, são condições para o decreto da prisão civil do alimentante no ordenamento jurídico brasileiro: a) que a dívida tenha se constituído até 3 meses antes do ajuizamento da ação de execução; b) que o inadimplemento seja voluntário e inescusável.

Mas essa não é a única forma de execução de prestações alimentares. Qualquer prestação alimentícia vencida pode ser executada segundo o rito expropriatório de bens: as vencidas há mais de 3 meses,⁵ a que a doutrina convencionou denominar de prestações pretéritas e aquelas exequíveis pelo rito de prisão, a critério do exequente. Percebe-se, portanto, que constitui direito potestativo do exequente a opção pelo pedido de prisão, pois, se preferir, pode servir-se do rito expropriatório.

⁴ Fredie DIDIER, *et. al.*, *Curso de direito processual civil*, vol. 5, 725.

⁵ Código de Processo Civil de 2015, art. 528, § 8º: O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

§ 9º: Além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio.

II. Proposta de abordagem: a função da prisão civil por débito alimentar

Um dos princípios norteadores da tutela jurisdicional executiva no direito brasileiro é o princípio da primazia da tutela específica ou princípio da maior coincidência possível, segundo o qual “a execução deve ser específica: propiciar ao credor a satisfação da obrigação tal qual houvesse o cumprimento espontâneo da prestação pelo devedor”.⁶

Em matéria de alimentos, esse princípio ganha ainda maior relevo, dada a urgência e necessidade que acompanham a prestação alimentar. Não interessa ao exequente a prisão do executado porque a medida coercitiva não guarda relação de coincidência com o objeto da execução, que é a prestação de alimentos.

Soma-se como princípio processual preponderante na execução de alimentos o princípio da efetividade, que visa a garantir a satisfação integral do direito merecedor de tutela executiva⁷ – no caso, os alimentos. Ou seja, o processo civil brasileiro está voltado à satisfação do direito do credor (princípio da efetividade), de forma coincidente ao objeto da execução (princípio da tutela específica). Logo, a prisão civil do devedor de alimentos não configura pena, mas meio de coerção indireta hábil a forçar o adimplemento da obrigação, cuja natureza urgente e necessária compatibiliza-se com a medida extrema.

O processualista brasileiro da Universidade Federal da Bahia, Professor Fredie Didier, assim define os meios de coerção indireta:

Os meios executivos de coerção indireta atuam na vontade do executado, servindo como uma espécie de “estímulo” ao cumprimento da prestação. Esta coerção pode

dar-se pelo medo (temor), como é o caso da prisão civil e da multa coercitiva, como também pelo incentivo, como é o caso das sanções premiais, de que serve de exemplo a isenção de custas e honorários para o réu que cumpre o mandado monitório.⁸

A prisão civil é, assim, um estímulo ao cumprimento da prestação alimentícia por meio da técnica de desencorajamento⁹: ao ser aplicada uma severa sanção ao alimentante inadimplente, reprime-se o comportamento desviante e não desejado consistente no descumprimento da obrigação de natureza alimentar em razão do temor de sofrer a sanção prevista, no caso, o cerceamento da liberdade pessoal.

A função da coerção indireta, portanto, é estimular o devedor a cumprir a obrigação. Quanto maior a gravidade da consequência jurídica do inadimplemento, mais encorajado ao cumprimento da obrigação estará o devedor.

Em importante excerto da obra de Norberto Bobbio, é possível depreender-se a proteção do direito aos alimentos por meio da sanção negativa da prisão civil:

(...) O papel do direito na sociedade é comumente considerado do ponto de vista da sua função predominante, que sempre foi aquela, mais passiva que ativa, de proteger determinados interesses mediante a repressão dos atos desviantes. Não há dúvida de que a técnica das sanções negativas é a mais adequada para desenvolver esta função, a qual é, ao mesmo tempo, protetora em relação aos atos conformes e repressiva em relação aos atos desviantes.¹⁰

Pretende-se com isso evidenciar que a prisão civil opera como medida de desestímulo ao inadimplemento, ao mesmo tempo em que encoraja o

⁸ Fredie DIDIER, *et. al.*, *Curso de direito processual civil*, vol. 5, 35.

⁹ Teve-se como referência a obra de Norberto BOBBIO, *Da estrutura à função*, em que o jurista italiano classifica como normas repressivas ou promocionais de acordo com a técnica de encorajamento ou desencorajamento, se por sanções positivas ou negativas.

¹⁰ Norberto BOBBIO, *Da estrutura à função*, 24.

⁶ Fredie DIDIER, *et. al.*, *Curso de direito processual civil*, vol. 5, 53.

⁷ Fredie DIDIER, *et. al.*, *Curso de direito processual civil*, vol. 5, 47.

inadimplente a que efetue a quitação das prestações devidas. Certamente trata-se de medida extrema e muitas vezes questionada pela doutrina porque a partir do dogma liberal do século XIX paulatinamente os castigos físicos foram sendo abandonados pelos ordenamentos jurídicos ocidentais¹¹, tanto para as condutas tipificadas pelo direito penal quanto, e com maior razão, para as hipóteses de coerção pessoal ao pagamento de dívidas civis.

Por essa razão é preciso esclarecer a natureza jurídica da prisão civil por dívida de alimentos: não se trata de pena¹², mas de meio coercitivo indireto¹³. Auxilia essa compreensão notar que o pagamento da dívida suspende imediatamente o cerceamento de liberdade, o que não ocorreria caso se entendesse a prisão civil como pena, porque a hipótese de subsunção seria o mero inadimplemento, pouco importando o pagamento posterior. Reforça-se, pois: a prisão civil não é castigo, mas forma de sanar o descumprimento voluntário e inescusável de prestação alimentícia.

Sob esse prisma, propõe-se a análise funcional da prisão civil por dívida alimentar¹⁴ para então

depreenderem-se as vantagens e desvantagens da medida.

III.A prisão civil de acordo com a causa jurídica dos alimentos

Segundo o professor José Fernando Simão, inspirado nas lições de Yussef Said Cahali:

os alimentos são prestações devidas, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional). Assim, constituem os alimentos uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo.¹⁵

A fixação da obrigação de pagar alimentos pode ser legal, voluntária ou indenizativa conforme derivar da lei, da vontade das partes ou de ato ilícito, respectivamente.

Quanto aos alimentos indenizativos, a execução recebe regramento próprio no art. 475-Q¹⁶

¹¹ Em *Vigiar e Punir*, Michel Foucault apresenta o panorama dos castigos físicos, sobretudo no século XVIII, como de exposição da tortura e morte do condenado. Naquele momento histórico, o condenado pagava com o próprio corpo a conduta desviante que havia praticado. No Brasil, menciona-se Araken de Assis: “Foi o tônus liberal que plantou o princípio da inabitabilidade corporal em razão de dívidas” (*Manual da execução*, 153).

¹² Em sentido contrário entendeu o STF no julgamento do HC-59.170-1 em 26 de março de 1982, qualificando a prisão civil por alimentos como repressão punitiva.

¹³ O entendimento é de Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 483. Mais recentemente escreveu Fredie Didier, *Curso de direito processual civil*, vol. 5, 724: “a prisão civil não é uma pena, sanção ou punição, ostentando a função de medida coercitiva, destinada a forçar o cumprimento da obrigação por parte do devedor. Cumprida a obrigação, a prisão atende à finalidade que se pretendia alcançar, que era o pagamento da dívida. Assim, paga a dívida, não deve mais subsistir a ordem de prisão”.

¹⁴ Sobre a natureza existencial do interesse do credor de alimentos, v. Maici Barboza dos Santos COLOMBO. “Proposta de releitura da

desconsideração inversa da personalidade jurídica à luz dos interesses existenciais decorrentes da obrigação alimentar”. In Gustavo TEPEDINO / Ana Carolina Brochado TEIXEIRA / Vítor ALMEIDA, coord. *Da dogmática à efetividade no direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBD CIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 339-353.

¹⁵ José Fernando SIMÃO, *Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso*. Carta Forense, publicada em 02/04/2013. Yussef Said CAHALI, *Dos alimentos*, 15: ensina que: “adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, a palavra “alimentos” vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida, são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigí-la de outrem, como necessário à sua manutenção.

¹⁶ Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. (Incluído pela Lei n.º 11.232, de 2005)

§ 1.º Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e im-

do Código de Processo Civil brasileiro¹⁷, razão pela qual algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça¹⁸, criticadas por parte da doutrina processualista como Marinoni e Arenhardt¹⁹ e Araken de Assis²⁰ defende a impossibilidade de decretação da prisão civil do devedor desse tipo de alimentos.

Os alimentos voluntários, por sua vez, são também objeto de controvérsia, pois a lei brasileira determina que “Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo”. Desse modo, a in-

penhorável enquanto durar a obrigação do devedor. (Incluído pela Lei n.º 11.232, de 2005)

§ 2.º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz. (Incluído pela Lei n.º 11.232, de 2005)

§ 3.º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação. (Incluído pela Lei n.º 11.232, de 2005)

§ 4.º Os alimentos podem ser fixados tomando por base o salário-mínimo. (Incluído pela Lei n.º 11.232, de 2005)

§ 5.º Cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas. (Incluído pela Lei n.º 11.232, de 2005)

¹⁷ Código de Processo Civil de 2015, art. 533: Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

¹⁸ REsp 93948/1998: ALIMENTOS. PRISÃO. A possibilidade de determinar-se a prisão, para forçar ao cumprimento de obrigação alimentar, restringe-se a fundada no direito de família. não abrange a pensão devida em razão de ato ilícito. HC 182228/2011: HABEAS CORPUS. ALIMENTOS DEVIDOS EM RAZÃO DE ATO ILÍCITO. PRISÃO CIVIL. ILEGALIDADE. 1. Segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é ilegal a prisão civil decretada por descumprimento de obrigação alimentar em caso de pensão devida em razão de ato ilícito. 2. Ordem concedida.

¹⁹ *Execução*, 2007.

²⁰ *Manual da execução*, 1054. Em sentido contrário: Cahali e Rolf Madaleno, que defendem a impossibilidade de decreto prisional para forçar o pagamento de dívidas de alimentos indenizativos ou voluntários.

terpretação literal do dispositivo conduz à conclusão de que os alimentos voluntariamente assumidos não seriam exequíveis pela coerção pessoal. No entanto, a exegese do art. 19 da Lei de Alimentos é em sentido contrário “O juiz, para instrução da causa ou na *execução da sentença ou do acordo*, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias”.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu no Recurso Especial n.º 1.285.254/DF que é possível sujeitar o executado à prisão civil por dívida estabelecida em acordo referendado pelo Ministério Público, pois presentes os requisitos para considerá-lo título executivo extrajudicial, conforme art. 585 do Código de Processo Civil vigente. Segundo o entendimento da Corte Especial, portanto, a execução de alimentos fixados em acordo, com a cominação de prisão civil, é possível desde que o título preencha os requisitos legais para tanto.

O novo Código de Processo Civil põe termo a qualquer dúvida a respeito desse tema ao dispor sobre a execução de título extrajudicial de alimentos a partir do art. 911, sendo expressamente possível a prisão civil por débito constituído em título extrajudicial.

Os alimentos legais ou legítimos²¹ são aqueles devidos em razão da solidariedade familiar, decorrentes do parentesco ou dos deveres do casamento e da união estável. Com relação ao parentesco, a Constituição Federal determina que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, norma reforçada pelo Código Civil, que, por sua

²¹ Fredie DIDIER, *Curso de direito processual civil*, vol. 5.

vez, dispõe de forma mais ampla em seu art. 1.694: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Nesses casos, é admitida a prisão civil do devedor de alimentos, segundo o rito do art. 733.º do Código de Processo Civil.

IV. Algumas polêmicas

Recentemente o Professor Rolf Madaleno, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul defendeu uma categoria diferenciada de alimentos: os alimentos compensatórios. Segundo o jurista, são eles aplicáveis nas relações matrimoniais e de união estável, para assegurar ao cônjuge ou companheiro menos favorecido financeiramente, que mantenha razoavelmente o padrão de vida mantido enquanto perdurava o casamento ou a união estável. Outra vertente sustenta, ainda, que os alimentos compensatórios serviriam para indenizar provisoriamente a exploração de um bem comum quando adotado como regime patrimonial a comunhão universal de bens, de acordo com o art. 4.º da Lei de Alimentos, *in verbis*: *e se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor*.

A conceituação destoante revela a fragilidade dessa pretensa nova categoria jurídica, que, segundo artigo do Professor José Fernando Simão, publicado na carta forense em 02 de abril de 2013, distancia-se da natureza jurídica alimentar. Segundo o Professor da USP:

Em não se tratando de garantia de sobrevivência do credor, não decorrendo do binômio possibilidade de quem

paga e necessidade de quem recebe, esse valor que os Tribunais fixam não podem e não devem ser denominados alimentos.

Em se tratando de valor pago para que não haja empobrecimento de um dos cônjuges ou companheiros essa importância pode ser cedida, pois se trata de crédito pecuniário como qualquer outro; pode ser transmitida, como qualquer outra dívida do falecido, pode ser objeto de renúncia, pois não tem qualquer relação com o direito à vida; pode ser compensada em sendo líquida, vencida e fungível; sofre os efeitos da *supressio*, ou seja o tempo impede o exercício do direito em decorrência do abandono da posição jurídica; e, também, o valor pode ser penhorado pelos credores do cônjuge que o recebe. Por fim, caso o valor seja fixado pelo juiz, a pretensão de cobrança prescreve em 10 anos conforme o caput do art. 205 do Código Civil, e não no prazo especial do parágrafo segundo do art. 206.

Propõe-se novamente a reflexão sobre o tema de acordo com a análise funcional da prisão civil: como meio de coerção indireta, restritivo do direito fundamental à liberdade pessoal, as hipóteses de cabimento devem ser interpretadas de forma estrita, sendo altamente nefasta à ordem constitucional a ampliação de sua incidência. Consigne-se que a prisão civil do devedor de alimentos somente se justifica porque sua função é estimular o pagamento de prestação vital ao alimentando. Logo, os ditos “alimentos compensatórios”, que visam a reequilibrar o *status* econômico do cônjuge ou companheiro menos favorecido vão além das necessidades básicas e, por isso, admitir-se a execução por meio da coerção pessoal afigura-se verdadeiro abuso de direito.

Certamente a discussão é ainda mais profunda porque sequer seria possível qualificar as prestações que visam ao reequilíbrio econômico ou que possuem natureza indenizatória como alimentos e, assim, mais patente o descabimento da forma de execução por meio da prisão civil: se a premissa de

que partem os seus defensores está equivocada e não se tratam, portanto, de alimentos propriamente ditos, não é aplicável por consequência o tratamento jurídico dos alimentos.

Também se mostra polêmica a possibilidade de prisão civil por dívida cujos devedores são os avós do credor. Os arts. 1.696.º e 1.698.º do Código Civil, combinados, conduzem à conclusão de que os alimentos podem alcançar os avós, apenas na falta ou total impossibilidade do pai ou da mãe de arcar com a obrigação. Nessa situação a responsabilidade é subsidiária²², pois primeiro são os pais chamados ao pagamento de alimentos e, apenas se não lhes for possível, os avós ou qualquer ascendente poderá assumir a obrigação.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros tende a não considerar a idade dos avós para decretar a prisão civil. Nesse sentido veja-se a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de 10 de dezembro de 2009, em cujo voto constou que “o fato dos executados contarem atualmente com 72 e 68 anos de idade não significa que não podem ser compelidos a pagar a pensão alimentícia sob pena (sic) de prisão civil” (AI 644.173-4, Relator Desembargador Carlos Augusto di Santi Ribeiro).

No entanto, em outro julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, embora a idade não tenha sido considerada aprioristicamente como fator determinante para que avós não sofressem a medida de prisão, entendeu-se que a natureza subsidiária somada à precariedade das condições finan-

ceiras dos devedores tornaram o inadimplemento involuntário e escusável²³.

Coloca-se, portanto, a seguinte questão: obedece à proporcionalidade o decreto de prisão civil que restringe a liberdade de avós, cuja obrigação sequer é primária, mas sim subsidiária? Em favor da prisão, posição a qual adoto, tem-se que a impossibilidade de pagamento da prestação alimentícia é matéria meritória que pode ser invocada em ação própria ou, se o inadimplemento ocorrer por causa transitória, a suspensão da medida é garantida por meio da apresentação de justificativa no prazo legal.

Nota-se que vantagens e desvantagens da prisão civil por dívida alimentar são complexas porque atingem bens jurídicos de grande relevância: a liberdade do executado e o direito à vida do exequente. É importante consignar que, apesar da rigidez da medida, a partir de um juízo de ponderação de interesses, a prisão se justifica em razão dos direitos dos alimentandos, que podem ter sua subsistência prejudicada pelo não recebimento da prestação alimentícia. É a vida do credor de alimentos *versus* a liberdade do devedor que deve sofrer um juízo de ponderação.

A responsabilidade patrimonial que norteia o processo de execução de dívidas civis em geral pode não ser suficiente. Os alimentos são prestações periódicas imputadas àquele que deve se responsabilizar pelo sustento de outra pessoa, seja

²² “A obrigação alimentar dos avós em relação aos netos, não é solidária, sendo meramente subsidiária ou suplementar, e somente poderá acontecer nas seguintes hipóteses: a) inexistência dos pais, desde que não deixem pensão previdenciária ou rendimentos outros em favor do filho ou filhos; b) incapacidade dos pais para o trabalho, desde que eles não tenham pensão previdenciária ou rendimentos outros suficientes para o sustento da família; c) se a pensão paga pelos pais não é suficiente para o sustento do menor.” (STJ, Recurso Especial 50153/RJ, 4.ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, publicado em 14.11.1994).

²³ AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS. AVÓS PATERNOS. Merece provimento o recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, nos autos de ação de execução, determinou a intimação dos executados, avós paternos do alimentado, para pagamento do débito, sob pena de prisão, uma vez que é a obrigação dos avós de natureza subsidiária, além do que, demonstrada nos autos a precariedade de suas situações financeiras, tratando-se, portanto, de impagamento involuntário e escusável. Agravo provido. (Agravo de Instrumento N.º 70010420057, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 07/04/2005).

em razão de lei, porque assim se comprometeu ou como consequência de ato ilícito. Esta última ressalva-se pela controvertida natureza alimentar ou indenizatória, o que lhe retira, segundo parte da doutrina e da jurisprudência, a possibilidade de coimação de prisão civil. As outras causas jurídicas dos alimentos sobrelevam a responsabilidade de quem deve a prestação e o interesse de manter-se dignamente de quem a recebe. A falta de patrimônio suficiente, ao contrário da execução civil em geral, não pode ser subterfúgio para que o devedor de alimentos fique isento de qualquer consequência pelo inadimplemento da prestação e para isso serve a coerção pessoal.

V. Conclusão

Frisa-se que não é qualquer inadimplemento de alimentos que merece a tutela executiva por meio da prisão civil, mas apenas aquela que é inescusável e voluntária, de até três últimas prestações vencidas antes do ajuizamento da ação, somadas as que se vencerem no curso do processo, resguardado o direito de defesa do executado por meio de justificativa, caso a causa do inadimplemento seja transitória ou a ação cognitiva para revisão do valor fixado, caso tenha havido desequilíbrio por alteração da situação fática que ensejou o valor anteriormente fixado. O argumento que defende a proscrição da prisão em razão da severidade dos valores não raras vezes fixados judicialmente não pode subsistir porque essa problematização reside na fase cognitiva e pelo mesmo meio (ação de conhecimento) pode ser revista.

As vantagens para o exequente são relevantes, pois a medida torna-se meio eficaz de compelir o devedor ao pagamento, mesmo aquele não possui patrimônio ou renda fixa e que exerce trabalho autônomo. Outras medidas de responsabilização pa-

trimonial podem não ser eficazes, ainda mais quando o inadimplemento é voluntário e ineficaz, caso de incidência da prisão civil.

Por outro lado, o cumprimento da prisão pode deixar o devedor de alimentos impossibilitado de exercer atividade profissional e, com isso, agravar a dívida alimentar. Para que isso não aconteça, cabe o juízo de ponderação para que seja observado também o art. 620 do Código de Processo Civil, segundo o qual a execução deve ser processada pelo meio menos oneroso ao executado em conjugação aos já mencionados princípios da efetividade e da tutela específica, pois a prisão não beneficiaria o credor, nesse caso específico. Aliás, há importante precedente do Superior Tribunal de Justiça que impediu a aplicação da prisão, por ser o devedor funcionário público municipal, sendo possível, assim, o desconto em folha de pagamento do valor, ainda que parcelado²⁴.

Entretanto, repita-se à exaustão: causas transitórias de dificuldades financeiras afastam a prisão por meio da apresentação de justificativa e causas perenes ensejam a revisão em ação de conhecimento.

Por derradeiro, as mudanças da lei processual a partir de março de 2016 mantêm a prisão civil como medida coercitiva para o pagamento da prestação alimentícia vencida, embora aliada a outros meios de coerção indireta, como o protesto judicial. Ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro vem construindo restrições na aplicação da prisão com a finalidade de combater o abuso desse direito.

²⁴ AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO E RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. PRISÃO CIVIL. DESCABIMENTO. 1. É possível o pagamento de débito alimentar pretérito mediante desconto em folha. 2. No caso de as três prestações atuais serem adimplidas, não PE aconselhável a decretação da prisão civil do alimentante. Agravo regimental desprovido (AgRg em Agravo em Recurso Especial 333.925/MS).

Referências bibliográficas

ASSIS, Araken, *Da execução de alimentos e prisão do devedor*, 8.ª ed., São Paulo: RT, 2013.

— *Manual da execução*, 16.ª ed., São Paulo: RT, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça, *Prisão civil por dívida*. 3.ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

ALVIM, J.E., *Manual do Novo Código de Processo Civil - Do Processo de Execução*, vol. IV, Curitiba: Juruá, 2012.

BOBBIO, Norberto, *Da estrutura à função*, trad. Daniela Beccaccia Versiani, Barueri: Manole, 2007.

BOLZAN, Juliano Cardoso, *Prisão civil do devedor, Efeitos da sociologia política*, Curitiba: Juruá, 2015.

CAHALI, Yussef Said, *Dos alimentos*, 5.ª ed., São Paulo: RT, 2006.

DIAS, Maria Berenice, *Alimentos aos bocados*, São Paulo: RT, 2013.

DIDIER JR., Fredie, et al., *Curso de Direito Processual Civil. Execução*, vol. 5., 5.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves. “Prisão civil por alimentos e a questão da atualidade da dívida à luz da técnica de ponderação de interesses: uma leitura constitucional da súmula 309 do STJ: o tempo é o senhor da razão”, *Revista de Direito Privado*, 26 (Abr – Jun 2006) 7-29.

FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir*, 20.ª ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

GRECO, Leonardo, *O processo de execução*, Rio de Janeiro: Renovar: 2001

GRISARD FILHO, Waldyr, *O futuro da prisão civil do devedor de alimentos: caminhos e alternativas. Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte, MG: IBDFAM / IOB Thomson, 2006, 921 p., 891-909.

MADALENO, Rolf, *Obrigação, Dever de Assistência e Alimentos Transitórios*. Disponível em <www.rolfmadaleno.com.br>.

— *Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios*. Disponível em <www.rolfmadaleno.com.br>.

— *O Calvário da Execução de Alimentos*. Disponível em <www.rolfmadaleno.com.br>.

MADALENO, Rolf, “Execução de alimentos pela coerção pessoal”. *Revista Jurídica*, 56 (maio 2008).

MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz, *Execução*, vol. 3, São Paulo: RT, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Comentários ao Código de Processo Civil - Tomo X - Arts. 612 a 735*. São Paulo: Editora Forense, 2002.

SIMÃO, José Fernando, *Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso*. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br>>.

ALIMENTOS E TÉCNICAS COERCITIVAS: PARA ALÉM DA PRISÃO CIVIL UMA POSSIBILIDADE (?) DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO¹

Ana Laura Teixeira Martelli Theodoro

Doutoranda em Direito Civil, pela Universidade de São Paulo. Mestra em Direito Negocial, pela Universidade Estadual de Londrina
Professora de Direito Civil e Direito Tributário do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”

Palavras-chave: alimentos; técnicas coercitivas; medidas restritivas

Keywords: payment of alimony; coercive techniques; restrictive measures

Resumo: O tema possui grande importância jurídica e social, havendo necessidade de especial atenção por parte da doutrina, dos tribunais e até mesmo do Poder Legislativo. Sem embargo de todas as tensões que tangenciam a matéria, a efetividade do pronunciamento judicial que determina o pagamento dos alimentos merece uma revisitação, haja vista que na sistemática da coerção pessoal, mais especificadamente a prisão civil, por vezes não se revela a melhor alternativa à coação psicológica do devedor contumaz e voluntário. Dessa forma, o presente artigo ocupou-se de discutir sobre outras técnicas coercitivas igualmente ou mais eficazes que a prisão civil do devedor. Para tanto foram utilizados os métodos dedutivos, com pesquisas jurisprudenciais, legais e doutrinárias.

Abstract: The theme has huge legal and social importance, requiring special attention by the doctrine, the courts and even the Legislative Power. Considering all the tensions related to this matter, the effectiveness of the judicial pronouncement that determines the payment of alimony is worth of being revisited (reread), given that in the scheme of personal coercion, more specifically the civil prison, sometimes doesn't reveal as the best alternative itself to psychological coercion of the contumacious and volunteer debtor. Thus, this essay aimed to discuss about other equal or more efficient enforcement techniques than civil debtor's prison. For both deductive methods were used to research jurisprudential, legal and doctrinal.

1. Introdução

O tema alimentos possui grande importância jurídica e social, havendo necessidade de especial atenção por parte da doutrina, dos tribunais e até mesmo do Poder Legislativo. Sem embargo de todas as tensões que tangenciam a matéria, a efetividade do pronunciamento judicial que determina o pagamento dos alimentos merece uma revisitação, haja vista que na sistemática da coerção pessoal, mais especificadamente a prisão civil, por vezes não se revela a melhor alternativa à coação psicológica do devedor contumaz e voluntário.

Isto porque a prisão do devedor pode ser um fator contributivo para aumento dos conflitos familiares, vez que potencializa os atritos especialmente entre os genitores do menor. Além disso, figura como possível causa iminente tendente a agravar a situação econômica do devedor, tendo em vista que a privação da liberdade do devedor impede-o do exercício de atividade econômica.

Assim, busca-se proceder à análise dos problemas envoltos à efetividade do pronunciamento judicial que determina o pagamento de alimentos, bem como dos meios executórios da pretensão. Partindo-se do reconhecimento da insuficiência e prejuízos causados pela prisão civil do devedor, tais como perda do emprego, fragilidade da relação entre genitor (a) e filho (a), aumento no número da população carcerária, ainda que provisoriamente,

discutiu-se outros mecanismos à disposição do magistrado a fim de coagir o devedor dos alimentos devidos a filhos menores à satisfação de seu débito, sem que importe ainda mais instabilidade e conflitos nas relações familiares.

2. Alimentos: conceito, causa de inadimplência e execução

Os alimentos encontram-se disciplinados no Direito de Família, decorrem de disposição legal a fim de atender às necessidades vitais do alimentado, sujeito titular do direito, visando assegurar o direito à vida, a preservação da existência digna e relacionam-se aos direitos da personalidade e à própria dignidade da pessoa humana.

O dever de prestar alimentos está inserido no Livro de Direito de Família, do Título do Direito Patrimonial e Subtítulo dos Alimentos, do Código Civil Brasileiro, inaugurado pelo artigo 1.694, segundo o qual, os parentes, os cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros, alimentos necessários à existência compatível com sua condição social, abrangendo, inclusive, aqueles pertinentes à educação, sendo fixados pela análise da necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante.

Dessa feita, no direito pátrio, tal obrigação decorre de lei, haja vista a existência de vínculo de família entre os sujeitos dessa relação obrigacional, abrangendo os ascendentes (pais, avós, bisavós e outros), os descendentes (filho, neto, bisneto e outros), os irmãos e o cônjuge ou convivente, sendo defeso ultrapassar a linha colateral de segundo grau, logu, exclui-se os afins e os sobrinhos¹.

Trata-se de direito personalíssimo e insuscetível de transmissão, posto que a intransmissibilidade dos alimentos decorre de disposição legal, bem como da própria natureza do instituto, considerando que é fixado levando-se em conta as características e necessidades pessoais do alimentado.

Além disso, não é passível de penhora, é imprescritível e não pode ser objeto de renúncia. Constitui matéria de interesse social, ordem pública, veiculada por normas cogentes, imperativas e inexiste poder de disposição².

Em matéria de alimentos, questão tortuosa seria o inadimplemento da obrigação alimentar³ e/ou dever de prestar alimentos e suas implicações, a medida que se valem para atendimento das necessidades vitais do titular do direito.

A inadimplência da obrigação pode ser involuntária, *v.g.* desemprego, escassez dos recursos financeiros ou aumento do número de dependentes, ou ainda ter causa voluntária, tal como negatória injustificada ao pagamento, ou negativa com base em justos motivos, no entanto, independentemente da causa do descumprimento da obrigação, a ausência de pagamento da prestação alimentícia implicará prejuízo ao alimentado⁴.

O não pagamento por parte do devedor possibilita ao credor executá-lo.

A execução da prestação possui disciplina nos artigos 732 a 734 do Código de Processo Civil

² Zeno VELOSO, [art. 1.694.º a 1.783.º], in IDEM / Álvaro Villaza AZEVEDO, coord., *Código civil comentado*, 11.

³ Existe diferença entre obrigação alimentar e dever de prestar alimentos. Os alimentos originários da noção de família nuclear são designados obrigação alimentar, fundamentada no vínculo de solidariedade, intenso e significativo na família. Por outro lado, o dever pensional encontra-se relacionado com a relação de parentesco, que deve ser dimensionado entre os parentes de graus mais distantes, como avós e irmãos. Neste sentido, dispõe Walter Brasil MUJALLI, *Ação de alimentos; doutrina e prática*, 27.

⁴ Eduardo de Oliveira LEITE, “Prestação alimentícia dos avós: a tênue fronteira entre a obrigação legal e o dever moral”, 88.

¹ Maria Regina Fay de AZAMBUJA, “Alimentos no novo código civil: três aspectos polêmicos”, 174.

(Lei 5.869/73) e 528 a 533⁵ do Novo Código de Processo Civil, além do procedimento previsto no

⁵ Art. 528.º No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1.º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.º

§ 2.º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§ 3.º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 4.º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

§ 5.º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 6.º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

§ 7.º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

§ 8.º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaído a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

§ 9.º Além das opções previstas no art. 516.º, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio.

Art. 529.º Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.

§ 1.º Ao proferir a decisão, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.

§ 2.º O ofício conterá o nome e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito.

§ 3.º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste

artigo 911.⁶, do novo *codex*, quando se tratar de título executivo extrajudicial.

O permissivo legislativo a respeito do modo de execução dos alimentos recai sobre o pagamento feito por terceiro, hipótese em que haverá a retenção dos alimentos diretamente dos rendimentos ou remuneração do executado, mediante desconto em folha de pagamento. Assim, o empregador do alimentante estará obrigado a

artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

Art. 530.º Não cumprida a obrigação, observar-se-á o disposto nos arts. 831 e seguintes.

Art. 531.º O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios.

§ 1.º A execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados.

§ 2.º O cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença.

Art. 532.º Verificada a conduta procrastinatória do executado, o juiz deverá, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do crime de abandono material.

Art. 533.º Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

§ 1.º O capital a que se refere o caput, representado por imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do executado, além de constituir-se em patrimônio de afetação.

§ 2.º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

§ 3.º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.

§ 4.º A prestação alimentícia poderá ser fixada tomando por base o salário-mínimo.

§ 5.º Finda a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.

⁶ Art. 911.º “Na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. Parágrafo único. Aplicam-se, no que couber, os §§ 2.º a 7.º do art. 528.⁷”

proceder a retenção e respectivo pagamento, sob pena de responsabilidade civil.

Nos moldes do artigo 17 da Lei de Alimentos (Lei 5.478/68), os alimentos podem ser descontados de outras fontes de renda, *v.g.* alugueis, ou qualquer outro rendimento, que será recebido diretamente pelo alimentado ou depositário judicial. Registra-se que não apenas as parcelas mensais, mas também o débito total executado pode ser descontado, desde que não comprometa a própria subsistência do devedor⁷.

Essa possibilidade foi chancelada pelo novo Código de Processo Civil⁸, que em seu artigo 528, § 3º dispõe que sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução

pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, e inova ao fixar teto para a referida retenção, este valor somado à parcela devida, não poderá ultrapassar cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

Portanto, seguindo o rito de pagamento da prestação mediante desconto em folha de pagamento ou desconto de outras fontes de renda, importante destacar que poderá abranger as parcelas vencidas e vincendas, devendo o magistrado anotar a proporção de abatimento dos dois créditos sem colocar em risco a subsistência do executado⁹, respeitando o limite de cinquenta por cento dos rendimentos líquidos do devedor.

Poderá ainda, o credor, a depender do título executivo, optar pelo rito executório de cumprimento de sentença, passível, inclusive, de aplicação de penalidade pecuniária ante a ausência de cumprimento espontâneo da obrigação, devida a partir do decurso do prazo de quinze dias previsto no artigo 475-J do Código de Processo Civil vigente.

No novo Código de Processo Civil há tutela executiva específica, contida no artigo 528, consistente no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de prestar alimentos

⁷ Direito Civil e Processual Civil. Agravo de Instrumento. Alimentos. Execução. (I) Penhora de subsídios. Conta-corrente. Possibilidade. Inteligência do art. 649.º, inciso IV, c/c § 2.º, do CPC. (II) Obrigação alimentícia. Preexistência. Descontos. Limitação. Necessidade. Subsistência do Executado-Alimentante e seus dependentes. Concordância da Agravada. Provento parcial do Recurso.I - As normas do art. 649.º, inciso IV, c/c § 2.º, do CPC, autorizam expressamente a penhora de vencimentos de servidores públicos, quando decorrente de execução de obrigação alimentícia, *inexistindo, também, qualquer referência a limitação temporal que afaste a constrição resultante de dívida alimentar pretérita - vencida há mais de três meses -*, restando afastada, tão-somente, a decretação de prisão civil, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Súmula n.º 309).II - Na espécie, contudo, paralelamente à dívida pretérita, subsiste a própria obrigação alimentar, *fixada à razão de 15% (quinze por cento) dos rendimentos percebidos a qualquer título*, excluídos os descontos obrigatórios, não se podendo desconsiderar, ainda, a existência de novo núcleo familiar constituído de três filhos menores, dependentes do Agravante. Por conseguinte, *há que se limitar o desconto correspondente à dívida pretérita a 10% (dez por cento) dos rendimentos percebidos a qualquer título*, excluídos, tão-somente, os descontos obrigatórios - preservando a constrição sobre eventuais aplicações financeiras e outros ativos preexistentes -, enquanto subsistir a prestação alimentícia já fixada.Recurso conhecido e parcialmente provido. Decisão unânime. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2008217565, 2.ª Vara Cível de Aracaju, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DESA. CLARA LEITE DE REZENDE, RELATOR, Julgado em 18/05/2009). (sem grifos no original). No mesmo sentido, o julgado do TJRS: Agravo de Instrumento Nº 70025502857, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 05/11/2008.

⁸ No atual Código de Processo Civil, existe situação semelhante relacionada com os alimentos decorrentes de ato ilícito: Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição

de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. (Incluído pela Lei n.º 11.232, de 2005)

§ 1.º Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor. (Incluído pela Lei n.º 11.232, de 2005)

§ 2.º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz. (Incluído pela Lei n.º 11.232, de 2005)

§ 3.º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação. (Incluído pela Lei n.º 11.232, de 2005)

⁹ Essa modalidade de satisfação do crédito não é a mais gravosa ao executado, em observância do disposto no artigo 620.º, do Código de Processo Civil vigente e 805.º, do Novo Código de Processo Civil.

e ainda, consta permissivo legal de o exequente optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação (§3.º), o que possibilita a aplicação de penalidade pecuniária pelo não cumprimento espontâneo da obrigação.

Ainda relativamente ao processo executivo dos alimentos, existe a modalidade de coerção pessoal, prevista no artigo 733 do Código de Processo Civil vigente e artigo 528, § 3.º do novo *Codex*, possibilitando ao magistrado a decretação da prisão civil do devedor de alimentos, no prazo mínimo de um e máximo três meses, sem que tal medida exonere o devedor de pagar pelas prestações que ensejaram sua prisão. No entanto, urge destacar que a prisão do devedor de alimentos não possui natureza jurídica sancionatória, mas método de coerção psicológica¹⁰.

O novo Código de Processo Civil possibilita ainda o protesto do pronunciamento judicial nas hipóteses de decurso do prazo legal, sem que o executado efetive o pagamento da obrigação, demonstre o pagamento ou apresente justificativa pela ausência do cumprimento. Nestes casos, incumbe ao exequente encaminhar certidão do teor da decisão para fins de efetivação do protesto¹¹.

Em suma, os meios executórios podem se revelar

em duas classes fundamentais, a sub-rogatória, que independe da participação efetiva do executado e a coercitiva, cuja finalidade consiste na captação da vontade do executado¹². A primeira, subdivide-se em desapossamento, transformação e expropriação, podendo esta última revelar-se em desconto, alienação, adjudicação e usufruto. Por outro lado, a coerção classifica-se em pessoal e patrimonial.

O desapossamento constitui o exercício direto da jurisdição a fim de ser retirado determinado bem das mãos do obrigado, de outra banda, quando o pronunciamento judicial recai sobre a determinação de fazer aquilo que o devedor estava obrigado ou ao desfazer o que não deveria ter feito configura-se a hipótese de transformação e por último, entende-se por expropriação a determinação de cumprimento de obrigação de adimplemento de quantia em dinheiro, retirando-a dos bens integrantes do acervo patrimonial do devedor¹³.

Ainda em matéria de execução, a legislação processualista assegura os poderes executórios atípicos do magistrado, disciplinados no artigo 461, § 5.º do Código de Processo Civil, segundo o qual, com

JULGADO. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE QUE REPRESENTAÇÃO OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA LÍQUIDA, CERTA E EXIGÍVEL.

1. O protesto comprova o inadimplemento. Funciona, por isso, como poderoso instrumento a serviço do credor, pois alerta o devedor para cumprir sua obrigação.

2. O protesto é devido sempre que a obrigação estampada no título é líquida, certa e exigível.

3. Sentença condenatória transitada em julgado, é título representativo de dívida - tanto quanto qualquer título de crédito.

4. É possível o protesto da sentença condenatória, transitada em julgado, que represente obrigação pecuniária líquida, certa e exigível.

5. Quem não cumpre espontaneamente a decisão judicial não pode reclamar porque a respectiva sentença foi levada a protesto. (REsp 750805 / RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3.ª Turma, Julg. 14/02/2008, DJE 16/06/2009). Ainda coadunando com esse entendimento, TJ-RJ - AI: 00190600320138190000 RJ 0019060-03.2013.8.19.0000, Relator: Des. Mario Guimaraes Neto, Data de Julgamento: 18/02/2014, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 03/04/2014.

¹² Araken de Assis, *Da execução de alimentos e prisão do devedor*, 73.

¹³ Paulo Eduardo d'Arce PINHEIRO, *Poderes executórios do juiz*, 242-245.

¹⁰ Francisco Cavalcanti Pontes de MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 483.

¹¹ Não se trata propriamente de *novel* legislativo, posto que já existia julgados no sentido de se permitir ao exequente a promoção do protesto do título executivo judicial, neste sentido: RECURSO ESPECIAL. PROTESTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA, TRANSITADA EM

vistas a assegurar a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. Idêntica fórmula encontra-se no artigo 536, §1.º do novo Código de Processo Civil.

O dispositivo legal utiliza o termo “medidas necessárias”. Nítida presença de cláusula geral, assim, questiona-se quais os poderes que revestem o juiz para o exercício de tutela ainda que não expressamente prevista em lei. O modesto ensaio não pretende alongar a discussão a respeito de ativismo e garantismo processuais, mas a possibilidade de utilização de outras técnicas de coerção ainda que não previstas expressamente em lei.

A questão tangencia-se ao direito fundamental de tutela efetiva, os princípios, regras e axiomas objetos da lide e os poderes do juiz que não podem figurar ilimitados. Obviamente que para a solução da celeuma, faz-se necessária a utilização do postulado¹⁴ da proporcionalidade e suas submáximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁵.

Principalmente num contexto envolvendo direitos aos alimentos, visto que relacionados às necessidades vitais do alimentado, direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana a tutela deve ser efetiva e devem ser assegurados poderes executórios ao juiz para assegurar a satisfação da pretensão executiva do credor, obviamente que

poderes estes limitados e chancelados pelo postulado da proporcionalidade.

Ademais, algumas providências para a satisfação do crédito alimentício já vinham sendo adotadas antes mesmo de previsão legal, *v.g.* o protesto de sentença judicial condenatória¹⁶.

Além disso, existem diversos julgados permitindo a inscrição do devedor de alimentos junto ao cadastro de proteção ao crédito¹⁷, tais como Serasa e SCPC¹⁸ como alternativa de instrumento coercitivo, inclusive menos gravosa ao devedor dos alimentos, uma vez que o procedimento especial possibilitaria a prisão civil do devedor, ou seja, não apenas restrição a direitos, mas à liberdade do indivíduo.

Apesar de ser invocada inúmeras vezes à satisfação da pretensão creditícia do alimentado, a

¹⁶ REsp 750805 / RS. AgRg no AREsp 291608 / RS

¹⁷ Trata-se de Serviço de Proteção ao Crédito, em que constam anotações de pessoas que se encontram em situação de inadimplência com seus credores, restringindo e até mesmo impossibilitando que estas pessoas inseridas no cadastro possam ter outras linhas de acesso ao crédito ou realizar compras a prazo.

¹⁸ Agravo Regimental. Alimentos. Execução. Pretensão do exequente de inscrever o nome do devedor contumaz de alimentos nos cadastros do SERASA e SCPC. Negativa de seguimento por manifesta improcedência. Impossibilidade. Medida que se apresenta como mais uma forma de coerção sobre o executado, para que este cumpra sua obrigação alimentar. Inexistência de óbices legais. Possibilidade de determinação judicial da medida. Inexistência de violação ao segredo de justiça, uma vez que as informações que constarão daqueles bancos de dados devem ser sucintas, dando conta apenas da existência de uma execução em curso. Privacidade do alimentante que, ademais, não é direito fundamental absoluto, podendo ser mitigada em face do direito do alimentado à sobrevivência com dignidade. Ausência de violação ao artigo 43.º do CDC, uma vez que tal artigo não faz qualquer restrição à natureza dos débitos a serem inscritos naqueles cadastros. Cadastros que, ademais, já se utilizam de informações oriundas de distribuidores judiciais para inscrição de devedores com execuções em andamento, execuções estas não limitadas às relações de consumo. Argumento de que o executado terá dificuldades de inserção no mercado de trabalho que se mostra fragilizado, ante a possibilidade de inscrição de outros débitos de natureza diversa. Manifesta improcedência não verificada. Agravo de instrumento que deverá ser regularmente processado e apreciado pelo Órgão Colegiado, para que se avalie se estão presentes as condições para concessão da medida. Recurso Provido. TJSP - Agravo Regimental n.º 990.10.088682-7/50000, Rel. Egidio Giacoia, por maioria, j. 25.05.10.

¹⁴ Valendo-se da expressão utilizada por Humberto ÁVILA, a fim de designar um critério de aplicação de normas jurídicas, in *Teoria dos princípios*, 168.

¹⁵ Daniel Colnago RODRIGUES, “Os poderes do juiz na efetivação de tutela específica”, 3.821-3.822.

prisão civil do obrigado não constitui o mecanismo mais adequado do ponto de vista do devedor e até mesmo do credor, posto que em muitos casos o devedor possui sua prisão decretada, mas não satisfaz o débito e conforme legislação vigente, o devedor não poderá ser preso mais de uma vez pelo mesmo débito, devendo o credor prosseguir a execução por outros meios executórios.

Assim, impende repensar nas atuais técnicas executórias, em especial no modo coercitivo, a fim de buscar novas alternativas para a satisfação do débito alimentar e redução dos incalculáveis prejuízos ao alimentado em razão da inadimplência.

3. Outras formas de coerção para além da prisão civil

Como técnicas coercitivas, os tribunais há alguns anos já autorizavam algumas providências ainda que não expressamente autorizadas por lei. Dentre essas condutas, pode-se elencar o protesto da sentença condenatória, a inscrição do nome do devedor juntos aos órgãos de proteção ao crédito – SCPC e Serasa.

A multa pela ausência de cumprimento espontâneo da dívida alimentar, também conhecida por *astreintes*, constitui verdadeira coação psicológica para pagamento pontual da obrigação, através do agravamento do débito em razão dos adicionais financeiros e progressivo.

Aqueles devedores que se valem do manto protetivo da pessoa jurídica, desviando bens e quantias que poderiam ser utilizados para o adimplemento da obrigação, tornando-se insolventes, poderia ser aplicada a teoria da desconsideração da pessoa jurídica inversa¹⁹, consubstanciado no artigo 50, do Código Civil.

¹⁹ Rolf MADALENO, “A disregard nos alimentos”.

Pode-se citar ainda, como meio alternativo de coerção para pagamento da dívida alimentícia, a suspensão ou restrição de direitos, tais como a retenção da carteira nacional de habilitação e do Cadastro de Pessoa Física, do passaporte e a inibição ao exercício de certos direitos e atividades pessoais ou profissionais, *v.g.* paralisação de juízos conexos, impulsionados pelo alimentante, a aceitação ou renúncia de herança ou legado e receber doação²⁰.

Estes meios alternativos supramencionados, apesar de não haver autorização expressa na legislação vigente, encontram-se compreendidos no termo “medidas necessárias” no âmbito dos poderes executórios atípicos do juiz, aplicando-se no caso concreto, o postulado da proporcionalidade.

Recentemente, a juíza da 2.^a Vara Cível do Fórum Regional de Pinheiros, determinou, com fundamento nos poderes executórios atípicos do magistrado, as seguintes medidas:

Se o executado não tem como solve r a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva. Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e suspendo a Carteira Nacional de Habilitação do executado Milton Antonio Salerno, determinando, ainda, a apreensão de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida. Oficie-se ao Departamento Estadual de Trânsito e à Delegacia da Polícia Federal. Determino, ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida.²¹

No entanto, em sede de liminar concedida em Habeas Corpus foi cassada a suspensão da C.N.H. e do passaporte.

²⁰ Waldyr GRISARD FILHO, *O Futuro da Prisão Civil do Devedor de Alimentos: Caminhos e Alternativas*.

²¹ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Feito n.º 4001386-13.2013.8.26.0011.

Na Argentina, em 08 de março de 2004, foi sancionada a Lei n.º 13.074²², que dispõe sobre a criação do Registro de Devedores Alimentários Morosos, regulamentada pelo Decreto 340/2004²³. A inscrição será realizada mediante ofício da autoridade judicial ou a pedido do credor, nos casos em que o devedor deixa de adimplir três prestações consecutivas ou cinco alternadas (art. 3.º).

Dentre as restrições encontram-se obstáculos para a concessão de crédito bancário, a abertura de conta corrente e solicitação de cartão de crédito, a obtenção ou renovação de licença para dirigir, licenciamento para o exercício de atividades, como abertura de comércio ou indústria (art. 5.º), sendo que o proponente deverá, antes da solicitação dessas operações, apresentar certidão de que não possui seu nome inserido no R.D.A.

Solução alternativa que a primeira vista além de constituir elemento menos gravoso do que a prisão civil parece atender melhor aos interesses do credor para a satisfação de seu crédito. No entanto, para aplicação conjunta de todas as restrições contidas, bem como a determinação na inclusão do referido cadastro e a obrigatoriedade de os órgãos públicos expedirem a certidão negativa ou positiva de registro no Direito Brasileiro depende de lei instituindo o respectivo cadastro. Do mesmo modo, a regulamentação do modo de operacionalização e sanções administrativas aos terceiros que descumprirem as restrições impostas.

No Brasil, tramitou o Projeto de Lei n.º 405/2008 no intuito de estimular a adoção de medidas diversas da prisão civil do devedor, dentre elas a criação do Cadastro de Proteção ao Credor de Obrigações

Alimentares (CPCOA), sendo que o devedor de alimentos inscrito no cadastro fica impedido de ser nomeado em cargo público, participar de licitações promovidas pela Administração Direta e Indireta, contratar com o Poder Público ou dele receber qualquer tipo de benefício.

A doutrina avoca o grande número de ações judiciais distribuídas no âmbito de Direito de Família e Sucessões e registra que apenas no ano de 2010 foram 11.464 ações distribuídas, sendo sucedido por 11.718 no ano de 2011, lembrando-se que estes números abrangem as estatísticas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e chama a atenção que o grande número de demandas pendentes prejudica a celeridade processual, impedindo o acesso a uma ordem justa, sem contar o prejuízo à subsistência da família.²⁴

No entanto, o Projeto de lei supramencionado foi arquivado em 26/12/2014, nos termos do art. 332.º, do Regimento Interno do Senado Federal, ou seja, em razão do final de legislatura.²⁵

Neste âmbito de formas alternativas, discute-se a necessidade de intervenção estatal para assegurar a proteção do credor de alimentos menor, sujeito de direitos, que goza de proteção especial no plano constitucional. Eduardo de Oliveira Leite²⁶, afirma que o Estado onera de diversas formas o indivíduo de modo a se desonerar de uma obrigação que lhe compete pelo texto constitucional. Prossegue relatando que quer por omissão ou por ausência de recursos, o Estado se desincumbe de sua responsabilidade atribuindo-a exclusivamente ao devedor pessoa física.

²² Disponível em: http://www.cnm.gov.ar/LegProvincial/BUE-NOSAIRE5_Legislacionregistrodedeudoresalimentariosmorosos.pdf. Acesso em 20/10/2015.

²³ Disponível em: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/04-340.html>. Acesso em: 20/10/2015.

²⁴ Caetano LAGRATA NETO, “Inserção do nome do devedor de alimentos nos órgãos de proteção ao crédito e o protesto do título judicial”, 378.

²⁵ Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/87970>. Acesso em 11/11/2015.

²⁶ Eduardo de Oliveira LEITE, “Prestação alimentícia dos avós”, 88.

Essa intervenção poderia se dar no âmbito de políticas públicas, com a criação de um fundo garantidor como ocorre em países da Europa, *v.g.* Portugal e Espanha, ou tal aconteceu com direito à saúde com o fornecimento de médicos, quer na esfera administrativa, quer por determinação judicial²⁷.

4. Conclusões

A causa da inadimplência da prestação alimentícia poderá ser revelada no descumprimento involuntário, *v.g.* desemprego, falta de recursos financeiros ou aumento no número de dependentes, ou voluntária, quando a ausência de pagamento se dá injustificadamente ou baseada em outros motivos justos.

Uma vez insatisfeita a obrigação, poderá o credor alimentício intentar os meios executórios para ver realizada sua pretensão. A legislação processualista possibilita meios coercitivos (pessoal e/ou patrimonial) e meios sub-rogatórios (desapossamento, transformação e expropriação).

Ocorre que além dos meios previamente elencados na legislação vigente, o Código de Processo Civil assegura poderes executórios atípicos, que não implica em poderes ilimitados do magistrado, mas permeados pelo postulado da proporcionalidade para assegurar a prestação da tutela efetiva.

Esses poderes são plenamente aplicáveis em matéria de alimentos, principalmente ao se considerar sua própria natureza, que visa assegurar o atendimento das despesas vitais, direitos da personalidade e existência digna de seu titular.

Neste contexto, existe a possibilidade de aplicação de outras medidas necessárias, também coercitivas, como modo de coação psicológica a fim de evitar a inadimplência da obrigação.

Algumas dessas medidas há muito vem sendo aplicadas pelos órgãos julgadores, como por exemplo, a determinação de inscrição do nome do devedor junto aos órgãos de proteção do crédito (SCPC e Serasa), o protesto da sentença condenatória, sendo que este último foi autorizado pelo Novo Código de Processo Civil.

Outras condutas também poderiam ser adotadas pelo magistrado, tais como a retenção da carteira nacional de habilitação e do C.P.F., do passaporte e a inibição ao exercício de certos direitos e atividades pessoais ou profissionais, *v.g.* paralisação de juízos conexos, impulsionados pelo alimentante, a aceitação ou renúncia de herança ou legado e receber doação, pois apesar não se encontrarem expressamente previstas na legislação, possuem legitimação no âmbito de seus poderes executórios atípicos.

Ainda neste contexto, no entanto, a depender de autorização legislativa, a utilização de cadastro de devedores de alimentos com a previsão de mais restrições a exercícios de direitos, como o procedido pela Argentina ou a instituição de fundo garantidor custeado pelo Poder Público, também constituem medidas a serem pensadas.

Além do mais, essas medidas constituem menos gravosas que a possibilidade de prisão civil do devedor dos alimentos.

²⁷ Certamente que tais medidas ensejarão reflexos financeiros, podendo repercutir, inclusive, no aumento da já tão onerosa carga tributária, o que, *s.m.j.*, não seria recomendável no atual contexto social, mas não seria totalmente descartada, pensando-se numa possibilidade de ação de regresso por parte do Poder Público.

Bibliografia

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello, *Constituição e Codificação: Primórdios do binômio. A reconstrução do direito privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARGENTINA, *Código Civil de la Nación Argentina: Ley 340*, Buenos Aires, 25 de Setiembre de 1869.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Teoria Geral: relações e situações jurídicas. Direito Civil. 2.ª ed.*, São Paulo: Saraiva, 2010.

ASSIS, Araken de, *Da execução de alimentos e prisão do devedor*, 5.ª ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 8.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de, “Alimentos no novo código civil: três aspectos polêmicos”, in Eduardo de Oliveira LEITE / Adriana KRUCHIN *et al.*, coord. *Grandes temas da atualidade, Vol. 5: Alimentos no novo Código Civil: aspectos polêmicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Saraiva, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito de família*, 7.ª ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BRASIL, *Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002* [Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil], Brasília, DF: 11 Jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>, acesso em: 15 de jun. 2015.

CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti / TAVALLERA, Glauber Moreno / FUGITA, Jorge Shiguemitsu / SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio, coord., *Comentários ao Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CALSAMIGLIA, Albert, “Postpositivismo”, *Revista Eletrônica Doxa*, Alicante, 21, disponível em:

<<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/index.htm>>, acesso em 14 de jun/2015.

DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson / RAMOS, Carmen Lucia Silveira *et al.*, coord., *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FIGUEROA, Alfonso García, “La teoría del derecho em tempos de constitucionalismo”, in Miguel CARBONEL, org. *Neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2003.

GOMES, Orlando, *Direito de família*, 11.ª ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRISARD FILHO, Waldyr, *O Futuro da Prisão Civil do Devedor de Alimentos: Caminhos e Alternativas*, disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/090407.pdf>>, acesso em 19/10/2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Direito Civil: estudos*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LAGRATA NETO, Caetano, “Inserção do nome do devedor de alimentos nos órgãos de proteção ao crédito e o protesto do título judicial”, in José Fernando SIMÃO / Flávio TARTUCE, *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*, 2.ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. LEITE, Eduardo de Oliveira, *Direito Civil Aplicado, Vol. 5: direito de família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

— “Prestação alimentícia dos avós: a tênue fronteira entre a obrigação legal e o dever moral”, in Eduardo de Oliveira LEITE / Adriana KRUCHIN *et al.*, coord. *Grandes temas da atualidade, Vol. 5: Alimentos no novo Código Civil: aspectos polêmicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, [art. 1.591.º a 1.693.º], in Álvaro Villaza AZEVEDO, coord., *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*, Vol. XVI, São Paulo: Atlas, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luís, *Fundamentos do direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MADALENO, Rolf, “A disregard nos alimentos”, in Teresa Arruda Alvim WAMBIER / Eduardo de Oliveira LEITE, *Repertório de doutrina sobre Direito de Família*, vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Tratado de Direito Civil*, t. 22, São Paulo: Borsoi, 1968.

— *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. X. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados”, in *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Orlando Gomes*, São Paulo: Forense, 1979.

MUJALLI, Walter Brasil, *Ação de alimentos; doutrina e prática*, 2.ª ed., Leme – SP: Imperium, 2009.

PERLINGIERI, Pietro, *Perfis do direito civil*, trad. Maria Cristina de Cicco, ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce, *Poderes executórios do juiz*, São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira, *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras: Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*.

RIZZARDO, Arnaldo, *Direito de família: lei 10.406, de 10.01.2002*. 7.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Daniel Colnago, “Os poderes do juiz na efetivação de tutela específica”, *Revista do Instituto de Direito Brasileiro [RIDB]*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 3/5 (2014) 3.821-3.822. Disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/05/2014_05_03793_03826.pdf>.

SIMÃO, José Fernando / TARTUCE, Flávio, *Direito Civil*, vol. 5, 5.ª ed., Rio de Janeiro: Forense / São Paulo: Método, 2010.

VELOSO, Zeno, [art. 1.694.º a 1.783.º], in IDEM / Álvaro Villaça AZEVEDO, coord., *Código civil comentado: alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*, vol. XVII, São Paulo: Atlas, 2003.

A TITULARIDADE DOS ALIMENTOS “GRAVÍDICOS”*

Maria Conceição Amgarten

Doutoranda em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Mackenzie-SP. Professora de Direito Processual Civil e Prática Jurídica Civil na Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Advogada

1. Introdução

A Lei n.º 11.804, de 05 de novembro de 2008, que disciplina o direito aos alimentos “gravídicos”, indiscutivelmente, é dotada grande eficácia social. Contudo, não obstante a louvável intenção do legislador, não se pode desconsiderar o descompasso de alguns dos seus dispositivos legais. A propósito, de um total de doze artigos, exatamente a metade foi objeto de veto.

De qualquer forma, o objeto do nosso estudo ficará restrito à titularidade dos alimentos “gravídicos”, se é da mulher gestante ou do nascituro.

De fato, muito embora a referida lei afirme que se trata do “direito de alimentos da mulher gestante” (art. 1.º), tem o nítido propósito de resguardar os direitos do nascituro, ao dispor que “os alimentos de que trata esta lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto” (art. 2.º).

Assim, antes de adentrarmos na problemática que envolve o tema, teceremos algumas considerações obrigatórias acerca do nascituro para após discorreremos sobre a lei propriamente dita e finalmente trataremos da titularidade dos alimentos “gravídicos”.

2. Nascituro: considerações gerais

De Plácido e Silva esclarece que a expressão *nascituro* deriva do latim *nasciturus*, participio passado de *nasci*, aquele gerado ou concebido que há de nascer.

Giselda Hironaka acentua que a segunda parte do art. 2.º do Código Civil, ao estabelecer que “(...) a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” merece uma interpretação restritiva¹.

A autora pondera que para se interpretar a segunda parte do art. 2.º do Código Civil, primeiro é preciso saber quem é o nascituro, o que é motivo de controvérsia na linguagem comum. Afirma que rigorosamente, nascituro é “o que há de nascer”, o ser já concebido que tem chances reais de nascer com vida².

Pierangelo Catalano sustenta a paridade do nascituro e do nascido no Direito Romano³:

“Segundo os Digesta de Justiniano, a paridade do nascituro e do nascido é um princípio de caráter geral, sal-

* Artigo apresentado em Colóquio em Coimbra, mediante convênio com a FDUSP, sob a orientação do Professor Associado José Fernando Simão e da Professora Titular Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

¹ Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 50.

² HIRONAKA. *Morrer e suceder*. 50.

³ Pierangelo CATALANO. “Os nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-Americano (A propósito do art. 2.º do Projeto do Código Civil brasileiro)”. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, 45 (jul./set. 1988) 10 (7-15).

vo as exceções de algumas ‘partes’ do ius. O princípio geral é claramente afirmado no Livro I, Tít. V (*De statu hominum*) e encontra correspondência terminológica no último livro, Tít. XVI (*De verborum significatione*): v. D. 1,5,26: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*; 50, 16,153; 164; § 231”.

Na verdade, Hécio Madeira esclarece a palavra “nascituro” era desconhecida no Direito Romano, que utilizava expressões como “homo”, “qui in utero est” e concebido.⁴

Silmara Chinelato⁵, amparando-se em Pierangelo Catalano, adverte que a inversão da paridade resulta da teoria da ficção de Savigny, baseada em dois textos aparentemente contraditórios com o princípio geral: “o primeiro, de Papiniano, D.35.2.9.1: “Ad legem Falcidiam’ – ‘(...) partus nondum editus homo no recte fuisse dicitur⁶, e outro, de Ulpiano, D.25.4.1.1: ‘De inspiciendo ventre custodiendo partu’: ‘partus enim antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum’”.⁷

Esclarece a autora que o texto de Papiniano (D.35.2.9.1) diz respeito ao parto da escrava, a fim de se verificar se o nascituro integra a quarta parte disponível do testador. É que até o nascimento se ignora se o filho será escravo ou livre.⁸

⁴ Hécio Maciel França MADEIRA. *‘Qui in utero est’ – O Nascituro no Direito Romano Justiniano: Fontes, Terminologia e Princípios*, Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

⁵ Silmara Juny de Abreu CHINELATO. *Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro*. in José Fernando SIMÃO / Jorge Shiguemitsu FUGITA; Silmara Juny de Abreu CHINELATO / Maria Cristina ZUCCHI, org. *Direito de Família no Novo Milênio: estudos em homenagem ao professor Alvaro Villaga Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010. 614-615.

⁶ “O filho ainda não nascido não se diz ser homem”. Trad. Mário Curtis Giordani. *O Código Civil à luz do Direito Romano*. 7. O autor afirma que o texto se refere ao nascimento de um escravo.

⁷ “O filho antes do parto, é uma porção da mulher ou de suas vísceras” (trad. Mário Curtis Giordani. *O Código Civil à luz do Direito Romano*, p.8.

⁸ Silmara Juny de Abreu CHINELATO. *Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro*. 614.

Por sua vez, novamente Silmara Chinelato, amparando-se em Catalano, ensina que “a regra de Ulpiano concerne à defesa do interesse da mulher divorciada e do nascituro frente ao marido”.⁹

A autora ensina nas Ordenações Filipinas protege-se o filho nascituro, conforme se extrai do Livro 3.º, Título XVIII, § 7.º, que previa que tal demanda tramitaria nas férias:

“E poderá ouvir e julgar sobre a demanda, que faça parte alguma mulher, que ficasse prenhe, pedindo que a metam em posse de alguns bens, que lhe pertençam por razão da criança, que tem no ventre”.¹⁰

André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria advertem que não se pode falar numa doutrina “doutrina romana” sobre o início da personalidade civil¹¹.

Contudo, surge um impasse a esta visão, já que ao nascituro, para tanto, seria indispensável a personalidade jurídica, o que não lhe foi reconhecido expressamente pelo ordenamento jurídico.

A autora esclarece que apesar de inúmeras teorias sobre o início da personalidade e a condição do nascituro, no Brasil há três correntes fundamentais: a natalista, a da personalidade condicional e a verdadeiramente concepcionista¹².

Segundo a autora, a natalista, que tem grande número de adeptos, sustenta que a personalidade civil começa do nascimento com vida, conforme disposto na primeira parte do artigo 2.º do Código Civil de 2002: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas

⁹ Silmara Juny de Abreu CHINELATO. *Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro*. 614.

¹⁰ Silmara Juny de Abreu CHINELATO. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. 178.

¹¹ André Franco MONTORO / Anacleto de Oliveira FARIA. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953. 14.

¹² Silmara Juny de Abreu CHINELATO. *Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro*. 619.

a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.¹³

Essa corrente de fato não explica a segunda parte do artigo, que resguarda os direitos do nascituro desde a concepção.

A segunda corrente, intitulada da personalidade condicional, reconhece a personalidade, desde a concepção, caso haja o nascimento como vida. Trata-se de corrente adotada por Clóvis Bevilacqua no artigo 3.º de seu Projeto de Código Civil e que não foi reproduzido no artigo 4.º do Código Civil de 1916.¹⁴

A terceira corrente é denominada de concepcionista, cujo entendimento é no sentido de que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade e o direito de ser adotado.

Silmara Chinelato elenca os adeptos da corrente concepcionista, adotada por ela: Teixeira de Freitas, Pontes de Miranda, R. Limongi França, Anacleto de Oliveira Faria e André Franco Montoro, Francisco dos Santos Amaral Neto, Giselda Maria Novaes Hironaka, José Fernando Simão e Flávio Tartuce.¹⁵

¹³ O artigo 4.º do Código do Código Civil de 1916 apresentava redação parecida: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.”

¹⁴ Artigo 3.º do Projeto assim dispunha: “Onde a verdade? Com aqueles que harmonizam o Código Civil consigo mesmo, com o penal, com a physiologia e com a lógica, como demonstrou Teixeira de Freitas na luminosa nota ao artigo 221 de seu Esboço. Realmente, si o nascituro é considerado sujeito de direitos, si a lei civil lhe confere um curador, si a lei criminal o protege cominando penas contra a provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa, como o fizeram os códigos e projectos acima citados, de acordo com os quaes se mostra Raoul de La Grasserie”.

¹⁵ Silmara Juny de Abreu CHINELATO. *Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro*. 623.

José Fernando Simão, ao indagar quando se inicia a personalidade jurídica do ser humano, assevera que a resposta passa pela análise do artigo 2.º do Código Civil de 2002: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”. Destaca que “a questão é das mais difíceis, porque a doutrina se divide e diverge de maneira clara”. Conclui afirmando que “o nascituro é pessoa e, nessa qualidade é titular de direitos e merecedor da mais ampla proteção jurídica”¹⁶.

Diogo Leite de Campos aborda a “concepção pré-científica” ou “pré-ecográfica” acerca da concepção tradicional da personalidade humana, substanciada na ideia de que pessoa é todo o ser humano nascido vivo é viável. Afirma que essa concepção é baseada na “ignorância da vida pré-natal (o ser que nascia era precedido de um mistério que fazia reear os monstros e os lobisomens)”. Daí o “nascimento ser uma descoberta – um ‘dar à luz’ das trevas do ventre. Conclui as suas alegações ao afirmar que hoje é difícil negar que o reconhecimento da vida se dá a partir da concepção”¹⁷.

Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf destacam que as diversas técnicas da fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos, suscitou a polêmica de qual seria o momento a se considerar juridicamente o nascituro. Apontam o entendimento exarado no julgamento da ADIn 3510, que tratou da constitucionalidade do art. 5.º da Lei de Biossegu-

¹⁶ José Fernando SIMÃO. Início da personalidade jurídica. Disponível em <<http://www.professorsimao.com.br/artigos>>.

¹⁷ Diogo Leite de CAMPOS. “O Estatuto Sucessório do Nascituro”. in Pastora do Socorro Teixeira LEAL, org. *Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Vol. 1. São Paulo: Método, 2014. 794-795.

rança¹⁸, para concluir que “na fecundação artificial *in vitro*, mesmo havendo a fusão do material genético dos pais, não poderá o embrião pré-implantatório ser equiparado ao nascituro, pois é necessária a nidação do zigoto para que o início da vida se efetue realmente”¹⁹.

É fato que a jurisprudência tem adotado a teoria concepcionista, a fim de reconhecer os direitos do nascituro.

Não obstante todo o avanço doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria, anote-se que há um projeto de lei (PL 478/2007)²⁰, denominado “Estatuto do Nascituro”, que se consubstancia em verdadeiro retrocesso social e, portanto, tem sofrido fundadas críticas, ao criminalizar a interrupção da gravidez no caso de estupro ou de risco à saúde da mulher, direitos esses garantidos desde 1940. A propósito, prevê inclusive pensão alimentícia prestada por aquele que praticar o ato de violência sexual, ressaltando-se que em caso de impossibilidade de identificação do alimentan-

te ou na hipótese de insolvência deste, a obrigação recairá sobre o Estado²¹.

A toda evidência, esse projeto não merece sequer comentários pela situação inusitada em que coloca a mãe e até mesmo o nascituro. O seu conteúdo é um paradoxo e nem de longe protege o nascituro, tanto que sem qualquer critério fixa uma pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos. Embora o referido dispositivo comece falando do nascituro concebido, passa a tratar do nascido. E mais: considera que os “alimentos gravídicos” e a pensão alimentícia após o nascimento seriam equivalentes.

O panorama apresentado se faz necessário para se demonstrar o quanto a questão é polêmica. É claro que o nascituro merece proteção, mas cabe lembrar que nenhum direito é absoluto.

3. Os alimentos gravídicos e a Lei n.º 11.804, de 05 de Novembro de 2008

Primeiramente, cumpre esclarecer que abordaremos a titularidade dos alimentos gravídicos isoladamente no item seguinte, tendo em vista ser o cerne de nosso trabalho. Nesse intuito, faremos algumas considerações acerca de outros aspectos da lei.

Maria Berenice Dias afirma que a Lei n.º 11.804/08, ao dispor sobre os alimentos “graví-

¹⁸ Lei 11.105/05. Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15.º da Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

¹⁹ Carlos Alberto Dabus MALUF / Adriana Caldas do Rego Freitas DABUS. A sucessão na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos”. in Pastora do Socorro Teixeira LEAL, org. *Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Vol. 1. São Paulo: Método, 2014. 785.

²⁰ O projeto se encontra na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher desde 05.10.2017.

²¹ Art. 13.º O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

I – direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;

III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento.

Parágrafo único. Se for identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia a que se refere o inciso II deste artigo; se não for identificado, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado.

dicos”, procurou conceder à gestante o direito de buscar alimentos durante a gravidez e que “apesar do nome, de alimentos não se trata” e, portanto, melhor seria tê-los denominado de subsídios gestacionais.²²

O legitimado passivo da ação é “aquele que na referida ação fora indicado como sendo o possível pai por conta dos indícios da paternidade ou pela paternidade presumida à luz do artigo 1597 do Código Civil”.²³

Douglas Phillips Freitas adverte que se deve ter cautela ao se incluir no polo passivo da ação os avós ou outros parentes, vez que se trata de medida com baixa cognição (indícios de paternidade), o que dificulta a argumentação jurídica.²⁴

O artigo 6.º da Lei n.º 11.804/08 estabelece que o juiz, uma vez “convencido da existência de indícios de paternidade” fixará os alimentos que “perdurarão até o nascimento da criança”, considerando-se “as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré”.

Com muita propriedade, Flávio Luiz Yarshell destaca que salvo nas hipóteses em que a gestação enseje cuidados especiais, “o grau de necessidade durante a gestação pode ser considerado relativamente uniforme entre as pessoas”. Assim, as “necessidades são ditadas essencialmente por fatores naturais”, ou seja, “as carências (mesmo as materiais) de todos os seres em formação tende a se equalizar”.²⁵

O autor observa que esse dado é relevante, a fim de evitar a confusão entre os alimentos devidos

no decorrer da gestação e aqueles devidos após o nascimento com vida, ressaltando-se que estes últimos exigem a análise de critérios diversos em que as referências socioeconômicas passam a ter relevância, especialmente sob os ângulos da possibilidade e da necessidade.

Nesse sentido, merece destaque um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.²⁶

Entende Yarshell²⁷ que a conversão prevista no parágrafo único do artigo 6.º é equivocada, ao se adotar os mesmos critérios de fixação dos alimentos no decorrer da gestação e após o nascimento. Pondera que o equívoco ainda mais se evidencia ao se analisar quem é o destinatário dos alimentos gravídicos, pois embora os alimentos objetivem o desenvolvimento do feto, as necessidades podem dizer respeito à mãe, a exemplo da hipertensão.

De fato, a titularidade dos alimentos gravídicos reflete-se na legitimidade ativa, que alguns doutrinadores afirmam ser da mãe e outros do nascituro.

Antes de adentrarmos na polêmica propriamente dita, não se pode deixar de mencionar que

59

²⁶ AGRADO DE INSTRUMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTA BANCÁRIA E INVESTIMENTOS. RESTRIÇÃO À VENDA DE VEÍCULOS EM NOME DO VARÃO. 1. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. A fixação de alimentos ao nascituro, em quantia correspondente a 60 salários mínimos, se mostra de todo exorbitante. Por mais ampla que seja a gama de despesas que o fato da gravidez acarrete (assistência médica, psicológica, exames, parto, medicamentos, enxoval, etc.) e que estão referidas na respectiva legislação especial, não há nada que justifique alimentos mensais de R\$ 32.700,00 - isto tudo antes mesmo de a criança nascer! Não obstante a alegação de ser o demandado grande investidor, com elevadíssimos ganhos mensais, é também da mãe, gestante, o dever de custeio das despesas com o nascituro. 2. BLOQUEIO DE VALORES E RESTRIÇÃO À VENDA DE BENS. Deve ser mantida a decisão agravada, porquanto não há elementos seguros para, nesta fase processual em que é incipiente a instrução probatória, se concluir pelo período de duração da união estável alegada e que o patrimônio almejado é efetivamente comum. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento N.º 70046268702, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 26/01/2012)

²⁷ Flávio Luiz YARSELL. “Temas de direito processual na Lei 11.804/08 (alimentos “gravídicos”)”. *Carta Forense*, 03/02/2009.

²² Maria Berenice DIAS. *Alimentos aos bocados*. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2013. 60.

²³ Douglas Phillips FREITAS. *Alimentos gravídicos*. Florianópolis: VOX LEGEM, 2011. 111-112.

²⁴ Douglas Phillips FREITAS. *Alimentos gravídicos*. 124.

²⁵ Flávio Luiz YARSELL. “Temas de direito processual na Lei 11.804/08 (alimentos “gravídicos”)”. *Carta Forense*, 03/02/2009.

as críticas do processualista são extremamente pertinentes, porquanto não se justifica a confusão do legislador entre os alimentos decorrentes da gestação e aqueles posteriores ao nascimento do alimentando.

Com efeito, independentemente da sua titularidade, o parágrafo único do artigo 6.º da referida lei não poderá ser efetivado, já que a causa de pedir dos alimentos gravídicos difere daquela que respalda os alimentos após o nascimento, de forma a impedir a indigitada conversão. Trata-se da estabilização da demanda prevista nos artigos 264.º do Código de Processo Civil de 1973²⁸ e 329.º do Código de Processo Civil de 2015²⁹, que entrou em vigor em 18 de março de 2016.

3.1 A titularidade dos alimentos gravídicos

O artigo 1.º da Lei n.º 11.804/08, ao estabelecer a sua finalidade de disciplinar “o direito de alimentos da mulher gestante” retoma o debate acerca da discussão sobre os direitos do nascituro.

No entanto, Silmara Chinellato observa que antes da promulgação da referida lei, a doutrina e a jurisprudência já reconheciam o direito do nascituro a alimentos, em virtude do conteúdo do artigo 4.º do Código Civil de 1916, bem como do artigo 2.º do Código Civil vigente, “que conserva o mesmo teor, com exceção da palavra pessoa a subs-

tituir homem³⁰.

A autora defende que a titularidade do direito em questão é do nascituro, que é “parte legítima para pleiteá-los por seu representante legal, a mãe ou o curador, nos termos dos art. 1.778.º e 1.779.º do Código Civil.³¹

Acentua a autora³² que a imprensa noticiou, com grande destaque, no início de janeiro de 2007 a existência de decisão pioneira no Tribunal de Justiça de São Paulo quanto ao reconhecimento da legitimidade ativa do nascituro, devidamente representado, para garantir o atendimento médico da mãe:³³

Todavia, salienta a autora que o aludido acórdão se circunscreveu apenas a uma questão processual, ou seja, se o nascituro tem ou não capacidade para ser parte. Ademais não seria pioneira, vez que o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo em outros julgados já teria fixado a capacidade do nascituro para ser parte.

Merece destaque o acórdão do Superior Tribu-

³⁰ Silmara Juny de Abreu CHINELATO. *Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro*, 629.

³¹ Silmara Juny de Abreu CHINELATO. *Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro*, 629.

³² Silmara Juny de Abreu CHINELATO. O nascituro perante os Tribunais. A recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Evolução e tendências*, p.222-223.

³³ MENOR – Ação proposta por nascituro buscando o atendimento pré-natal à sua genitora, que se encontra presa – Decisão do juiz *a quo* que determinou a emenda da inicial por entender que o nascituro, por não possuir personalidade jurídica, não tem legitimidade ativa *ad causam* – Não conhecimento do agravo no tocante ao pleito que visa a concessão da antecipação da tutela ainda não apreciada em primeira instância – Nascituro que pode ser parte, desde que representado pelos genitores ou por quem determina a lei civil – Provimento do agravo apenas para reconhecer a possibilidade do nascituro vir a juízo, sem adentrar no mérito de sua legitimidade para a causa presente e, tampouco, a competência da Justiça da Infância e da Juventude – Necessidade de anulação do despacho que determinou a emenda da inicial – Agravo conhecido em parte e, na parte conhecida, provido, nos termos do acórdão (Agravo n.º 137.023-0/00, Desembargador José Mário Antônio Cardinale, Órgão Especial do TJSP)

²⁸ Art. 264.º Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

²⁹ Art. 329.º O autor poderá:

I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente do consentimento do réu;

II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurando o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

nal de Justiça que, muito embora tenha julgado um recurso interposto em ação de cobrança de DP-VAT, afirma categoricamente que a titularidade dos alimentos gravídicos é do nascituro e não da mãe.³⁴

Para Rolf Madaleno a Lei n.º 11.804/08 “dá

³⁴ DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATORIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2.º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3.º, INCISO I, DA LEI N.º 6.194/1974. INCIDÊNCIA.

1. A despeito da literalidade do art. 2.º do Código Civil - que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1.º, 2.º, 6.º e 45.º, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542.º, 1.779.º e 1.798.º do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8.º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n.º 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a “crimes contra a pessoa” e especificamente no capítulo “dos crimes contra a vida” - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (Julio Fabbrini MIRABETE. *Manual de direito penal*, vol. II. 25.ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, 62-63; Guilherme de Souza Nucci. *Manual de direito penal*. 8.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 658).

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3.º da Lei n.º 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que

vida à teoria concepcionista ao reconhecer, agora sim, por expresse texto legal, o direito aos alimentos do nascituro, que fica garantido desde a sua concepção”³⁵.

Em sentido contrário Douglas Phillips Freitas defende que a titularidade dos alimentos “gravídicos” é da mulher grávida e, portanto, esta é a legitimada para ingresso da respectiva ação, nos termos do caput do art. 1.º da Lei n.º 11.804/2008.³⁶

Igualmente, Pontes de Miranda já se preocupava com o direito da gestante:

“No caso de mulher, que engravidou e que tem, por êsse fato, direito a maior prestação de alimentos, não se leva em conta o ter nascido, ou não, com vida, o filho. O que importa é o alimento da mãe durante o tempo da gravidez e o alimento indireto (e.g. remédios) do feto. O que deve alimentos ao filho deve-os à mãe, durante a gestação e a amamentação”.³⁷

Na esteira de igual entendimento Maria Berenice Dias afirma que “ainda que os encargos da gravidez devam ser divididos entre os genitores, quem dispõe de legitimidade para a demanda é a gestante”. De qualquer forma, invoca o posicionamento de Lúcio Delfino que sustenta que também o nascituro tem interesse de agir, em litisconsórcio ou não, uma vez que não haveria motivo consistente para vedar ao nascituro o uso da via procedimental instituída para protegê-lo.³⁸

Yussef Cahali destaca que se está diante de uma

outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1415727/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 29/09/2014)

³⁵ ROLF MADALENO. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 978-979.

³⁶ Douglas Phillips FREITAS. *Alimentos gravídicos*. 109-110.

³⁷ Francisco Cavalcanti Pontes de MIRANDA. *Tratado de direito privado*. t. IX. 3.ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. 244.

³⁸ Maria Berenice DIAS. *Alimentos aos bocados*. 61.

nova modalidade de alimentos em favor da mulher gestante, uma espécie de “auxílio-maternidade”: “a titular da pretensão é a mulher, com direito próprio para exigir a coparticipação do autor de sua gravidez nas despesas que se fizerem necessárias no transcorrer da gestação, exclusivamente em função do estado gravídico”.³⁹

Para Francisco José Cahali o destinatário imediato dessa modalidade de alimentos não é o nascituro, mas sim, a pessoa de sua genitora – a gestante:

“Esse fato é revelado logo no primeiro artigo da mencionada Lei, ao disciplinar que ela trata do “direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido”. Ou seja, em sentido oposto à evolução jurisprudencial, que defendia os direitos daquele que ainda estava por nascer, optou o legislador, nesta específica norma, em assegurar a defesa do estado gestacional. Não se pode perder de vista que a defesa proposta pela legislação abriga, indiretamente, os interesses do nascituro, preservando sua dignidade desde o momento de sua concepção, postergando-se ao momento do seu nascimento, figurando, porém, como beneficiário mediato da relação”.⁴⁰

A matéria é extremamente polêmica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pois apesar de haver uma tendência a se considerar a titularidade do nascituro, há julgados que admitem a titularidade da mãe.⁴¹

³⁹ Yussef Said CAHALI. *Dos Alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 353.

⁴⁰ Francisco José CAHALI. *Alimentos gravídicos*. in Regina Beatriz Tavares da SILVA / Theodureto de ALMEIDA, coord. *Grandes temas de direito de família e sucessões*, vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2014. 152.

⁴¹ Agravo de Instrumento alimentos gravídicos decisão que indeferiu o pedido de antecipação da tutela insurgência da autora que não comporta acolhimento ausência de indícios suficientes da paternidade a que alude o artigo 6o, da Lei 11.804/08 circunstância que desautoriza o deferimento da medida antecipatória decisão denegatória mantida. Agravo improvido. (Agravo n.º 990.104.409136, Desembargador Relator Testa Marchi., 10.ª Câmara de Direito Privado do TJSP, j. 23/11/2010).

Alimentos gravídicos previstos na Lei n.º 11.804/08 decisão que concedeu a antecipação da tutela, fixando-os em 15% dos rendimentos do requerido indícios veementes do quanto alegado

Por todo o exposto, concluímos que o nascituro deve ser reconhecido como titular do direito aos alimentos “gravídicos” e, pois, pode figurar no polo ativo da ação, representado por sua genitora, conforme fartamente reconhecido pela jurisprudência.

De outra parte, não se deve negar a titularidade do direito à gestante, porquanto a gravidez não diz respeito única e exclusivamente ao nascituro, mas também à mulher, posto envolver o seu corpo, a sua saúde e até mesmo a sua própria vida. Logo, entendemos que esta igualmente pode figurar no polo ativo da ação e, obviamente, não é caso de litisconsórcio necessário. Esse entendimento pode ser extraído da própria lei, pois enquanto o artigo 1.º se refere ao direito de alimentos à mulher gestante, o artigo 2.º protege os interesses do nascituro.

O raciocínio não tem que ser excludente, especialmente pelo fato de existir uma linha bastante tênue a separar os direitos do nascituro e da gestante. Logo, se ambos são titulares do direito aos alimentos gravídicos, qualquer um dos é legítima- do ativo.

É um grande erro reconhecer a titularidade de apenas um deles, já que a gravidez perdura por apenas 9 (nove) meses e, portanto, se o entendimento for pela ilegitimidade ativa, é de conclusão lógica que não haverá tempo hábil para que o outro pleiteie o direito.

Por derradeiro, entendemos que o disposto no parágrafo único do artigo 6.º da aludida lei, que permite a conversão de alimentos gravídicos em pensão alimentícia, não pode ser aplicado,

pela autora verossimilhança que embasa a fixação dos provisórios percentual, contudo, que se revela descabido ante a situação de dificuldades opostas pelo agravante redução do «quantum» que se impõe. Agravo parcialmente provido para reduzir os provisórios para 10% dos rendimentos líquidos, excluídas as horas extras. (Agravo n.º 994.09.321277-4, Desembargador Relator Testa Marchi., 10.ª Câmara de Direito Privado do TJSP, j. 31/08/2010).

ainda que o legitimado ativo seja o nascituro, pois os alimentos gravídicos não se confundem com a pensão alimentícia ali prevista, conforme anteriormente demonstrado.

4. Considerações finais

Não obstante a claudicante legislação brasileira, a jurisprudência, respaldada na melhor doutrina, tem entendido o nascituro como sujeito de direitos.

Por sua vez, a Lei n.º 11.804, de 05 de novembro de 2008, que disciplina o direito aos alimentos “gravídicos”, apesar dos deslizes, merece aplausos no que tange ao seu propósito.

Constatamos que o maior problema em torno do nascituro e da titularidade dos alimentos “gravídicos” parece ser justamente a utilização do raciocínio excludente, ou seja, ao se reconhecer que o destinatário do direito é o nascituro, simplesmente se exclui o da gestante, sendo a recíproca verdadeira. Com a devida vênia, não é essa a melhor interpretação da lei.

Por outro lado, lamentavelmente, a polêmica acerca da matéria tem se agravado principalmente em razão de aspectos religiosos, a exemplo do inaceitável “Estatuto do Nascituro” (PL 478/2007), exemplo impar de retrocesso social! É de clareza meridiana que o seu intuito não é resguardar os direitos do nascituro, mas sim aniquilar todo e qualquer direito da mulher gestante.

Doutrina

ALGUMAS NOTAS SOBRE A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO¹

Marianna Chaves

Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra
Advogada

Palavras chave: *Novo Código de Processo Civil; reforma processual civil; execução de alimentos*

Keywords: *New Code of Civil Procedure; civil procedure reform; alimony execution*

Resumo: *Fruto da necessidade de se conferir coesão à legislação processual civil, assim como de se estampar prestação à custódia de direitos fundamentais, depois de quase 5 anos de trabalhos, o Novo Código de Processo Civil brasileiro está pronto. Desde a constituição da comissão de juristas responsáveis por elaborar o anteprojeto para a Reforma do Código de Processo Civil até a sua aprovação no Congresso Nacional e respectiva sanção presidencial, um longo caminho foi percorrido. O novo Diploma Processual Civil brasileiro trouxe consigo a esperança de maior eficiência e eficácia, mormente na execução de alimentos, tema proposto para o presente artigo.*

Abstract: *Result of the necessity to give cohesion to civil procedure legislation, as well as to stamp promptness to the custody of fundamental rights, after nearly five years of work, the new Brazilian Code of Civil Procedure is ready. Since the establishment of the commission of legal experts responsible for preparing the draft for the Reformation of the Code of Civil Procedure Code to its approval by the National Congress and presidential sanction, a long path has been covered. The new Brazilian*

Code of Civil Procedure brought with it the hope of greater efficiency and effectiveness especially in the execution of alimony, the proposed topic for this paper.

Introdução

Sancionado pela Presidente da República em 16 de Março de 2015 e passando a vigorar um ano depois, o Novo Código de Processo Civil brasileiro surgiu em boa hora. Foi editado depois de contínuas reformas na legislação processual civil, que manifestavam a infatigável busca de medidas que tornassem o procedimento mais alívio e também menos aflitivo para aqueles que dependem da decisão judicial para assegurar o seu sustendo, cuidar da saúde e bem estar, ter lazer, cultura, estudar, enfim, dar continuidade com dignidade à vida que experimentavam antes do litígio.²

¹ O presente artigo corresponde, com algumas alterações e atualizações, ao que escrevemos em: Marianna CHAVES, “Algumas notas sobre a execução de alimentos no novo CPC”, in Fernanda TARTUCE / Rodrigo MAZZEI / Sérgio Barradas CARNEIRO, coord., *Família e Sucessões*. Salvador: JusPodivm, 2016, (Repercussões no Novo CPC 15), 449-476, 2016.

² Afirma-se que “os alimentos devem satisfazer requisições materiais de subsistência, gastos com vestuário, habitação, a assistência na enfermidade, além daquelas de índole moral e cultural, inclusive para a educação e formação do alimentando, devendo as prestações atender à condição social e ao estilo de vida do alimentado, assim como a capacidade econômica do alimentante, sustentando, portanto, uma integral assistência familiar”. Rolf MADALENO, “Alimentos e sua configuração atual”, in Ana Carolina Brochado TEIXEIRA / Gustavo Pereira Leite RIBEIRO, coord., *Manual de direito das famílias e sucessões*, 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, 393 (393-420).

O sistema primitivo do CPC acarretava em uma restrição à tutela jurisdicional, uma vez que imputava ao vencedor da disputa e portador de título executivo judicial, a obrigação de iniciar uma nova demanda a fim de alcançar a efetivação do julgado. Entendia-se há tempos que deveria existir uma concentração das atividades de conhecimento e de execução. Nessa lógica, já se defendia essa composição, esse empenho processual para tentar-se eliminar o desgaste financeiro, pessoal e temporal existentes com a imposição de duplicidade de processos para se efetivar o direito certificado no processo de conhecimento.³

Muito embora ainda não seja um caminho florido, buscou-se diminuir os espinhos dessa inóspita vereda processual.⁴ A necessidade e a vulnerabilidade do credor alimentar são presumidas assim como sua suscetibilidade ao tempo,⁵ já que em regra necessita do crédito alimentar para sua sobrevivência. Como se afirma reiteradamente na doutrina especializada, “a fome não espera”.⁶

³ Cfr. ROLF MADALENO, “A execução de alimentos e o cumprimento de sentença”, in IDEM / Rodrigo da Cunha PEREIRA coord., *Direito de família: processo, teoria e prática*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, 236 (235-260).

⁴ Ao lado da ampla variedade de sentimentos dolorosos que percorrem os espíritos de quem aciona o Judiciário para pleitear alimentos, há de se acrescentar outras tantas ocorrências que são denominadas de “espinhos” processuais por Fátima Nancy ANDRIGHI, “Alimentos – os espinhos do processo”, in Eliene Ferreira BASTOS / Maria Berenice DIAS, coord., *A família além dos mitos*, Belo Horizonte: Del Rey, 2008, 227-228 (227-232).

⁵ Como ressalta a doutrina, a urgência é inerente aos alimentos. Como aduz o axioma latino, “a barriga não admite demora” (*venter non patitur dilationem*) de maneira que se o débito alimentar não for oportunamente saldado, o alimentando poderá sucumbir. Destarte, a celeridade processual é princípio que deverá nortear substancialmente o caminho de todo e qualquer pleito relacionado a alimentos. Neste sentido, veja-se Fernanda TARTUCE, *Processo civil aplicado ao direito de família*, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, 185.

⁶ “Exatamente porque ‘a fome não espera’ a busca da efetividade na realização do direito foi maximizada e o caminho encontrado para dar maior eficiência ao processo foi, exatamente, o de disponibilizar variados caminhos para a realização do direito. Portanto, na raiz ideoló-

Desta forma, todos os impulsos legislativos devem ser considerados oportunos para a ajustada tutela do direito em causa,⁷ sendo imprescindível para que o processo civil seja genuinamente eficaz, que exista eficiência na execução. Ou seja, é imperioso que a execução consiga produzir, em razoável lapso temporal, o resultado prático usualmente aguardado.⁸

Essa nova legislação inspirou-se, na generalidade, no sistema de execução de alimentos defendido pelo Estatuto das Famílias, PLS 470/2013, apresentado pela Senadora Lídice da Mata. Estabeleceu, entre outras coisas, a possibilidade de prisão civil em regime fechado e a possibilidade de protesto de dívidas de alimentos na ocorrência de inadimplemento do devedor. Ultimado o prazo de cumprimento espontâneo, o devedor poderá ter seu nome inserido nas bases de dados de proteção ao crédito.⁹ Tal solução, que já vinha sendo defendida na doutrina e aplicada pela jurisprudência¹⁰ se fundamen-

gica da diversidade de meios executórios encontra-se a reconhecida importância do instituto dos alimentos nas relações sociais e a incessante busca da efetividade do devido processo que em matéria da hierarquia dos alimentos, realmente, não pode se sujeitar às armadilhas e fragilidades presentes na ortodoxia do sistema contemporâneo”. Sérgio Gilberto PORTO, “O método da diversidade de meios executórios (efetividade na satisfação do débito alimentar)”, in Arruda ALVIM *et al.*, coord., *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 940 (939-948).

⁷ Como adverte Fernanda TARTUCE, *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, 271.

⁸ Cfr. em sentido parecido, Alexandre Freitas CÂMARA, “A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis”, in Arruda ALVIM *et al.*, coord., *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 14 (13- 18).

⁹ Cfr. Jones Figueirêdo ALVES, “Novo CPC e Família”, disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/957/Novo+CPC+e+Fam%C3%ADlia>>, acesso em: 25/10/2014.

¹⁰ Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Pedido de inclusão do nome do devedor nos cadastros de restrição ao crédito. Inviabilidade reconhecida. Vedação, todavia, inexistente. Tentativas de penhora ‘on line’ e busca de bens penhoráveis infrutíferas. Art. 732.º do CPC. Dívida líquida, certa e exigível. Possibilidade de protesto do título

ta na ideia que um eventual direito à privacidade do devedor deve ceder ao direito à sobrevivência e à vida do credor.

O direito alimentar possui amparo constitucional, podendo ser considerado um direito de ordem pública, pela primazia do interesse social na tutela e no resguardo da vida, e das famílias. Assim, cumpre associar sua ordem pública com a máxima constitucional da solidariedade, indicada como objetivo fundamental da República brasileira, no Art. 3.º, I da CF. Por dizer respeito à vida, pode-se ainda afirmar que o direito alimentar também possui fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, outra pedra angular do Estado Democrático

executivo para atingir a finalidade almejada. Reclamo recursal acolhido. 1 ainda que sem previsão legal, não existe vedação à inscrição do devedor de alimentos nos cadastros de restrição ao crédito, sendo a medida mais uma forma de compelir o devedor ao pagamento das parcelas dos alimentos vencidas. 2 inexistindo bens passíveis de penhora ou valores depositados em instituições financeiras, pode o representante legal do menor, havendo interesse, nas execuções pelo rito do art. 732.º, do CPC, requerer a emissão de certidão, junto ao juízo responsável pela execução, com os dados necessários ao protesto do título executivo judicial. Assim, basta apresentar a cópia da decisão que fixou os alimentos e a respectiva certidão, acompanhados do cálculo do valor do débito, junto ao cartório competente para o protesto do título. 3 a privacidade do alimentante não é direito fundamental absoluto, curvando-se ao direito do alimentado à uma sobrevivência digna e, pois, à própria vida. (TJSC, 2.ª C. de Direito Civil, AI n. 20130067976, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. 14/08/2013).

(...) Com efeito, não há qualquer impedimento legal para que o nome do devedor de alimentos seja inscrito nos órgãos do SERASA e SPC. Apesar de tais instituições serem mantidas pelos órgãos privados, é inequívoco seu caráter público, uma vez que interessa a toda sociedade manter cadastros dos nomes das pessoas que não honram suas obrigações de pagar pontualmente suas dívidas. No mais, mesmo sendo órgão privado, há convênio entre a Corregedoria Geral de Justiça e o SERASA, de modo que a distribuição de uma ação já possibilita que esta entidade tenha conhecimento do ocorrido ante o acesso ao distribuidor judicial. Além disso, é de se considerar que tal medida é mais um dos métodos válidos para coibir a inadimplência nos casos referentes a pensões alimentícias. O instituto dos alimentos é medida assistencial que, nos casos de inadimplência dos alimentantes, causa grande prejuízo aos alimentandos, que, muitas vezes, dependem desta ajuda para sobreviver, por não terem capacidade nem idade suficiente para, sozinhos, buscarem os bens necessários à sua sobrevivência. (...) TJSP, AI nº 022674 3-83.2011.8.26.0000, Rel. Des. Ribeiro da Silva, 8.ª Câmara de Direito Privado, j. 11/04/2012).

de Direito.¹¹ Na seara familiar, qualquer que seja a entidade familiar em causa, pode-se dizer – em termos gerais¹² – que os componentes de cada família portam consigo o dever “moral e humanitário da solidariedade familiar”.¹³

1. Notas gerais sobre alimentos

Não há dúvidas, portanto, de que os alimentos configuram matéria de enorme importância para o Direito. A proeminência é tamanha que o a obrigação de alimentos terminou por ser objeto de disposições na Carta Magna, no Código Civil, no Código de Processo Civil, na Lei de Alimentos e no Estatuto do Idoso.¹⁴ Diversamente não poderia ser, posto que os alimentos relacionam-se diretamente com a solidariedade entre as pessoas, o direito à dignidade e o próprio direito à vida, aqui materializado na subsistência através dos alimentos.¹⁵

Dito de outra maneira, a sobrevivência constitui um dos mais basilares direitos da pessoa humana e o

¹¹ Araken de Assis assevera que “na abundância da terapia, o legislador expressou o interesse público na rápida realização do crédito alimentar”, traduzido na multiplicidade de meios coercitivos. Araken de Assis, *Comentários ao Código de Processo Civil* (artigos 646 a 735), vol. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 421.

¹² Já que existirão disposições específicas a cada entidade familiar que também fundamentarão esse dever, como dever de sustento dos pais para com os filhos e o dever de mútua assistência dos cônjuges, para citar alguns exemplos.

¹³ ROLF MADALENO, *Direito de Família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, 196.

¹⁴ Como indica Fernanda TARTUCE, *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*, 270.

¹⁵ Afirma-se que em última análise, ao tutelar-se os alimentos, se está a tutelar o direito à vida e à dignidade, ambos com suporte constitucional. Neste sentido, cfr. Daniel Roberto HERTEL, “A execução da prestação de alimentos e a prisão civil do alimentante”, in Yussef Said CAHALI / Francisco José CAHALI org., *Doctrinas essenciais – Família e sucessões*, Vol. 5: *Direito de família patrimonial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 1200 (1199-1213). Também se manifestou no sentido de considerar o direito alimentar como um meio para a conservação da vida, Adriano DE CUPIS, *Os direitos da personalidade*, Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 67.

crédito alimentar traduz-se no expediente apropriado para obter os meios necessários para a sobrevivência de quem não alcança seu sustento individual, em virtude da idade, enfermidade, impossibilidade, incapacidade ou inexistência de trabalho.¹⁶

Alguna doutrina termina por classificar a obrigação de alimentos em virtude da proveniência do encargo. Os alimentos relativos às relações de família originam-se nos vínculos de consanguinidade, parentalidade ou conjugalidade/companheirismo. Apartadas dessas categorias, existem outras: os alimentos voluntários, avocados livremente por simples declaração de vontade e os denominados alimentos *ex delicto*, que originários na responsabilidade civil pela realização de ato ilícito.¹⁷

Pode-se ainda dividir os alimentos em legais e voluntários, sendo os primeiros provenientes de mandamentos legais e os segundos de negócio jurídico, onde comprometimento com a obrigação alimentar se dá por liberalidade amparada em contrato ou testamento.¹⁸ Quanto à finalidade, os alimentos podem ser divididos entre provisórios¹⁹, definitivos,

transitórios e compensatórios.²⁰ Independentemente da espécie de alimentos, em caso de inadimplemento poderá haver execução.

Cumpra sublinhar que a pretensão aos alimentos não prescreve. Há prescrição, entretanto, em dois anos da pretensão para cobrar as prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem. Destarte, a prescrição é cabível a cada parcela periódica, sendo exigíveis todas as atrasadas no período do último biênio.²¹

1.1 Alimentos devidos a crianças e adolescentes

É primordial e de cunho irrestrito a obrigação de os genitores proverem o sustento de sua prole. Tal dever, quando os mesmos não vivam juntos converte-se no dever legal da prestação alimentícia.²² Genericamente, o pai residente será responsável não apenas pela criação e educação da prole como pelo sustento, dentro das suas possibilidades, competindo ao outro prestar alimentos no valor determinado pelo Magistrado.²³ A obrigação de alimentos relativos a filhos menores assume uma natureza especial, tendo em vista que resulta não apenas das responsabilidades parentais ou poder familiar, mas, fundamentalmente dos laços jurídicos da filiação – seja ela natural, adotiva ou socioafetiva.²⁴

¹⁶ Complementa Rolf Madaleno que, “os alimentos estão relacionados com o sagrado direito à vida e representam um dever de amparo dos parentes, cônjuges e companheiros, uns em relação aos outros, para suprir as necessidades e as adversidades da vida daqueles em situação social e econômica desfavorável (art. 1.694.º, CC)”. ROLF MADALENO, “Alimentos e sua configuração atual”, 393.

¹⁷ Neste sentido, consultar Maria Berenice DIAS, “Alimentos sem culpa”, in Pastora do Socorro Teixeira LEAL, coord., *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, 667-668 665-681.

¹⁸ Cfr. ROLF MADALENO, “Alimentos processuais”, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, 5 (Out./Nov. 2007) 24 (23-50).

¹⁹ O Novo Código de Processo Civil suprimiu a previsão de procedimentos cautelares específicos, a exemplo dos alimentos provisionais. De qualquer maneira, ainda que não haja uma nomenclatura específica à medida, há uma previsão – genérica – no novo CPC que possibilitará ao autor da ação de alimentos postular o direito quando houver receio de dano e probabilidade do direito. Cfr. Arts. 294 e ss. do NCPC.

²⁰ Para uma breve análise de cada um dos tipos de alimentos e distinções entre si, cfr. Ana Maria Gonçalves LOUZADA, “Execução, cumprimento de sentença e prisão: responsabilidade, omissão e dolo”, in Rodrigo da Cunha PEREIRA, coord., *Família e responsabilidade: teoria e prática do Direito de Família*, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, 134-135 (134-143).

²¹ Cfr. neste sentido, Paulo LÔBO, *Direito civil: famílias*, 3.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, 374.

²² Cfr. Sílvia de Salvo VENOSA, *Direito civil*, vol. VI: *Direito de Família*, 7.ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, 350.

²³ Note-se que essa imposição subsiste até mesmo em casos de guarda compartilhada, quando a criança terá a sua residência habitual com um progenitor e ao outro ainda caberá o pagamento de alimentos.

²⁴ Remédio Marques afirma que não seria inteiramente correto falar que o dever de sustento dos pais relativamente aos filhos me-

Tanto na separação de fato, como no divórcio consensual e litigioso, o princípio que deve preponderar é o de não se prescindir da convenção sobre a obrigação alimentícia, até mesmo quando é determinado que o infante ficará em companhia de outrem, que não os pais. O fato de um filho permanecer sob a responsabilidade de terceiros não exonera os pais da prestação de alimentos.²⁵

Importante ressaltar que a obrigação de alimentos relativa aos filhos independe da condição matrimonial dos progenitores. Assim, não apenas aos ex-consortes cabe o dever de sustento e educação da prole, devendo também os genitores que não foram casados contribuir, na proporção dos seus ganhos, para a criação e manutenção dos filhos.

1.2 Alimentos entre ex-cônjuges, ex-companheiros e parentes

O casamento estabelece uma comunhão plena de vida e uma série de direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges, entre os quais se encontra o dever de mútua assistência.²⁶ Assim, relativamente aos cônjuges, é o dever de mútua assistência²⁷ que lhes é imposto por ocasião do matrimônio que produz o dever alimentar, que passa a ser exigível na ocorrência de ruptura do vínculo.

Ainda que esse dever assistencial seja bilateral

até o surgimento da EC 66, os alimentos apresentavam um viés punitivo-indenizatório, uma vez que sua quantificação estava sujeitada à causa da separação, e eram cominados como condenação ao consorte culpado em favor do membro inocente do casal. Tal classificação teve o seu âmbito de aplicação alargado em 1988 com o reconhecimento da união estável como entidade familiar. As Leis 8.971/94 e 9.278/96 que regularam o instituto da união estável estabeleciam dever de alimentos entre os companheiros, sendo desnecessária qualquer averiguação de culpa ou responsabilidade pelo término da união.²⁸

Os ascendentes e os colaterais, assim como os descendentes que tenham atingido a maioridade e sejam capazes, quando já está extinto o poder familiar, mantêm reciprocamente um compromisso de solidariedade alimentar. Assim, os alimentos originários dos vínculos de parentesco possuem sustentáculo na solidariedade que existe – ou pelo menos deveria existir entre os componentes de uma entidade familiar.²⁹

Não obstante o Código Civil, em seu art. 1.697.º, preveja a prestação de alimentos apenas entre os colaterais de segundo grau (irmãos germanos ou unilaterais), recentemente um precedente judicial – duramente criticado por alguma doutrina³⁰ –

nores seja um efeito do poder familiar, pois a suspensão judicial do poder familiar (ou responsabilidade parentais, como denominado em Portugal) não extingue o dever de sustento. Apenas na ocorrência da maioridade ou da emancipação é que o dever de sustento dá lugar à estrita obrigação de alimentos (baseada na solidariedade familiar), de caráter eventual, exigível em caso de necessidade do alimentando. Cfr. J.P. Remédio MARQUES, *Algumas notas sobre alimentos (devidos a menores)*. 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 57.

²⁵ Neste sentido, consultar Guilherme Gonçalves STRENGER, *Guarda de filhos*. 2.ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2006, 112-113.

²⁶ Cfr. Arts. 1.511.º e 1.566.º, III, do Código Civil.

²⁷ Importa referir que o dever de mútua assistência indicado no Código Civil engloba, sim, a assistência material, mas a ela não se limita. Essa assistência também deve ser moral e espiritual.

²⁸ Como observa Maria Berenice DIAS, “Alimentos sem culpa”, 668.

²⁹ Sobre a questão, afirma Rolf Madaleno que “entre estes incide uma obrigação alimentar instituída por lei sem impor maiores sacrifícios, pois é direito alimentar atrelado à assistência que respeita os limites das forças dos recursos do alimentante. É que tocante aos filhos destituídos do poder familiar porque alcançaram com os dezoito anos a plena capacidade civil, desaparece a presunção da sua necessidade alimentícia, assim como entre os demais parentes ascendentes ou colaterais, também não há presunção automática da dependência alimentar, que precisa ser demonstrada”. ROLF MADALENO, *Direito de Família em pauta*, 197.

³⁰ Neste sentido, ver José Fernando SIMÃO, “Inconstitucionalidades e tio que deve alimentos a sobrinho”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-11/processo-familiar-inconstitucionalidade-cc-tio-alimentos-sobrinho>>. Acesso em 26/10/2016.

considerou que um tio seria obrigado a prestar alimentos ao sobrinho, na impossibilidade de prestação pelos parentes obrigados.

2. Quantificação dos alimentos

No caso dos filhos menores³¹, a obrigação de alimentos deve ser quantificada de forma que possibilite a manutenção do mesmo padrão de vida do seu pai, ou seja, a pensão deve ser estabelecida de acordo com os ganhos do progenitor que a pagará. Assim, o elemento determinante para a fixação do *quantum* devido é a possibilidade do pai.³² Desta forma, quanto mais ele ganha, mais paga ao filho, chegando-se até mesmo a definir o infante como “sócio do pai”.

A forma mais prudente e harmônica para a determinação do valor a ser pago é o da vinculação à renda do devedor. Assim, está assegurado o reajuste da pensão proporcional aos ganhos auferidos pelo alimentante. Entretanto, quando se trata de profissional liberal, autônomo ou empresário, difícil se torna a real constatação dos seus proventos, raramente se obtendo um resultado indiscutível.³³ Assim é possível a quebra do seu sigilo bancário, assim

como o uso da teoria da despersonalização da pessoa jurídica, com o intuito de revelar a real participação de um indivíduo, que seja sócio de uma empresa.

Cabe ao Magistrado determinar o valor da pensão alimentícia, necessitando para tanto de instrumentos para constatar a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante. Não exibindo o devedor informações sobre os seus proventos³⁴, o magistrado estabelece os alimentos de acordo com vestígios que demonstrem o padrão de vida do mesmo, não ficando restringido ao montante requerido pelo autor, podendo fixar a pensão em *quantum* mais elevado, sem que fique caracterizada uma decisão *citra* ou *ultra petita*.

Já no caso dos alimentos *ex delicto*, a indenização é fixada por meio de uma pensão mensal a ser ajustada com parâmetro nos ganhos comprovados da vítima, determinada com base na sua possível sobrevida³⁵ e na ocorrência de ela sofrer lesão ou dano à saúde que lhe cause diminuição trabalhista em caráter temporário ou permanente, a pensão será estabelecida proporcionalmente à perda de capacidade laboral.³⁶

É importante lembrar que o débito alimentar originário do direito das famílias não se confunde com a prestação alimentícia oriunda do direito obrigacional, que impõe a obrigação de indenizar o ato ilícito, de responsabilidade civil. A indenização por ato ilícito possui natureza mista de direito das famílias e das obrigações, posto que a gênese é compensatória e não somente alimentar.³⁷

³¹ Os alimentos destinados aos filhos são os civis (*necessarium personae*), destinados a manter a qualidade de vida dos mesmos, de acordo com o padrão social dos sujeitos envolvidos, mantendo assim, o *status* de vida a *quo* do alimentado, obviamente, observando-se a capacidade econômica do devedor. Cfr. SÍLVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. VI: *Direito de Família*, 28.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, 382.

³² Há, inclusive, quem indique a existência entre pais e filhos menores de um dever alimentar ilimitado. Neste sentido, afirma ROLF MADALENO que “na solidariedade familiar entre pais e filhos menores de dezoito anos e, portanto, ainda sob o poder familiar, vigora um dever alimentar ilimitado, que vai ao extremo até de exigir a venda de bens pessoais dos pais para assegurar por todas as formas o constitucional direito à vida onde todos os esforços devem ser envidados pelos genitores para atender toda sorte de necessidades dos filhos ainda menores e incapazes”. ROLF MADALENO, *Direito de Família em pauta*, 203.

³³ Como bem assevera SÍLVIO VENOSA, “é frequente, por exemplo, que o marido ou pai, sabedor que poderá se envolver nessa ação, simule seu patrimônio, esconda bens e se apresente a juízo como um pobre eremita”. SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *Direito civil*, 360.

³⁴ Como declaração de imposto de renda ou extratos de cartões de crédito, por exemplo.

³⁵ Nos termos do Art. 948.º, II, do Código Civil.

³⁶ Cfr. ROLF MADALENO, “Alimentos processuais”, 25.

³⁷ Como leciona ROLF MADALENO, “não devem ser confundidos os alimentos de direito de família com a prestação de alimentos da responsabilidade civil, até porque a indenização do art. 948.º do Código Civil não se restringe aos alimentos devidos às pessoas que eram sustentadas

O Art. 533.º do Novo CPC estabelece em seu *caput* que “quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão”.³⁸

Vale relembrar que é perfeitamente alterável o valor designado da pensão alimentícia. O montante é determinado depois de adequadamente verificadas as necessidades do credor e as possibilidades do devedor. Entretanto, nada impede que ocorra mudança na vida de quem os supre, ou de quem os recebe, podendo, assim, o interessado recorrer ao Judiciário para que haja uma exoneração, redução ou agravação, conforme o caso.

A sentença que concede alimentos, assim como a que determina a guarda não faz coisa julgada material, podendo ser modificada a qualquer tempo. A ação revisional, portanto, é possível em todas as hipóteses citadas, inclusive sendo admitida na ocorrência de indenização do ato ilícito, para fins de reajuste da pensão a que foi condenado o causador do dano, nos termos do art. 533.º, § 3.º do Novo CPC.

pela vítima. Deve ser consignado que serão credores destes alimentos ressarcitórios quaisquer pessoas, independentemente de vínculo de parentesco, mas que comprove haver sofrido um dano pessoal, *iure proprio*, porque recebia assistência exclusiva da vítima”. ROLF MADALENO, “Alimentos processuais”, 25.

³⁸ O § 1.º do mesmo dispositivo determina que “o capital a que se refere o *caput*, representado por imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do executado, além de constituir-se em patrimônio de afetação”. O § 2.º do mesmo artigo estabelece que “o juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz”.

3. Execução de alimentos

Um dos problemas mais penosos e concretos do Direito das Famílias hodierno diz respeito aos óbices práticos para efetivar o cumprimento do encargo alimentar. Decretada a obrigação de alimentos e não efetivando o devedor o pagamento, cabe ao credor a execução, considerada o “calcanhar de Aquiles” do processo civil brasileiro, mas não apenas.³⁹ Segundo Alexandre Freitas Câmara, a execução sofre de generalizada ineficiência, um fenômeno globalizado que levou a reformas no sistema de execução civil de diversos ordenamentos, tais como Portugal e Itália. Afirma o processualista brasileiro que muito embora não se possa proceder a uma indicação precisa das razões da ineficiência da execução civil em todo o mundo, atribui-se um grande peso à superproteção do devedor.⁴⁰

Partindo do pressuposto de que os alimentos configuram expressão genuína do princípio da dignidade da pessoa humana e afiançam a própria sobrevivência do indivíduo, é inteligível perceber a necessidade de um procedimento célere, eficiente, operativo e confiável de cobrança do débito alimentar. Não poderia ser diferente, uma vez que a renitência no cumprimento da obrigação de alimentos ameaça não apenas a eficácia de uma resolução judicial, mas o próprio direito à vida e o eixo do sistema jurídico, que é a proteção da pessoa.⁴¹

³⁹ Pois, nas palavras de Athos Gusmão Carneiro, “nada mais difícil, com frequência, do que realizar no ‘mundo dos fatos’ os ordenamentos abstratamente formulados no processo de conhecimento, ou seja, em um ‘mundo de pensamentos’”. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “A dualidade conhecimento/execução e o Projeto de novo Código de Processo Civil”, in *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 91 (91- 98).

⁴⁰ Alexandre Freitas CÂMARA, “A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos”, 15.

⁴¹ Se manifestam em igual sentido Cristiano Chaves de FARIAS / Nelson ROSENVALD, *Curso de direito civil*, vol. 6: *Direito das famílias*. 4.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, 872.

De acordo com o art. 528.º do novo CPC, no cumprimento de sentença que condena ao pagamento de alimentos ou de decisão interlocutória que fixa alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para pagar o valor devido no prazo de três dias. Caso o executado, nesse prazo, não proceda ao pagamento, prove que o fez ou apresente motivação da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se o disposto no art. 517.º. Assim, a decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto depois de transcorrido o prazo de 15 dias, de acordo com o art. 517.º e art. 523.º do novo CPC.

O artigo 139, IV, do Novo CPC, reconheceu a atipicidade dos atos executivos ao dispor que incumbe ao magistrado “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

De acordo com o Enunciado n. 48 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), esse dispositivo materializa um poder geral de efetivação, legitimando a aplicação de mecanismos atípicos para assegurar o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive na seara do cumprimento de sentença e no processo de execução fundado em título extrajudicial.⁴²

O Fórum Permanente de Processualistas, também se manifestou sobre o tema indicando em seu Enunciado n. 12 que, “a aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial.

⁴² Disponível em <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 26/10/2016.

Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489.º, § 1.º, I e II”.⁴³

Algumas vozes mais progressistas sustentam que – com base no art. 139.º, IV do novo CPC – para cumprimento da obrigação, o juiz poderá recorrer a expedientes como apreender o passaporte e/ou a carteira nacional de habilitação do devedor, vedar a participação do mesmo ou de sua empresa em concursos ou licitações públicas, bloquear ou reter cartões de crédito, impedir que a pessoa jurídica contrate novos funcionários, entre outras táticas coercitivas para que o devedor quite o débito alimentar.⁴⁴

Esse novo sistema que associa a execução de alimentos a outros instrumentos de coercibilidade, representa uma das mais relevantes alterações do Novo Código de Processo Civil. Tal inovação tem precedente em valiosos instrumentos normativos já disponibilizados pelo Judiciário, como o Provimento n.º 03/2008 do Conselho da Magistratura do Estado de Pernambuco, que dispõe sobre o protesto de decisões irrecorríveis acerca de alimentos provisórios ou provisionais ou de sentença transitada em julgado, em sede de ação de alimentos.

O referido provimento considerou que o instituto do protesto, albergado na Lei n. 9.492/97, ao abrigar títulos e documentos de dívida, compreendia, por ilação lógica, todas as situações jurídicas

⁴³ Disponível em <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>>. Acesso em 26/10/2016.

⁴⁴ Cfr. Guilherme Pupe da NÓBREGA, “Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o artigo 139, IV, do CPC de 2015”. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI243746,21048-Reflexoes+sobre+a+atipicidade+das+tecnicas+executivas+e+o+artigo+139>>. Acesso em 26/10/2016. Fernando da Fonseca GAJARDONI, “A revolução silenciosa da execução por quantia”. Disponível em <<http://jota.info/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>>. Acesso em: 26/10/2016.

provocadas por documentos que representem dívida líquida e certa. Por conseguinte, entende-se que o protesto, sob o a ótica do binômio celeridade/efetividade, consubstancia medida funcional e satisfatória ao inevitável cumprimento de decisões judiciais, no seara das dívidas alimentares.⁴⁵

Tal medida se mostra medular no âmbito dos alimentos. Nada pode ser mais frustrante para o credor da prestação alimentícia que, posteriormente à longa e excruciante fase cognitiva do processo, não consiga obter o resultado, o pagamento dos alimentos na sua etapa de cumprimento. A fome, a saúde, a educação não podem esperar a bel-prazer do devedor. Quem necessita tem pressa e tal providência viabiliza essa busca pela celeridade no efetivação do pagamento dos alimentos.⁴⁶

Por tal necessidade de celeridade em matéria de alimentos, note-se que a legislação dá preferência ao pagamento feito por um terceiro: retenção dos alimentos diretamente da remuneração ou renda do executado, através de desconto em folha de pagamento, como indica o Art. 529.º do Novo Código de Processo Civil.⁴⁷ Nos termos do § 1º do mesmo dispositivo processual, ao proferir a decisão, o magistrado oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, ordenando, sob pena de crime de desobediência, a retenção a partir do primeiro vencimento posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.

⁴⁵ Cfr. em igual sentido Jones Figueirêdo ALVES, “Novo CPC e Família”.

⁴⁶ Aliás, a urgência para a resolução dos litígios é uma característica marcante do Direito das Famílias, em virtude do caráter personalíssimo inerente a essas demandas. Tal premência se faz ainda mais presente em matéria de alimentos, que consiste na obrigação mais acatada pelo sistema jurídico brasileiro. Cfr. em igual sentido Fernanda TARTUCE, *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. 271.

⁴⁷ Art. 529.º. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.

Mesmo que os alimentos tenham sido estabelecidos extrajudicialmente, o credor poderá buscar a dedução direta da fonte de rendimentos do alimentante. A ausência de previsão deste cenário, outrora inexistente no CPC/1973 foi suprida pelo Novo CPC que em seu Art. 912.º passou a possibilitar que se institua a cobrança direta, com desconto em folha. Essa incontestável predileção legislativa se justifica pela eficiência da medida ao se coletar os valores devidos diretamente na fonte pagadora.⁴⁸

Importa lembrar que os alimentos também podem abatidos de quaisquer outras fontes de renda, como aluguéis e deverão ser percebidos diretamente pelo credor.⁴⁹ Assim, não sendo viável o desconto em folha, pode o credor buscar a satisfação do crédito alimentar em rendimentos de qualquer natureza, sejam locações ou até mesmo aplicações no mercado financeiro, uma vez que a legislação não impõe qualquer restrição à natureza do rendimento, donde se pode concluir que qualquer renda do devedor poderá vir a ser objeto de retenção para pagamento do débito alimentar.⁵⁰

Não apenas as prestações mensais podem ser reduzidas dos rendimentos do devedor, mas todo o débito executado,⁵¹ desde que não transtorne

⁴⁸ Nesta opção, não é necessário que se inicie um processo específico de execução, sendo suficiente um simples pedido nos autos onde se estabeleceu a obrigação, requerendo o magistrado que se oficie à fonte pagadora, ou que se intime o responsável pelo pagamento. Na hipótese de o processo já ter sido arquivado, o desarquivamento será pedido pelo credor de alimentos, que solicitará ao magistrado a ordem de desconto. Cfr. Arnaldo RIZZARDO, *Direito de família: Lei n.º 10.406, de 10.01.2002*. 5.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, 832.

⁴⁹ Cfr. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, 9.ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, 604.

⁵⁰ Em igual sentido se manifesta Sérgio Gilberto PORTO, “O método da diversidade de meios executórios”, 941.

⁵¹ Esse juízo já era aplicado pelos tribunais brasileiros: EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. RECURSO ESPECIAL. DÉBITO VENCIDO NO CURSO DA AÇÃO DE ALIMENTOS. VERBA QUE MANTÉM O CARÁTER ALIMENTAR. DESCONTO EM FOLHA. POSSIBILIDADE. 1. Os alimentos decorrem da solidariedade que

a sobrevivência do alimentante, não podendo tal valor ultrapassar 50% de seus ganhos líquidos, de acordo com o Art. 529.º, § 3.º do Novo CPC. Assim, ainda que o salário seja impenhorável,⁵² tal regra é relativizada e não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, conforme estabelece o Art. 833.º, § 2.º do Novo Diploma Processual Civil.

Importa ainda referir que, ainda que o alimentante possua bens para assegurar a execução, é possível o pagamento através de desconto em folha, de maneira dividida. Tal forma não é mais gravosa ao devedor e satisfaz, superiormente, à necessidade do credor, não sendo razoável que se aguarde a venda dos bens em hasta pública para percepção do valor em dívida.⁵³

Não sendo possível a obtenção o cumprimento da obrigação das formas supracitadas, dar-se-á a execução por quantia certa, observando-se o dis-

deve haver entre os membros da família ou parentes, visando garantir a subsistência do alimentando, observadas sua necessidade e a possibilidade do alimentante. Desse modo, a obrigação alimentar tem a finalidade de preservar a vida humana, provendo-a dos meios materiais necessários à sua digna manutenção, ressaíndo nítido o evidente interesse público no seu regular adimplemento. 2. Por um lado, a Súmula 309/STJ, ao orientar que “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”, deixa límpido que os alimentos vencidos no curso da ação de alimentos ostentam também a natureza de crédito alimentar. 3. Por outro lado, os artigos 16 da Lei 5.478/1968 e 734 do Código de Processo Civil preveem, preferencialmente, o desconto em folha para satisfação do crédito alimentar. Destarte, não havendo ressalva quanto ao tempo em que perdura o débito para a efetivação da medida, não é razoável restringir-se o alcance dos comandos normativos para conferir proteção ao devedor de alimentos. Precedente do STJ. 4. É possível, portanto, o desconto em folha de pagamento do devedor de alimentos, inclusive quanto a débito pretérito, contanto que o seja em montante razoável e que não impeça sua própria subsistência. 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, 4.ª T., REsp n. 997.515 - RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, pub. 26/10/2011).

⁵² Cfr. Art. 833.º, IV do CPC.

⁵³ Em igual sentido se manifesta Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, 604-605.

posto nos arts. 831 e seguintes do NCPC. Tal modalidade executória possui por objeto a expropriação de bens do alimentante, a fim de satisfazer o crédito do alimentando. Todos os bens do devedor, excetuando-se desvios expressamente estabelecidos, responderão pelo débito, incluindo-se até mesmo salários e valores em cadernetas de poupança.⁵⁴

3.1. Prisão civil do devedor

Sendo inviável ou frustrado pagamento da dívida de alimentos provisórios ou definitivos, ou na hipótese de não ser aceita a justificativa que for apresentada, além de protestar o pronunciamento judicial na forma estabelecida pelo *caput* do Art. 517.º, o magistrado decretará a prisão do devedor pelo prazo de um a três meses, de acordo com o Art. 528, § 3.º do Novo CPC. O prazo máximo estabelecido na Lei de Alimentos é de 60 dias, de acordo com a redação do Art. 19.º.

Esse desencontro⁵⁵ ou descompasso entre a Lei de Alimentos e a legislação processual civil poderá ocasionar alguma divergência doutrinária e jurisprudencial, como já se observa atualmente.⁵⁶ De toda sorte, parece ser mais razoável a admissão

⁵⁴ Até o montante de 40 salários-mínimos.

⁵⁵ Como indica Maria Berenice Dias. Alerta ainda a jurista que apesar de a legislação processual ser mais recente, por ser a Lei de Alimentos uma legislação especial, o advento do novo Código de Processo Civil não a revoga, tal como se deu com o surgimento do Código de Processo Civil de 1973. Cfr. neste sentido, Maria Berenice DIAS, *Alimentos aos Bocados*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 234-235.

⁵⁶ Habeas corpus. Prisão civil. Execução de alimentos. Legalidade do ato. Prazo máximo. 60 (sessenta) dias. Lei de alimentos. Aplicabilidade. - Deixando o paciente de fazer prova incontestável da sua incapacidade de arcar com a obrigação alimentícia, não se reveste de qualquer abuso de poder ou ilegalidade a decisão do juiz que lhe decreta a prisão, a fim de obrigar ao pagamento das três últimas parcelas vencidas antes do ajuizamento da ação executiva e das que venceram no seu curso. - Embora o prazo máximo de três meses esteja previsto no § 1º do art. 733.º CPC, para a execução de alimentos provisionais, o prazo máximo de prisão civil por dívida de alimentos continua sendo regulado pela Lei 5.478/68, que contém regra mais favorável ao paciente da medida excepcional, fixado pelo art. 19.º em 60 (sessenta) dias. (TJMG – HC

da providência executiva pelo *quantum* menos gravoso ao devedor, por respeito à dignidade da pessoa humana.⁵⁷

Cabe ao credor, a depender do título executivo que possui, buscar ou o implemento da sentença ou a execução de título executivo extrajudicial. A opção da via executória é faculdade do credor, não podendo o alimentante procurar a transmutação de um procedimento em outro.⁵⁸ A execução da sentença ou acordo judicial deve ser solicitada nos mesmos autos em que foi estabelecida a obrigação.⁵⁹ Para executar o acordo extrajudicial é forçoso o uso

nº 10000130564198000, Relator Duarte de Paula, 4.ª Câmara Cível, j. 05/09/2013).

CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO. NOVENTA E OITO DIAS. CUMPRIMENTO. EXCESSO. LIMITE. Art. 733.º, § 1.º, CPC. I. Configura-se o cerceamento ilegal a prisão do paciente por dívida alimentar por 98 (noventa e oito dias), acima do limite legal previsto no art. 733.º, parágrafo 1.º, do CPC, que estabelece o prazo de um a três meses para o cumprimento do cerceamento. II. Ordem concedida. (STJ, HC nº 151.017-MG, Rel Min. Aldir Passarinho Junior, 4.ª turma, pub. 10/05/2010).

⁵⁷ Se manifestam pela defesa da limitação a esse tipo de custódia a um máximo de 60 dias, Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, 605; Araken de ASSIS, *Manual da execução*. 9.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 895. Em sentido contrário, sustentando que se deve aplicar a medida de coação de até três meses, tanto para alimentos provisórios como definitivos veja-se Arnaldo RIZZARDI, *Direito de família*, 838.

⁵⁸ É imperioso ressaltar que essa escolha caberá sempre ao credor. O receio da prisão civil por dívida alimentar traz consigo um potente poder de persuasão, que não é achado com a mesma intensidade na tutela executiva a ser prestada pela execução por quantia certa, cuja vereda se apresenta muito mais intrincada e muito menos efetiva, o que justifica a livre opção do credor desde meio executivo diversificado e que destina-se a conferir uma satisfação mais ágil e eficiente ao crédito alimentar. Consultar, em sentido análogo, Rolf MADALENO, “Alimentos processuais”, 188.

⁵⁹ Desta forma, “não mais se terá, portanto, uma ação autônoma de execução de alimentos, mas nova fase dentro do processo de conhecimento, destinada aos alimentos estabelecidos judicialmente, em sentença ou decisão interlocutória, definitivos ou provisórios, independentemente de sua origem. Cfr. Denise Damo COMEL, “Os processos da vara de família e o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil”. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/NCPC%20Vara%20de%20Fam%6C%ADlia.pdf>. Acesso em 01/03/2015.

do procedimento executório.⁶⁰

Em qualquer dos casos, se a dívida for igual ou inferior a três meses, cabe a execução pelo rito da prisão. O Código de Processo Civil de 1973, fazia apenas referência a “cumprimento de sentença” e “decisão interlocutória” que fixa alimentos, mas a doutrina e a jurisprudência já se manifestavam no sentido de que os títulos extrajudiciais também já podiam ser executados pelo rito da coação pessoal, até porque o Art. 19.º da Lei de Alimentos faz expressa menção a “cumprimento do julgado ou do acordo”, hipótese na qual se pode encaixar perfeitamente os títulos extrajudiciais.⁶¹ Este entendimento já foi manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça e passou a prevalecer na Terceira Turma da Corte.⁶²

Se a escritura de divórcio gera as mesmas consequências que a sentença judicial para desfazer a relação conjugal, qual razão haveria para que para não produzir os mesmos efeitos processuais executórios da sentença para o seguro e presto cumprimento das obrigações convencionadas pelas partes?⁶³

⁶⁰ Neste sentido, consultar Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, 605.

⁶¹ Se manifestavam no sentido de admitir a execução pelo rito de prisão os alimentos estabelecidos em título extrajudicial Luiz Rodrigues WAMBIER / Flávio Renato Correia de ALMEIDA / Eduardo TALAMINI, *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, 8.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 443. Em sentido contrário, não admitindo a execução pelo rito da coação pessoal dos alimentos previstos em títulos extrajudiciais se manifestava Alexandre Freitas CÂMARA, *Lições de direito processual civil*, vol. 3, 11.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 366.

⁶² Cfr. “Descumprir acordo extrajudicial de pagamento de pensão alimentícia também pode levar à prisão”. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=97516>. Acesso em 03/01/2015.

⁶³ Complementa Euclides de Oliveira que “ante o regime jurídico da separação e do divórcio por escritura pública, equivalente à decisão que se opera pela via judicial, impõe-se concluir, portanto, que os alimentos fixados naquela ou nesta sede apresentam a idêntica natureza de verba essencial à subsistência da pessoa assistida. E, por apresentar esse efeito prático, os alimentos advindos de acordo na escritura de separação ou de divórcio poderão ser exigidos por iguais meios executórios, ficando à livre escolha do credor a forma menos ou mais rigorosa de exigir o seu adimplemento”. Euclides de OLIVEIRA, “Separação judi-

Esses argumentos e questionamentos passaram a permear a doutrina mormente após o surgimento da Lei 11.441/2007. Uma interpretação literal e restritiva da execução pelo rito da coação pessoal, obstando que essa via fosse utilizada por aqueles munidos de títulos executivos extrajudiciais não merecia amparo,⁶⁴ antes mesmo da chegada do Novo CPC. O legalismo exacerbado, nesse caso, restringia um eficaz mecanismo na busca da diminuição do inadimplemento do débito alimentar e que há bastante tempo vem sendo utilizado no nosso sistema legal. Tal possibilidade se fazia necessária porque em boa parte dos casos a dívida alimentar só é adimplida na iminência ou na ocorrência da prisão do alimentante.

Além disso, o entendimento contrário revelaria verdadeiro retrocesso e paradoxo, pois se em um primeiro momento o credor de alimentos é beneficiado com a celeridade dos procedimentos notariais extrajudiciais para estabelecer a pensão de alimentos, por outro lado, o alimentante seria impedido de exercer o direito constituído na pacto extrajudicial, cujos riscos e possibilidades de prejuízo seriam consideravelmente alargadas no caso de o devedor não

possuir patrimônio em seu nome.⁶⁵

De toda sorte, o Novo Código de Processo Civil terminou com toda e qualquer dúvida existente a esse respeito. O Art. 911.º estabelece que execução alicerçada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o credor o pagamento da dívida. O parágrafo único estabelece que se aplicará, no que couber, os §§ 2.º a 7.º do Art. 528.º, aí incluído o §3.º que prevê a possibilidade de encarceramento do devedor. Assim, estão sujeitos à detenção os devedores de débitos alimentares fundados em decisão interlocutória, sentença ou título executivo extrajudicial.

Há que se sublinhar que, entretanto, existem limitações para a execução alimentar pela coação pessoal. Tal balizamento relaciona-se com a causa jurídica que originou a obrigação alimentícia, a saber: a lei, a vontade ou o delito. Havia certo consenso doutrinário de que este rito estaria adstrito somente aos alimentos provenientes do Direito das Famílias.⁶⁶ Entretanto, o Novo Código de Processo Civil parece ter alargado o seu âmbito de aplicação, para também abranger os alimentos decorrentes de ato ilícito.⁶⁷

cial, partilha de bens e alimentos”, in Antônio Carlos Mathias COLTRO / Mário Luiz DELGADO, coord., *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, 279 (269-290).

⁶⁴ Em igual sentido se manifesta Fernanda Tartuce, para quem um posicionamento contrário à possibilidade de execução sob o rito da coação pessoal dos alimentos estabelecidos em escritura “distancia o intérprete da verdadeira missão do processo e de seu caráter protetor. Além disso, é contraditório disponibilizar às partes a via consensual e retirar do credor a possibilidade de exigir a pensão alimentícia com presteza e eficiência”. Relembra ainda a autora que a Carta Magna refere-se à possibilidade de prisão em decorrência do incumprimento arbitrário e injustificável do débito alimentar sem, entretanto, operar diferenciação relativamente ao expediente de certificação do crédito. Afirma que “revela-se crucial, portanto, considerar o conteúdo (obrigação alimentar inadimplida voluntária e inescusavelmente) e não o continente (título executivo de índole judicial ou extrajudicial)”. Fernanda TARTUCE, *Processo civil aplicado ao direito de família*. 209.

⁶⁵ Fabiana Domingues CARDOSO, “A execução dos alimentos firmados em escritura pública”, in Antônio Carlos Mathias COLTRO / Mário Luiz DELGADO, coord., *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, 2010, 316-317 (313-321).

⁶⁶ Para Rolf Madaleno, estará sujeito ao encarceramento somente o devedor dos alimentos legais ou legítimos originários do Direito das Famílias, devendo ser afastada a possibilidade de prisão por débito originário dos alimentos indenizatórios da Responsabilidade Civil e também dos alimentos voluntários do Direito das Obrigações ou do legado de alimentos do Direito das Sucessões. Cfr. Rolf MADALENO, *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 187. Yussef Said Cahali também se manifesta no sentido de que é inadmissível a prisão civil por inadimplemento de pensão decorrente de responsabilidade civil *ex delicto*. Yussef Said CAHALI, *Dos alimentos*, 25.

⁶⁷ Como indica Denise Damo COMEL, “Os processos da vara de família e o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil”.

Assim, as dívidas recentes, expiradas há menos de três meses, possibilitam o uso da execução por coação pessoal. Esse entendimento até o advento do Novo Código de Processo Civil, muito embora estivesse previsto na Constituição Federal, não encontrava respaldo legislativo infraconstitucional. Desta forma, pode-se dizer que esse dispositivo processual configura a normatização da Súmula 309⁶⁸ do STJ, que foi editada em virtude da enorme dificuldade dos magistrados de decretarem a prisão do devedor de alimentos.

O débito alimentar que autoriza a prisão civil do devedor de alimentos é o que compreende até as três prestações antecedentes ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no seguimento do processo. A redação do §7º do Art. 528.º veio sanar qualquer dúvida existente sobre a questão, já que haviam precedentes⁶⁹ do Superior Tribunal de Justiça que indicavam a data da citação como marco para contagem das três prestações sujeitas à execução e precedentes⁷⁰ que indicavam ser passíveis de execução pela coação pessoal as três parcelas anteriores à data da propositura da ação, além daquelas que se vencessem no curso do processo executório. A última posição jurisprudencial⁷¹ terminou por

vencer⁷² e, afinal, genuinamente inspirar a redação do Novo Código de Processo Civil.

3.2. Cumprimento e suspensão da ordem de prisão

Tanto no caso de crédito alimentar fundado em sentença como em título executivo extrajudicial, em caso de execução pelo rito da coação pessoal a prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns, como estabelece o Art. 528.º, § 4.º do NCPD.

Tal dispositivo terminou por ser modificado. Sua redação original⁷³ determinava que a prisão seria cumprida em regime semiaberto e apenas na ocorrência de novo aprisionamento, o regime seria o fechado. Estabelecia que em qualquer das hipóteses, o preso ficaria separado dos presos comuns e na ocorrência de impossibilidade desse apartamento, ficaria em prisão domiciliar. A redação inicial do artigo sofreu duras críticas e terminou por ser reformada, em nome da proteção à efetividade da medida executória.⁷⁴

77

⁶⁸ Súmula 309: O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo.

⁶⁹ Cfr. REsp 57579/SP, Rel. Min. Nilson Naves, p. 18/9/1995; REsp 278734/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, p. 27/11/2000; RHC 9784/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, p. 14/8/2000; RHC 10788/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, p. 2/4/2001; HC 16073/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, p. 7/5/2001; RHC 13505/SP, Rel. Min. Fátima Nancy Andrichi, p. 31/3/2003; RHC 14451/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, p. 5/4/2004.

⁷⁰ Cfr. RHC 13443/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, p. 10/3/2003; HC 24282/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, p. 10/3/2003; HC 23168/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 7/4/2003.

⁷¹ Agravo de Instrumento - Execução de Alimentos - Art. 733.º do CPC - Decretação de Nova Prisão Civil - Possibilidade. As prestações alimentícias consideradas recentes, para o fim da execução pelo rito

previsto no art. 733.º do CPC, são aquelas vencidas nos três meses anteriores à propositura da execução, acrescidas das parcelas vencidas ao longo da marcha processual. É cediço que a prisão civil do devedor de alimentos consiste em medida coercitiva extrema, que somente deve ser decretada com fundamento no inadimplemento voluntário e inescusável do devedor, a teor do art. 5.º, inc. LXVII, da Constituição da República de 1988. Não é vedada ao Juiz a possibilidade de renovar o decreto prisional, no mesmo processo de execução, desde que levado em consideração o limite máximo da prisão civil. (TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0183.09.164456-1/001, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, 4.ª Câmara cível, pub. 15/02/2012).

⁷² E, inclusive, provocou uma modificação na própria redação da Súmula 309 do STJ, que até 2006 se referia à citação e não ao ajuizamento da execução.

⁷³ No projeto original, era o Art. 542.º, § 3.º.

⁷⁴ Sobre a questão, afirmou-se que “a regra tende a ‘relaxar’ os devedores, que sabem dos ‘pequenos riscos’ de um primeiro inadimplemento. Não se esqueça, aliás, que a situação carcerária do Brasil não é das mais privilegiadas. Deste modo, tende a ser comum a hipótese da parte final do dispositivo, de modo que não serão raras as situações de prisão domiciliar, algo que nos remete a uma intolerável sensação de im-

A prisão civil decorrente de débito alimentar não constitui modalidade de procedimento executório de natureza pessoal, mas um expediente coercitivo para se lograr o pagamento por parte do devedor, não possuindo qualquer viés punitivo. Portanto, possui uma índole compulsiva, já que o aprisionamento, em regra, cumpre o seu desígnio: o cumprimento da obrigação.⁷⁵

Como estabelece o Art. 528.º, § 5.º do Novo CPC, “o cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas”. A pena de prisão civil por débito alimentar representa tão somente um constrangimento de maior intensidade, mas que não desobriga o devedor de pagar as parcelas devidas. Ainda que a justificativa seja aceita pelo magistrado, reconhecendo-se que o devedor não tem condições de pagar o débito no momento, não há extinção do processo executório, não desaparecendo a dívida e devendo o feito prosseguir pelo rito da expropriação.⁷⁶

O devedor de alimentos poderá livrar-se da execução pessoal, mas jamais da patrimonial, ainda que tenha cumprido inteiramente a pena de prisão. Como já foi ressaltado, esta medida não configura uma punição ou uma permuta ao incumprimento da obrigação, mas uma tentativa última para se verificar a solvência do executado. Portanto, persiste o direito do credor, após o encarceramento ou justificativa do devedor, de requerer o prosseguimento do feito, através da execução por quantia certa,

punidade”. Denis DONOSO / Renato Montans de SÁ, “Acesso à justiça e o processo de execução no projeto do novo Código de Processo Civil”, in Arruda ALVIM *et al.*, coord., *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 220 (212-221).

⁷⁵ Cfr. Adriano Perácio de PAULA, “Aspectos da execução de alimentos à luz do Código de Processo Civil reformado”, in Maria Berenice DIAS, org., *Direito das famílias – Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 591 (589-598).

⁷⁶ Em igual sentido se manifesta Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, 608.

na ocorrência de seguimento do incumprimento.⁷⁷

O Art. 528.º, § 6.º do NCPD estabelece que uma vez paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão. Assim, o pagamento das prestações em atraso importa em imediato relaxamento da prisão, já que o intuito da medida teria sido alcançado. O devedor só se livrará da cadeia mediante o pagamento da integralidade do débito, ou seja, o pagamento das parcelas executadas e de todas as que se vencerem até a data do efetivo pagamento.⁷⁸

Há, entretanto, a possibilidade de reiteração. Desta forma, devedor de alimentos estará sujeito a tantas prisões quanto forem os incumprimentos da obrigação, desde que não consiga comprovar a incapacidade para cumprir a sua obrigação. Note-se, porém, que para novo encarceramento, é necessário que a dívida não englobe o período da prisão. Não cabe a medida para se coagir o devedor a pagar o mesmo débito pelo qual pagou a pena. Relativamente a estas parcelas, caberá a expropriação de bens. Na ocorrência de novos incumprimentos, outro aprisionamento poderá ocorrer.⁷⁹

Indica ainda o art. 532.º do Novo CPC que uma vez constatada o comportamento procrastinatório do devedor de alimentos, o magistrado deverá dar ciência ao Ministério Público sobre a possível prática do crime de abandono material. Assim, quando há má vontade em saldar o débito ou o devedor se recusa a pagá-lo sem uma justificativa plausível, estará configurado o crime de abandono material, regulado no art. 244.º do Código Penal brasileiro.⁸⁰

⁷⁷ Cfr. em igual sentido Yussef Said CAHALI, *Dos alimentos*, 795.

⁷⁸ Cfr. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, 608.

⁷⁹ Cfr. Arnaldo RIZZARDO, *Direito de família*, 838.

⁸⁰ Art. 244.º. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão

Imperioso ressaltar que a prisão civil prevista no Novo CPC não tem ligação com a pena criminal incidente sobre aqueles incorrem nas ações previstas no referido artigo do Diploma Penal, uma vez que a prisão civil não tem um caráter punitivo, mas trata-se somente de um meio coercitivo para que o devedor de imediato cumpra com a obrigação de alimentos. Por isso, será de pronto revogada se o débito for quitado. Todavia, uma vez pago referido *quantum* e revogada a prisão civil, tal fato não interfere na configuração do referido tipo penal, que já se consumou com o incumprimento do dever de alimentos.⁸¹

4. Considerações finais

O destaque e a relevância oferecidos ao direito a alimentos no sistema jurídico brasileiro se justificam com um simples motivo: diversamente de outras obrigações, a prestação alimentícia surge para assegurar a própria sobrevivência do credor. O direito alimentar possui amparo constitucional, podendo ser considerado um direito de ordem pública, pela primazia do interesse social na tutela e no resguardo da vida dos credores.

Prestabilidade e celeridade marcam a execução de alimentos que passou a vigorar no Brasil a partir de março de 2016. O Novo CPC brasileiro, de maneira geral, trouxe consigo a esperança de maior eficiência e eficácia, de ser o instrumento capaz de

converter “aquilo que é no que deve ser”.⁸² Um dos exemplos marcantes de uma modificação positiva se deu na possibilidade de desconto em folha de pagamento, parcelado, de alimentos pretéritos para a satisfação do crédito alimentar.

O Novo Diploma Processual Civil surgiu em boa hora para harmonizar a execução de alimentos de fixados judicialmente e extrajudicialmente. A celeuma existente sobre qual procedimento utilizar, quando a obrigação vem inscrita em escritura pública, por exemplo, não mais existe, posto que o novo CPC prevê tanto a execução de alimentos decorrentes de decisão judicial (Capítulo IV: do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade da obrigação de prestar alimentos – Arts. 528 e ss.) como daqueles oriundos de títulos extrajudiciais (Capítulo VI: da execução de alimentos – Arts. 911 e ss.). Assim, não mais cabe a defasada escusa de inexistência de previsão legal utilizada

pelos credores para se livrarem da execução pelo rito da coerção pessoal.

Aliás, o Novo CPC, ao associar a execução de alimentos a outros mecanismos de coercibilidade, como o protesto, avançou muito rumo à efetividade da prestação jurisdicional, materializando um procedimento muito mais célere, eficiente, operativo e confiável de cobrança do débito alimentar. O Diploma, que foi construído com o intuito de reduzir a morosidade da prestação jurisdicional, acertadamente mostra pouca condescendência com o devedor de alimentos.

alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

⁸¹ Cfr. Fernando CAPEZ, *Curso de direito penal*. Vol. III: *Parte especial*, São Paulo: Saraiva, 2004, 148-149.

⁸² Nos dizeres de Francesco CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, vol. I, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1997, 75.

POLÊMICAS SOBRE A TRANSMISSIBILIDADE CAUSA MORTIS DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

Felipe Matte Russomanno

Mestrando em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado.

Palavras chave: alimentos; transmissibilidade; causa mortis; herdeiros

Keywords: alimony; child support; transferability; causa mortis; heirs

Resumo: Embora haja previsão legal determinando expressamente que a obrigação de prestar alimentos se transmite aos herdeiros do devedor, a transmissibilidade alimentar, assunto relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, é objeto dos mais diversos entendimentos. Na realidade, a redação extremamente objetiva do artigo 1.700.^o do Código Civil de 2002, que suplantou o dogma da intransmissibilidade alimentar, só contribuiu para uma polêmica surgida com a Lei do Divórcio e que perdura até os dias de hoje. Atualmente, não há um posicionamento firme a respeito do tema, havendo profundo debate doutrinário e jurisprudencial a respeito. Assim, sem pretender exaurir o tema, o presente artigo visa a contribuir para a análise da transmissibilidade causa mortis da obrigação de prestar alimentos e de como ela deve ser tratada na ordem jurídica brasileira, buscando trazer argumentos que colaborem para a discussão, a fim de que se firme um entendimento consistente que garanta não só segurança jurídica, mas também a superação de injustiças.

Abstract: Despite the express legal provision establishing that the obligation to pay alimony/child support is transferred to the debtor's heirs upon debtor's death, there is extensive debate on the possibility of transferring alimony/child support, a relatively new topic within the Brazilian jurisdiction. The extremely objective wording of article 1.700 of the Brazilian Civil Code 2002 (which superseded the idea of non-transferability of alimony/child support) has only added fuel to the controversy raised by the Brazilian Divorce Law, which continues until today. Currently, there is deep academic and judicial debate on this matter, without a solid and final understanding. Therefore, this essay does not intend to exhaust its sub-

ject matter, but to contribute to the debate on the transferability of the obligation to pay alimony/child support due to the death of debtor and on how it should be regulated under Brazilian law. This essay aims to present arguments that contribute to the discussion, so that a solid understanding, which ensures legal certainty and also overcomes injustice, can be reached.

Introdução

No Código Civil de 1916, a obrigação alimentar era considerada intransmissível. Falecido o alimentante, extinguiu-se o direito de o alimentando receber o pensionamento, mesmo que os bens do *de cujus* permanecessem gerando receita e isso pudesse impor situação de penúria ao necessitado.

Com a entrada em vigor da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977), o dogma da intransmissibilidade alimentar foi abalado. Porém, sem delimitar precisamente o âmbito de sua incidência, o artigo 23 da referida Lei causou profundo embate, jamais pacificado, entre diferentes vozes de peso da doutrina.

Sobreveio a edição do Código Civil de 2002, que, em seu artigo 1.700, previu que “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.^o”. Fato é que, pretendendo encerrar a discussão que perdurava desde 1977, o legislador fracassou em seu desiderato: com uma redação obscura, o texto de lei apenas trouxe mais ingredientes para o acirramento do debate.

Como será visto no presente artigo, a divergência a respeito da transmissão *causa mortis* da obrigação de prestar alimentos tem início na legitimidade para cumprimento do encargo, passa, entre outros pontos, pelo critério de fixação do *quantum* alimentar e chega ao termo final da prestação. O assunto é polêmico desde a sua gênese, encontrando-se os mais variados posicionamentos a respeito. A discussão está, pois, longe de ser superada, o que, de certa forma, justifica o presente estudo.

Uma breve pesquisa doutrinária e jurisprudencial demonstra que a complexidade do tema não despertou a devida atenção dos operadores do Direito, os quais não têm se dedicado ao tema com a profundidade que o assunto demanda, havendo inúmeros desvios de categorias jurídicas para a solução de questões acerca da transmissibilidade alimentar, cada vez mais complexas que surgem às portas do Poder Judiciário.

Já de início, é preciso esclarecer que o foco do presente trabalho está restrito a determinadas questões polêmicas, resultantes de diferentes interpretações do artigo 1.700 do Código Civil de 2002, as quais partem do pressuposto da transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos. Eventuais questionamentos a esse pressuposto, ainda que apenas eventuais, merecem ser enfrentados com maior detalhe, fugindo do escopo e espaço do presente trabalho.

É exatamente por isso que devem ser feitos alguns apontamentos preliminares, que delimitarão o objeto de estudo, até mesmo para que não seja gerada nenhuma confusão terminológica.

Primeiramente, convém destacar que a transmissibilidade alimentar se refere às situações envolvendo o falecimento do alimentante. Conquanto não se verifique divergência acerca da intransmissibilidade dos alimentos por morte do alimentando, não se

pode confundir a extinção da obrigação alimentar em razão da morte do credor de alimentos com a possibilidade de os sucessores cobrarem os alimentos vencidos antes do óbito, que nada mais são do que crédito integrante do patrimônio do finado, transmitido aos herdeiros no óbito.

Como o pensionamento surge da necessidade de quem os recebe para manutenção da sobrevivência, esse caráter personalíssimo impede que seus herdeiros se beneficiem diretamente do direito a alimentos, mesmo que sejam igualmente hipossuficientes. Não se nega, contudo, a possibilidade de pleitearem a fixação de alimentos em face do alimentante da obrigação extinta, por direito próprio, se forem parentes do obrigado, quando surgirá uma nova obrigação.

Se não bastasse isso, é preciso esclarecer que a transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos, foco do presente artigo, está ligada às sucessões abertas após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, nos termos do que dispõe o artigo 1.787: “*regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo de abertura daquela*”. Antes disso, há notória dúvida envolvendo a transmissibilidade alimentar contemporânea à vigência da Lei do Divórcio, sendo certo que o Código Civil de 1916 vedava expressamente a transferência do encargo alimentar.

Como premissa básica do estudo, adotar-se-á teoria dualista do vínculo, decomposta em dívida (*schuld*) e responsabilidade (*haftung*), entendendo-se que, a partir da transmissão, não nasce uma obrigação pessoal de os herdeiros prestarem alimentos, mas a responsabilidade pelo adimplemento da obrigação personalíssima do morto.

O presente artigo se inicia na apresentação dos antecedentes históricos envolvendo o foco de estudo até chegar na entrada em vigor do Código Civil de 2002. Após, serão analisadas algumas das polê-

micas criadas pela redação do artigo 1.700 do atual diploma civilista, tais como a responsabilidade dos herdeiros do alimentante no pagamento das prestações alimentícias e os seus limites, o requisito da obrigação alimentar pré-constituída e vencida – tal qual o Superior Tribunal de Justiça vem exigindo em seus mais recentes julgados –, os critérios para arbitramento do *quantum* alimentar transmitido, bem como a viabilidade de fixação de alimentos em favor de herdeiro necessitado e os desencadeamentos que isso gera à sucessão do alimentante. Por último, será estudada a questão envolvendo o termo final do pagamento do pensionamento transmitido, o que será seguido de nossas conclusões.

Feitas essas longas, conquanto necessárias explicações acerca do objeto do presente artigo, passa-se ao cerne do estudo.

I. Antecedentes históricos

No artigo 402, o legislador do Código Civil de 1916 optou pela intransmissibilidade alimentar ao assentar que *A obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor*. Falecido o obrigado à prestação de alimentos, o dever alimentar se extinguiu, ficando totalmente desobrigados os herdeiros da manutenção do pensionamento.

Zeno Veloso observa que a solução adotada no Código Beviláqua se tratava de solução pacífica e tradicional. Ressalta o civilista que o artigo 1.615, al. 1, primeira parte, do Código Civil alemão, o artigo 448 do Código Civil italiano, o artigo 150 do Código Civil espanhol e o artigo 334, primeira parte, do Código Civil chileno dispunham que a obrigação alimentar não se transmitia aos herdeiros do obrigado.¹

No entanto, em 1977, sobreveio a edição da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977), que, inovando no Direito brasileiro, previu, no artigo 23², com redação exatamente oposta à do artigo 402 do Código Civil de 1916, que a obrigação de prestar alimentos seria transferida aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 1.796 do diploma civilista então vigente, o qual cingia a transmissão de obrigações deixadas pelo finado aos limites da herança. Em uma primeira análise, isso estremeceu a certeza de que a obrigação alimentar era intransmissível.

Como não poderia deixar de ser, o antagonismo surgido entre as previsões da Lei do Divórcio e do Código Civil de 1916 inauguraram profundo dissenso doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema. Aparentemente, duas normas sobre o mesmo tema e completamente opostas estavam em vigor.

Assim, três foram os entendimentos que ganharam força no tocante à aplicação do artigo 23 da Lei do Divórcio.

Uma primeira corrente firmou posição no sentido de que transmissibilidade trazida pela Lei do Divórcio feria as características de personalidade da obrigação alimentar. Por isso, seria inconcebível que os sucessores do alimentante fossem onerados com o pagamento da prestação alimentícia ao credor do falecido, até porque inexistia responsabilidade *ultra vires hereditatis* dos sucessores.³

Para os defensores desse posicionamento, a Lei do Divórcio previu a transmissão dos alimentos vencidos à época do óbito, já caracterizados como dívida do morto e, consequentemente, débito do espólio. A Lei do Divórcio não teria, então, alterado o ordenamento jurídico, pois a obrigação alimentar permanecia sendo extinta com o

² Art 23.º, A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796.º do Código Civil.

³ Zeno VELOSO, *Código Civil Comentado*, 37.

¹ Zeno VELOSO, *Código Civil Comentado*, 35-36.

óbito do obrigado, já que os alimentos não vencidos eram intransmissíveis.⁴

Ocorre que, a prosperar tal entendimento, o artigo 23 da Lei do Divórcio seria totalmente inútil. No artigo 1.796 do Código Civil de 1916, já estava previsto o dever dos herdeiros do *de cujus* de pagar as dívidas deixadas pelo finado.

Por outro lado, uma segunda corrente se firmou no sentido de que o artigo 23 da Lei do Divórcio revogou integralmente o artigo 402 do Código Civil de 1916, de modo que a transmissibilidade se tornou a regra geral do ordenamento jurídico.

Euclides de Oliveira destaca que o capítulo de alimentos da Lei do Divórcio continha normas de múltiplo alcance, incidíveis a todos os beneficiários de prestações alimentares decorrentes de vínculo familiar. Prova disso é que o artigo 22 da referida Lei versava sobre a atualização do *quantum* alimentar para todas as hipóteses de condenação à prestação alimentícia. Se o artigo 22 tinha essa extensão, igualmente o artigo seguinte gozava da mesma amplitude de incidência.⁵

Assim, vigorando a Lei do Divórcio, as obrigações alimentares fixadas tanto em razão das relações conjugais, quanto dos vínculos de parentesco teriam se tornado transmissíveis aos sucessores do alimentante, tendo em vista que deveria ser privilegiado, primordialmente, quem é necessitado, mesmo que em prejuízo à herança dos sucessores do finado, o que significa que o legislador teria indicado que a dignidade da vida se sobrepõe ao direito sucessório. Por isso, o patrimônio deixado pelo *de cujus* responderia pelo pagamento da pensão alimentícia inclusive se isso importasse o com-

prometimento da integralidade dos bens.⁶

Em meio a esses dois posicionamentos, surgiu uma corrente intermediária. Sustentando que o artigo 23 da Lei do Divórcio derogara parte do artigo 402 do Código Civil de 1916, os defensores dessa corrente entendiam que o âmbito de incidência de uma lei especial cingir-se-ia aos casos por ela disciplinados, daí porque a transmissão da obrigação alimentar estava limitada às situações de dissolução do vínculo conjugal – divórcio e separação judicial.⁷

Nesses termos, a transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos era dotada de caráter excepcional, enquanto a regra geral permaneceria sendo aquela disposta no artigo 402 do Código Civil de 1916. Assim, as obrigações alimentares surgidas a partir do rompimento do vínculo conjugal eram transmissíveis aos herdeiros do alimentante, ao passo que aquelas decorrentes do estado de parentesco não.

Todavia, Yussef Said Cahali ressaltava que, se a obrigação fosse fixada em favor de filho por força de divórcio ou separação dos genitores e o quinhão hereditário recebido pelo alimentando fosse insuficiente para prover a sua subsistência, seria aplicável a disposição do art. 23.º da Lei do Divórcio.⁸

Na tentativa de colocar verdadeira pá de cal na questão, o legislador de 2002 assentou no artigo 1.700 do Código Civil de 2002 que “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.º”. Contudo, a redação extremamente objetiva do texto legal só trouxe mais elementos para o dissenso.

⁴ Yussef Said CAHALI, *Dos alimentos*, 67-68.

⁵ Euclides de OLIVEIRA, “Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros”, 277-293.

⁶ Sérgio Gischkow PEREIRA, *Estudos de direito de família*, 146.

⁷ Yussef Said CAHALI, *Dos alimentos*, 73.

⁸ Yussef Said CAHALI, *Dos alimentos*, 80-84.

II. Transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos no Código Civil de 2002

Muito embora doutrinadores como Silmara Juny Chinellato defendam não haver dúvidas quanto à opção legislativa de adotar a transmissibilidade⁹, certo é que o artigo 1.700 do Código Civil de 2002 trouxe consigo grandes dúvidas. A intenção legislativa parece ter sido das melhores, mas a redação do texto de lei não contribuiu para a pacificação da questão.

A síntese do problema é extraída da narrativa de Zeno Veloso acerca do trâmite legislativo do Projeto de Lei n. 634/1975, que posteriormente desembocaria no Código Civil de 2002. Segundo o doutrinador, o texto aprovado pela Câmara dos Deputados previa o retorno à intransmissibilidade alimentar, nos termos do artigo 1.728 daquele Projeto de Lei: *A obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor*. Porém, ao chegar ao Senado Federal, o senador Nelson Carneiro apresentou a Emenda n. 322, suprimindo o *não* da redação do artigo e fazendo remissão ao artigo 1.722 do Projeto. Como justificativa, afirmou que se tratava da “reprodução do art. 23.º da Lei do Divórcio”.¹⁰ Porém, observa o civilista que

O art. 1.722.º, a que se fazia remissão, não dizia que a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte, que na herança lhe coube. Quem afirmava isso era o art. 2.023 do Projeto de Código Civil – conforme o texto aprovado na Câmara –, que correspondia ao art. 1.796 do Código Civil de 1916 e equivale ao art. 1.997 desse Código.

O art. 1.722.º do Projeto, que constou na remissão, es-

tabelecia a regra geral de que podem os parentes ou os cônjuges pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com sua condição social, dispositivo que, com a inclusão dos companheiros, é o art. 1.694 deste Código. Note-se, ademais, que o § 1.º do art. 1.694.º dispõe que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obriga, o que, no limite, recebendo-se o preceito em sua expressão literal, levaria à conclusão que os herdeiros do devedor, sub-rogados na obrigação alimentícia, teriam de atendê-la na proporção de suas possibilidades ou de seus recursos, e não nos limites das forças da herança.¹¹

Ocorre que, se tratando de hipótese de *legem habemus*, não se pode negar a aplicação da lei, cabendo aos operadores do Direito interpretá-la.

II.1. Transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos ao espólio nos limites da herança

O artigo 1.700 do Código Civil de 2002 impôs aos herdeiros o dever de suportar a obrigação alimentar e, por outro lado, fez remissão ao seu artigo 1.694, o qual determina, em seu *caput* e § 1º, que parentes, cônjuges e companheiros podem pedir, uns dos outros, alimentos de que necessitem para sobreviver, devendo ser fixados na proporção das necessidades do alimentando e das possibilidades do alimentante.

Nesses termos, uma primeira análise pode induzir à conclusão de que os herdeiros, por seus bens, estariam pessoalmente obrigados a uma prestação igual àquela a que se obrigara o alimentante, independentemente do recebimento de herança.

Ocorre que não é o dever de prestar alimentos em sua potencialidade que se transfere, mas a obrigação de prestá-los, como o legislador de 2002 fez constar expressamente do artigo 1.700. De fato,

⁹ Silmara Juny de Abreu CHINELLATO, *Comentários ao Código Civil*, 481.

¹⁰ Zeno VELOSO, *Código Civil Comentado*, 35-36.

¹¹ Zeno VELOSO, *Código Civil Comentado*, 39.

como afirmam os defensores da intransmissibilidade, é inviável a transmissão da condição personalíssima de alimentante, mas não a responsabilidade de prestá-la. Enquanto sobre o alimentante recaem a obrigação em si e a responsabilidade por ela, o espólio é mero responsável pelo seu adimplemento, não devedor, conforme a precisa lição de José Fernando Simão, sobre o fiador, aplicada por analogia aos alimentos:

Por outro lado, há um segundo grupo de obrigações imperfeitas, em que se identifica responsabilidade (*Haftung*) por dívida alheia (*Schuld*) ou mesmo inexistência de coincidência entre a extensão da dívida (*Schuld*) e da responsabilidade (*Haftung*).

A responsabilidade por dívida alheia pode nascer da vontade das partes (garantia contratual) ou mesmo de imposição legal (garantia legal). Exemplo clássico de garantia contratual é o do fiador em relação ao devedor. Ainda que na linguagem popular se diga que o fiador é devedor, que o fiador assume a posição de principal devedor, tecnicamente o fiador é responsável por dívida alheia. Há *Haftung*, mas não *Schuld*.¹²

Ao depois, é princípio do direito sucessório que o herdeiro não é responsável por encargos superiores às forças da herança, como restou consignado no artigo 1.792 do atual Código Civil¹³. Reforçando isso, o artigo 1.997 do mesmo diploma prevê que *a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido, mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube*.

Como destaca Sílvio Venosa, *embora o dispositivo em berlinda fale em transmissão aos herdeiros, essa transmissão é ao espólio. É a herança, o monte-mor, que rece-*

be o encargo. O inventário, portanto, só serve para distinguir o patrimônio dos herdeiros daquele por eles recebido a título de herança.¹⁴

Mesmo após a partilha, momento em que a herança é individualizada, a obrigação não fica a cargo dos sucessores, que deverão pagar o que é devido, nos limites do quinhão hereditário recebido. Como não há sucessão alimentar *causa mortis* além das forças da herança, jamais os bens particulares dos herdeiros concorrerão para o pagamento de dívida do falecido.

Assim, diz-se que os herdeiros não são devedores da obrigação alimentar. Eles só têm responsabilidade pelo pagamento da dívida alimentar, exigível até o valor da herança.¹⁵

Nos termos em que se admite no presente estudo, ao contrário de afrontar a natureza personalíssima da obrigação alimentar, a transmissibilidade a reforça, pois são os bens do finado que respondem pelas prestações alimentícias, cabendo aos sucessores tão somente utilizar o patrimônio deixado para adimplir as prestações. Não poderia ser diferente, porquanto, em caso contrário, haveria transmissão ilimitada, a ofender a pessoalidade da obrigação, já que haveria o surgimento de um novo dever, não a transmissão da obrigação de prestar alimentos em si.

Tanto a transmissibilidade deve respeitar os limites da herança que, se não houver bens do alimentante, cessa o dever de prestar alimentos, sob pena de o herdeiro restar incumbido de suprir o pagamento da pensão alimentícia a que o falecido estava obrigado, atingindo o patrimônio particular dos sucessores e afrontando a lógica do direito su-

¹² José Fernando SIMÃO, “A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao Direito Civil Brasileiro”, 165-181.

¹³ Art. 1.792.º. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.

¹⁴ Sílvio de Salvo VENOSA, *Direito civil: direito de família*, 407.

¹⁵ Maria Helena DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, 623.

cessório.¹⁶ E mais: o herdeiro que renunciar à herança não se obriga ao pagamento das prestações alimentares¹⁷, assim como os sucessores que forem deserdados ou declarados indignos, pois, se não recebem bens do *de cujus*, também não devem ser onerados com suas dívidas, na lógica de que, se não há bônus, não há ônus.

Corroborando o exposto acima, a IV Jornada de Direito Civil aprovou o Enunciado n. 343, o qual previu que “*A transmissibilidade da obrigação alimentar é limitada às forças da herança*”.

II.2. Transmissibilidade apenas das prestações alimentares pré-constituídas e vencidas?

Como o legislador foi extremamente vago na redação do artigo 1.700 do Código Civil de 2002, outro debate surgiu na doutrina: a transmissão da obrigação de prestar alimentos é exclusiva de obrigações pré-constituídas ou basta a existência de um dever jurídico de prestar alimentos? A responsabilidade da herança se limita aos alimentos vencidos ou abarca, também, as prestações vincendas?

A redação legal é silente.

Para a doutrina majoritária, o legislador especificou que a obrigação alimentar se transmite com a morte do alimentante, não o dever jurídico de prestar alimentos, razão pela qual deve haver, antes da morte do obrigado, a constituição judicial do pensionamento. Doutrinadores como Zeno Veloso¹⁸ e Maria Helena Diniz¹⁹ filiam-se a esse entendimento.

Sob tal enfoque, a única exceção à obrigatoriedade da pré-constituição seria a transmissão da obrigação *sub judice* quando do óbito do alimentante, havendo a substituição processual do *de cujus* pelo espólio, na pessoa do inventariante.²⁰

De outro norte, uma segunda corrente, capitaneada por Euclides de Oliveira²¹, Maria Berenice Dias²² e Sérgio Gischkow Pereira²³, milita no sentido da prescindibilidade da pré-constituição da obrigação, porque é possível que o obrigado cumprisse a prestação alimentar por vontade própria, de modo que, sobrevivendo sua morte, seria perfeitamente cabível que a obrigação de prestar alimentos se transmita aos seus herdeiros. A figura do devedor não se limita a quem está obrigado por débitos vencidos: ela abrange, também, quem está legalmente obrigado a pagar, ainda que esteja em dia com as prestações ou não lhe tenha sido cobrada a prestação.²⁴

Assim, segundo a doutrina minoritária, para que haja a transmissão, deve haver o reconhecimento em vida, pelo finado, de seu dever alimentar, seja pela existência de acordo extrajudicial, seja pelo simples cumprimento de seu dever de sustento. Basta que o alimentante tenha prestado regular e voluntariamente o pensionamento, o que não significa, porém, que os alimentos possam ser reclamados contra o espólio a qualquer tempo em que surja a necessidade do hipossuficiente.

Nesses casos, a transmissão se dá aos herdeiros do devedor mesmo na inexistência de prévia sen-

¹⁶ Euclides de OLIVEIRA, “Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros”, 283.

¹⁷ Silmara Juny de Abreu CHINELLATO, *Comentários ao Código Civil*, 482-483.

¹⁸ Zeno VELOSO, *Código Civil Comentado*, 40.

¹⁹ Maria Helena DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, 623.

²⁰ Yussef Said CAHALI, *Dos alimentos*, 95.

²¹ Euclides de OLIVEIRA, “Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros”, 288.

²² Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, 521.

²³ Sérgio Gischkow PEREIRA, *Estudos de direito de família*, 152.

²⁴ Euclides de OLIVEIRA, “Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros”, 289.

tença judicial. Por isso, o pedido alimentar pode ser promovido após o óbito do alimentante, cabendo ao espólio, se preenchidos os requisitos para tanto, assumir a responsabilidade pelas prestações.

Ainda, é preciso ressaltar que essa corrente não admite a transmissão contra o espólio se os alimentos não vinham sendo pagos antes da morte do alimentante²⁵, mesmo que *in natura*, decorrência do dever de sustento. A razão para tanto é coibir que parentes distantes do falecido, após anos da abertura da sucessão, surjam para pleitear alimentos a serem fixados na proporção de suas necessidades e das possibilidades da pessoa obrigada.

Com respeito a quem entenda em sentido contrário, a limitação da transmissão para a hipótese de alimentos vencidos não pode prosperar. A lei é clara quanto à transmissão da obrigação de prestar alimentos, não do débito de alimentos do falecido. Se não fosse assim, esclarece Rolf Madaleno, o artigo 1.700 do Código Civil não faria remissão ao artigo 1.694 da Lei Civil.²⁶

A exigência de condenação prévia parece ainda mais indevida se for considerada a hipótese de haver herdeiros beneficiados por um título judicial garantindo-lhes alimentos e outros sucessores que, conquanto dependentes do finado, não possuam nenhuma fixação judicial a seu favor. Nessas situações, aos primeiros estaria assegurada a manutenção do pensionamento após a morte do alimentante, ao passo que os segundos ficariam à míngua. Porém, nenhum motivo justifica que, se o falecido provia o sustento daqueles que dele dependiam, o espólio não o faça. Se os bens do alimentante sempre foram suficientes para suportar o padrão de vida familiar e permanecem sendo capazes, por si só, de proporcionar o sustento dos alimentandos

sem qualquer prejuízo ao espólio e aos herdeiros, o pagamento deve permanecer independentemente do falecimento.

Imaginemos, por exemplo, a situação de um filho a quem o finado sempre pagou alimentos por força de sentença judicial, mas não mantinha vínculo estreito, e outro filho, que viveu com o falecido durante toda a vida e jamais contou com um título executivo judicial a seu favor. Após o óbito, vingando o entendimento dominante, o primeiro poderia pleitear alimentos ao espólio, ao passo que o segundo não, gerando tratamento desigual entre os irmãos e situação de evidente injustiça.

Pensemos, ainda, na situação de um morto que se encontrava em segundas núpcias. Voluntariamente, ele pagava todas as contas de sua mulher, o que importou reconhecimento tácito de seu dever alimentar em favor da esposa. Ocorre que o alimentante subitamente veio a falecer, em função do que foi rompida a sociedade conjugal. Antes disso, não podia ter havido fixação do dever alimentar do morto, porque o casal permanecia casado e eventual pretensão alimentar da mulher contra seu marido esbarraria na impossibilidade jurídica do pedido. Diferentemente, a primeira mulher do finado, de quem ele estava divorciado há anos, recebia pensionamento fixado judicialmente. Sob a ótica da doutrina dominante, estaria afastada a possibilidade de a viúva, que esteve ao lado do morto até seus últimos momentos, pleitear alimentos, enquanto a primeira esposa permaneceria recebendo os valores a título de pensão alimentícia.

Em função dessas injustiças, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do agravo de instrumento n. 0292567-57.2009.8.26.0000²⁷,

²⁵ Sérgio Gischkow PEREIRA, *Estudos de direito de família*, 146.

²⁶ ROLF MADALENO, *Curso de direito de família*, 877.

²⁷ Alimentos – filho menor e ex-convivente do “de cujus” contra espólio – provisórios fixados em R\$ 6.000,00 mensais – requerido que pede a redução do encargo – pretensão que fica desacolhida – neces-

reconheceu a possibilidade de fixação de alimentos contra o espólio do alimentante mesmo sem dever pré-constituído. Do mesmo entendimento, comunga a Corte do Estado do Rio Grande do Sul, que, nos autos do agravo de instrumento n. 70061258018²⁸, fixou alimentos em favor dos dependentes do finado, com base em suas necessidades, mesmo inexistindo obrigação pré-constituída.

Não se pode esquecer que, com o reconhecimento da incidência da boa-fé objetiva ao âmbito familiar, é esperado que os indivíduos mantenham comportamento ético e coerente no seio da família, razão pela qual é vedado o comportamento contraditório às expectativas produzidas.²⁹ Assim, se alguém garantiu apoio material aos seus familiares durante sua vida, deixando aos seus herdeiros patrimônio que gera frutos e rendimentos capazes de manter os alimentandos do de cujus, os sucessores, que serão beneficiados com o patrimônio do finado, não podem deixar desassistidos os dependentes do morto.

Portanto, se o falecido deixou bens que geram frutos e rendimentos, os herdeiros não podem

simplesmente negar a prestação de auxílio material aos que dependiam do falecido – em um cenário de hipossuficiência criado e consolidado no tempo –, sob pena de configurar venire contra factum proprium e surrectio, um dos desdobramentos do princípio da boa-fé objetiva.

Essa, porém, não é a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que, por meio de sua Segunda Seção, firmou entendimento, no julgamento do Recurso Especial n. 1354693/SP³⁰, no sentido de que, dado o caráter personalíssimo, só se transmitem as obrigações pré-constituídas e vencidas, o que, além de representar verdadeiro retrocesso em relação a julgados precedentes daquela Corte³¹, torna prescindível a previsão legal contida no artigo 1.700 do Código Civil de 2002.

Como já tivemos a oportunidade de defender acima, não é o dever de prestar alimentos em sua potencialidade que se transfere, mas a obrigação de prestá-los, a qual permanece hígida após o óbito. Nos termos do julgado proferido pelo Superior Tri-

89

sidade do menor presumida – ex-companheira que, pelo que se infere, também precisa da verba, uma vez que não consta esteja trabalhando, cursa universidade e arca com todas as despesas do lar – manutenção do “quantum” – análise provisória do binômio necessidade/possibilidade. Agravo improvido. (TJSP, AI n. 0292567-57.2009.8.26.0000, Décima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Testa Marchi, julgado em 23.ago.2010).

²⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. ESPÓLIO. PENSIONAMENTO PROVISÓRIO ÀS FILHAS E À EX-COMPANHEIRA DO FALECIDO. MAJORAÇÃO. CABIMENTO. Existindo elementos de prova suficientes a comprovar a necessidade na percepção de verba alimentar em valor superior a fixada na origem, esta deve ser majorada, de forma a melhor resolver a equação de proporcionalidade que deve nortear o cotejo entre necessidades e possibilidades, sem prejuízo de que, com a formação do contraditório, seja redimensionada. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRS, AI n. 70061258018, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em 16.out.2014).

²⁹ Cristiano Chaves de FARIAS / Nelson ROSENVALD, *Direito das Famílias*, 100.

³⁰ CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. CELEBRAÇÃO DE ACORDO COM FIXAÇÃO DE ALIMENTOS EM FAVOR DA EX-COMPANHEIRA. HOMOLOGAÇÃO. POSTERIOR FALECIMENTO DO ALIMENTANTE. EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA DE PRESTAR ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO AO ESPÓLIO. 1. Observado que os alimentos pagos pelo de cujus à recorrida, ex-companheira, decorrem de acordo celebrado no momento do encerramento da união estável, a referida obrigação, de natureza personalíssima, extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida. Fica ressalvada a irrepetibilidade das importâncias percebidas pela alimentada. Por maioria. 2. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 1354693/SP, Segunda Seção Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 26.nov. 2014)

³¹ Alimentos. Espólio. Obrigação. Precedentes. Desprovidimento. I. Nos termos da jurisprudência consolidada na 2.ª Seção do STJ, o espólio tem a obrigação de prestar alimentos àquele a quem o de cujus devia, mesmo vencidos após a sua morte (REsp 219.199-PB, Rel. p/ acórdão Min. Fernando Gonçalves, DJ 03/05/2004, p. 91). II. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.166.489-MG, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 15.fev. 2011).

bunal de Justiça, a transmissão da condição personalíssima de alimentante torna-se inviável. Porém, isso não se confunde com a responsabilidade pelo adimplemento das prestações alimentares. Enquanto, sobre o alimentante, recaem a obrigação em si e a responsabilidade por ela (tem *schuld* e *haftung*), o espólio é mero responsável pelo seu adimplemento (possui apenas *haftung*), não devedor.

Não se pode confundir a obrigação alimentar com o dever de prestar alimentos, como equivocadamente entendeu a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Enquanto a primeira permanece exclusiva do finado, a segunda se transmite ao espólio, responsável pelo sustento dos dependentes do *de cujus* não apenas pelas prestações vencidas e impagas, conforme a previsão legal. Andou mal, pois, o Superior Tribunal de Justiça, aplicando interpretação *contra legem* ao artigo 1.700 do Código Civil de 2002.

II.3. Transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos e o artigo 1.694 do Código Civil de 2002

O artigo 23 da Lei de Divórcio fazia remissão ao artigo que previa que a herança respondia pelo pagamento das dívidas do falecido, mas, feita a partilha, só respondiam os herdeiros na proporção e no limite da parte que na herança lhe coubesse. Era o equivalente ao atual artigo 1.997 do atual Código Civil.

Ao propor a Emenda n. 322 ao Projeto de Lei n. 634/1975, o senador Nelson Carneiro fez remissão ao artigo 1.722 daquele Projeto, correspondente ao atual artigo 1.694 do Código Civil de 2002. Como justificativa, afirmou que se tratava da “reprodução do art. 23.º da Lei do Divórcio”, mas não era.

Por conta disso, há quem defenda que houve

equivoco legislativo na remissão do artigo 1.700 ao artigo 1.694, já que o artigo 23 da Lei do Divórcio fazia referência ao artigo que previa a transmissibilidade limitada às forças da herança.

Surgiu, então, nova celeuma, e não sem fundamento.

Carlos Roberto Gonçalves defende a desnecessidade de remissão às forças da herança, uma vez que se trata de cláusula geral do direito das sucessões³², razão pela qual se presume que estaria correta a indicação do binômio necessidade-possibilidade. Nesse caso, porém, deve ser feita a ressalva de que as possibilidades a serem aferidas são as do falecido, por meio das forças do monte-mor.

Como ensina Euclides de Oliveira, é fundamental distinguir as dívidas vencidas das prestações futuras vincendas. As vencidas são exigíveis do espólio no valor apurado; as futuras dependem de apuração da nova situação pessoal do credor, que pode ter sido alterada em razão de sua participação na própria herança³³, daí por que é recomendável a possibilidade de revisão dos alimentos, a qual foi prevista no artigo 1.694 do Código Civil.

Com razão, portanto, o legislador ao fazer a remissão em análise, pois acabou indicando o binômio necessidade-possibilidade para quantificação do pensionamento transmitido e permitindo a revisão dos alimentos.

Em sendo assim, se a obrigação de prestar é do espólio e está limitada às forças da herança, os herdeiros não são passíveis de arcar com eventual majoração de uma obrigação pré-constituída porque o beneficiário das prestações teve aumen-

³² Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro: direito de família*, 460.

³³ Euclides de OLIVEIRA, “Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros”, 289.

to em suas necessidades.³⁴ Para Rolf Madaleno, é possível, inclusive, que, havendo incremento nas possibilidades do espólio, haja reflexo no valor do pensionamento.³⁵

Para Silmara Juny Chinelato, o *quantum* dos alimentos a ser prestado pelos herdeiros deverá observar os parâmetros do binômio necessidade-possibilidade, os quais prestigiam a condição social do alimentando e abrangem as despesas com educação.³⁶

Isso significa que, ao fixar o valor do pensionamento, o magistrado deve observar as necessidades do alimentando e as possibilidades do espólio, mas também o montante suportado em vida pelo finado, as forças da herança e o quinhão que tocou a cada herdeiro, sob pena de ultrapassar o caráter personalíssimo da obrigação.

A redução no *quantum* alimentar é admitida em duas hipóteses: se a herança deixada pelo obrigado for insuficiente para a manutenção do pagamento no valor originalmente pago pelo finado, cabendo aos sucessores do alimentante buscar judicialmente a redução ou, quiçá, a exoneração; ou ainda, se o alimentando não faz mais jus ao pensionamento, seja porque era herdeiro do *de cujus* e recebeu patrimônio suficiente para prover o seu próprio sustento, seja porque outros fatores levaram à diminuição ou cessação de suas necessidades.

Assim, é correta a remissão ao artigo 1.694 do Código Civil, que, além de delimitar a extensão da transmissão da obrigação alimentar, trouxe critérios de aferição do valor do pensionamento, bem como a possibilidade revisão da prestação alimentar. A alegação de equívoco na redação do texto de lei parece ser uma resistência infundada à aplicação

da previsão legal, já que é dispensável a remissão a um princípio geral do direito das sucessões.

II.4. Transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos nas situações em que o beneficiário é herdeiro do alimentante

Outra questão que surge a partir do reconhecimento da possibilidade de transmissão das prestações alimentícias diz respeito à confusão que poderia haver entre credor e devedor quando o alimentando é herdeiro do alimentante, bem como do desequilíbrio que isso poderia gerar na divisão futura da herança.

Uma primeira corrente entende que, no caso de alimentando-herdeiro, é vedada a transmissão, sob o fundamento de que haveria desequilíbrio na divisão da herança, já que o beneficiário dos alimentos seria privilegiado com o acréscimo do pensionamento ao seu direito de herança, o que, além de aumentar sua quota-parte, reduziria a dos demais herdeiros.³⁷

Defensor de uma segunda vertente, Sérgio Gischkow Pereira aduz que, por se fundamentar na dignidade da pessoa humana, o direito a alimentos se sobrepõe ao direito fundamental à herança, razão pela qual o *status* de herdeiro do alimentando não leva à intransmissibilidade, mas à compensação dos valores pagos a título de alimentos, por ocasião da partilha, para que o herdeiro-alimentando não venha a receber em dobro, em detrimento dos demais sucessores.³⁸ Na realidade, a solução proposta pelo doutrinador refoge do direito alimentar para se revestir dos contornos de um adiantamento de

³⁴ Sérgio Gischkow PEREIRA, *Estudos de direito de família*, 152.

³⁵ ROLF MADALENO, *Curso de direito de família*, 877.

³⁶ Silmara Juny de Abreu CHINELLATO, *Comentários ao Código Civil*, 481.

³⁷ Cristiano Chaves de FARIAS / Nelson ROSENVALD, *Direito das Famílias*, 678.

³⁸ Sérgio Gischkow PEREIRA, *Estudos de direito de família*, 151.

quinhão, induzindo o alimentando-herdeiro a se habilitar no inventário do alimentante ao invés de formular pedido de alimentos.

É nesse sentido a solução dada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no julgamento do agravo de instrumento n. 70055176804³⁹. Conquanto tenha analisado as necessidades de quem pleiteava o recebimento de valores e as possibilidades do espólio e expressado que *parecem, mas não são alimentos*, a Corte fixou o repasse mensal de valores em favor do necessitado, mas, prestigiando a natureza indispensável dos alimentos, determinou que, ao final da partilha, houvesse o devido abatimento da quantia levantada mensalmente por um dos herdeiros. Não se tratava de alimentos, portanto.

Em outro julgamento, realizado nos autos do agravo de instrumento n. 70061258018⁴⁰, o Tribu-

nal de Justiça gaúcho fixou *alimentos compensatórios* em favor das filhas do *de cujus*, sob o fundamento de que o óbito acarretou desequilíbrio patrimonial às menores, que viviam com o finado até o seu óbito e, em função da tenra idade, não possuíam condições de gerir o patrimônio herdado, que se encontrava sob a administração dos irmãos maiores, autorizando, por outro lado, o desconto do montante repassado mensalmente às crianças quando da partilha. Ocorre que, apesar do nome, os alimentos compensatórios não possuem natureza alimentar, mas sim reparatória.

Em que pese o cuidado com que foram lançadas as decisões pelo Tribunal de Justiça gaúcho, nas quais se percebe evidente preocupação com o equilíbrio final entre os quinhões de cada um dos herdeiros, não se pode negar o desvio de categoria jurídica nas situações apresentadas, da onde se extrai um terceiro entendimento.

Alimentos são indispensáveis, tendo em vista que constituem um meio de subsistência de quem não dispõe de recursos suficientes para sobreviver. Em ambos os casos julgados pelo Tribunal de Justiça gaúcho, pelo que se extrai dos respectivos acórdãos, havia necessidade de quem pleiteava e possibilidade do espólio, sendo, pois, inafastável a incidência do binômio necessidade-possibilidade – como ocorreu em ambas na fundamentação de ambos os julgados para se aquilatar o *quantum* a ser fixado.

Entretanto, sem negar o direito de alimentos dos postulantes, a Corte gaúcha acabou privile-

92 ³⁹ agravo de instrumento. inventário. liberação de valores para manutenção de herdeiro. Os valores que estão sendo liberados de forma adiantada ao herdeiro filho não são alimentos. Mas parece. Trata-se de valor que se destina à sobrevivência do filho do autor da herança. E ainda que não tenham sido fixadas a título de alimentos, terão a mesma finalidade. Assim, ainda que se esteja em um processo de inventário e se esteja decidindo acerca de pedido de antecipação de herança, tal pretensão deve ser analisada à luz das necessidades do postulante e das possibilidades do espólio, como se alimentos fossem. No caso dos autos, o herdeiro agravado é filho do autor da herança e justificou a necessidade dos valores postulados. Ele provou que está cursando o último ano da faculdade o que não lhe permite o exercício de atividade laboral. Logo, a necessidade de valores para o sustento do herdeiro estão comprovadamente presentes. De outro lado, presentes também estão as possibilidades financeiras do espólio, tendo em conta que as primeiras declarações já demonstram que o patrimônio do de cujus é de aproximadamente R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), havendo valores depositados em conta judicial, vinculada a este inventário. Nesse contexto, mostra-se viável o deferimento dos alvarás para liberação dos valores mensalmente. Mesmo porque, aqui neste agravo não foi demonstrado algum risco concreto de insolvência do espólio, que, como já dito, dispõe de vultoso patrimônio. E considerando a destinação do dinheiro (manutenção do herdeiro), viável se mostra o deferimento de tal pedido mesmo sem a prévia oitiva dos demais herdeiros, dada a urgência que se deve guardar no caso concreto. DESACOLHERAM A PRELIMINAR DE FALTA DE CONTRADITÓRIO E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO. (TJRS, AI n. 70055176804, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 12.dez.2013).

⁴⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO. ação DE ALIMENTOS. espólio. pensionamento provisório às filhas e à ex-companheira do fale-

cido. majoração. cabimento. Existindo elementos de prova suficientes a comprovar a necessidade na percepção de verba alimentar em valor superior a fixada na origem, esta deve ser majorada, de forma a melhor resolver a equação de proporcionalidade que deve nortear o cotejo entre necessidades e possibilidades, sem prejuízo de que, com a formação do contraditório, seja redimensionada. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRS, AI n. 70061258018, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em 16.out.2014).

giando o direito à herança ao determinar a compensação ao final da partilha, em detrimento da subsistência de quem comprovadamente necessitava de alimentos, desnaturando o caráter alimentar da verba, para operar um adiantamento de quinhão. No entanto, como o direito a alimentos diz respeito à própria sobrevivência de quem os pleiteia e, ao fim e ao cabo, com a dignidade da pessoa humana, jamais o direito à herança pode se sobrepor ao direito a alimentos, conquanto tenha sido erigido à categoria de direito fundamental, porque é dotado de evidente caráter patrimonial.

Deveriam, portanto, ser conferidos alimentos aos herdeiros necessitados, que, dada a sua natureza, são incomensuráveis, não havendo que falar em antecipação de herança, cuja compensabilidade foi determinada. A solução a que chegou o Tribunal de Justiça gaúcho nos precedentes acima referidos não observa que se trata de *legem habemus*.

Se não bastasse isso, os defensores da impossibilidade de transmissão nos casos de alimentando-herdeiro também fundamentam sua visão no fato de simultaneamente o herdeiro vir a ser credor e devedor de alimentos, o que é afastado pelo Desembargador gaúcho Luiz Felipe Brasil Santos no julgamento do agravo de instrumento n. 70010643922⁴¹, sob o fundamento de que o devedor é, na realidade, o espólio, como defendido no item II.1 *supra*, razão pela qual inexiste confusão.

⁴¹ TRANSMISSIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. ALIMENTOS DEVIDOS PELO ESPÓLIO A HERDEIRO. CONFUSÃO. INOCORRÊNCIA. VIGÊNCIA DO ARTS. 1700 E 1707 DO CÓDIGO CIVIL. Em matéria de alimentos devidos pelo espólio a herdeiro não ocorre confusão. Não obstante o princípio da saisine “segundo o qual ‘aberta a sucessão a herança transmite-se desde logo aos herdeiros’ a efetiva fruição do quinhão hereditário somente será possível após ultimada a partilha. Até então, subsiste a necessidade do agravado e a obrigação do espólio, em vigor a disposição do art. 1.700.º do CC. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJRS, AI n. 70010643922, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 23.mar.2005)

II.5. Termo final da obrigação de prestar alimentos transmitida

O artigo 1.700 do Código Civil também é silente acerca do momento em que deve cessar prestação de alimentos pelos herdeiros em razão da transmissão da prestação alimentar. A esse respeito, há na doutrina dois entendimentos distintos.

Uma primeira corrente defende que as prestações devem ser pagas até a ultimação do inventário, com a realização da partilha e, consequentemente, a individualização do patrimônio entre os sucessores.

Mesmo que seja herdeiro do *de cuius*, o alimentando não dispõe dos bens deixados pelo finado até a finalização da partilha, permanecendo em situação de hipossuficiência. Esse foi o entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 219.199/PB.⁴²

Por ocasião do julgamento, ressaltou o relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que, após o recebimento de sua quota-parte, o herdeiro-beneficiário presumivelmente reúne condições de manter a sua sobrevivência, tornando prescindível a manutenção do pagamento com base na transmissibilidade do encargo alimentar. Porém, se a herança recebida não se mostra suficiente para o suprimento das necessidades, não resta alternativa ao alimentando senão propor ação de alimentos em face dos demais sucessores, fundada no parentesco e na solidariedade familiar dele decorrente, a fim de obter valor complementar, o que poderá vir a alcançar os bens

⁴² DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÃO. PRESTAÇÃO. ALIMENTOS. TRANSMISSÃO HERDEIROS. ART. 1.700.º DO NOVO CÓDIGO CIVIL. 1 - O espólio tem a obrigação de prestar alimentos àquele a quem o de cuius devia, mesmo vencidos após a sua morte. Enquanto não encerrado o inventário e pagas as quotas devidas aos sucessores, o autor da ação de alimentos e presumível herdeiro não pode ficar sem condições de subsistência no decorrer do processo. Exegese do art. 1.700.º do novo Código Civil. (STJ, REsp n. 219.199/PB, Segunda Seção. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 10.dez.2003).

particulares do herdeiro, porquanto haveria o surgimento de nova obrigação.

Contudo, é preciso observar que tal interpretação se mostra insustentável, por desconstruir a função da transmissão alimentar. Não faria sentido atrelar a obrigação alimentar à tramitação do inventário, até a partilha final dos bens, sobrepondo a herança aos alimentos.⁴³

Há mais, todavia.

Os argumentos expendidos por aqueles que se filiam à corrente acima se limitam às situações em que o alimentando mantém vínculo familiar com os demais sucessores, podendo pleitear pensionamento complementar aos outros. Nada referem acerca dos dependentes do finado que não são herdeiros ou não possuem nenhum grau de parentesco com os demais sucessores e, por isso, não poderiam demandar em juízo contra os sucessores do falecido. Nesses casos, o necessitado ficaria à míngua, em total contrassenso à lógica da transmissibilidade alimentar, lembrando, uma vez mais, que se cuida de *legem habemus*.

É nessa esteira que surge o entendimento de que a partilha não tem o condão de cessar a prestação de alimentos, transformando em letra morta o artigo 1.700 do Código Civil de 2002. Conforme Sérgio Gisckow Pereira, a possibilidade de eventualmente ser postulada a fixação de um pensionamento contra os demais sucessores, caso o necessitado seja herdeiro do alimentante, não pode afastar a transmissibilidade, pois os alimentos complementares direcionados aos demais parentes seriam mais um meio de sobrevivência do hipossuficiente.⁴⁴

Portanto, existindo bens deixados pelo finado suscetíveis de rendimento e permanecendo o esta-

do de necessidade do beneficiário, deve haver a manutenção da prestação de alimentos mesmo após o encerramento do inventário, inclusive porque foram os bens do *de cujus* que sempre responderam pelo cumprimento da obrigação.

Ademais, como já visto, com a morte do alimentante, a responsabilidade de prestar os alimentos é transmitida, nos limites das forças da herança, ao espólio, o qual passa a se responsabilizar pelo adimplemento da dívida alheia. E como há *haftung*, mas não *schuld* em relação à obrigação alimentar, a simples ultimação da partilha dos bens deixados pelo obrigado não extingue a responsabilidade pelo pagamento dos alimentos.

Em função disso, os sucessores permanecem devendo prestar os alimentos mesmo após a individualização patrimonial, dispondo de dois meios para fazer frente às necessidades do necessitado: a reserva de um bem para garantir a satisfação, mês a mês, do crédito em favor do alimentando ou a constituição de capital para manter o pagamento das prestações alimentares, nos termos do artigo 533 do Código de Processo Civil de 2015⁴⁵. Em ambas as hipóteses, sobrevindo causa para a exoneração da obrigação alimentar e não tendo sido integralmente consumido o bem, pode haver

⁴⁵ Art. 533.º. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. § 1.º O capital a que se refere o caput, representado por imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do executado, além de constituir-se em patrimônio de afetação. § 2.º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz. § 3.º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação. § 4.º A prestação alimentícia poderá ser fixada tomando por base o salário-mínimo. § 5.º Finda a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.

⁴³ ROLF MADALENO, *Curso de direito de família*, 875.

⁴⁴ Sérgio Gisckow PEREIRA, *Estudos de direito de família*, 150-151.

a sobrepartilha do patrimônio entre os sucessores do obrigado.

Considerações finais

Pretendendo sepultar discussão acerca da transmissibilidade alimentar, inaugurada em nosso ordenamento jurídico pelo artigo 23 da Lei do Divórcio, no Código Civil de 2002 restou previsto, de forma nebulosa e excessivamente objetiva, a transmissão da obrigação alimentar aos herdeiros do alimentante, indicando a preocupação do legislador em garantir o cumprimento das prestações alimentares, dado seu caráter assistencial. A partir daí, a esse respeito, surgiram uma série de dúvidas, algumas das quais foram brevemente estudadas no presente artigo.

Na primeira delas, constatou-se que, em que pese a exegese legal, não são exatamente os herdeiros que respondem pela prestação dos alimentos, mas o espólio. No âmbito sucessório, o patrimônio do finado responde pelas obrigações contraídas pelo autor da herança, entre as quais a prestação de alimentos, não se admitindo que encargos deixados pelo falecido atinjam os bens dos sucessores, consoante a exegese dos artigos 1.792 e 1.997 do Código Civil.

Em assim sendo, só permanecerá responsável pelas prestações alimentares quem tenha sido contemplado com herança, já que, se não há bônus, não há ônus. Se o finado não tiver deixado bens ou um dos sucessores houver renunciado, sido deserdado ou declarado indigno, não há falar em transmissão em relação ao herdeiro.

Por outro lado, não se pode admitir que a transmissão alimentar ocorra exclusivamente com relação a obrigações pré-constituídas e vencidas, porque a lei é clara quanto à transmissão da obrigação alimentar como um todo. Interpretação em

sentido contrário, como vem aplicando o Superior Tribunal de Justiça, além de acarretar inúmeras injustiças e desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva, torna letra morta a previsão do artigo 1.700 do Código Civil de 2002, importando retorno à lógica do Código Beviláqua, em clara contrariedade à determinação legislativa.

Com relação ao suposto equívoco na remissão ao artigo 1.694, parece tratar-se de tentativa de parte da doutrina e da jurisprudência de resistir à vontade legislativa. Não se pode defender que o legislador pretendia se remeter ao artigo 1.997 do Código Civil, tal qual ocorrera no artigo 23 da Lei do Divórcio, porque é desnecessário se referir a uma norma de caráter principiológico, que rege todo o Direito das Sucessões.

Na realidade, ao se remeter ao artigo 1.694, além de delimitar a extensão da transmissão da obrigação alimentar, o legislador de 2002 trouxe critérios de aferição do valor do pensionamento, bem como a possibilidade revisão da prestação alimentar. Não há equívoco a ser reparado se considerado que se trata de alimentos, como de fato o é.

No tocante à situação em que o alimentando é herdeiro, nada impede que os alimentos sejam prestados, sem qualquer solução de compensação ao fim da partilha, dada a natureza da prestação. Medida em sentido diverso privilegiaria o direito à herança dos sucessores, de notório caráter patrimonial, em detrimento ao direito de alimentos dos dependentes do finado, intimamente ligado à dignidade de quem precisa do pensionamento para sobreviver, o que representaria uma inversão da lógica do ordenamento jurídico vigente, assentada no âmbito constitucional.

Nesse cenário, tendo em vista que os alimentos visam a garantir a manutenção de quem não dispõe de meios de prover o próprio sustento, o passamento

do alimentante não tem o condão de extinguir a obrigação à prestação, que deve ser mantida se a hipossuficiência subsiste e o obrigado deixou bens, os quais devem possibilitar uma condição de vida digna ao alimentando.

Ao depois, ultimada a partilha, o alimentando poderá continuar recebendo os alimentos se as suas necessidades persistirem, devendo os (demais) herdeiros concorrer nas prestações do pensionamento, na medida do quinhão hereditário recebido por cada um deles, porque a responsabilidade de prestar os alimentos se transmite aos sucessores. Nessas situações, as prestações deverão ser mantidas em favor do alimentante nos limites das forças da herança, podendo haver a reserva de bem para satisfação do crédito alimentar ou a constituição de capital para manter o pagamento das prestações alimentares, nos termos do artigo 533 do Código de Processo Civil de 2015, o que poderá ser alvo de sobrepartilha caso o bem persista a eventual e superveniente exoneração alimentar.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado: Direito das Sucessões. Sucessão em Geral. Sucessão Legítima (artigos 1.784 a 1.856)*, v. 18, São Paulo: Atlas, 2003.

CAHALI, Yussef Said, *Dos alimentos*, 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu, *Comentários ao Código Civil: parte especial do Direito de Família: filiação; adoção poder familiar; regime de bens (comunhão universal; comunhão parcial; participação final nos aquestos; separação); alimentos; usufruto e administração dos bens de filhos menores (arts. 1.591 a 1.710)*. vol. 18, 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Berenice, *Manual de direito das famílias*, 9.^a ed., Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2013.

— *Manual de direito das sucessões*. 2.^a ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, vol. 5, 29.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

— *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, vol. 6, 25.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de / ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias*, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

— / ROSENVALD, Nelson, “A aplicação do abuso do direito nas relações de família: o *venire contra factum proprium* e a *supressio/surrectio*”, in Maria Berenice DIAS, coord., *Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro: direito de família*, vol. 6, 5.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

— *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*, vol. 7, 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, 5.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Tratado de direito de família*, vol. 3, 3.^a ed., São Paulo: Max Limonad, 1947.

OLIVEIRA, Euclides de, “Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros”, in Francisco José CAHALI / Rodrigo da Cunha PEREIRA, coord., *Alimentos no Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil: direito de família*, vol. 5, 16.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

— *Instituições de Direito Civil: direito das sucessões*, vol. 6, 16.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Sérgio Gischkow, *Estudos de direito de família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RODRIGUES, Silvio, *Direito civil: direito de família*, vol. 6, 28.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

— *Direito civil: direito das sucessões*, vol. 7, 26.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

SIMÃO, José Fernando, “A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao Direito Civil Brasileiro”, *Revista Jurídica ESMP-SP*, 3 (2013) 165-181.

TARTUCE, Flávio / SIMÃO, José Fernando, *Direito civil: direito de família*, vol. 5, 5.^a ed. São Paulo: Método, 2010.

— *Direito civil: direito das sucessões*, vol. 5, 3.^a ed. São Paulo: Método, 2010.

VELOSO, Zeno, *Código Civil Comentado: Direito de família. Alimentos. Bem de família. União estável. Tutela e curatela. (artigos 1.694 a 1.783)*, vol. 17, São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil: direito de família*, vol. 6, 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

— *Direito civil: direito das sucessões*, vol. 7, 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

**Pourquoi et comment régler
les comptes au moment de la rupture?**

PRÉSENTATION GÉNÉRALE ET PROGRAMME DU COLLOQUE¹

Présentation générale du colloque

Face à l'évolution des relations familiales et à l'instabilité du « couple conjugal », il est aujourd'hui admis que la famille est construite autour des enfants, l'essentiel étant de préserver les relations de l'enfant avec chacun de ses parents et le « couple parental ».

Il n'en reste pas moins que perdurent de nombreuses techniques juridiques permettant de « faire les comptes » au moment de la séparation des conjoints de fait et de droit, du régime primaire aux modalités de liquidation des régimes matrimoniaux, de la prestation compensatoire aux techniques de droit commun, comme l'enrichissement sans cause, la convention ou l'indivision.

Ces techniques, leur diversité mais aussi, en France notamment, leur distribution maintenue entre les couples mariés et les couples de fait ou encore leur indifférence à la présence d'enfants communs invitent à s'interroger : Quels comptes permettent-elles - ou pas - de régler ? Quels sont leurs fondements, leurs objectifs ou leurs conséquences ? Comment ont-elles pris acte des évolu-

tions contemporaines de l'évolution familiale et des rapports sociaux entre sexes, ainsi que de l'affirmation du principe d'égalité ?

Ce colloque international réunira des chercheurs d'origines disciplinaires variées. Il se fonde sur les résultats d'un programme de recherche, financé par l'ANR portant sur la question de la prestation compensatoire tout en élargissant la réflexion à l'ensemble des dispositifs juridiques permettant de régler les comptes de la rupture.

Programme du colloque

Isabelle Sayn (Directrice de recherche au CNRS, CERCRIID, Univ. de Lyon), “Les conséquences économiques du divorce, ou quels comptes régler au moment de la rupture?” : La « nature » de la prestation compensatoire du droit français est établie : elle est alimentaire et indemnitaire. Déconstruire ce discours permet de s'interroger sur les justifications de cette prestation, entre solidarités familiales et solidarités publiques, inégalité de genre et équité, interrogeant ainsi la nécessité et les moyens de cette compensation.

Cécile Bourreau-Dubois (Professeur de sciences économiques, BETA, Univ. de Lorraine), “Pourquoi régler des comptes ? Des comptes à régler en raison des conséquences économiques de la rupture” : En s'appuyant sur les enseignements des travaux empiriques menés sur l'impact économique

¹ Synthèse des interventions réalisées à l'occasion du colloque « Pourquoi et comment régler les comptes au moment de la rupture ? », organisé à Saint-Etienne (France) le 6 juin 2016. Ce colloque a constitué la première étape de restitution du programme ANR COMPRES <<http://www.agence-nationale-recherche.fr/?Projet=ANR-12-BSH1-0002>>. Un deuxième colloque a été organisé le 7 octobre 2016 à Paris et fera l'objet d'une publication (Larcier, 2017). Les synthèses ont été rédigées par Aude Chalaye et relues par les auteurs, sauf lorsque les intervenants ont communiqué un document écrit.

d'une rupture conjugale, il sera montré que les conjoints qui se séparent subissent généralement une perte de niveau de vie et que cette perte de niveau de vie est en moyenne plus forte pour les femmes que pour les hommes. L'exposé s'appuiera sur le cas de la France.

Robert Leckey (Professeur de droit, Université McGill) : "Pourquoi régler des comptes? Des comptes à régler en raison des liens familiaux rompus" : En s'appuyant sur l'expérience québécoise et les débats récents suscités par l'affaire Lola c/ Eric, l'intervenant montrera comment penser autrement une obligation traditionnellement liée au mariage pour répondre à la diversité des situations familiales, entre volonté d'assurer la protection des membres de la famille, respect de la volonté supposée des conjoints de droit et de fait dans le règlement des conséquences de la séparation, et impératif d'égalité.

Yann Favier (Prof. de droit, CERCRID, Univ. de Lyon), "Comment régler les comptes ? Les enjeux des techniques de règlement des comptes dans les couples séparés". La neutralité du droit à l'égard des modes de vie, notamment à l'égard des enfants, peut susciter la croyance dans la neutralité de droit à l'égard des couples, cohabitation et mariage paraissant interchangeables. A l'heure de la séparation, ce mythe est mis à mal et le statut - ou l'absence de statut - des couples mis à l'épreuve au travers des techniques patrimoniales déployées tant par le droit civil que par le droit fiscal. Les conflits sont d'autant plus aigus qu'ils imposent une relecture du passé et des arrangements tacites qui ne valaient, en définitive que tant que le couple demeurait uni.

Nathalie Dandoy (Prof. de droit, CEFAP, Univ. Catholique de Louvain) / *Frédérique Granet*, (Prof. De droit, CDPF, Univ. de Strasbourg), "Comment

régler les comptes ? Le partage des biens dans les couples séparés". Le partage des biens dans les pays européens obéit à des règles qui peuvent paraître fort différentes. Pour les couples mariés, ces règles aboutissent, dans les pays de droit continental, à la constitution d'un régime matrimonial structuré, mécanisme inexistant en droit anglo-saxon. En dehors du mariage, ce sont davantage les règles du droit commun des biens qui trouvent à s'appliquer. L'ensemble, examiné non pas sous l'angle de contenu des règles mais davantage sous celui de l'objectif qui les fonde, fera l'objet d'une comparaison entre différents droits européens afin de présenter un éventail varié des mécanismes de partage des biens en cas de rupture du couple.

Paula Távora Vítor (Docteure en droit, Chargée d'enseignement, Université de Coimbra, Portugal), "Comment régler les comptes? Le droit portugais entre obligation alimentaire et obligation de réparer un dommage". Les objectifs des règles ayant pour objet de fixer une obligation alimentaire entre époux, parfois qualifiée de prestation compensatoire, se partagent entre répondre à la dépendance économique et corriger les inégalités économiques entre les ex-époux, parfois dans la perspective d'indemniser l'investissement dans la sphère domestique. Le droit portugais, récemment réformé, illustre ces différentes dimensions.

Sandrine Dauphin (Département de la recherche, Caisse nationale des Allocations familiales), "La protection sociale et la compensation des inégalités économiques après la rupture familiale". Le droit de la protection sociale prévoit des dispositifs en direction des femmes et/ou des mères de famille. Ils peuvent constituer autant de réponses aux situations de vulnérabilité économique. Deux ensembles de dispositifs seront plus spécialement analysés : les prestations de la branche famille de la

Sécurité sociale (Allocation de parent isolé et modalités de rémunération des arrêts d'activité liés aux enfants) et les dispositifs de la branche retraite de la sécurité sociale (majorations de durée d'assurance, assurance vieillesse des parents au foyer, pension de réversion et l'assurance veuvage). Ces dispositifs seront analysés dans une perspective comparée.

Caroline Henchoz (Maître d'ens. et de recherche, Sciences sociales, Univ. de Fribourg), "Ce que régler les comptes veut dire : le point de vue des conjoints". Solidarité, autonomie, (in)égalité et justice sont des notions invoquées autant dans la sphère juridique que privée. Ont-elles pour autant les mêmes significations ? S'appuyant sur des recherches menées en sciences sociales, cette contribution propose de partir des représentations et pratiques des couples pour montrer leurs (possibles) conséquences économiques et juridiques au moment de la rupture.

LES CONSÉQUENCES ÉCONOMIQUES DU DIVORCE, OU QUELS COMPTES RÉGLER AU MOMENT DE LA RUPTURE ?

Isabelle Sayn

Directrice de recherche au CNRS | CERCRID, Université de Lyon

Ce colloque constitue l'une des deux journées de restitution des travaux réalisés dans le cadre du programme de recherche ANR COMPRES, consacrée aux fondements et déterminants de la compensation au moment du divorce : les justifications et modalités des formes de compensation économique après divorce (<http://www.agence-nationale-recherche.fr/?Projet=ANR-12-BSH1-0002->). Cette question, que l'on pourrait juger dépassée du fait de l'évolution des rapports sociaux de sexe, reste d'actualité. La prestation compensatoire n'est pas en voie de disparition. Alors qu'en 2000, 12% des décisions de divorce prévoyait une prestation compensatoire, la recherche montre que les juges aux affaires familiales allouent une prestation dans environ 20% des divorces.

Cette journée est consacrée aux comptes à régler au moment de la rupture. Elle a pour ambition de proposer une approche de droit comparé et une approche pluridisciplinaire, en faisant appel au-delà des juristes, à des économistes et à des sociologues. Elle tente ainsi de dépasser les « logiques incorporées », les catégories établies dans le champ du droit français et de contribuer à enrichir du débat.

Le cheminement suivi, au cours de cette présentation, consistera à partir du droit positif et des débats qu'il suscite pour identifier certaines des difficultés qui surgissent et à en proposer une lecture renouvelée. Il convient donc de déconstruire

le discours sur la prestation compensatoire et de proposer de le dépasser, à partir des possibles justifications de la prestation compensatoires. C'est seulement au terme de ce raisonnement qu'il deviendrait possible, dans un second temps, de construire des méthodes de calcul pertinentes de la prestation compensatoire.

Déconstruire le discours sur la prestation compensatoire

La prestation compensatoire est établie, dans son principe, par les articles 270 et 271 du Code civil (C. civ.). L'article 270 alinéa 2 C. civ. énonce que : « L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ». Il précise que la prestation a un caractère forfaitaire. L'alinéa 3 de ce même article énonce des restrictions au versement de cette prestation « si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture ».

D'après l'article 271 C. civ., la prestation compensatoire prend en considération, d'une part, les besoins de l'époux qui la sollicite et, d'autre part, les ressources de l'autre. Ces deux éléments doi-

vent être regardés non seulement dans la situation présente au moment du divorce, mais aussi, par anticipation sur l'évolution possible de « celle-ci dans un avenir prévisible ». Le texte énumère sept critères qui peuvent aider le juge dans sa prise de décision (la durée du mariage, l'âge et l'état de santé des époux, leur patrimoine, leur qualification et la situation professionnelle ainsi que les conséquences, y compris du point de vue de la retraite, de l'investissement d'un époux ou parent dans la sphère domestique).

Ces textes entraînent un certain nombre de difficultés et des interrogations émergent inévitablement. Plusieurs points sont discutés. On peut en citer quelques-uns : La « disparité » des niveaux de vie est nécessaire, mais est-elle suffisante ? En d'autres termes, quel est l'impact des choix de vie personnels ou communs des époux ? Comment aborder la contradiction entre « compenser la disparité » et « tenir compte des besoins et des ressources » ? La prestation compensatoire est nécessairement soumise à la capacité contributive du débiteur, or cette dernière ne permet pas forcément de compenser la disparité. Comment apprécier les « besoins » ? Le besoin résulte-t-il d'une nécessité alimentaire (minimum vital), ou bien de la continuité du mode de vie acquis lors du mariage ?

En outre, les critères de l'article 271 C. civ. ne sont pas restrictifs : la situation est examinée « notamment » au regard de ceux-ci. La liste n'est donc pas exhaustive. Le mode de fixation du montant de la prestation est ainsi assez incertain. Il a d'ailleurs été possible de recenser onze méthodes de calculs publiées ou utilisées, jusqu'à présent, par les professionnels. Elles aboutissent à des résultats très différents pour des situations semblables.

Ces exemples constituent un aperçu non limi-

tatif des difficultés rencontrées. Nous nous intéresserons ici à deux des questions récurrentes dans le discours sur le droit : Quelle est la nature de la prestation compensatoire ? La disparité doit-elle être fondée sur des causes spécifiques pour faire l'objet d'une compensation ? La première permet de constater que les auteurs se sont finalement peu intéressés aux justifications de la prestation compensatoire, la seconde que ces mêmes auteurs utilisent des arguments apparemment techniques pour faire prévaloir telle ou telle conception des relations dans le couple.

La «nature» de la prestation compensatoire

Les auteurs et la jurisprudence s'accordent pour affirmer que la prestation compensatoire possède une nature hybride. Elle est à la fois indemnitaire et alimentaire.

Les arguments en faveur d'une nature indemnitaire sont multiples, notamment le fait que la prestation compensatoire présente un caractère forfaitaire. Au moment de la réforme de 1975, la fixation est prévue une fois pour toute, avec l'idée du « clean-break ». Depuis 1975, des évolutions ont eu lieu. Le montant de la prestation compensatoire peut dorénavant être modifié, mais seulement à la baisse. De plus, contrairement aux dettes alimentaires, la prestation compensatoire est transmise de façon passive en cas de décès du débiteur. Cependant, là encore des évolutions ont eu lieu depuis 1975 et les propos doivent être nuancés puisque des limites ont été apportées à cette transmission. Les arguments en faveur d'une nature alimentaire sont également nombreux. La prestation compensatoire peut faire l'objet de révision à la baisse ; elle est insaisissable ; les procédures de

recouvrement relatives aux pensions alimentaires lui sont en grande partie applicables ou encore le Code civil renvoie à des termes tels que « besoins » et « ressources ».

Mais l'affirmation du caractère à la fois indemnitare et alimentaire ne se place jamais du point de vue des justifications de la prestation compensatoire. Cette nature n'est abordée qu'ex-post, au regard du régime applicable : modification, recouvrement, voies d'exécutions. Ainsi, aucune réponse n'est apportée sur les raisons d'être de cette prestation compensatoire. Au final, le régime retenu par la loi ou la jurisprudence et les qualifications doctrinales retenues ne fournissent pas d'informations pour analyser les justifications de la prestation compensatoire. On notera également, pour éviter toute confusion, que ces mêmes vocables sont être utilisés dans un tout autre sens, à l'occasion de l'analyse des justifications de la prestation compensatoire.

Les causes de la «disparité dans les conditions de vie» ou les «choix» des époux pendant le mariage

Selon le Code civil, la prestation compensatoire doit « compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ». Mais toutes les disparités justifient-elles une compensation ? En d'autres termes, existe-t-il des disparités constatées au moment du divorce qui ne seraient pas « légitimes » ? Dès lors que la rupture entraîne une disparité, peut-on considérer que cette disparité est due à autre chose que la seule rupture et qu'une demande de prestation compensatoire devrait donc être écartée ?

La question de la légitimité de la disparité conduit à des débats sur les choix faits par le couple, que ce soit en matière de régime matrimonial et sur les choix de vie pendant le mariage.

Concernant le régime matrimonial, des débats récurrents portent sur l'articulation entre le montant de la prestation compensatoire et les effets patrimoniaux de la liquidation du régime matrimonial. Les textes énoncent qu'il doit être tenu compte du patrimoine estimé et prévisible des époux après la liquidation du régime matrimonial. Parallèlement, la jurisprudence précise que la prestation compensatoire ne doit pas compenser les effets du régime matrimonial, en particulier lorsqu'un régime séparatiste avait été choisi. Certains auteurs critiquent le choix fait par la Cour de cassation de dissocier les deux et affirment que si la prestation compensatoire ne doit pas annuler les effets du régime matrimonial, elle doit tout de même les rééquilibrer.

Concernant les choix de vie des époux effectués pendant la vie commune, la doctrine milite assez majoritairement pour considérer qu'ils doivent être pris en compte et peuvent justifier une diminution des montants de la prestation compensatoire. On constate une rupture entre les auteurs et la Cour de cassation sur ce point. En effet, la Cour de cassation, le 18 mai 2011, dans un arrêt de principe, a retenu que la cause de la disparité n'était pas un critère légal de décision : il convient de se fonder sur le constat objectif de la disparité des niveaux de vie au moment de la rupture. Des arrêts ultérieurs ont confirmé cette position, sans convaincre les auteurs.

La résistance de la doctrine à cette jurisprudence peut être illustrée par l'accueil fait à deux arrêts successifs de la cour de cassation. Dans le premier (24 septembre 2014), la Cour énonce que

la disparité, en l'espèce, n'est pas liée au divorce mais qu'elle lui est bien antérieure, les intérêts pécuniaires des époux étaient séparés depuis des années (séparation de fait depuis des années avec un régime de séparation de biens établi). Il n'y a donc pas lieu à prestation compensatoire. Alors qu'il s'agit seulement de tirer les conséquences du fait que la disparité n'est pas liée au divorce, puisque le divorce ne créait pas de disparité dans les conditions de vie respectives des époux, cette décision est parfois présentée comme un grand retour de la causalité. Dans le second (8 octobre 2014), la Cour annule la décision d'appel qui baisse le montant de la prestation compensatoire allouée à une femme au motif que, bien qu'ayant sacrifié sa carrière professionnelle, elle l'a fait dans l'intérêt de sa famille et d'un commun accord avec son conjoint. Pour la Cour de cassation, ce motif est inopérant dans la mesure où, pour fixer la prestation compensatoire, il ne doit pas être tenu compte de la cause de la disparité. La décision étant explicite, les auteurs ont souvent préféré commenter l'arrêt annulé de la Cour d'appel, qui utilise la causalité de la disparité pour écarter la prestation, lui donnant ainsi un écho important alors même qu'il venait d'être annulé. Cette rupture perdure et des Cours d'appel, appuyées par la doctrine, refusent toujours d'adopter la position objective de la Cour de cassation.

Le rôle donné au choix, parfois qualifié de choix personnel, parfois qualifié de choix commun, est fondamental : il permet de considérer que l'investissement domestique dans la famille peut être compensé, parce qu'il crée une disparité au moment de la séparation, ou ne peut pas être compensé, parce qu'il résulte d'un choix qui doit être assumé non pas par les deux époux mais par celui d'entre eux qui a assumé cet investissement, gé-

néralement l'épouse. Ce débat est donc essentiel. Pour l'éclairer, sans doute serait-il intéressant de faire une analyse genrée des arguments mobilisés (homme ou femme) et des moyens retenus par les magistrats (homme ou femme).

Les débats suscités par l'interprétation du droit positif montrent les incertitudes qui planent sur les fonctions assurée ou susceptibles d'être assurées par la prestation compensatoire et soulèvent, bien que de façon implicite, la question des justifications de cette prestation. A partir de ces éléments, mais aussi de la confrontation avec des droits étrangers et avec des approches économiques, il est possible de proposer des justifications explicites de la prestation compensatoire.

Proposer des justifications de la prestation compensatoire ?

Les analyses conduites permettent de dégager trois modèles de prestation compensatoire et incitent à revisiter la prestation compensatoire à partir des questions qu'ils soulèvent.

Trois modèles prestation compensatoire

Trois modèles possibles se dégagent, qui fournissent trois perceptions possibles de la disparité : une logique alimentaire, une logique compensatoire ou une logique indemnitaire.

Le modèle de type alimentaire se fonde sur la situation de besoins. L'outil de mesure de la prestation compensatoire se trouve alors dans l'évaluation des besoins de l'un et de la capacité contributive de l'autre. On est dans cette hypothèse dans une conception traditionnelle du mariage qui imposerait la continuité, après le divorce, d'une solidarité issue des droits et obligations du mariage.

Cette conception est supposée avoir disparue en 1975 mais elle persiste et suit une certaine logique. Elle permet encore de justifier le fait de réserver la prestation compensatoire aux époux, les obligations alimentaires légales étant pour l'heure réservées aux personnes liées par un lien de famille au sens du droit civil.

Le modèle de type compensatoire ne trouve pas sa source dans les besoins. Il se fonde sur l'élément objectif de la disparité des niveaux de vie. L'outil de mesure se trouve alors dans la volonté de continuation du niveau de vie acquis lors du mariage. Le mariage a été créateur de droits et obligations, la prestation compensatoire est vue comme une solution de continuité, au moins transitoire (cf. le délai de 8 ans fixé par l'article 275 C. civ.). Quant aux concubins, l'absence de droits et obligations entre eux du vivant de leur couple se perpétue après leur séparation.

Le modèle de type indemnitaire se fonde sur le préjudice économique subi. Un des conjoints s'est investi dans les activités domestiques, il a corrélativement perdu sa capacité de gain sur le marché du travail. Par conséquent, il a droit à une compensation pour cette perte. L'outil de mesure est alors la perte de gains. Il ne s'agit plus de se focaliser sur les droits et obligations du mariage, pour verser la prestation compensatoire, mais d'analyser l'indépendance économique des membres du couple, leur activité professionnelle..., c'est-à-dire d'observer l'organisation du couple durant la vie commune.

Ces trois modèles de raisonnement incitent à revisiter la prestation compensatoire à partir des questions qu'elles soulèvent.

Revisiter la prestation compensatoire ?

A partir de ces trois modèles, il est possible de revisiter la prestation compensatoire et trois questions principales s'imposent.

Pourquoi imposer une solidarité aux seuls époux débiteurs ? Bien souvent, c'est la femme qui se retire du marché du travail ou limite ses ambitions personnelles pour se consacrer à la vie familiale. Ainsi les choix effectués, personnels ou communs, sont commandés par l'organisation sociale et culturelle de notre société qui agit comme une contrainte invisible. Dès lors s'il existe une inégalité des genres, inscrite dans le fonctionnement social, pourquoi est-ce alors à l'époux d'en assumer seul le poids ? Une solidarité élargie ne devrait-elle pas être mobilisée ? C'est le cas, au moins sur le principe : la protection sociale protège le parent qui a arrêté sa vie professionnelle pour se consacrer aux enfants en lui accordant des droits spécifiques en matière de retraite.

Pourquoi réserver une solidarité aux seuls époux séparés ? Si l'on raisonne sur l'inégalité des genres et l'investissement différencié dans la sphère domestique, alors pourquoi ne pas étendre le dispositif à d'autres types d'union. En France, la Cour de cassation est hostile à l'extension de la solidarité aux concubins et précise que, pour fixer la prestation compensatoire, les juges ne doivent pas tenir compte du concubinage antérieur au mariage. La question est posée dans d'autres cercles et le Haut Conseil de la Famille et France stratégie (Commissariat général à la stratégie et à la prospective placé auprès du Premier ministre) mènent une réflexion sur ce point. On sait par ailleurs que d'autres États, notamment le Québec assimile déjà les termes « époux » et « concubins », en parlant de conjoints (conjoint de droit/ conjoints de fait) et que nombre de législations soumettent les concubins aux mêmes droits et obligations que les époux.

Comment calculer la prestation compensatoire ? En France, ont été recensées onze méthodes de calcul différentes. Certaines se fondent sur le devoir de secours, d'autres sur la disparité de revenus ou encore sur la disparité de la capacité d'épargne... Il règne ainsi un grand flou autour de la question, lié selon nous à l'absence de justification(s) claire(s) de la prestation compensatoire. Tant qu'il n'y aura pas de réflexion d'ensemble sur les raisons d'être de la prestation compensatoire, c'est-à-dire pourquoi la verser ? A quoi sert-elle ? Il ne sera pas possible de réfléchir convenablement sur la ou les méthodes à privilégier pour la calculer. En effet pour établir une méthode de calcul, il faut d'abord savoir ce que l'on cherche à calculer.

En 1975, la prestation compensatoire était une avancée considérable. Aujourd'hui, elle mériterait sans doute d'être repensée.

DES COMPTES À RÉGLER EN RAISON DES CONSÉQUENCES ÉCONOMIQUES DE LA RUPTURE

Cécile Bourreau-Dubois

Professeur de sciences économiques | BETA, Université de Lorraine

Il s'agit d'aborder le règlement des comptes à l'aune de données économiques et de constater les effets sur les niveaux de vie des individus qui subissent une rupture.

Pendant la vie commune, le niveau de vie des époux est considéré comme équivalent. Au moment de la rupture, en principe, le niveau de vie du couple baisse un temps, puis revient progressivement au niveau de vie antérieure, voire le dépasse. Les facteurs permettant d'augmenter son niveau de vie sont une modification du travail (reprise d'activité, augmentation du nombre heures, changement de travail...) ou bien un changement de situation personnelle (remise en couple...). Cependant, il arrive que l'un des ex-époux voit, au moment de la rupture, son niveau de vie augmenter, tandis que le second voit son niveau de vie baisser corrélativement. Il se stabilise alors à la baisse ou augmente de nouveau progressivement avec le temps.

Il existe une variation du niveau de vie inégalement répartie entre les femmes et les hommes, suite à une rupture. Cette variation inégale s'explique en partie par les choix domestiques et parentaux réalisés durant la vie commune. La situation n'est pas si dramatique si la baisse n'est que temporaire et qu'à plus long terme les disparités s'estompent et que le niveau de vie se restaure. Cependant il arrive que les choix résultant de la vie commune aient des effets durables.

Les raisons de la variation du niveau de vie suite à une rupture : généralités

Afin d'observer la variation du niveau de vie, encore faut-il savoir comment le mesurer. Contrairement à l'idée communément admise, le niveau de vie ne dépend pas seulement des revenus. Il prend en compte d'autres données, notamment la taille du ménage et donc les besoins en résultant. L'expression économique correspondant à ce mécanisme est celle de « revenus ajustés ».

Il est important de préciser que les besoins ne sont pas complètement proportionnels au nombre d'individus composant le foyer. En effet, la vie à plusieurs entraîne un partage des dépenses et donc permet de réaliser des économies d'échelle (Ex : logement, biens d'équipements...).

Par conséquent, les dépenses d'un couple ne sont pas le double des dépenses de deux individus vivant séparément. De même les dépenses d'un couple avec un enfant ne correspondent pas au triple des dépenses d'un individu.

Calcul du niveau de vie

Le niveau de vie est égal aux revenus du couple (R_c) divisé par le nombre d'unités de consommation (uc).

Partant du principe qu'un adulte représente 1 unité de consommation et qu'un adulte supplémentaire représente 0,5 unité de consommation. Un couple constitue donc 1,5 unité de consumma-

111

tion. De plus, un enfant âgé de moins de 14 ans représente 0,3 unité de consommation.

Ainsi, le niveau de vie d'un couple (ndv_c) peut être résumé par la formule suivante : $Ndv_c = R_c/1,5$.

Lorsque le couple se sépare, le nombre d'unités de consommation augmente, on est en présence de 2 uc distinctes, tandis que le revenu des deux individus reste le même. Par conséquent, la rupture entraîne inévitablement une perte de niveau de vie, du fait de la réduction des économies d'échelle. La principale perte d'économie d'échelle concerne le logement, chaque individu ayant dorénavant un logement à sa charge.

La perte de niveau de vie est inégalement répartie dans deux cas, qui peuvent se cumuler : d'une part si les conjoints ne percevaient pas le même montant de revenus, d'autre part, si le temps de résidence des enfants après le divorce est inégalement réparti.

Impact de la répartition des revenus entre les conjoints

Ex : Soit R_i et R_j les revenus respectifs des individus « i » et « j » avec $R_i = R_j = 5000€$ alors :

$$ndv_c = 10000/1,5 = 6667€$$

$ndv_{id} = 5000/1 = 5000€$ (-25%) avec ndv_{id} : niveau de vie individu « i »

$ndv_{jd} = 5000/1 = 5000€$ (-25%) avec ndv_{jd} : niveau de vie individu « j »

En cas d'égalité de revenus entre conjoints, le niveau de vie individuel, après rupture, est en baisse mais de façon équivalente pour chaque conjoint.

Ex : Soit $R_i = 2000€$ et $R_j = 8000€$ alors :

$$ndv_c = 10000/1,5 = 6667€$$

$$ndv_{id} = 2000/1 = 2000€$$
 (-70%)

$$ndv_{jd} = 8000/1 = 8000€$$
 (+20%)

Si l'on est en présence d'une inégalité de revenus entre conjoints, la variation du niveau de vie individuel après rupture ne sera pas répartie de façon égalitaire. Celui qui a le plus faible revenu voit son niveau de vie chuter tandis que celui qui a le revenu le plus élevé voit son niveau de vie augmenter.

Impact de la répartition du temps de résidence des enfants

En présence d'un enfant (ici de moins de 14 ans), la situation évolue différemment. Comme vu précédemment, le nombre d'unités de consommation lorsque le couple est uni est alors de 1,8.

$$ndv_c = 10000/1,8 = 5555€$$

Si le couple se sépare, que $R_i = R_j = 5000€$ et que l'enfant vit principalement chez « i » alors :

$$ndv_{id} = 5000/1,3 = 3846€$$
 (-30%)

$$ndv_{jd} = 5000/1 = 5000€$$
 (-10%)

On constate une perte de niveau de vie pour les deux conjoints en cas d'égalité de revenus, mais elle est plus importante pour celui chez qui vit l'enfant.

Si le couple se sépare que $R_i = 2000€$ et $R_j = 8000€$ et que l'enfant vit principalement chez « i » alors :

$$ndv_{id} = 2000/1,3 = 1538€$$
 (-72%)

$$ndv_{jd} = 8000/1 = 8000€$$
 (+44%)

En présence d'un enfant et d'une inégalité de revenus entre conjoints, alors la situation économique de l'ex-conjoint ayant les revenus les plus faibles sera d'autant plus impactée si l'enfant réside chez lui. Corrélativement, l'ex-conjoint le plus riche et n'ayant pas l'enfant à son domicile verra une forte augmentation de son niveau de vie.

Il a été observé que bien souvent l'individu qui possède les revenus les plus faibles est la femme.

Par conséquent, on peut donc en conclure qu'il existe une asymétrie genrée concernant la répartition de la perte des revenus, suite au divorce.

Une variation du niveau de vie inégalement partagée entre les femmes et les hommes : chiffres clés

Les éléments chiffrés exposés ci-dessous se fondent sur des travaux réalisés par des membres de l'équipe COMPRES : Carole Bonnet, Anne Solaz et Bertrand Garbinti. Jusqu'à présent, nous n'avions pas de données complètes sur le sujet. Les échantillons étaient relativement étroits et par conséquent peu représentatifs. Les recherches effectuées par ces économistes ont permis d'apporter des éléments concernant l'impact d'une séparation sur les ex-conjoints. Les données utilisées sont d'ordre fiscal et sont exhaustives, elles concernent uniquement la France. Les résultats qui en sont issus peuvent être qualifiés de majeurs pour améliorer les connaissances que l'on a des répercussions économiques du divorce.

Les revenus étudiés ici sont les revenus individuels des personnes sans tenir compte des prestations sociales, ni des impôts. Ce sont donc uniquement les revenus d'activité et de remplacement qui sont pris en compte et avant redistribution.

Le champ d'étude de référence est le suivant : personnes âgées de 20 à 55 ans, mariées ou pacsées, qui se sont séparées en 2009 et sans conjoint cohabitant en 2010.

Impact de la contribution aux revenus du couple et de la présence d'un enfant

Ces travaux montrent qu'en moyenne, les hommes voient leur niveau de vie augmenter de 24% dans l'année qui suit la séparation, tandis que les femmes perdent en moyennes 35% de leur ni-

veau de vie au cours de cette même période

Les raisons à ce phénomène sont doubles : d'une part en moyenne les hommes ont des revenus d'activité plus importants que ceux des femmes et d'autre part ces dernières ont plus souvent la garde des enfants.

Pour les couples âgés de 20 à 59 ans, quel que soit leur statut (mariés, non mariés) il convient de noter que l'homme contribue aux revenus du couple pour 2/3 (chiffres en 2011).

Lorsque l'on s'attache à observer la population qui s'est séparée en 2009 (20-55 ans), dans plus de 50% des cas, la contribution de l'homme aux revenus du couple dépasse 60%. Dans 1/3 des cas, elle se situe entre 40 et 60%.

Par conséquent, comme vu précédemment, les revenus étant inégalement partagés entre l'homme et la femme, l'impact économique de la séparation ne sera pas le même.

Dans les couples où l'homme apportait plus de 60% des revenus, alors son niveau de vie à la séparation va augmenter en moyenne de 50%. Dans le même temps, le niveau de vie de la femme va baisser en moyenne de 54%. La dégradation importante du niveau de vie des femmes est liée notamment du fait que dans 2/3 des cas l'enfant, est en résidence principale à leur domicile.

Les éléments chiffrés développés ci-dessus témoignent de l'impact des choix professionnels faits durant la vie commune.

Impact des choix faits durant la vie commune

Il s'agit de s'interroger sur les choix faits pendant la vie de couple et qui ont un impact sur le niveau de vie à la séparation. Plusieurs indicateurs montrent la façon dont les membres du couple ajustent leur offre de travail suite à l'arrivée d'un

enfant dans le foyer. Si l'on observe l'année qui suit la naissance de l'enfant, environ 50% des femmes modifient leur offre de travail : soit elles réduisent leur offre de travail, soit elles sortent complètement du marché du travail. En revanche seulement 20% des hommes le font et seulement 5% d'entre eux attribuent cette évolution à l'arrivée de l'enfant. Les femmes optent pour un travail à temps partiel dans 34% des cas, alors que seulement 4% des hommes font ce choix.

Par conséquent les femmes ajustent énormément leur offre de travail avec l'arrivée d'un enfant, ce qui n'est pas le cas des hommes. Ces choix sont coûteux à court terme, mais, ils le sont aussi à long terme, car cela génère une perte de capital humain marchand.

Spécialisation parentale et domestique : des freins à la restauration du niveau de vie

Le capital humain marchand peut être observé en regardant le taux de salaire horaire de l'individu. Plus celui-ci est élevé, plus le capital humain marchand l'est.

La perte de capital humain marchand peut résulter soit de la réduction de son accumulation soit de sa dépréciation. Des études menées pour mesurer l'écart salarial (« wage gap ») montrent que la carrière professionnelle est impactée et trois observations peuvent être notées au moment du retour sur le marché du travail : le salaire est plus faible, le temps de travail est amoindri, la progression professionnelle est plus limitée. L'ensemble de ces considérations peuvent se combiner ou se cumuler.

Par conséquent, on peut en déduire que ce n'est pas l'arrivée d'un enfant qui est la cause directe et déterminante de la baisse du niveau de vie. Mais elle résulte de la perte de capital humain mar-

chand issue d'une baisse d'activité professionnelle pour s'en occuper.

De plus, ralentir son activité professionnelle entraîne aussi des répercussions sur les droits à la retraite. D'une part le nombre de trimestres est moindre et d'autre part la rémunération est plus faible. La protection sociale actuelle permet de compenser la perte des trimestres mais pas celle due à une perte de rémunération et à une carrière professionnelle moindre.

Par conséquent, les droits à la retraite et donc des revenus à long terme sont impactés.

Conclusion

Il existe des comptes à régler du fait des conséquences économiques induites par la rupture. Les disparités observées résultent pour une part non négligeable de décisions prises par le couple, en amont de la séparation. La spécialisation des conjoints entre le travail domestique et le travail marchand, décision prise, a priori, de façon collective durant l'union, est indolore tant que la séparation n'a pas lieu. La répercussion sur le niveau de vie est très coûteuse lors de la séparation à court terme, mais aussi à long terme.

Ces résultats peuvent constituer un fondement économique empirique justifiant le versement d'une prestation compensatoire au bénéfice du conjoint s'étant spécialisé dans le travail domestique.

Cette division du travail et les conséquences qu'elle implique, suscite une interrogation. L'inégale variation du niveau de vie issue de la rupture doit-elle faire l'objet d'un règlement privé ou doit-elle être réglée de façon collective, c'est-à-dire en dépassant le cadre des individus ?

DES COMPTES A RÉGLER EN RAISON DES LIENS FAMILIAUX ROMPUS

Robert Leckey

Faculté de Droit, Université McGill (Québec) | Doyen, Titulaire de la Chaire Samuel Gale

Lorsque l'on souhaite aborder la notion de règlement des comptes au moment du divorce, une question fondamentale s'impose : « est-ce qu'il y a des comptes à régler ? ». Répondre par l'affirmative à cette question, c'est déjà présumer beaucoup de choses. Les raisons du règlement des comptes au moment du divorce seront abordées dans ce texte, en plus de certains des moyens mis en œuvre afin d'y parvenir.

Dresser les frontières d'un sujet permet de mieux comprendre ce qui appartient au contenu de celui-ci et ce qui en est exclu. Ainsi, le débat « conjoints de fait » (autrefois appelés concubins) / « époux » nous éclaire sur la notion de « mariage ». Il met en lumière certaines présomptions et souligne les approches qui risquent d'être adoptées.

S'agissant de la qualification du mariage et de l'union libre, la proposition faite est de favoriser un plaidoyer en faveur du pluralisme. Il semble impossible d'aboutir à une seule qualification qui tienne compte de tous les paramètres existants, dont la diversité familiale fait notamment partie. Ainsi, partir du postulat qu'il existe plusieurs façons de voir le couple est indispensable, puisque la recherche absolue de cohérence ne permet pas de rendre compte de la diversité en la matière. Si les civilistes ont tendance à rechercher en permanence une cohérence, une « idée maîtresse », c'est-à-dire une idée unique, ce n'est pas le cas des common lawyers, plus à l'aise avec une di-

versité des approches, voire avec la possibilité de faire émerger des incohérences.

Dans le contexte québéco-canadien, la notion de « conjoints » regroupe les époux et les conjoints de fait. De plus, d'un point de vue lexical, le terme « choix » à une importance fondamentale. Lorsque le législateur français parle de « choix » faits pendant le mariage, il implique des notions telles que la responsabilité individuelle et la prise de décisions collectives. Il me semble toutefois que la notion de « comportements » pendant l'union serait une notion aux contours plus neutres. En d'autres termes, le recours à la notion de « choix » est très libéral.

Pour aborder les raisons du règlement des comptes au Québec, quatre aspects seront successivement développés : le contexte social et démographique ; la multiplicité des discours et des approches à l'égard du couple, notamment via l'explicitation d'un jugement constitutionnel qui a divisé les juges de la Cour suprême ; l'approche prônée par le Comité de réforme mandaté par le Ministère de la Justice et, enfin, l'approche que je privilégie dans ce domaine.

Le contexte social et démographique au Québec

Le mariage est en déclin au Québec. Selon le dernier recensement, plus d'un tiers des couples

vivent en union libre. Si l'on soustrait les couples les plus âgés, la tendance s'accroît et elle progresse encore davantage si l'on fait de même avec les anglophones et les immigrants. Le taux de mariage est par conséquent très faible. Certaines régions voient même leur taux d'unions libres frôler les 90 %. Les Québécois sont ainsi « les champions mondiaux de l'union libre ».

Il convient de s'interroger sur l'origine d'un tel constat, d'une part, en termes sociologiques et, d'autre part, en termes juridiques.

D'un point de vue sociologique, certains l'attribuent au rejet de l'Eglise. Le Québec s'est en quelque sorte affranchi du joug de l'Eglise Catholique durant les années 60, ce qui expliquerait la baisse subséquente du nombre de mariages. Pour d'autres, ce n'est pas la seule explication possible du phénomène. Quelle que soit l'hypothèse adoptée, il est indéniable que le mariage, ou plutôt l'absence de mariage, n'est pas uniquement due à des considérations religieuses. En effet, il est tout à fait possible de se marier uniquement par le biais d'une célébration civile. Ainsi, les sociologues n'en sont pas arrivés à un consensus sur cette question.

D'un point de vue juridique, le mariage est réglementé de façon assez lourde afin de protéger les femmes. Dans le cas des unions traditionnelles, le législateur a prévu un régime primaire obligatoire assez contraignant, celui du « patrimoine familial ». Il se rapporte aussi bien au logement, aux voitures, aux meubles meublants qu'aux contributions relatives aux fonds de pension et régimes de retraites. La valeur de ces biens doit être partagée après la rupture et les époux ne peuvent y déroger par voie contractuelle, sauf au moment de la séparation. Pour les époux de revenus et de patrimoines moyens, le régime primaire obligatoire réduit largement, donc, l'envergure potentielle

du contrat de mariage. Somme toute, le mariage est très protecteur, mais est laissé de côté par une frange importante de la population. Quant à l'union de fait, celle-ci n'entraîne aucun droit ou obligation entre les conjoints. Le législateur a laissé à ces derniers le soin de se protéger par le biais du contrat de vie commune et d'autres instruments de droit commun. Dans toutes les autres provinces canadiennes, régies par la common law, l'obligation alimentaire à l'égard du conjoint de fait est un mécanisme reconnu. Dans plusieurs d'entre elles, cette situation factuelle a été entièrement assimilée à celle rattachée à l'état d'époux. Ainsi le partage des biens s'impose à la rupture.

Après un bref aperçu du contexte sociodémographique, il s'avère que le Québec se distingue des autres provinces dans ce domaine. Ses spécificités ont entraîné une multiplicité des discours à l'égard des couples.

La multiplicité des discours

Le 25 janvier 2013, la Cour suprême du Canada a tranché l'affaire constitutionnelle *Québec (Procureur général) c A*. Elle est ainsi dénommée parce qu'au Québec, les parties en litiges familiaux ne sont pas identifiées par leurs noms. Les médias ont par conséquent attribués les noms d'« Éric » et de « Lola » aux parties. Cette affaire a pour origine une contestation à l'égard de tous les régimes matrimoniaux du Québec. Elle a été fortement médiatisée en raison de la fortune détenue par l'homme et des enjeux économiques qui y étaient par conséquent soulevés. Elle a révélé de profondes discordances entre les points de vue exprimés par les juges.

Les faits sont les suivants : une femme a vécu en union libre avec un homme richissime. Étant

donné que les parties ne se sont jamais mariées, la femme ne pouvait prétendre aux droits relatifs au régime économique du mariage après la rupture. Elle décide par conséquent d'estimer en justice, invoquant la discrimination non seulement à son égard, mais aussi à l'égard de l'ensemble des personnes vivant en union libre.

Pour fonder sa réclamation, la plaignante pouvait s'appuyer sur une jurisprudence antérieure de la Cour suprême du Canada développée à partir de la Charte canadienne des droits et libertés. La Cour y avait clairement affirmé que le droit à l'égalité rend illégal la discrimination fondée sur l'état matrimonial (mariage ou union libre).

La femme avait obtenu, pour les enfants, des sommes assez faramineuses. De manière générale, l'opinion publique ne comprenait donc pas pourquoi elle intentait un procès alors que sa sécurité financière semblait assurée. Cependant, il ne faut pas oublier que ces sommes ne lui étaient pas destinées, elle ne pouvait les investir ni les conserver pour son usage personnel. En son propre nom, pratiquement rien ne lui avait été alloué.

La Cour suprême du Canada confirme dans cette affaire que l'approche québécoise des couples est constitutionnelle et que la Charte des droits et libertés accorde au législateur la latitude nécessaire afin de faire une distinction significative entre la manière dont il traite les époux et les conjoints de fait. L'intérêt de ce jugement réside, pour nos fins, dans la façon dont les juges ont abordé la question. Quoique le statut quo en ressorte réaffirmé, quatre opinions distinctes et tout autant d'approches différentes peuvent y être décelées.

D'un extrême à l'autre : une nette opposition entre les juges

Le discours libéral classique en droit est adopté par une partie des juges. Il consiste à mettre en avant l'autonomie de la volonté, le choix et le mariage comme contrat. En ce sens, il n'est pas discriminatoire de traiter différemment des couples unis de façon différente. Il serait inapproprié d'attribuer des droits et des obligations aux conjoints de fait puisque ceux-ci n'ont pas manifesté leur consentement à cet égard. D'ailleurs, il est présumé qu'ils ont fait le choix de ne pas se marier. Leur autonomie n'est pas remise en question et dans le contexte canadien, ils ne souffrent d'aucune stigmatisation. Ainsi, selon cette approche, les termes principaux sont *l'autonomie et le choix*.

Par opposition au discours libéral, certains juges ont souligné le grand désavantage subi par les couples en union libre par rapport aux époux, et la discrimination qui en découle nécessairement. Pour eux, certains conjoints sont vulnérables et ne peuvent pas faire un véritable choix. En effet, il peut arriver que l'un des membres du couple ait voulu se marier tandis que l'autre ait refusé. En quelque sorte, il n'est pas possible de présumer en toute circonstance de la liberté de choix. Les termes majeurs qui sont alors cités sont *la vulnérabilité et l'absence de choix*.

Entre ces deux positions extrêmes, deux opinions plus nuancées traitent de la problématique sous un angle différent.

Entre ces deux extrêmes : deux opinions plus nuancées

La position du juge en chef est celle selon laquelle il est discriminatoire de ne pas étendre le régime matrimonial aux conjoints de fait, mais que

la politique législative est justifiable pour autant. S'il est vrai que le conjoint de fait n'a pas nécessairement un choix véritable, il reste néanmoins légitime pour le législateur, dans une société libre et démocratique, de promouvoir une solution fondée sur le choix. Ainsi, ce raisonnement aboutit à la conclusion selon laquelle il n'y a pas de discrimination injustifiable.

Enfin, pour d'autres juges, la situation est discriminatoire, mais il demeure justifiable d'exclure les conjoints de fait de certains éléments du régime matrimonial. Ainsi, il est discriminatoire et injustifiable d'exclure le conjoint de fait de l'obligation alimentaire, puisque la raison d'être de cette dernière est la solidarité familiale. Pourquoi dès lors ne pas la reconnaître entre conjoints de fait ? Par contre, bien que discriminatoire, il est justifiable d'exclure les conjoints de fait du régime du partage des biens car ce dernier est fondé sur le choix initial de consentir au mariage.

Pour conclure sur ce jugement rendu par la Cour suprême du Canada, il existe plusieurs approches qui se situent parfois à deux extrêmes : le discours de *l'autonomie* se heurte alors à celui de la *vulnérabilité*. Ainsi, il existe différentes façons de comprendre le règlement des comptes et ces positions ne sont pas toujours conciliables. Le Ministère de la Justice du Québec a accueilli avec soulagement le jugement de la Cour suprême, qui confirme la constitutionnalité du régime matrimonial québécois, mais a toutefois voulu examiner la possibilité d'une réforme.

L'approche du Comité de réforme

Ainsi le Ministère de la Justice a confié à Alain ROY de l'Université Montréal la présidence du Comité consultatif sur le droit de la famille. À la

suite de ses travaux, le Comité a remis un rapport de 600 pages au Ministère. Il s'est doté de principes directeurs, puis a élaboré des recommandations. Ces dernières ont parfois essuyé de fortes critiques, mais n'en demeurent pas moins innovantes.

Les principes directeurs du Comité

S'agissant du couple avec enfant, le Comité s'est donné trois principes directeurs. Tout d'abord, l'enfant doit être au cœur des préoccupations. La proposition se suffit à elle-même tant elle paraît évidente. Ensuite, l'enfant doit être vu comme la source d'une responsabilité commune et d'une interdépendance. Tout l'intérêt de ce principe est de faire de l'enfant le déclencheur d'une interdépendance économique entre les adultes. Enfin, le couple doit être vu comme un espace d'autonomie, de volonté et de libertés contractuelles.

Notons que ce dernier principe directeur est le seul retenu pour les couples adultes sans enfant. Cette approche moniste peut apparaître décevante. De fait, il aurait été intéressant de travailler sur une approche pluraliste.

Les recommandations du Comité

S'agissant des conjoints de fait, le Comité recommande de laisser à peu près telle quelle la situation. L'espace de volonté contractuelle des conjoints de fait doit être maintenu : la liberté et l'autonomie de la volonté doivent être privilégiées. Le Comité propose cependant de modifier le processus par lequel un conjoint de fait réclamerait, après la rupture, un paiement de l'autre afin de corriger un enrichissement injustifié, en permettant aux conjoints de fait de recourir à un mécanisme instauré pour les époux.

S'agissant du mariage, domaine dans lequel le législateur avait limité la liberté contractuelle en vue de la protection des personnes vulnérables, des incohérences sont observées au regard du principe directeur prônant la liberté et l'autonomie de la volonté. Il est donc proposé d'apporter des modifications aux régimes du mariage. Si l'autonomie de la volonté et la liberté de choix sont pertinentes pour les couples en union libre, alors pourquoi ne le seraient-elles pas pour les couples mariés ?

Avec la liberté de choix au centre du raisonnement, les couples en union libre pourraient mettre en œuvre un « opting in », c'est-à-dire se doter d'un contrat de vie commune, tandis que les couples mariés pourraient choisir un « opting out », ce qui reviendrait à se soustraire à toute obligation matrimoniale. Cette proposition apparaît ainsi comme un changement radical.

Pour les couples, la véritable innovation proposée par le Comité est d'instaurer un régime obligatoire parental. Il s'agit de réglementer le régime des parents d'un enfant commun, quel que soit leur état matrimonial (mariés ou non, vivant ensemble ou non), et ainsi reconnaître des liens juridiques entre les parents dès lors que la filiation est établie à l'égard d'un tel enfant.

Dans l'hypothèse où les parents vivent ensemble et ont un enfant commun, trois mécanismes leur seraient applicables : une obligation de contribuer aux charges du ménage ; les protections de la résidence familiale ; et la possibilité de réclamer une indemnisation forfaitaire après la rupture pour celui ou celle qui a contribué à l'éducation de l'enfant de façon disproportionnée. Le principe posé est le suivant : si l'investissement parental a été égal, alors il n'y a pas d'indemnisation. Le Comité a pris soin de mentionner que cette indemnisation ne correspond ni à des aliments, ni à un partage

de biens. Ainsi, ce qui doit être reconnu, c'est le surinvestissement disproportionné. L'indemnisation n'est ni automatique, ni présumée en faveur de l'un des membres du couple. Dans le contexte du colloque, elle pourrait être qualifiée de « prestation compensatoire ».

Les recommandations du Comité se fondent clairement sur l'enfant et la responsabilité parentale à son égard. Elles n'ont pas été exemptes de critiques.

Des propositions critiquées

D'une part, les propositions du Comité ont soulevé plusieurs inquiétudes d'ordre général. Premièrement, si le législateur les adoptait, le mariage s'en trouverait affaibli, notamment dû à la possibilité d'utiliser l'« opting-out ». Pour certains, il ne faut pas évacuer toute protection d'ordre public du mariage. Deuxièmement, très peu est prévu pour l'union libre. Or, cette situation existe et elle est même de plus en plus fréquente au Québec, comme nous l'avons vu. Troisièmement, la « prestation compensatoire » après la rupture provoquerait beaucoup de litiges. Il n'existe pas encore de jurisprudence et certains craignent que cette innovation n'engendre de grandes difficultés, non seulement pour les juges, mais aussi pour les avocats représentant les parties.

D'autre part, le critère de l'enfant commun du couple semble trop étroit. En effet, si l'on part du principe que le mariage n'est plus l'indicateur unique d'interdépendance économique, il apparaît problématique de se fonder sur ce seul critère formel. Il existe une multitude de situations intermédiaires bien réelles, et pourtant encore aujourd'hui ignorées. Se concentrer uniquement sur l'enfant commun du couple, reconnu par les liens

de droit, semble beaucoup trop restrictif. On peut, par exemple, penser aux soins fournis à l'enfant du conjoint dans une famille recomposée ou encore aux sacrifices liés aux tentatives de procréation assistée sans que celles-ci n'aboutissent à la naissance d'un enfant. Ainsi, le Comité a évacué des problématiques qui pourtant présentent un intérêt concret non négligeable.

Ce qui ressort des travaux du Comité, c'est que celui-ci a recherché une cohérence à tout prix, avec un seul principe directeur pour les couples adultes (l'autonomie de la volonté), et cela, aux dépens de la complexité de la vie familiale de nos jours.

Approche personnelle

120

Au principe d'autonomie de la volonté du couple, conçu comme un espace de choix et de liberté, d'autres principes directeurs auraient pu être ajoutés, prenant en compte les couples qui se forment tant de façon officielle que de façon officieuse, ainsi que les interdépendances économiques qui s'y enracinent.

Les propositions pour une réforme gagneraient à être un peu plus équilibrées. Accepter le pluralisme et trouver des justifications à la prestation compensatoire sont des éléments essentiels, mais qui ne satisferont pas nécessairement les attentes visant à la cohérence. Il me semble qu'il est impossible, eu égard à la diversité des situations familiales contemporaines, de trouver un seul principe, une seule façon de concevoir les choses.

Dans l'affaire *Eric c Lola*, les juges qui ont séparé les éléments du régime matrimonial, au lieu de faire du tout ou rien (aucune discrimination / discrimination absolue), se sont engagés dans la bonne direction. La question est la suivante : Quels

éléments de la réglementation du mariage méritent d'être étendus à d'autres situations ? À titre d'exemple, la possibilité pourrait être offerte, en présence d'un enfant, de traiter la problématique du droit d'occuper le logement familial après la rupture, sans nécessairement l'aborder sous l'angle du partage des biens ou de l'obligation alimentaire. Il paraît souhaitable de séparer les éléments constitutifs du mariage de manière détachée, quitte à paraître peu romantique, mais tout cela dans un souci d'efficacité et de prise en compte du contexte contemporain.

Conclusion

L'exemple québéco-canadien nous montre plusieurs manières de concevoir le couple. Il existe un certain risque en privilégiant la cohérence, une seule solution ou un seul principe directeur. Le Comité de réforme québécois a fait des propositions il y a un an ; reste à savoir ce qu'il va en advenir. Alain Roy, président du Comité est par ailleurs inquiet à ce sujet, d'autant que douze mois plus tard, le Ministère de la Justice n'a toujours pas témoigné d'un suivi clair du rapport. Le fait qu'il n'y ait pas d'échéanciers ou d'étapes législatives programmées ne fait qu'accentuer le flou et les inquiétudes¹.

Il n'empêche que les enjeux politiques pour le gouvernement sont délicats. En effet, toucher les questions d'union libre entrainera, — quels que soient les choix législatifs — des gagnants et des perdants, sans que ceux-ci ne puissent être identifiés avec exactitude au préalable. Par exemple, il

¹ Au lendemain du colloque du 6 juin 2016, le gouvernement québécois a fait savoir qu'il ne donnerait pas suite au rapport d'Alain Roy. Cette abstention souligne sans doute le manque de consensus sur un sujet complexe, une réforme de cette envergure devant s'appuyer sur une volonté politique forte.

serait simpliste d'imaginer qu'une solution ou une autre favoriserait les femmes aux dépens des hommes, ou vice versa. C'est là toute la difficulté de la réforme. Ce contexte est très différent, par exemple, du cas des couples de même sexe, où les lobbys étaient clairement identifiés et où tant les gagnants que les perdants de la réforme l'étaient.

Le droit de la famille est en général complexe et il n'est pas évident pour le gouvernement de procéder à la réforme. Néanmoins, le régime actuel, au Québec et peut être aussi en France, ne cadre plus avec les diversités contemporaines et doit par conséquent être repensé.

LES ENJEUX DES TECHNIQUES DE RÈGLEMENT DES COMPTES DANS LES COUPLES SÉPARÉS

Yann Favier

Professeur de droit | CERCRIID, Université de Lyon

Lorsqu'il s'agit d'aborder le règlement des comptes dans les couples séparés, est mis en avant la technicité des règles qui concernent le partage des biens. Cet angle-là est primordial mais il est nécessaire de voir au-delà de ce travail de type notarial. En effet, les enjeux issus du règlement des comptes sont débattus et les intentions parfois discutables.

Le couple qui a partagé une vie commune est certes confronté à des questions affectives mais aussi et surtout à des questions d'ordre matériel. C'est au moment de la rupture qu'apparaissent par exemple des questions relatives au logement familial : qui va en bénéficier ? Sous quelles modalités ? Le postulat qui doit être mis en avant est le suivant : le matériel n'est pas l'accessoire de l'affectif. Bien au contraire, c'est le phénomène inverse qui se produit. La citation « il n'y a pas d'amour, il n'y a que des preuves d'amour » trouve un écho tout particulier en matière de partage des biens. En effet, les preuves là sont bien tangibles, elles sont inscrites dans les objets et dans la matérialité du quotidien. En d'autres termes, quand il s'agit d'aborder la séparation du couple, la tendance est à écarter la matérialité, à la railler même parfois, or elle est tout sauf dérisoire.

Lorsque l'on parle de régler les comptes, il s'agit de le faire autant au propre qu'au figuré. Cependant il existe un décalage entre les deux. Evoquer les enjeux de la séparation, c'est littéralement

regarder ce qui est mis en jeu, ce qui est risqué en pareille hypothèse.

Un constat peut être dressé : les techniques de règlement des comptes ne sont pas clairement définies. Des professionnels tels que des notaires ou encore des avocats jouent un rôle essentiel, ce qui rend la situation opaque pour l'observateur. Il est difficile de savoir réellement ce qui est abordé et quels moyens sont utilisés. Il règne un certain flou. S'agissant de la prestation compensatoire, il existe un contentieux important qui fournit des renseignements nombreux. Au contraire, le contentieux relatif au partage des biens est marginal et n'intervient que sur des points très précis. Il est par conséquent difficile d'en tirer des enseignements. De plus, dans l'immense majorité des cas, le partage des biens intervient sous la forme de conventions, dans le secret des études de notaires ou dans les cabinets d'avocats. Ainsi, le défaut d'information sur ce qui se passe, fait que la question apparaît seulement comme technique et semble n'intéresser que les spécialistes des liquidations. Or elle intéresse tout le monde. L'enjeu d'une séparation, outre la question des enfants, est la question matérielle.

Il ne convient pas ici d'aborder, de façon très précise, les techniques de partage mais de montrer ce qu'elles révèlent. Trois questions peuvent être abordées concernant les enjeux des techniques de règlement des comptes entre époux : de quoi parle-t-on ? Quelles sont les fonctions des

règles en place ? Quelles sont les productions issues de ces techniques ?

Les techniques de liquidation des biens

S'agissant des techniques de liquidation des biens, l'approche intuitive consiste à considérer que ce qui faisait un, fait deux. Or de toute évidence tout n'est pas immédiatement divisible. En ce sens on peut penser au logement familial, aux dettes... Ces éléments ne peuvent pas faire l'objet d'une approche purement comptable. Ainsi, l'approche intuitive ne correspond pas à l'approche juridique. En effet, il existe une sorte de « transmutation des biens ». Ils vont presque changer de nature et les droits qui leur sont attachés également. Les techniques de liquidation permettent de mettre en œuvre la répartition des biens et des dettes. Elles sont régies par tout un corpus de règles qui mêlent droit du régime matrimonial, droit des obligations et droit des biens. Il faut rappeler que la liquidation des biens ne concerne pas seulement les personnes mariées. Elle s'applique, au-delà, à tous les couples.

La liquidation des biens fait intervenir trois mécanismes et autant de techniques pour les gérer : la propriété des biens, les flux financiers ou le passif du couple. Dans tous les cas, la liquidation se fait par convention et des observations peuvent être faites s'agissant des conventions établies à cette occasion.

La première technique qui peut être évoquée est celle relative à la propriété. Il s'agit de savoir à qui appartient le bien. Ce dernier peut être qualifié de commun, de propre ou d'indivis. Une fois la qualification déterminée, sa liquidation suit les règles propres à chaque régime.

La deuxième technique est relative aux flux financiers. Elle concerne l'étude des échanges économiques qui ont eu lieu entre les membres du couple. Elle est plus complexe. En effet, il s'agit par exemple, de savoir si et à quel titre une personne ayant financé la rénovation d'une maison héritée par son conjoint peut être « indemnisée » de cette participation ?

La troisième technique est relative au passif du couple, c'est-à-dire l'ensemble des emprunts et des dettes contractées par le couple et qui pèsent sur leur patrimoine. Il convient de déterminer si ces éléments sont à la charge de l'un, de l'autre ou bien des deux membres du couple.

D'un point de vue purement formel, la liquidation se fait par convention. Plusieurs observations s'imposent.

Tout d'abord, la liquidation est très dépendante du statut conjugal et prend peu en considération, ou alors de façon très marginale, des notions telles que la situation économique, la vulnérabilité sociale, la justice ou l'équité.

Ensuite, il règne une interdépendance entre les corpus de règles, puisque le règlement des intérêts patrimoniaux est global. En ce sens, il peut être nécessaire de travailler sur la contribution aux charges du mariage pour justifier des flux financiers.

Enfin, la liquidation bénéficie en principe d'un raisonnement autonome. Elle se distingue notamment de la prestation compensatoire, obligation légale à propos de laquelle on peut s'interroger sur le caractère indemnitaire ou alimentaire. Cependant, cette autonomie est relative : l'ensemble de ces questions arrivent conjointement. Il existe alors des difficultés pour identifier ce qui relève de la liquidation des biens de ce qui n'en relève pas, c'est-à-dire tout le reste.

Par exemple, à la liquidation des biens s'ajou-

te la question de la prestation compensatoire, qui arrive également au moment du partage des biens. En pratique, la prestation compensatoire peut être résolue par le paiement de soultes, dans le but de garder un bien et réalisée au titre de la liquidation.

L'interdépendance et la globalité des solutions sont favorisées par le caractère conventionnel de la liquidation et du partage. Etablir des règles est une chose, en déterminer les fonctions en est une autre.

Les fonctions des règles de liquidation

Les règles de liquidation établies se fixent pour objectif de fournir une base de règlement des intérêts patrimoniaux la plus neutre et transparente possible, qui soit juste et équitable, tout en étant cohérente. Or il est indéniable que cet idéal n'est pas atteint en toutes circonstances, d'autant que ces règles diffèrent selon le statut du couple.

Concernant la neutralité et la transparence, elles apparaissent comme des notions contestables. En effet, il est possible de tirer parti des règles de la liquidation et du partage. Leur souplesse est plus grande qu'elle n'y paraît. Tout d'abord, la façon de calculer les flux financiers relève du domaine conventionnel et non de l'ordre public, c'est le cas par exemple des récompenses dans le régime de la communauté. Ensuite, les règles du Code civil peuvent elles aussi faire l'objet de conventions, notamment s'agissant de la qualification du bien (propre ou commun). De plus, les reconnaissances de dettes entre époux ne sont pas forcément visibles. Elles existent, mais n'apparaîtront qu'a posteriori pour justifier des flux financiers dans les patrimoines respectifs. Cette justification a posteriori pose problème, dans la mesure ce mécanisme passe inaperçu tant qu'une fraude au droit du fisc ou aux

droits des créanciers n'est pas identifiée. Ainsi, la négociation par le biais des conventions ne permet pas d'atteindre à coup sûr l'idéal de transparence. Ce phénomène est largement favorisé par la loi. De plus, la jurisprudence sur la contribution aux charges du mariage montre des tâtonnements. En théorie, elle n'est pas applicable aux concubins mais en réalité elle leur est appliquée, indirectement. On peut citer en guise d'illustration le mécanisme de neutralisation de créances entre concubins.

Concernant la justice et l'équité, les techniques liquidatives ne permettent pas d'appréhender toutes les difficultés relatives au logement. La liquidation est plus liée au patrimoine et au statut des biens qu'à celui des personnes et aux notions de besoins. Ainsi des solutions aberrantes peuvent émerger dans les règlements de liquidation des biens. Les masses de biens peut être constituées sans pour autant que soient regardés les besoins des individus concernés ou ce que la justice et l'équité pourraient dicter.

Concernant la cohérence, des problèmes émergent inévitablement du fait que les frontières entre les différents dispositifs juridiques ne sont pas étanches. La nature, patrimoniale ou extrapatrimoniale, alimentaire ou indemnitaire, des droits, pose des difficultés. Ce phénomène est particulièrement visible lorsque l'on évoque l'attribution du logement familial. De même la question de l'entretien et de l'éducation des enfants s'articule avec la question de la liquidation des biens et il est impossible de les dissocier totalement.

Les questions relatives aux statuts du couple ne sont pas plus faciles à traiter. Nous pouvons dénombrer quatre statuts : les époux et leurs régimes matrimoniaux, les pacsés et leurs régimes patrimoniaux, les couples sans statuts (concubins) et enfin les « pacsés du troisième type ». On en parle peu et

pourtant ils sont très nombreux. Ce dernier statut correspond à la situation des partenaires enregistrés qui, bien que passés par le greffe et ayant reçu un récépissé, sont incapables de produire le contrat enregistré. Ils sont en règle vis-à-vis des formalités de publication mais ont perdu les papiers officialisant leur union. Par conséquent, on ne connaît pas leur régime. Il leur est alors attribué, par défaut, un régime d'indivision sur la totalité de leurs biens, à quelques exceptions près, s'ils se sont pacés antérieurement à 2007.

Au-delà de la relative (au regard de la situation Québec) mais bien réelle désaffection à l'égard du mariage, c'est un changement dans les comportements qui est notable. La question des frontières par rapport aux statuts des couples se trouve amplifiée par la question centrale de la liquidation : quels sont les biens propres et les biens communs ? Tous les couples ont un fonctionnement communautaire sur certains points et séparatiste sur d'autres et ce constat dépasse les clivages de statuts. De plus, il existe, en raison de la rigidité de ces statuts, des communautés innommées que le droit n'arrive pas à saisir.

L'ensemble de ces considérations, provoquent des difficultés, des incompréhensions, concernant les solutions issues de la liquidation, principalement pour la gestion des flux financiers.

Les solutions issues de la liquidation

Alors même que la réalité vécue est la même, que le couple soit marié, pacé ou en concubinage, les solutions appliquées diffèrent. Or il n'y a aucune justification ni contractuelle, ni relative à la définition du mariage qui puisse justifier pareille différence.

Quel que soit le statut du couple, les situations se produisent de façon spontanée. Par exemple, un couple décide de la rénovation d'une maison, l'un rembourse le prêt, tandis que l'autre réhabilite le bien. La difficulté réside alors dans la façon de traiter des contributions d'origine différente (financière, industrie...) : comment en tenir compte en droit et en équité ?

La liquidation doit aboutir au partage des biens, or il existe des incertitudes en termes de rééquilibrage. Ainsi, selon la jurisprudence, il n'est pas tenu compte, dans les règlements patrimoniaux, de l'industrie de l'époux commun en bien. Mais la solution inverse s'applique aux personnes pacées ou en concubinage qui, elles, ont droit à une créance. Dès lors, il existe inévitablement des difficultés à expliquer le traitement différencié appliqué à des situations présentant des faits similaires : les solutions dans le règlement des comptes ne correspondent pas à une approche spontanée, intuitive et ceci est difficile à expliquer à un couple en séparation.

Les modalités de remboursement des emprunts sont également révélatrices. Pour illustrer nos propos, prenons l'exemple de concubins ayant un terrain en indivision sur lequel ils ont construit une maison. Ils se séparent. Pour l'homme, la femme n'ayant pas de profession, elle n'a pas remboursé l'emprunt et il est le seul financeur. Mais il n'existe pas moins une copropriété indivise de la maison. Sur la base du protocole n°1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, relatif à l'atteinte au droit de propriété, les juges (approuvés par la Cour de cassation) énoncent dans cette hypothèse que le remboursement de l'emprunt commun réalisé par monsieur doit être qualifié de libéralité faite à la femme. Comment justifier pareille position ? Par un raisonnement en équité : étant donné que le couple n'est pas marié, elle n'a pas droit

à une prestation compensatoire, mais elle a élevé les enfants communs. Les juges font donc preuve de « générosité » à son égard : elle aura droit à la moitié de la valeur de la maison, en tant que co-indivisaire. Cette solution peut paraître généreuse. En effet, évoquer une libéralité, c'est assimiler le remboursement du prêt à un don et l'homme ne peut donc pas obtenir de créance contre son ex-compagne. Cependant, les juges ayant qualifié la situation de libéralité, celle-ci devra s'acquitter d'une taxe de 60% auprès de l'administration fiscale. Par conséquent, la solution ne lui est pas si favorable que cela.

Conclusion

Dans les modalités concrètes et pratiques de liquidation et du partage des biens, rien n'est jamais acquis, ni neutre. Les techniques utilisées sont variables et leurs combinaisons complexes. Les frontières liées au statut du couple notamment sont souvent remises en question et les règles en jeu peuvent être largement réaménagées par voie conventionnelles. Encore faut-il que les intéressés soient au courant.

L'approche est fragmentée par l'effet conjugué de l'éclatement des modes de conjugalité, de l'importance des unions successives à des âges différents de la vie et de l'internationalisation du droit de la famille. En effet, bien que parfois négligé le droit international privé, donne beaucoup de possibilités concernant le droit patrimonial et les règlements alternatifs qui y sont attachés.

L'ensemble de ces considérations permet d'émettre une hypothèse : un puissant processus de rénovation du droit matrimonial devrait finir par aboutir et faire émerger un droit matrimonial plus global qu'il ne l'est aujourd'hui.

LES IMPLICITES DES TECHNIQUES DE RÉGLEMENT DES COMPTES DANS LES COUPLES SÉPARÉS : LE PARTAGE DES BIENS

Nathalie Dandoy

Professeure de Droit | Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine (CEFAP), Université Catholique de Louvain

Frédérique Granet

Professeure de Droit | Centre de droit privé fondamental (CDPF), Université de Strasbourg

La question du partage des biens est inévitablement liée à celle des régimes matrimoniaux. Cette étude est menée à partir de différents Etats, qui ont été choisis pour la diversité de leur législation.

Le régime légal est parfois très différent d'un Etat à l'autre et il s'applique à défaut de contrat de mariage. Une constante a été observée dans l'ensemble des Etats étudiés : il s'agit du principe de la liberté des conventions matrimoniales.

Lorsque l'on est en présence d'un contrat de mariage, celui-ci peut être seulement une adaptation du régime légal ou bien régir de façon totalement différente les relations entre conjoints. Le contrat permet des aménagements, mais dans les limites de ce que la loi et l'ordre public admettent et notamment dans le respect d'un socle impératif de dispositions patrimoniales relatif à la solidarité entre époux.

Les régimes matrimoniaux légaux peuvent être classés en deux grandes catégories : les régimes de type communautaire à finalité égalitaire par nature, et les régimes de type séparatiste mais qui sont assortis d'un rééquilibrage au moment du divorce.

Les régimes légaux de type communautaire à finalité égalitaire par nature

Le régime de type communautaire est, a priori, le plus équitable, puisqu'en théorie, à la liquidation, le partage se fait par moitié, sous réserve des adaptations conventionnelles. La communauté peut inclure l'universalité des biens et des dettes ou être réduite aux acquêts réalisés par les époux durant leur mariage.

Le régime de communauté universelle est le plus égalitaire, a fortiori en cas de divorce, le partage se faisant par moitié. Cependant, il est très rarement retenu comme régime légal et il est plutôt choisi par contrat par des époux mariés de longue date et qui souhaitent assurer l'avenir du survivant d'entre eux. Le survivant jouira de la propriété de la totalité des biens acquis du ménage au décès de son conjoint.

La communauté universelle comme régime légal

Les Pays-Bas présentent cette originalité d'avoir fait de la communauté universelle le régime légal. Ce choix résulte d'une curiosité de l'histoire. En effet, la communauté universelle s'appliquait jadis

couramment dans l'une des régions de cet Etat : la Hollande. De plus, elle était fortement répandue dans les villes, où la richesse se fondait sur le commerce et les échanges et où les biens étaient donc essentiellement de nature mobilière. Au contraire, dans les campagnes, la richesse se matérialisait dans les fonds de terre agricole et donc dans des biens de nature immobilière. Là, les coutumes locales excluaient le patrimoine immobilier de la communauté. Le Code civil de 1838, fortement imprégné des idées de la Province de Hollande, consacra le régime de la communauté universelle comme régime légal.

Dans le régime de la communauté universelle, l'ensemble des biens des époux, présents et à venir, qu'ils soient acquis à titre gratuit ou onéreux, sont des biens communs. A la dissolution du mariage, le principe est celui du partage par moitié. Une exception doit être mentionnée : un donateur ou un testateur peut exclure certains biens de la communauté par une disposition expresse.

Les époux peuvent aussi, par contrat de mariage, limiter la communauté ou choisir un régime de séparation de biens, généralement assorti de compensations lors d'un divorce.

Le régime de la communauté universelle s'applique aussi aux partenariats enregistrés. Les Pays-Bas ont été, avec les Etats scandinaves, les premiers à légiférer en ce domaine. Les partenariats enregistrés furent initialement réservés aux couples homosexuels dans les pays scandinaves pour réserver le mariage aux couples hétérosexuels. En revanche, aux Pays-Bas, ils furent autorisés aux couples homosexuels aussi bien qu'aux couples hétérosexuels. Puis les législations ont évolué et le mariage homosexuel a été permis dans ces différents Etats, de sorte que la distinction entre les modes de conjugalité a perdu la majeure partie de son intérêt.

Le régime de la communauté ne s'applique pas aux couples de fait, puisqu'ils n'ont pas souhaité être soumis à un statut légal. Il leur est appliqué le droit commun des biens et des contrats.

Aujourd'hui, le manque d'ancrage coutumier de la communauté universelle conduit à la remettre en cause en tant que régime légal. Ainsi, une proposition de loi vise à lui substituer un régime de communauté réduite aux acquêts, ce qui est d'ailleurs le régime légal dans de nombreux Etats européens.

La communauté de type réduite aux acquêts comme régime légal

La France, la Belgique, le Luxembourg, l'Espagne et de façon assez voisine, l'Italie, ont opté pour le régime légal de la communauté réduite aux acquêts. Il repose sur l'idée d'association entre époux dès le mariage. Bien que l'investissement de chacun des conjoints ne soit pas de même nature ni de même ampleur, une énergie commune a été mise en œuvre et ce sont ses fruits qu'il convient de partager.

La communauté limitée aux acquêts permet à chaque époux de garder la propriété de ce qui lui appartenait avant le mariage et il devient seul propriétaire des biens qu'il acquiert à titre gratuit pendant le mariage. Ainsi ne sont concernés par la communauté que les biens acquis pendant le mariage et à titre onéreux. La loi pose une présomption de communauté, de sorte qu'il n'y a pas d'obligation d'établir d'inventaire des biens et des dettes. Lors de la dissolution du mariage, les opérations de liquidation prévoient le partage par moitié de la masse des biens communs. Les époux peuvent aussi choisir par contrat le régime de la communauté universelle, ou celui de la séparation de biens, assorti le cas échéant d'une créance de

participation aux acquêts. Le régime patrimonial applicable aux autres types d'unions est différent. Dans ces Etats, les partenariats enregistrés sont de nature contractuelle, mais la loi prévoit en général des dispositions minimales.

La France, la Belgique et le Luxembourg ont des législations historiquement extrêmement proches. S'agissant des partenariats enregistrés (pacte civil de solidarité en France, contrat de cohabitation légale en Belgique, partenariat de vie commune au Luxembourg), ce sont les contrats passés entre les partenaires qui définissent les règles de partage des biens. A défaut de preuve d'une propriété propre sur un bien, celui-ci est légalement réputé indivis.

S'agissant des couples hors mariage non enregistrés, c'est-à-dire les concubinages ou unions de pur fait, il n'y a pas de dispositions légales spécifiques et c'est donc le droit commun des contrats, des obligations et des biens qui est applicable.

En Espagne, en mariage, le régime légal est la communauté réduite aux acquêts. S'agissant des couples non mariés, et quelle que soit leur orientation sexuelle, il n'existe pas de législation nationale. Ce sont les Communautés autonomes qui ont légiféré sur les partenariats. Les deux membres du couple organisent le régime de propriété des biens sous réserve de quelques dispositions légales. Ils ont la possibilité de choisir des règles analogues à celles du mariage. Le panel pouvant être utilisé est large et en l'absence de tout contrat, le droit commun des obligations et celui des contrats s'applique.

En Italie, le patrimoine se subdivise en trois masses distinctes : les biens communs (les meubles sont présumés communs, sauf preuve contraire), les biens propres et le patrimoine commun différé pour les fruits des biens propres, à condition qu'ils existent toujours lors de la dissolution.

Les biens acquis pendant le mariage sont communs, sauf les propres par nature (c'est-à-dire acquis avant le mariage, strictement personnels, ou nécessaires à la profession du conjoint...) et certains tombent dans le patrimoine commun différé. Le patrimoine commun différé concerne, notamment, les biens acquis pour le fonctionnement de l'entreprise de l'un des époux si elle a été créée pendant le mariage ou encore les bénéfices d'une entreprise créée avant le mariage, à condition qu'ils existent encore au moment de la dissolution de la communauté. Ainsi, ce patrimoine commun différé n'implique pas une copropriété réelle des biens ou des droits, mais il ouvre un droit de créance au bénéfice de l'époux non propriétaire, pour un montant égal à la moitié de la valeur du bien.

Les époux peuvent toutefois, par contrat de mariage, opter pour la séparation de biens. Ils peuvent en outre créer un fonds patrimonial, qu'ils soient soumis à un régime de communauté ou à un régime de séparation de biens. Cela permet à l'un des époux ou aux deux (ou même un tiers) de réserver pour les besoins de la famille des biens meubles ou des immeubles enregistrés ou négociables. Ce fonds est soumis à une gestion particulière et il ne peut pas servir à rembourser des dettes dont le créancier sait qu'elles ont été contractées à d'autres fins que les besoins familiaux.

L'Italie a tenté à plusieurs reprises de légiférer sur les partenariats enregistrés, mais sans succès. Actuellement, un nouveau projet est en cours.

A côté des régimes matrimoniaux de type communautaire, il existe des régimes dont le fondement est de type séparatiste et donc fortement indépendantiste.

Les régimes légaux de type séparatiste avec rééquilibrage au moment du divorce

Les régimes séparatistes prônent le principe de l'autonomie financière des époux pendant le mariage et, dans leur version stricte, ou « pure et simple », au moment du divorce. Un rééquilibrage peut cependant être opéré au moment du divorce, soit en équité par l'intervention du juge, soit via une communauté différée qui se matérialise par une créance de participation. Ces régimes de type « séparatiste » peuvent eux aussi généralement faire l'objet d'adaptations conventionnelles.

Les régimes séparatistes assortis d'une faculté de rééquilibrage par le juge en équité

Deux Pays, le Royaume Uni et l'Autriche, ont opté pour un régime séparatiste avec rééquilibrage en équité en fin de régime. L'équité prend en compte des paramètres tels que les besoins, la situation financière ou encore l'investissement. Pour les couples de pur fait, à défaut de législation spécifique, le droit commun des obligations, des contrats et des biens leur est applicable.

Les époux ont la possibilité de déroger à ce régime, par contrat de mariage, mais en cas de divorce, c'est au juge d'apprécier la validité du partage tel qu'il avait été prévu au contrat.

L'exemple du Royaume Uni

Il n'existe pas au Royaume Uni de régime matrimonial à proprement parler. Depuis 1882, dans un souci de protection de l'épouse et pour la faire échapper à la tutelle que son mari exerçait sur ses biens, il a été décidé que le mariage n'aurait plus d'impact sur la situation patrimoniale des conjoints. L'idée principale de la séparation complète des

patrimoines repose sur la volonté de (re)donner à l'épouse une totale autonomie de gestion de ses biens. La propriété des biens acquis par l'un ou l'autre époux, ou les deux ensemble, au cours du mariage, obéit donc aux règles du droit commun.

Cependant, en vertu du *Matrimonial Causes Act de 1973*, le juge dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour corriger les déséquilibres constatés lors du divorce dans l'enrichissement respectif réalisé pendant l'union par chacun des époux. En effet, la propriété reste individualisée, mais le droit repose sur le principe que les époux collaborent durant le mariage et que si l'un d'eux parvient à acquérir des biens, c'est grâce à la participation de l'autre. En vertu d'une présomption selon laquelle les biens ont été acquis par l'un ou par l'autre grâce à leur travail conjoint, il découle une obligation de partager équitablement ce qui a été acquis au cours du mariage. Sur ce point, la notion d'équité est essentielle, dans un sens comme dans l'autre, c'est-à-dire que si un partage équitable suppose qu'il soit opéré par moitié pour les biens acquis au cours du mariage, un correctif est possible lorsque cette répartition s'avère inéquitable (par exemple en cas de mariage de très courte durée, ou d'absence de collaboration de l'époux qui revendique le partage, ...). A l'inverse, quand le partage des biens ne suffit pas à compenser les besoins d'un époux ou quand son investissement dans la carrière de son conjoint a été important par exemple, une rente alimentaire (maintenance) peut être ordonnée. Le juge prend en considération les besoins des époux, la compensation des investissements en temps au cours du mariage et le principe du partage des acquêts. Au moment de la dissolution du mariage, ce partage peut être réalisé en propriété, le juge pouvant ordonner le transfert de propriété de certains biens entre les époux.

Ce mécanisme particulier apparaît comme isolé au regard des droits européens.

Les époux ont la possibilité d'aménager le principe du partage des biens, en établissant un *Prenuptial agreement* (contrat). Ainsi ils peuvent prévoir, par avance, qu'ils ne souhaiteront pas une répartition par moitié des biens acquis pendant le mariage et détaillent alors leurs souhaits. Il existe donc une forme d'autonomie de la volonté. Cependant, là encore, le juge a un rôle central à jouer. S'il estime que le partage prévu est inéquitable car l'investissement a été équivalent dans les acquisitions et que le partage prévu par conventions favorise trop l'un des époux, il peut refuser de donner effet au contrat. A l'inverse, si le partage prévu est inégal mais correspond aux investissements respectifs des époux dans les acquisitions, il peut alors le valider.

La loi sur les partenariats enregistrés prévoit des effets similaires à ceux des couples mariés.

L'exemple de l'Autriche

Concernant l'Autriche, la différence majeure avec le régime du Royaume Uni, réside dans l'étendue des biens qui pourront faire l'objet d'un partage au moment du divorce. Il s'agit ici de comptabiliser seulement les biens dits d'usage matrimonial, y compris l'épargne matrimoniale : logement familial, meubles meublant, biens acquis pour l'usage quotidien. Cette catégorie est assez restrictive et exclut, par exemple, les biens d'ordre professionnel.

Il existe, pour les couples non mariés, une loi sur le partenariat qui est réservé aux couples homosexuels et dont les effets sont les mêmes que ceux prévus pour les couples mariés.

Un troisième type de régime peut être adopté. Il est toujours fondé sur la séparation de biens et

présente des mécanismes correcteurs, mais ils ne sont pas fondés sur l'équité.

Le régime légal de communauté différée avec créance de participation

Pendant le mariage, chaque époux conserve son patrimoine. En fin de régime, on trouve un mécanisme correcteur, appelé dans les pays scandinaves communauté différée et dans d'autres pays comme l'Allemagne ou la Suisse créance de participation.

L'exemple de la Scandinavie (Suède/Danemark)

Il existe un seul régime matrimonial qui est la communauté de biens différée. Malgré l'appellation de « communauté », il s'agit bien d'un régime séparatiste pendant toute la durée du mariage. Par principe, les époux conservent une autonomie de gestion totale sur leurs biens avec des nuances notamment pour le logement familial. Il existe donc un socle minimal protecteur. A la dissolution du mariage, le partage s'opère sur le patrimoine matrimonial. Contrairement à l'Autriche, celui-ci est très large. Il s'identifie à la communauté universelle des Pays-Bas. En effet, il représente la somme de tout ce qui a été acquis et qui existait avant le mariage à l'exception des biens acquis à titre gratuit que le donateur ou le testateur aurait expressément voulu exclure du patrimoine matrimonial du donataire.

Les patrimoines respectifs sont examinés. Celui qui possède le plus faible patrimoine a une créance de participation à concurrence de la moitié de la valeur de la différence entre ces deux patrimoines. La communauté différée opère, par principe, un partage en valeur et non en propriété, comme c'est le cas en droit anglais. Cependant le débiteur, lors des opérations de liquidation, a le choix et peut ainsi opter pour un transfert de propriété.

Les époux n'ont pas le choix d'opter pour un autre régime matrimonial, mais ils peuvent introduire des modifications au sein du régime légal et modifier l'étendue du patrimoine matrimonial jusqu'à le vider de sa substance pour aboutir à une séparation pure et simple. Cependant, comme c'est le cas en Autriche ou au Royaume Uni, le juge peut être saisi par l'un des conjoints pour écarter un contrat jugé inéquitable.

Concernant la Suède uniquement, la loi instaurait un partenariat enregistré qui ne concernait que les couples homosexuels, mais elle a été abrogée en 2009, au moment où ils ont obtenu la possibilité de se marier.

Il existe par ailleurs une législation pour les couples de fait. Elle témoigne d'une exception dans les pays examinés puisqu'une créance de participation est prévue pour le patrimoine de cohabitation. Notons que ce patrimoine est beaucoup plus restreint que celui prévu pour les couples mariés, il ne concerne que les biens du ménage.

Concernant le Danemark, une législation sur les partenariats enregistrés qui ne s'applique qu'aux couples homosexuels a été conservée. Elle leur permet de bénéficier des mêmes règles que celles applicables aux couples mariés, sauf s'ils prévoient des dispositions expresses contraires.

L'exemple de l'Allemagne et de la Suisse

En Allemagne et en Suisse, le régime légal est celui de la séparation des biens avec participation aux acquêts. Pendant la durée du mariage, le régime fonctionne comme une séparation de biens. Les conjoints ont la possibilité d'opter pour un régime différent ou d'aménager le régime légal.

En Allemagne, au moment de la liquidation, on examine l'accroissement de patrimoine des conjoints. Celui disposant du patrimoine le plus faible

bénéficie d'une créance de participation à concurrence de la moitié de l'enrichissement. Pour ce faire, on soustrait au patrimoine final le patrimoine initial. Contrairement à la Suède ou au Danemark, on exclut donc les biens acquis avant le mariage. Cependant, si leur valeur augmente durant le mariage, cette plus-value est comprise dans les valeurs à partager. Il existe un partenariat enregistré, prévu par la loi, ouvert aux couples homosexuels, dont les effets sont en grande partie similaires à ceux du mariage.

En Suisse, le système est beaucoup plus complexe. En effet, quatre patrimoines cohabitent : le patrimoine propre de l'un, le patrimoine propre de l'autre, les acquêts de l'un et les acquêts de l'autre. Seuls les acquêts font l'objet d'un partage. Ainsi, le patrimoine propre initial reste séparé et n'entre pas en compte pour le partage. Par conséquent si un patrimoine propre voit sa valeur augmenter durant le mariage, cette augmentation de valeur ne fera pas l'objet du partage.

Il existe également un partenariat enregistré, ouvert aux couples homosexuels, mais il prévoit un régime de séparation pure et simple. Cependant, à leur demande, les couples peuvent opter, de manière contractuelle, pour la participation aux acquêts.

Conclusion

Concernant les régimes légaux, il existe davantage de différences entre couples mariés et couples non mariés que de différences entre les régimes matrimoniaux eux-mêmes.

S'agissant des couples mariés, dans la plupart des régimes, il y a une place pour la liberté des conventions matrimoniales, ce qui aura des incidences sur le partage, mais l'étendue de la volonté individuelle varie selon les Etats. En outre, en cas

de convention matrimoniale, le partage demeure soumis au contrôle du juge. Au-delà de ces considérations, l'objectif est assez similaire (à l'exception des Pays-Bas mais cela a été remis en cause) : il s'agit de partager le fruit de l'énergie commune des époux. Ainsi, par principe le partage concerne les biens acquis durant le mariage (à l'exception de la Scandinavie) et à titre onéreux.

Au final, les différences entre les régimes matrimoniaux portent davantage sur les techniques du partage que sur l'objectif : quatre problématiques peuvent être repérées.

A quel moment les époux acquièrent-ils des droits sur les biens à partager ? Dans un régime de type communautaire, les deux conjoints deviennent instantanément propriétaires de tout bien ou revenu acquis par l'un d'eux tandis que dans un régime de type séparatiste, les droits du conjoint créancier ne naissent qu'au moment du partage, en cas de dissolution du mariage. Si l'on se focalise sur le degré d'autonomie, on pourrait penser que les régimes de participation aux acquêts sont plus favorables puisqu'ils permettent d'acquérir et de gérer les biens en toute autonomie. Mais cela est discutable puisque le régime communautaire permet au conjoint ayant peu de ressources de devenir automatiquement copropriétaire du bien acquis par son époux au cours du mariage et de disposer d'un pouvoir de gestion sur ces biens.

Quelle forme prend le partage ? Il peut être effectué en nature ou en valeur. Bien souvent, il l'est en valeur.

Quelle est l'étendue des biens à partager ? Le panel en ce domaine est très large, quel que soit le régime matrimonial choisi.

Quelle est la place de l'équité dans le partage des biens ? En général, elle est discrète, voire inexistante, excepté en Autriche ou au Royaume Uni.

Concernant les couples non mariés, il peut être observé que les partenariats de type institutionnel présentent des effets identiques au mariage, ce qui n'est pas le cas des partenariats de type contractuel. La loi prévoit généralement dans cette dernière hypothèse un socle de dispositions minimales qui donnent aux couples non mariés un régime patrimonial intermédiaire entre la situation de pur fait et le mariage.

De l'ensemble des considérations développées, il est possible de s'interroger sur la pertinence de la distinction entre couples mariés et couples non mariés. En effet, la principale justification prévalant au partage des biens des couples mariés, qu'elle soit implicite ou explicite, repose sur la volonté de partager les fruits des efforts conjoints. Or les couples non mariés peuvent aussi fournir des efforts conjoints, notamment pour acquérir des biens qui servent au ménage. La justification apportée n'explique donc pas pourquoi on ignore les couples de fait, voire même dans certaines législations les partenaires enregistrés, alors même que leur situation économique est comparable à celles des couples mariés.

LES IMPLICITES DES TECHNIQUES DE RÈGLEMENT DES COMPTES DANS LES COUPLES SÉPARÉS : LES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES ENTRE EX-ÉPOUX

Paula Távora Vitor

Professeure de Droit | Centro de Direito da Família | Faculté de Droit

La réforme du droit de la famille adoptée en 2008, au Portugal, témoigne d'une volonté d'adaptation à la société contemporaine. Les efforts en ce sens ne sont pas nouveaux. Depuis le début du XX^{ème} siècle, un mouvement persistant tend à une modification du cadre de la famille et de ses valeurs. Aujourd'hui, le droit de la famille se heurte à l'évolution rapide des réalités. Parfois, il se contente de les reconnaître, mais parfois il les anticipe. La dernière décennie montre que le législateur portugais a porté une attention toute particulière au droit de la famille.

La loi n.º 61/2008 du 31 octobre 2008, en abandonnant la nécessité de la faute, induit un changement structurel du régime du divorce. Elle abandonne le modèle de type punitif qui demandait une évaluation des comportements des individus et l'établissement d'une faute. Le nouveau système a été conçu pour libéraliser le divorce et permettre une rupture définitive, permettant une indépendance future. Mais l'idéal de « clean-break » s'est heurté à la réalité des relations familiales et aux situations individuelles des conjoints. Il est impossible et même indésirable d'imposer une vision des relations familiales idéalisées. En effet, le divorce est rarement un nouveau départ et on ne peut pas ignorer le passé, notamment en raison de la présence des enfants du couple,

et parce qu'il laisse inévitablement des marques sur les vies des personnes concernées. La réforme du « clean-break » a permis de reconnaître les situations de désavantages économiques et les inégalités que le divorce introduit.

Il n'était pas envisageable, pour le législateur, de créer une coupure totale avec la réalité conjugale. D'une part, il est impossible d'ignorer la solidarité familiale qui persiste encore dans la résolution des difficultés économiques et d'autre part, il doit être tenu compte des inégalités issues du projet commun, mis en place pendant le mariage, et qui se manifestent dans la période post-conjugale (ex : charge des enfants). Le droit se doit de réguler les conséquences économiques issues de choix faits, en commun, durant l'union.

Nous avons vu que les différents systèmes juridiques tentent de répondre aux problèmes de désavantages économiques et d'inégalités ayant pour source la dissolution du mariage. Les mécanismes mis en place sont des dispositifs autonomes ou liés à la notion de besoin. Ils interfèrent avec les règles des régimes matrimoniaux, au moment du règlement des comptes et du partage. Le système juridique portugais s'organise désormais autour de deux mécanismes : l'obligation alimentaire post-divorce et le crédit compensatoire. Ils visent le même objectif, combler les désavantages devenus visibles

lors du divorce. Une nouvelle logique se dégage de la réforme de 2008.

Deux mécanismes pour combler les désavantages lors du divorce : l'obligation alimentaire et le crédit compensatoire

Les désavantages lors du divorce peuvent être comblés soit par l'obligation alimentaire soit par le crédit compensatoire.

Obligation alimentaire : une nouvelle lecture

Depuis des décennies, il existe au niveau international des controverses sur le fondement de l'obligation alimentaire.

La réforme de 2008 ne renonce pas à cette obligation alimentaire, puisque les besoins n'ont pas disparu avec la réforme, mais elle en apporte une nouvelle lecture et donc la modifie. En fait, ce n'est pas seulement son régime qui a subi des changements importants, qui tient en partie à l'élimination de la faute au divorce, mais la compréhension de l'institut même, de sorte que des normes déjà existantes peuvent faire l'objet de nouvelles lectures. D'une part, nous avons maintenant un régime qui n'a pas abandonné sa fonction alimentaire de réponse aux besoins d'un conjoint plus faible du point de vue économique. D'autre part, ce régime est marqué par des conditions d'accès plus restrictives, liées à une exigence de plus grande autonomie des conjoints. Nous devons comprendre ces changements dans le contexte d'un divorce qui est devenu plus libre où il devient de plus en plus difficile à maintenir, sur la seule base d'un besoin du conjoint, une obligation fondée sur une relation dorénavant terminée.

Au Portugal, il existe un attachement à l'obligation alimentaire. Refuser sa suppression ne signifie pas pour autant qu'il ne faut pas prendre en considération des mécanismes autres que celui fondé sur le besoin, pour régler les conséquences économiques défavorables issues du divorce. Une fonction différente peut être assurée par un autre dispositif. De ce constat est née l'idée du crédit compensatoire.

Crédit compensatoire : un mécanisme nouveau

La raison de la création du crédit compensatoire réside dans la prise de conscience qu'au moment de la dissolution du mariage, certaines disparités deviennent visibles et ne sont pas nécessairement représentatives d'un besoin. La source de cette compensation émerge du comportement du conjoint. Il s'agit de prendre en compte les renoncements faits, par l'un des conjoints durant l'union, et qui sont à l'origine pour celui-ci de dommages matériels importants.

Par conséquent, la nouvelle configuration du régime du divorce aménage deux pôles de réponse à des conditions économiques défavorables. La figure traditionnelle de l'obligation alimentaire demeure mais qui subit une nouvelle lecture. Une nouvelle figure avec des contours incertains est créée : le crédit compensatoire. Ce dernier est analysé par la doctrine et la jurisprudence, mais il n'a pas encore révélé tout son potentiel.

Les deux mécanismes doivent chercher à s'articuler dans un système repensé et doivent être compris comme les deux piliers d'un système unique. Si l'histoire de ces mécanismes et leur configuration sont très différentes, ils recouvrent un terrain partiellement commun : faire face à des

situations de désavantage rendues visibles par le divorce. Ce système est apparu dans un contexte libéré de la coloration punitive du divorce. Si un changement de paradigme est observé, il n'implique pas de changement radical. Il convient dès lors de déterminer le but de chaque mécanisme.

Les buts de ces mécanismes

Obligation alimentaire et crédit compensatoire ont des objectifs différents : le premier mécanisme met en avant, principalement, l'assistance et la solidarité tandis que le second insiste sur la nécessité d'une compensation mais qui n'a pas pour source le besoin.

Obligation alimentaire : assistance, solidarité et compensation

L'obligation alimentaire présente inévitablement une fonction d'assistance. Elle se fonde sur une situation de besoin. Ce dernier est déterminé par des paramètres de nature subjective. Cependant, cela ne veut pas dire qu'il n'est pas pertinent d'examiner le rôle d'autres éléments qui sont énumérés par la loi. Il peut être envisagé d'autres objectifs, même s'ils sont de nature secondaire.

Dans cette optique, il est essentiel de faire la distinction entre les besoins qui émergent de la relation conjugale (ou entre ex-conjoints) et les besoins indépendants de celle-ci. Dans les deux cas, il existe une fin de nature purement solidaire, mais dans la prise en compte de la relation conjugale s'ajoute aussi une fonction compensatoire.

L'obligation alimentaire au moment du divorce est limitée par l'affirmation expresse du principe d'autosuffisance. La législation est exigeante en la matière et le droit aux aliments présente une na-

ture exceptionnelle. Les ex-conjoints doivent mobiliser l'ensemble des ressources à leur disposition afin de pourvoir à leurs besoins. Il ne s'agit donc pas d'équilibrer les niveaux de vie rendus différents par la rupture mais seulement de pourvoir aux besoins de l'un des époux. Toutefois si les critères sont remplis, le droit au bénéfice de l'obligation alimentaire est reconnu.

Crédit compensatoire : indemnisation et compensation

La finalité du crédit compensatoire est inévitablement de compenser mais il est difficile de déterminer ce qui a prédominé dans sa mise en place.

A notre avis, l'accent devrait être placé dans les dommages subis et les pertes en résultant. Il s'agirait ainsi d'un but indemnitaire. Toutefois, les désavantages apparus lors du divorce peuvent être de différente nature. Le législateur portugais a opté pour un dispositif ayant comme matrice la responsabilité civile, c'est-à-dire la volonté de remédier aux dommages causés par le mariage, plutôt que de se fonder sur l'enrichissement sans cause. Notons qu'un mécanisme fondé sur l'enrichissement sans cause aurait également été compatible avec le système en place, et aurait conduit à la restitution des avantages reçus par l'autre conjoint.

Nous croyons que le crédit compensatoire présente des similitudes avec la responsabilité objective. En ce sens, le mariage peut être considéré comme un grand risque économique, notamment pour les femmes, puisque ces dernières sont, bien souvent, celles qui s'investissent le plus dans la vie familiale.

Le crédit compensatoire n'est pas là pour compenser la perte causée par un conjoint qui manque

à la réalisation d'une obligation conjugale. Il s'agit pour le conjoint qui a bénéficié de l'organisation particulière de la vie conjugale, de répondre aux pertes subies par l'autre, même s'il n'en a pas obtenu un gain précisément déterminable. Par conséquent, on peut considérer que le crédit compensatoire sert à protéger la confiance.

Après avoir développé les raisons d'être de ces deux mécanismes, il convient d'en évoquer les fondements.

Les fondements de ces mécanismes

A notre avis, la loi portugaise a construit un modèle bimodal, reposant sur deux piliers, pas entièrement scellés. Les objectifs sont différents, il existe une pluralité de références, mais le principe de responsabilité est le fondement commun.

Le crédit compensatoire témoigne d'une responsabilité, contrepoids de la plus grande liberté de quitter la relation conjugale. C'est une réponse aux inégalités issues notamment de la fourniture de soins et la reconnaissance de l'investissement domestique. L'obligation alimentaire permet quant à elle de réguler les effets de la relation conjugale après le divorce et elle découle du statut d'époux. C'est le principe de solidarité post-conjugale. Mais ce principe connaît une érosion progressive avec l'émergence du principe d'autosuffisance.

L'idée de responsabilité permet une plus grande harmonie avec le nouveau régime du divorce. La souplesse permet la coexistence de différentes visions, parfois l'exclusion de l'obligation alimentaire fondée sur le principe d'autonomie et d'autosuffisance, mais parallèlement un soutien plus fort via une finalité compensatoire.

La mise en place d'un but compensatoire secondaire, à côté de la finalité alimentaire, pose des

problèmes de coordination entre ces deux mécanismes. Il existe un critère temporel de distinction. L'obligation alimentaire présente l'idée d'une responsabilité prospective, par exemple, lorsque les soins à fournir aux enfants après le divorce sont invoqués. Cette responsabilité prospective n'existe pas pour le crédit compensatoire, qui se fonde uniquement sur la situation passée. Mais il existe aussi une concordance entre l'obligation alimentaire et le crédit compensatoire quand les revendications sont le résultat de la collaboration conjugale passée. L'idée est celle d'une responsabilité issue de l'histoire commune.

Conclusion

Par conséquent, les deux mécanismes poursuivent des buts divers et apportent des réponses différentes. L'obligation alimentaire correspond à l'évaluation d'un besoin projeté dans le futur. Le crédit compensatoire demande une évaluation des dommages causés, dans le passé, mais qui sont autres que ceux issus du besoin.

La réforme de 2008 a incorporé dans des situations économiques défavorables, issues de la dissolution du mariage, une nouvelle structure qui se combine avec un mécanisme préexistant. La nouvelle organisation permet de garder une structure en place tout en actant la création d'une logique encore embryonnaire, permettant des développements vers une plus grande cohérence et une plus grande solidité du système.

LE SYSTÈME SOCIO-FISCAL ET LA COMPENSATION DES INÉGALITÉS ÉCONOMIQUES APRÈS LA RUPTURE

Sandrine Dauphin

Département de la Recherche, Caisse Nationale des Allocations Familiales

Le divorce peut être source d'iniquité entre les ex-conjoints. La source de l'iniquité résulte en partie des choix professionnels antérieurs à la séparation, associés à une logique de spécialisation des tâches au sein du couple. On peut s'interroger sur les logiques des politiques sociales et familiales nationales du point de vue de leur impact *ex ante* sur cette source d'iniquité potentielle, dans l'hypothèse où le divorce adviendrait.

Le temps consacré par l'épouse/la mère, à élever ses enfants donne-t-il lieu à une compensation par le système de protection sociale ? L'existence de tels dispositifs traduit-elle une volonté de la collectivité de compenser, par des outils relevant de la protection sociale, l'inégalité des époux/parents ? Si tel est le cas, ces dispositifs sont à même de constituer une source complémentaire des compensations relevant des solidarités privées pour corriger l'inégalité de genre née du mariage.

J'examine ici les dispositifs relevant de la politique familiale et visant à prendre en considération le temps consacré aux soins et à l'éducation des enfants. Nous interrogeons ces dispositifs du point de vue des arguments qui justifient une compensation ou une indemnisation, ainsi que les droits sociaux qui sont associés à cette activité. J'aborderai principalement le cas français que j'éclairerai sur certains points en comparaison avec d'autres pays européens. L'analyse, conduite en collaboration avec M. T. Letablier, repose sur l'examen des tex-

tes (lois, débats parlementaires, analyses secondaires) et sur l'information fournie par un réseau de référents universitaires spécialistes des questions familiales et de genre dans les cinq pays étudiés, à savoir l'Allemagne, la France, l'Italie, le Royaume-Uni (Ecosse exclue) et la Suède.

Cadre d'analyse : familialisation vs dé-familialisation

La famille n'a pas le même statut au regard des politiques publiques. Le Royaume-Uni et la Suède se distinguent par l'absence de politique familiale *stricto sensu* au profit d'une politique sociale qui cible les individus plutôt que la famille. A l'opposé, la politique familiale est ancienne et assumée en France et en Allemagne, visant à protéger la famille et à influencer sur les comportements démographiques ou d'activité (Hantrais et Letablier, 1996). La famille est aussi un pilier de la société italienne, qui supplée l'Etat pour la protection des individus (Saraceno, 1994).

Le concept de familialisation permet de spécifier les régimes de protection sociale au regard de l'apport des familles à la protection des individus. Ainsi, un système de protection sociale familialisé assigne un maximum d'obligations à la famille tandis qu'un système dé-familialisé suppose l'existence de politiques sociales ou familiales qui réduisent la dépendance des individus vis-à-vis de la famille,

et qui encouragent leur autonomie économique (Esping-Andersen 1999 : 45). En France, l'action publique en direction de la famille est en effet caractérisée par une conception holiste : l'individu n'existe que comme membre d'une institution, la famille, qui l'encadre ; cette dernière est investie de missions envers la société telle que la reproduction, la socialisation et les soins (Strobel 1997).

Le concept de « dé-familialisation » permet de réhabiliter les relations de genre dans la comparaison des systèmes de protection sociale (McLaughlin and Glendinning, 1994a, 1994b; Lister, 1994 ; Sainsbury, 1996). La dé-familialisation peut prendre diverses formes : des services publics promus par l'Etat ou les collectivités locales (socialisation des activités de soins et d'éducation), des services privés (marchandisation), ou des services fournis par des associations ou des ONG (communautarisation). Ce processus contribue aussi à reconstruire la citoyenneté sociale des femmes sur un statut d'individus économiquement autonomes et non plus en tant qu'épouse ou mère.

Politiques sociales et politiques d'égalité

Un bref détour historique pour comprendre la situation française. La politique familiale en France conserve toutes les caractéristiques d'une politique que l'on peut qualifier de « familialiste », définie comme la préservation d'une certaine primauté accordée en droit social à l'institution familiale (deux parents avec enfants) sur l'individu. Cette structuration familialiste est attestée par le soutien accru accordé aux familles nombreuses, et par les principes qui régissent le droit fiscal dans lequel le quotient familial permet de privilégier une forme de redistribution horizontale des revenus, entre familles avec enfants et ménages sans enfants, plutôt qu'une for-

me de redistribution selon le revenu des ménages, laquelle consiste à soutenir davantage les ménages qui en ont le plus besoin. Le quotient conjugal poursuit le même objectif en privilégiant fiscalement les couples mariés. Cette structuration va de pair avec la reconnaissance institutionnelle accordée au mouvement familial dès les années 1940, c'est-à-dire aux associations familiales réunies au sein de l'Union nationale des associations familiales (UNAF).

La figure centrale autour de laquelle le système des droits sociaux a été conçu est celle du « travailleur et de sa famille » comme l'indique l'ordonnance de 1945 qui créait la Sécurité sociale. Le mariage y joue un rôle essentiel dans la mesure où l'union légale des conjoints garantit un système de droits et de devoirs entre époux (obligation alimentaire des conjoints l'un envers l'autre et droits sociaux dérivés pour l'épouse au foyer ...).

Lors de sa mise en place, le système avait prévu de rétribuer l'activité au foyer par une allocation (allocation de mère au foyer), ou de compenser le « manque à gagner » (allocation de salaire unique). Plutôt qu'un salaire familial cette allocation instaurée en 1938, reprise dans le Code de la famille en 1946, reste emblématique du double ancrage familialiste et nataliste du système français. Cette allocation visait à encourager la natalité, et aussi à rétribuer l'activité domestique des femmes dès leur mariage. Toutefois, n'ouvrant pas l'accès à des droits sociaux (assurance maladie, retraite ...), elle ne peut être assimilée à un salaire maternel. Mais dès lors qu'un nombre croissant de femmes mariées ont intégré le marché du travail, et du fait qu'elle n'ait pas été revalorisée, cette allocation emblématique du modèle familial traditionnel est devenue progressivement obsolète avant d'être supprimée en 1978. En revanche, le système fiscal qui participe également au maintien de l'ordre

social et sexué reste inchangé jusqu'à ce jour. Le quotient familial qui module les impôts en fonction du nombre d'enfants à charge, et le quotient conjugal qui tient compte du fait d'être marié ou en union civile restent au cœur de ce système fortement familialisé.

Jacques Commaille a bien mis en lumière les injonctions contradictoires des politiques publiques à l'égard des femmes (2001). Celles-ci émergent dans les années 1980 et 1990 et naissent de la concurrence entre plusieurs référentiels politiques : un référentiel associé à l'idée d'*émancipation des femmes*, un référentiel marqué par l'idée d'*institution* qui inspire le familialisme, et un troisième qui exprime l'idée d'une nécessaire *protection* des femmes par les politiques. Chacun de ces référentiels est porté par un courant de pensée et un mouvement. Le référentiel d'émancipation, associé aux revendications d'égalité entre les femmes et les hommes, prône des mesures politiques qui permettraient de libérer les femmes des contraintes de la vie privée et en particulier des obligations familiales, du système de parenté et des rôles prescrits. Il est souvent associé à l'idée d'individualisme et à l'avènement d'une famille « relationnelle », « démocratique » dans laquelle prime la notion « d'autonomie » de chacun des membres qui sont « libres ensemble » (De Singly, 1996 ; 2000). Ce référentiel peine à s'affirmer car il entre en tension avec le second référentiel associé à la notion d'institution, porté par le courant familialiste qui fait de la famille le socle de la société et inspiré par l'idée que l'individu se fonde dans l'institution familiale considérée comme unité sociale fondamentale, conformément à une conception traditionnelle de la famille restée bien ancrée. Le troisième référentiel identifié par J. Commaille, en tension avec les deux autres, est centré sur l'idée de protection.

Les politiques qui s'en inspirent visent avant tout à corriger les inégalités entre femmes et hommes, partant du constat que les femmes sont plus que les hommes, exposées aux conséquences des risques familiaux, et à la précarité qui en découle.

Par ailleurs, la politique d'égalité entre femmes et hommes mise en place depuis le milieu des années 1970, s'est focalisée en priorité sur l'égalité professionnelle, laissant à la politique familiale le soin de mettre en place des prestations et des services d'accueil des enfants (Dauphin, 2015).

Compensations par le congé parental

Dans la mesure où il est susceptible d'influencer les comportements individuels, le système des congés parentaux s'inscrit dans les processus de choix professionnels faits par les conjoints. A la différence du congé de maternité qui a un caractère obligatoire, le congé parental est optionnel (en France, seulement la moitié des femmes ayant droit à un congé parental y recourt).

Le congé parental est régulé par une directive communautaire, laquelle a fait l'objet d'une révision en 2010. La directive communautaire 96/34 du 3 juin 1996 sur le congé parental, a été révisée en 2010 (Dir. 2010/18/UE) suite à l'accord-cadre européen du 18 juin 2009. La nouvelle directive fixe le principe d'un droit individuel des travailleurs à bénéficier d'un congé parental pour pouvoir s'occuper de leur enfant, biologique ou adoptif, jusqu'à un âge déterminé pouvant aller jusqu'à huit ans. La durée minimale du congé est prolongée, passant de trois à quatre mois, avec un mois non transférable à l'autre parent, de manière à inciter les pères à prendre une partie du congé.

Des objectifs différents

La mise en place du congé parental remonte à 1985 en France, 1986 en Allemagne, à 2000 au Royaume-Uni, contraint de transcrire la directive européenne de 1996 (Dir.96/34/CE), et à 2000 en Italie, avec la loi 53/2000 qui réorganise les droits aux congés alloués aux parents.

Alors qu'en Suède, l'objectif du congé parental était de stimuler la participation des mères au marché du travail, en lien direct avec une politique d'égalité entre femmes et hommes, les objectifs étaient plus diffus et controversés en France. Si l'objectif affiché par l'inclusion du congé parental dans le droit du travail était d'accompagner le mouvement de participation des mères au marché du travail et ainsi d'octroyer des droits nouveaux aux mères en emploi, les objectifs assignés à l'Allocation parentale d'éducation (APE) étaient quant à eux entachés d'un certain flou. Il s'agissait pour ses promoteurs de permettre aux mères qui le souhaitent de poursuivre leur activité professionnelle, ou de l'interrompre pour élever leurs jeunes enfants, sous certaines conditions d'expérience professionnelle et de nombre d'enfants. Cette politique de « libre choix » visait en fait à contenir l'effet supposé du travail des mères sur le niveau de la fécondité d'une part, et à maintenir les mères dans leur rôle éducatif d'autre part, au moins jusqu'à l'entrée de l'enfant à l'école maternelle. En Allemagne, le congé parental visait plutôt à rémunérer sous une forme forfaitaire le travail parental des mères, par une allocation s'apparentant à un « salaire maternel » car aucune condition d'activité professionnelle antérieure n'était requise pour avoir droit à cette allocation qui restait liée au fait d'avoir un enfant en bas âge. Le Royaume-Uni se distingue des autres pays par une application stricte de la directive. Le congé parental n'y est pas ré-

munéré, et par conséquent ne compense pas financièrement l'interruption ou la réduction d'activité professionnelle des parents qui y ont recours.

Pour autant, la configuration de l'APE au moment de sa création (loi du 4 janvier 1985) ne permet pas de l'assimiler à un salaire maternel car les conditions d'accès à cette prestation sont strictement définies : la prestation n'est accessible qu'à partir du troisième enfant d'une part, et elle est subordonnée à des conditions d'activité professionnelle antérieure d'autre part. Mais comme le rappelle justement Hélène Périvier, l'allocation de congé parental est un droit familial (Périvier, 2013) et non pas un salaire de remplacement, relevant comme en suède d'une assurance parentalité.

La Prestation d'accueil du jeune enfant (Paje), en remplaçant l'APE, a introduit une symétrie entre les deux compléments, libre choix d'activité et libre choix du mode de garde. Les préoccupations natalistes très prégnantes lors de l'introduction de l'APE et lors de ses réformes dans les années 1990, ont été progressivement reléguées au second plan. L'activité professionnelle des femmes n'est plus vue comme antagonique avec la natalité. Il est désormais admis par les experts, comme par la plupart des acteurs sociaux, que c'est par un soutien des politiques aux parents qui travaillent que la natalité peut se maintenir (Letablier et Salles, 2013). Parallèlement à ce resserrement des conditions d'activité antérieure, les incitations au congé à temps partiel ont été accrues, ceci pour maintenir le lien avec l'emploi et éviter les retraits d'activité. Près de dix ans plus tard, les travaux statistiques montrent que le Congé de libre choix d'activité (CLCA) à taux partiel favorise le maintien des parents de jeunes enfants sur le marché du travail. Toutefois, il semble qu'après la fin de la perception de cette prestation, les mères demeurent plutôt à temps partiel (Boyer, Nicolas, 2012).

Ce n'est pas le retrait du marché du travail qui est « compensé » par la prestation mais plutôt le fait de ne pas se retirer. Partant du constat que 98% des allocataires sont les mères, l'objectif de la dernière réforme introduisant la *Prepare* (prestation partagée d'accueil de l'enfant) est d'inciter les pères à y recourir. Il est ainsi prévu que d'ici 2017, 25% des pères devront prendre une part du congé parental. La réforme prévoit une période de partage de six mois réservée à chaque parent : pour les parents d'un premier enfant, la période actuelle de six mois est complétée par une période supplémentaire de six mois accordée au 2^e parent. Pour les parents de deux enfants et plus, la durée actuelle de trois ans est maintenue dans les mêmes conditions qu'antérieurement, mais six mois sont réservés au parent qui n'a pas pris le congé.

Une diversité de fonctionnement

C'est en Allemagne et en France que la durée du congé est la plus longue : 148 semaines en Allemagne et 146 en France, et au Royaume-Uni qu'elle est la plus courte, 13 semaines, c'est-à-dire la durée minimum prévue par la directive européenne. La durée longue en Allemagne et en France témoigne à la fois de l'importance accordée aux parents (mères) dans les soins et l'éducation des jeunes enfants, et de la part prise par l'Etat dans cette responsabilité. La durée du congé de 480 jours en Suède regroupe congé de maternité et congé parental, incluant 60 jours réservés au père et non transférables. En Italie, la durée du congé est de onze mois dont un mois réservé au père.

Autant que le montant, les formes de compensation varient d'un pays à l'autre. Elles peuvent prendre la forme d'un salaire de remplacement comme en Suède, en Allemagne ou en Italie,

ou d'une allocation forfaitaire comme en France. Le taux de remplacement du salaire varie de 80% du salaire antérieur en Suède à 67% en Allemagne et 30% en Italie. En France, la politique familiale verse une allocation forfaitaire aux parents qui interrompent leur activité, laquelle varie en fonction du rang de l'enfant. La France est le seul parmi les pays étudiés où l'allocation dépend du rang de l'enfant.

Des compensations qui tendent à se dé-familialiser

La rémunération reste ainsi consubstantielle à la famille plutôt qu'au travail. Dans la plupart des pays, la compensation est dorénavant davantage fondée sur l'objectif de sécuriser les trajectoires professionnelles ou de compenser les interruptions de carrière. A l'inverse, cette forme de compensation ne tente plus de consolider le modèle de la femme au foyer en lui offrant une rémunération de son travail domestique. On peut avancer l'hypothèse que cette évolution est parallèle au recul relatif du modèle de la prestation compensatoire comme revenu de substitution versé à la femme qui s'est consacrée aux activités domestiques, au profit d'une compensation de sa perte corrélative de capacité de gains.

Compensations dans les régimes de retraite obligatoires

Les carrières professionnelles discontinues, ainsi que les durées du travail plus courtes des femmes en comparaison de la durée des hommes expliquent les écarts de pensions de retraites entre les femmes et les hommes. Des dispositifs de compensation ont été mis en place pour pallier l'insuffisance des droits des mères. Ces dispositifs non contributifs, indépendants des cotisations versées

dans les systèmes contributifs, sont liés à la présence d'enfants.

Des objectifs proches, des modalités différentes

Plusieurs objectifs sont assignés aux dispositifs compensatoires : relever le niveau de pensions des femmes dont les carrières professionnelles sont plus courtes et plus segmentées que celles des hommes, compenser le temps consacré aux enfants, faciliter un départ à la retraite anticipé pour les mères de famille, ou compenser un déficit d'épargne des familles avec enfants. Ces dispositifs ont évolué au fil du temps avec les réformes des systèmes de retraite et avec les injonctions communautaires à promouvoir le principe d'égalité entre les sexes dans les politiques publiques.

146 Les compensations répondent à différentes logiques selon qu'elles prennent en compte le fait d'avoir donné naissance à des enfants (la maternité), d'avoir interrompu son activité professionnelle pour élever des enfants (le travail parental), ou bien d'avoir encore des enfants à charge au moment du départ à la retraite. Elles prennent aussi différentes formes : majorations de durées d'assurance, bonifications et majorations du montant de la pension, validation des cotisations sociales au titre des périodes de non emploi, possibilité de départ avant l'âge légal d'ouverture des droits à la retraite. Selon la logique mise en avant, ces compensations sont accessibles exclusivement aux mères ou aux mères et aux pères. Enfin, les compensations n'ont pas seulement un lien direct explicite avec les enfants ; elles peuvent être aussi liées au statut conjugal (droits dérivés et pension de réversion).

En France la compensation des inégalités économiques au moment de la retraite est fondée sur les droits dérivés et ne s'applique qu'aux couples

mariés. Le système compensatoire fondé sur la réversion est critiqué pour son absence de neutralité au regard des choix de vie en couple. C'est un système qui n'assure pas l'égalité de traitement entre célibataires et mariés ; C'est un système coûteux pour les caisses de retraite puisque les droits dérivés représentent en 2003 environ 14% de la masse des pensions versées. L'avantage procuré par cette mesure est d'autant plus grand que le nombre d'enfants est élevé, ce qui interroge le bien-fondé de la mesure.

En Allemagne le partage des droits à la retraite est conçu comme une modalité de répartition des droits à pension entre les deux membres d'un couple et peut se concevoir comme un dispositif compensatoire alternatif à la réversion. L'Introduction du partage des droits entre conjoints (« *splitting* ») en Allemagne dans le système fiscal et dans le système de retraite, pour compenser les inégalités économiques résultant de l'investissement parental et domestique des femmes n'a pas encore eu les effets escomptés. L'introduction du « *splitting* » en Allemagne en 2001 est apparue comme une mesure originale et innovante au regard du système plus ancien de la réversion. Ce nouveau dispositif propose le choix entre un système de réversion et un partage égal des droits à la retraite acquis par les deux membres du couple au cours du mariage (*Retensplitting*). Lorsqu'un couple opte pour la solution du partage, les droits à pension acquis pendant la durée du mariage sont partagés au moment où le plus jeune des conjoints prend sa retraite ou atteint l'âge de soixante-cinq ans. Chacun reçoit alors une pension correspondant à ses droits acquis hors mariage et à la moitié des droits communs acquis pendant le mariage. Ces droits peuvent être partagés indépendamment de toute condition d'âge en cas de décès prématuré, mais à

condition que le survivant totalise vingt-cinq années d'assurance. Les droits issus du partage sont des droits propres. A la différence de la réversion, ils ne dépendent d'aucune condition de ressource, et restent acquis si le titulaire se remarie. Les couples en union libre peuvent également opter pour ce système de partage des droits à pension. Ce dispositif de partage des droits vise à rendre visible et à faire reconnaître, au moins au moment de la retraite, le travail domestique effectué par la femme pendant la durée de la vie commune, en adéquation avec la conception partenariale du mariage largement admise dans la société allemande. Un autre argument en faveur de ce système est lié au maintien de la retraite en cas de remariage, alors que la réversion cesse ou diminue dans cette situation. Cet aspect peut satisfaire les tenants d'une conception individualisée des droits sociaux, en raison de la redistribution de la pension opérée au sein du couple. Pour autant, cette option reste peu diffusée, pour au moins deux raisons, la complexité de la procédure d'une part, et d'autre part, les désavantages induits pour deux types de cas : les femmes au foyer dont le mariage a été de courte durée et qui avaient acquis peu de droits propres, les hommes percevant des pensions d'un montant élevé avec une conjointe sans droits ou avec peu de droits propres (COR, 2007).

Focus sur le cas de l'assurance vieillesse des parents au foyer

En France, la création de l'assurance vieillesse des parents au foyer (AVFP) en 1972 visait à limiter les effets des réductions ou arrêts d'activité professionnelle liés à la charge d'enfants sur les retraites des parents ayant de faibles revenus. Le dispositif permet au parent allocataire de certaines prestations familiales, qui a interrompu ou réduit

son activité professionnelle pour s'occuper de ses enfants, d'être couvert par l'assurance-vieillesse pendant cette période. L'objectif a évolué, consistant aujourd'hui à limiter les effets des interruptions d'activité professionnelle sur les retraites des parents. Aujourd'hui l'accès à l'AVPF est ouvert aux pères ou aux mères, en couple ou « isolés », allocataires de prestations familiales, ayant des ressources par foyer faibles, sans activité professionnelle ou avec une activité qui procure un revenu limité. Au total, sachant que le système de retraite repose sur l'activité professionnelle, on peut en inférer que l'AVPF permet une mise en équivalence entre travail professionnel et travail domestique et familial. Ce dispositif constitue de fait une reconnaissance de la contribution des mères, puis du parent qui interrompt son activité, à la collectivité. Il s'apparente à une rémunération de l'activité au foyer, comportant une allocation et des droits sociaux équivalents à ceux que procurerait un salaire.

Entre 25% et 35% des femmes âgées de 25 à 35 ans cotisant au régime général en 2006 ont un report AVPF, ce qui signifie que la couverture est relativement importante.

La dimension sexuée des compensations dans les régimes de retraite

La comparaison montre que ces dispositifs ne sont pas neutres au regard du genre. Premièrement, les compensations réduisent les inégalités économiques entre époux dans la mesure où les effets des interruptions ou des réductions d'activité professionnelle sont compensés d'une manière ou d'une autre selon les divers types de mécanismes décrits plus haut (Bonnet et al. 2004) Mais d'un autre côté, les compensations peuvent accroître le risque d'iniquité entre conjoints lors d'un divorce dans la mesure où l'existence même de ces compensations peut inciter

l'un des conjoints, en général la femme, à interrompre ou réduire son activité professionnelle, avec des conséquences négatives en termes de difficultés à réintégrer le marché du travail après interruption ou après un divorce. Deuxièmement, L'ouverture de la plupart des dispositifs compensatoires aux deux parents, parfois à la suite de plaintes en discrimination devant les Cour de justice, et la possibilité pour les parents de choisir qui en bénéficie, sont de nature à rendre ces dispositifs plus égalitaires, et en particulier au moment du divorce. Toutefois, si la compensation n'a pas de lien explicite avec l'interruption, mais avec le fait d'avoir eu des enfants par exemple, et si elle bénéficie aux deux parents, le résultat en termes d'équité peut être limité. En revanche, si le dispositif de compensation est strictement lié à l'interruption, il peut avoir des effets inégalitaires dans la mesure où il peut inciter à interrompre ou réduire sa carrière professionnelle et ainsi réduire son employabilité, y compris suite à un éventuel divorce.

En France, alors qu'une femme sur deux interrompt ou réduit sa carrière après une naissance, les dispositifs de compensation réduisent de neuf points les écarts de pension entre femmes et hommes (COR, 2014). L'ouverture de certains dispositifs aux hommes, au nom du principe de non-discrimination, risque toutefois d'en limiter la portée en termes de capacité à réduire les inégalités économiques, notamment au moment de la retraite.

Conclusion

La comparaison entre les cinq pays européens révèle de grandes différences au regard des dispositifs de compensation des inégalités entre femmes et hommes liées à l'investissement parental et familial. Elle montre que les dispositifs actuels sont le résultat d'une longue généalogie de réformes,

et d'arbitrages entre des valeurs et des principes d'action qui dessinent les référentiels des politiques publiques. Le modèle de famille qui a servi de référence lors de la mise en place des systèmes de protection sociale a évolué. Le mariage n'est plus le mode exclusif de vie familiale, le divorce a considérablement augmenté, et le nombre de familles nombreuses a sensiblement diminué. En outre, un nombre croissant de femmes acquièrent des droits propres par leur activité professionnelle. Pour autant, la logique « familialiste » des systèmes de protection sociale hors pays nordiques perdure au-delà des évolutions constatées, ce qui entrave l'avènement d'un modèle de protection plus égalitaire.

En effet, le modèle familial de « monsieur Gagnepain » et de sa femme au foyer qui a servi de référence à la construction du système de retraites est devenu plus ou moins obsolète dans la plupart des pays étudiés ici, bien qu'à des degrés divers. De fait, les femmes sont de moins en moins dépendantes de leur conjoint pour l'acquisition de droits sociaux qu'elles obtiennent par leur travail. Leur statut social « d'ayant droit » tend ainsi à s'estomper. Toutefois, si ce modèle a évolué pour intégrer des dispositifs prenant en compte la spécificité de la carrière professionnelle des femmes, le référentiel perdure au-delà des dispositifs correctifs des inégalités entre femmes et hommes.

Doutrina

CE QUE RÉGLER LES COMPTES VEUT DIRE : LE POINT DE VUE DES CONJOINTS SÉPARÉS *ÉLÉMENTS POUR UNE ÉCONOMIE DE LA RUPTURE*

Caroline Henchoz

Maître d'enseignement et de recherche en Sciences sociales | Université de Fribourg (Suisse)

Pourquoi, malgré un encadrement juridique qui préserve et garantit un certain nombre de droits, il arrive que des ex-conjoints renoncent à y recourir ? Pourquoi certains d'entre eux acceptent des arrangements financiers qui paraissent irrationnels du point de vue juridique ou économique ?

Je l'explique par le fait que les ex-conjoints mobilisent d'autres logiques que les logiques juridiques et économiques pour régler les comptes à la séparation. Celles-ci sont rattachées à la gestion du lien humain, et notamment du lien conjugal et/ou parental. Elles sont centrales à appréhender, car elles ont des conséquences économiques non négligeables. Pour les saisir, il est nécessaire d'en retracer la généalogie. La première partie de cette contribution présente les principes de fonctionnement de l'économie matrimoniale. Elle nous permettra de mieux comprendre les principes mobilisés durant la rupture pour établir de nouveaux arrangements financiers, ce qui constituera la seconde partie de l'exposé. Enfin, le troisième volet porte sur l'évolution de cette économie de la séparation, car contrairement au principe du *clean break* soutenu par le droit, les règlements de comptes ne sont pas toujours définitifs.

Pour développer cette thèse, je m'appuierai notamment sur les recherches et échanges interdisciplinaires développés dans le cadre du programme ATIP Jeunes Chercheurs auquel j'ai participé entre

2005 et 2008. Ce programme, financé par le CNRS et dirigé par Agnès Martial, portait sur « le partage au sein des couples : normes juridiques et usages sociaux de l'argent et des biens (France, Belgique, Québec, Suisse) ». Pour ma part, j'ai plus particulièrement développé le volet suisse, c'est pourquoi, si je reprends les contributions inhérentes à plusieurs contextes nationaux afin de dresser des constats qui puissent avoir un certain degré de généralité, quelques exemples portent plus particulièrement sur la situation helvétique.

L'économie matrimoniale¹

Sans vouloir en dresser la liste exhaustive, voyons quels sont les principes informels de fonctionnement de l'économie matrimoniale qui auront des conséquences sur la manière dont les couples font les comptes lors de la séparation.

¹ Les différents points abordés dans cette partie sont la synthèse de travaux antérieurs : Caroline HENCHOZ, *Le couple, l'amour et l'argent. La construction conjugale des dimensions économiques de la relation amoureuse*, Paris: L'Harmattan, 2008, (Questions sociologiques); «Le bien-être économique à travers genre et générations : analyse par l'usage conjugal de l'argent», dans Anne-Françoise PRAZ / Sylvie BURGNARD, dir., *Genre et bien-être, Questionner les inégalités*, Zürich: Seismo, 2011, (Questions de genre), 65-83; « La production quotidienne de l'amour en Suisse et au Québec : comptabilités intimes », *Sociologie et sociétés*, 46/1 (2014) 17-36.

Le principe² du désintéressement et les représentations de l'amour contemporain

L'amour, en tant qu'émotion jamais compromise par des intérêts égoïstes ou financiers, occupe une place centrale dans nos représentations³. Or ces représentations ont des effets très concrets, car elles influencent les pratiques économiques. Ainsi, les conjoints discutent très peu des conséquences financières que peuvent avoir leurs choix sur le bien-être et le niveau de vie de l'un et de l'autre. Sans information contradictoire, ils présupposent que, dans un couple aimant, chacun prend déjà en compte les intérêts et les besoins de l'autre sans qu'il soit nécessaire de les lui rappeler. Revendiquer ses intérêts personnels reviendrait à convenir que la relation ne suit pas un des principes centraux de l'amour romantique contemporain. Ce serait douter des sentiments de l'autre, car selon nos représentations de l'amour, si l'autre m'aime, il est censé tenir compte de moi. C'est seulement lorsque le lien conjugal change de nature, et qu'il n'est plus défini comme de l'amour, que les intérêts personnels s'expriment plus explicitement.

Le principe de confiance

Mettre de côté ses intérêts personnels, c'est aussi exprimer sa confiance dans la relation et dans son conjoint. En offrant des garanties en cas de

séparation (protection légale des enfants, versement de prestations compensatoires, etc.), le cadre juridique encourage le placement de la confiance dans le mariage⁴. La confiance n'a pas pour autant besoin de contrats matrimoniaux, car elle est également inhérente à nos représentations de l'amour. C'est parce que l'on présume que notre partenaire éprouve de l'amour que l'on ressentira de la confiance, car, nous l'avons vu, on suppose que cela le conduira à prendre en considération nos intérêts.

Les conjoints n'ignorent pas les taux élevés de séparation et de divorce, mais en cas de rupture, ils misent sur la capacité de leur lien à résister et sur « l'aptitude » de leur partenaire à « agir avec intégrité »⁵. En ce sens, sans une bonne raison qui le justifierait⁶, l'idée de contractualiser davantage la relation paraît inutile, voire dangereuse, car elle remettrait en question le principe de confiance au fondement de leurs échanges. Ce faisant, les conjoints ne tiennent pas compte du fait que ce principe découle du lien qui les unit, à savoir le lien amoureux, et que si celui-ci disparaît, leurs transactions risquent fort de changer de nature.

Le principe de solidarité et de répartition genrée des responsabilités économiques

La solidarité, notamment économique, est au cœur des relations conjugales. Au début de la relation, chacun gère souvent ses finances de manière indépendante et prend en charge sa part des

² Le terme de « principe » fait référence au fonctionnement d'ensembles vastes comme les économies domestiques. Pour reprendre la définition de Luc BOLTANSKI / Alain THEVENOT dans *De la Justification : les économies de la Grandeur* (1991), il s'agit de principes supérieurs généraux communs, susceptibles de regrouper un certain nombre de « logiques pratiques ». Dans la suite du texte, le terme de « logiques » sera utilisé pour rendre compte des règles et des comportements récurrents que l'on peut voir émerger dans les pratiques des acteurs de la séparation, que ceux-ci soient les conjoints, les représentants de la loi ou les institutions.

³ Mary EVANS, *Love, an Unromantic Discussion*, Cambridge, Polity Press, 2002.

⁴ Gerald W. McDONALD, « Structural Exchange and Marital Interaction », *Journal of Marriage and Family*, 43/4 (1981) 825-839.

⁵ Anthony GIDDENS, *La transformation de l'intimité. Sexualité, amour et érotisme dans les sociétés modernes*, Rodex: Le Rouergue / Chambon, 2004 [1992], 171.

⁶ En Suisse, la principale raison justifiant le régime de séparation des biens est le statut de travailleur indépendant et la volonté de préserver l'autre en cas de faillite (Anne ZIRILLI, *Le couple devant la loi*, Lausanne, Plus, 2006).

dépenses communes, ce qui lui garantit une certaine autonomie individuelle. Il n'est pas rare que les conjoints, lassés de la comptabilité qu'implique une telle indépendance ou encore à l'arrivée des enfants, finissent par se répartir les tâches. Cette répartition s'effectue généralement selon les rôles et les compétences attribuées aux hommes et aux femmes. Dans les classes moyennes, les hommes s'occupent souvent des factures tandis que les femmes gèrent les dépenses courantes. Ce principe de répartition des responsabilités aura des conséquences à la séparation, car cette spécialisation implique que chaque conjoint a une vision partielle de la situation financière du ménage.

L'économie de la séparation

Le divorce conduit à la déstructuration de l'économie matrimoniale et à la mise sur pied d'une nouvelle forme d'économie que j'ai appelé l'économie de la séparation. Cette transition implique différents changements :

Passer du principe du désintérêt à celui du calcul

Lors de la séparation, les principes du désintérêt et de la confiance qui régissaient l'économie matrimoniale sont progressivement remplacés par une dynamique du « déballage ». Il s'agit de mettre à plat les informations, d'explicitier et de spécifier les enjeux et les attentes de chacun ainsi que de calculer précisément les apports et les dus. Avant de régler les comptes, la première étape consiste donc à faire les comptes. Cela implique plusieurs choses : Premièrement, avoir accès à toutes les informations nécessaires. Dans les faits, les conjoints n'ont pas forcément une bonne connaissance des

lois ni une vision globale et complète de leur propre organisation financière. Par exemple, ils n'ont pas toujours conservé les preuves de leurs apports économiques respectifs ou n'ont pas connaissance de tous les actes bancaires de leur partenaire. Deuxièmement, faire les comptes, c'est communiquer. Or le manque de communication et les désaccords sur les questions financières sont parmi les causes principales de la séparation⁷. Le dialogue semble d'autant plus difficile à instaurer qu'il s'agit de discuter de sujets qui n'ont pas été souvent abordés lorsque tout allait bien. Troisièmement, faire les comptes implique d'intégrer dans les calculs des apports non économiques (qui sont surtout fournis par les femmes), comme les soins aux enfants ou la prise en charge du travail ménager. Or leur fixer une valeur monétaire est difficile, car cela a rarement été fait jusque-là⁸.

Dissocier lien affectif et échanges économiques ou le principe du clean break

Désormais, la solidarité qui lie encore les anciens conjoints est réglementée et contrainte par la justice ou par les accords qu'ils négocient. Alors qu'elles ne l'ont jamais fait jusque-là, les personnes séparées sont désormais censées distinguer le lien affectif de l'échange économique. La perception contemporaine du divorce soutenue institutionnellement et socialement implique en effet un lien pacifié où sa propre souffrance est mise de côté pour le bien de l'enfant et la réussite de la

⁷ Jean KELLERHALS / Eric WIDMER, *Familles en Suisse : les nouveaux liens*, Lausanne: Presses polytechniques et universitaires romandes, 2005; Anne LAMBERT, « Des causes aux conséquences du divorce : histoire critique d'un champ d'analyse et principales orientations de recherche en France », *Population*, 64/1 (2009) 155-182.

⁸ Sylvie CADOLLE, « La transformation des enjeux du divorce. La coparentalité à l'épreuve des faits », *Informations sociales*, 2/122 (2005b) 136-147.

rupture⁹. L'injonction est au divorce par consentement mutuel. Il s'agit de régler vite et définitivement les enjeux économiques. Le principe du *clean break*, soit la rupture nette et le règlement définitif des questions financières est d'ailleurs inscrit dans la loi en Suisse. En France, les prestations compensatoires participent aussi de ce principe¹⁰.

Dans les faits, il est extrêmement difficile de distinguer le relationnel et l'émotionnel de l'économique, par exemple lorsque l'argent continue de lier les ex-conjoints autour des enfants¹¹. Au moment d'une rupture, on règle ses comptes au sens propre comme au figuré, l'argent étant parfois le seul médium pour régler ses divergences. En ce sens, faire les comptes, ce n'est pas forcément rompre le lien, c'est aussi et surtout instaurer un nouveau mode de gestion du lien post-conjugal et parental.

152

Ce que régler les comptes veut dire : les logiques sociales à l'œuvre

Comprendre le règlement des comptes lors de la séparation nécessite d'en déceler les logiques sous-jacentes. On peut en relever trois. Les arrangements financiers qui se fondent sur la logique juridique vont s'appuyer sur la législation en vigueur. C'est la logique suivie par les juges. La logique économique est celle du calcul et de l'intérêt personnel. Elle va notamment être défendue par les avocats des parties. Selon la troisième logique, rarement mobilisée pour comprendre les arrangements financiers lors d'une rupture, les individus

sont avant tout des êtres de contacts et d'interactions qui vont adopter des comportements en fonction des liens sociaux qu'ils ont ou souhaitent avoir. Ceux-ci sont parfois qualifiés d'irrationnels, car ils ne se fondent pas sur des logiques économiques ou juridiques mais sur des logiques relationnelles. On peut les regrouper en deux types :

Les logiques rattachées au lien post-conjugal

Les arrangements financiers conclus peuvent dépendre des liens que les ex-partenaires souhaitent maintenir, ou non, entre eux après la séparation. Ainsi, pour conserver une bonne relation avec son ex-conjoint, certaines personnes vont préférer s'arranger sans recourir au droit perçu comme peu propice au dialogue et à la préservation d'une bonne entente¹², même si cela se fait au détriment de leurs intérêts personnels. À l'inverse, d'autres vont adopter les comportements financiers qui permettront de réduire au maximum, voire de rompre, tout lien avec l'ex-conjoint, au prix parfois d'un sacrifice financier important. Pour se préserver psychologiquement ou de violences physiques, d'autres encore vont refuser de recourir aux lois pour défendre leurs droits¹³. Chez les couples aisés, cette logique peut conduire à la mise en place d'une organisation matérielle autour de l'enfant qui réduit au minimum les échanges entre les foyers et la nécessité de compter, par exemple en ayant tous les équipements à double¹⁴.

⁹ Sylvie CADOLLE, « La transformation des enjeux du divorce », Irène THIÉRY, *Le mariage. Justice et vie privée*, Paris: Odile Jacob, 1993.

¹⁰ Bernard DUTOIT / Raphaël ARN, *Le divorce en droit comparé: Europe*, 2000, 20.

¹¹ Agnès MARTIAL, « L'entretien de l'enfant au sein des constellations familiales recomposées », *Enfances, Familles, Générations*, 2 (2005) 39-56.

¹² Ingrid VOLÉRY, « Le « couple relationnel » à l'épreuve des partages financiers : séparation conjugale, entretien de l'enfant et inégalités sexuelles », dans *Aimer et compter? Droits et pratiques des solidarités conjugales dans les nouvelles trajectoires familiales*, Hélène BELLEAU / Agnès MARTIAL, Québec: Presses de l'Université du Québec, 2011, 203-224.

¹³ Sylvie CADOLLE, « Partages entre pères et mères pour la résidence en alternance des enfants et recomposition des rôles de genre ».

¹⁴ Agnès MARTIAL, « L'entretien de l'enfant au sein des constellations familiales recomposées », *Enfances, Familles, Générations*, 2 (2005) 39-56.

Les secondes logiques que l'on peut déceler dans les pratiques économiques concernent la définition du lien conjugal que l'on souhaite mettre en place après la rupture. Dans la logique de la dette, un des conjoints va agir de manière à réparer une faute morale. Certains arrangements financiers, comme le fait de payer plus que ne l'impose le cadre légal ou de refuser de demander la garde partagée, car on estime que cela ferait encore davantage souffrir son ex-partenaire, peuvent ainsi être considéré comme un moyen très concret de « se racheter ». La logique inverse, celle du don, peut avoir des effets similaires. Pour certains, la séparation n'éteint pas le sentiment de solidarité éprouvé. Par conséquent, ils sont prêts à payer plus que ce qui est prévu ou demandé, car ils prennent en compte la situation économique de leur ex-conjoint¹⁵.

Enfin, on peut déceler une dernière logique, celle de l'égalité. Dans les faits, elle se traduit diversement. Elle peut consister en l'établissement d'une comptabilité très précise au moment de la rupture afin de s'assurer que l'un ne tire pas profit de l'autre. Chez les femmes, elle se conjugue parfois avec l'autonomie : il s'agit alors de ne pas dépendre financièrement de son ex-partenaire et de s'assumer seule¹⁶.

Les logiques rattachées au lien parental ou la traduction indigène de l'intérêt de l'enfant

Certaines logiques structurant les arrangements financiers lors de la séparation ne sont pas rattachées au couple mais à l'enfant dont on souhaite préserver au mieux les intérêts.

On retrouve par exemple la logique de l'égalité. Il s'agit cette fois-ci d'appliquer la norme égalitaire aux rôles parentaux dans une volonté de prise en charge égalitaire des enfants, par exemple par la résidence alternée.

Dans la logique de la préservation de la relation parentale, c'est le maintien du lien parental qui est privilégié parfois au détriment de l'aspect économique. Certaines femmes vont par exemple renoncer à réclamer des pensions non versées ou en retard de manière à préserver la relation entre l'enfant et son père¹⁷. Dans un contexte comme la Suisse où, avant 2014, l'autorité parentale conjointe n'était pas majoritairement octroyée¹⁸, certains pères étaient prêts à « acheter » l'accord de leur ex-conjointe quant au droit de garde alternée en payant des contributions d'entretien bien au-dessus des exigences de la loi.

Dans la logique de la compétence parentale, il s'agit moins de préserver le lien parent-enfant que d'attribuer la garde des enfants à celui dont on es-

153

¹⁵ Agnès MARTIAL, « L'entretien de l'enfant au sein des constellations familiales recomposées »; Ingrid VOLÉRY, « Le « couple relationnel » à l'épreuve des partages financiers : séparation conjugale, entretien de l'enfant et inégalités sexuées », dans *Aimer et compter? Droits et pratiques des solidarités conjugales dans les nouvelles trajectoires familiales*, Hélène BELLEAU / Agnès MARTIAL, Québec: Presses de l'Université du Québec, 2011, 203-224.

¹⁶ Sylvie CADOLLE, « Partages entre pères et mères pour la résidence en alternance des enfants et recomposition des rôles de genre »; Ingrid VOLÉRY, « Le « couple relationnel » à l'épreuve des partages financiers : séparation conjugale, entretien de l'enfant et inégalités sexuées ».

¹⁷ Agnès MARTIAL, « L'entretien de l'enfant au sein des constellations familiales recomposées », *Enfances, Familles, Générations*, no 2, 2005, pp. 39-56; Ingrid VOLÉRY, « Le « couple relationnel » à l'épreuve des partages financiers : séparation conjugale, entretien de l'enfant et inégalités sexuées », dans *Aimer et compter? Droits et pratiques des solidarités conjugales dans les nouvelles trajectoires familiales*, Hélène BELLEAU / Agnès MARTIAL, Québec: Presses de l'Université du Québec, 2011, 203-224.

¹⁸ Selon l'Office fédéral de la statistique suisse, en 2010, l'autorité parentale conjointe n'a été attribuée que dans 45% des cas. Dans plus de 50%, les droits de garde ont été confiés uniquement à la mère et dans moins de 4% au père (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/01/06/blank/data/03.html>, consulté le 1.6.16).

time qu'il a le plus de compétences en la matière. Certaines mères sont ainsi prêtes à accepter des sacrifices financiers plutôt que de perdre la garde de leur enfant¹⁹. Cette logique est plutôt en défaveur des hommes dans un système traditionnel qui identifie ces compétences à la figure féminine. Ainsi, un père qui demande la garde alternée alors qu'il a été jusqu'à présent peu impliqué auprès de ses enfants peut être soupçonné de le faire pour réduire ses contributions financières plutôt que pour le bien-être de ces derniers²⁰.

Ces différentes logiques évoluent selon les parcours individuels et les événements rencontrés. Elles peuvent être mobilisées différemment selon les objets sur lesquels on négocie. Les mettre à jour permet toutefois de mieux comprendre les choix opérés, et peut-être aussi de faciliter l'ouverture d'un dialogue entre des ex-conjoints qui ne poursuivent pas forcément les mêmes objectifs en termes de nouveaux liens à construire.

L'économie de la séparation : une économie en évolution

Contrairement au principe du *clean break* qui présuppose un règlement définitif, les arrangements économiques contractés au moment de la rupture n'ont, dans les faits, rien d'irrévocable. Un certain nombre de raisons ou d'événements conduisent en effet les ex-conjoints à les remettre en question.

Les premières raisons sont juridiques : il peut y avoir retour en justice si les accords contractés ne sont pas tenus. Les secondes sont d'ordre éco-

nomique. Les pensions, calculées prioritairement en regard du revenu du débiteur s'avèrent parfois inadaptées, car elles ne prennent pas en compte le coût réel de l'enfant. Les frais rattachés à certaines activités qui étaient autrefois intégrées dans le travail domestique (garde des enfants par ex.) peuvent avoir été sous-estimés²¹. En outre, la poursuite d'une répartition sexuée des rôles dans le soin des enfants conduit parfois les mères à endosser davantage de charges que leur ex-conjoint, notamment en ce qui concerne les frais courants, les dépenses médicales ou scolaires²². Enfin, la résidence en alternance, considérée comme une bonne solution en début de séparation, peut par la suite s'avérer trop coûteuse financièrement ou psychologiquement²³.

Les arrangements financiers se modifient aussi pour d'autres raisons qui sont liées au parcours de vie et au vieillissement de l'enfant. Plus âgé, celui-ci peut se substituer à l'un de ses parents pour négocier les contributions économiques de l'autre, ce qui parfois a l'avantage de désamorcer des conflits²⁴ et peut conduire à des participations plus équilibrées, car l'argent ne passe plus par l'ex-conjoint²⁵.

Les dernières raisons sont liées à l'arrivée de nouveaux acteurs dans les configurations familiales. Par exemple, la logique de la solidarité qui

¹⁹ Sylvie CADOLLE, «Partages entre pères et mères pour la résidence en alternance des enfants et recomposition des rôles de genre», dans *Aimer et compter? Droits et pratiques des solidarités conjugales dans les nouvelles trajectoires familiales*, Hélène BELLEAU / Agnès MARTIAL, Québec: Presses de l'Université du Québec, 2011, 163-182.

²⁰ «Partages entre pères et mères».

²¹ Ingrid VOLÉRY, «Le «couple relationnel» à l'épreuve des partages financiers : séparation conjugale, entretien de l'enfant et inégalités sexuelles».

²² Sylvie CADOLLE, «Partages entre pères et mères pour la résidence en alternance des enfants et recomposition des rôles de genre», *ibid.*

²³ Sylvie CADOLLE, «La transformation des enjeux du divorce. La coparentalité à l'épreuve des faits », *Informations sociales*, 2/122 (2005b) 136-147

²⁴ Agnès MARTIAL / Agnès FINE, «L'argent dans les familles recomposées après divorce », *Journal du droit des jeunes*, 4/214 (2002) 35-38

²⁵ Agnès MARTIAL, «L'entretien de l'enfant au sein des constellations familiales recomposées », *Enfances, Familles, Générations*, 2 (2005) 39-56

sous-tendait les contributions économiques versée à l'ex-conjoint peut être remise en question lorsque celui-ci se remet en couple et que le débiteur a le sentiment que son versement profite au nouveau partenaire. Lors des remises en couple dans les milieux modestes, Agnès Martial²⁶ observe l'apparition de ce qu'on peut qualifier de nouvelle « logique ». Selon cette nouvelle logique, que nous appellerons de substitution, le père délègue implicitement au beau-père le rôle de pourvoyeur de ressources pour son ex-femme et ses enfants. Cette logique est également sous-jacente à l'article 130 du code civil suisse. Le remariage et le concubinage, qui selon la jurisprudence s'apparente au mariage après 5 ans de vie commune stable²⁷, conduisent en effet à la fin de la pension alimentaire pour l'ex-époux/épouse. Enfin, le nouveau conjoint peut également intervenir sur l'économie post-conjugale mise en place. Sylvie Cadolle²⁸ a ainsi souligné le rôle central de la belle-mère qui peut être réticente à voir une partie du budget du ménage partir dans des contributions aux enfants d'un premier lit, et ce d'autant plus lorsqu'elle-même a un enfant avec le père.

Conclusion

Il existe différentes manières de considérer les règlements de comptes au moment de la séparation. De manière un peu caricaturale, sous l'angle du « juridisme », ils sont perçus comme une simple question d'application des lois ; sous l'angle de

« l'économisme », c'est une question de gros sous et d'intérêt personnel ; et sous l'angle du « psychologisme juridique », que certains estiment de plus en plus populaire²⁹, ils sont le produit de conflits interindividuels. Il ne s'agit pas ici de dire que ces lectures sont fausses mais d'en suggérer une autre qui peut s'avérer complémentaire et utile pour comprendre certaines décisions et tensions entre les ex-conjoints. Les règlements de comptes au moment de la séparation peuvent aussi être considérés comme la mise sur pied d'une nouvelle économie domestique dont la configuration va dépendre du mode de gestion des liens intimes qui va être mis en place. En ce sens, la rupture n'est pas la fin mais une étape parmi d'autres d'un processus social et familial. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous avons vu quelques logiques pratiques rattachées aux liens sociaux, que ce soit aux liens entre les ex-conjoints, avec les enfants ou encore avec les nouveaux acteurs impliqués dans la configuration post-séparation. Ces logiques sont centrales pour comprendre comment se règlent les comptes. Elles permettent d'expliquer des comportements qu'on pourrait qualifier à première vue d'irrationnels. Prendre en compte les logiques relationnelles revient également à intégrer une dimension temporelle dans notre appréhension. L'économie mise en place au moment de la séparation dépend de ce qu'a été l'économie matrimoniale mais aussi du type de liens que l'on souhaite instaurer après la rupture. Enfin, tenir compte des liens implique également de revenir sur le postulat d'un arrangement définitif, car ceux-ci évoluent constamment.

²⁶ « L'entretien de l'enfant au sein des constellations familiales recomposées ».

²⁷ ATF 116 II 394, JT 1993 I 2, voir CENTRE SOCIAL PROTESTANT, *Familles recomposées. Un guide juridique*, Lausanne: La Passerelle, 2005, 32.

²⁸ Sylvie CADOLLE, « C'est quand même mon père! ». La solidarité entre père divorcé, famille paternelle et enfants adultes », *Terrain. Revue d'ethnologie de l'Europe*, 45 (2005a) 83-96.

²⁹ Anne LAMBERT, « Des causes aux conséquences du divorce : histoire critique d'un champ d'analyse et principales orientations de recherche en France », *Population*, 64/1 (2009) 155-182, p. 169.

