

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Lindinalva Ramos Spencer

ALIMENTOS DECORRENTES DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Porto Alegre
2012

Lindinalva Ramos Spencer

ALIMENTOS DECORRENTES DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Monografia apresentada á Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura

Porto Alegre
2012

Ao meu noivo e grande amor, pela paciência, compreensão, que mesmo longe dedicou horas do seu tempo para me consolar nos momentos mais difíceis da minha vida.

A ti ofereço todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

À minha Avó, pela bênção de cada dia. Por fazer de mim a pessoa que sou hoje.
Amo-te.

As meus pais, pela dádiva da vida. Recebam o meu eterno amor.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela oportunidade de proporcionar a realização de sonhos de jovens como eu.

Ao meu ilustre Professor Jamil, pela orientação, pelas aulas que mais gostei na faculdade e que encorajaram o desenvolvimento desse trabalho.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objeto de estudo a análise dos alimentos decorrentes do casamento e da união estável. O principal objetivo é pesquisar o instituto da obrigação alimentar decorrente da dissolução do casamento e da união estável, com base na doutrina, legislação e jurisprudência brasileira. Para tanto, se fez um breve relato da sua origem e evolução no Direito brasileiro ao longo do tempo, bem como, seu aperfeiçoamento diante das constantes mudanças ocorridas na sociedade moderna.

Na primeira parte, aborda-se alguns dos aspectos gerais da obrigação alimentar, como o seu conceito, a sua natureza jurídica, suas características e pressupostos.

Na segunda parte, busca-se analisar a obrigação alimentar decorrente do casamento, e da união estável, e ao final, analisar os alimentos nas uniões homoafetivas.

Palavras-chave: Alimentos. Obrigação alimentar. Cônjuges. Companheiros.

ABSTRACT

The current monograph has as its object of study the analysis of resulting aliments from marriage and stable relationship. The main goal of studying the maintenance institute was based on searching Brazilian doctrine, legislation and jurisprudence. Therefore, it was made a brief description of its origin and evolution in Brazilian law over time, as well as its improvement given the constant changes that occurs in modern society.

In the first section, it is discussed about some general aspects of maintenance obligation, as its concept, legal character, aspects and assumptions.

The second section seeks to analyze the resulting maintenance obligation from marriage and stable relationships, and at the end, analyze aliments in homo-affective marriages.

Keywords: Alimony. Maintenance. Spouses. Companions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR- ASPECTOS GERAIS	11
1.1 CONCEITO	11
1.2 NATUREZA JURÍDICA.....	13
1.3 CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.....	14
1.4 PRESSUPOSTOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.....	24
2 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ENTRE OS CÔNJUGES OU COMPANHEIROS	28
2.1 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DECORRENTE DO CASAMENTO	28
2.2 CASAMENTO NULO OU ANULÁVEL E O DEVER DE ALIMENTOS.....	29
2.3 CASAMENTO PUTATIVO E O DEVER DE ALIMENTOS ENTRE CÔNJUGES.....	31
2.4 ALIMENTOS NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO	33
2.5 ALIMENTOS NA SEPARAÇÃO DE FATO	39
2.6 ALIMENTOS E CULPA PELO FIM DO VÍNCULO AFETIVO	42
2.6.1 Alimentos decorrentes da união estável.....	46
2.6.2 O reconhecimento da união estável como entidade familiar	48
2.6.3 Os requisitos para a concessão dos alimentos	50
2.6.4 Alimentos e a diferença entre união estável e casamento	54
2.6.5 Renúncia dos alimentos no casamento e na união estável	55
2.6.6 Extinção da obrigação alimentar	61
2.7 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS.....	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS.....	75

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre os alimentos decorrentes do casamento e da união estável.

Num primeiro momento iremos desenvolver a origem e a evolução da obrigação alimentar no Direito brasileiro.

O dever de prestar assistência em favor de quem necessite, atribuído àquele que se encontra em condições de prestá-los era inicialmente um dever moral baseado na solidariedade humana, porém paulatinamente foi se transformando em obrigação jurídica.

Conforme observa Yussef Cahali, a doutrina mostra-se uniforme no sentido de que a obrigação alimentar fundada nos vínculos familiares não é mencionada nos primeiros momentos da legislação romana. O único vínculo existente entre os integrantes da família seria o vínculo derivado do pátrio poder. O *pater familias* concentrava em suas mãos todos os direitos, sem que qualquer obrigação o vinculasse aos seus dependentes, tais dependentes não poderiam exercitar contra o titular do *pátrio poder* nenhum tipo de pretensão de caráter patrimonial, como a dos alimentos¹.

No Direito Romano, a obrigação alimentar era fundada nas convenções, no testamento, na relação familiar, na relação de patrono e na tutela.

Não se pode afirmar com precisão a partir de qual momento histórico passou a ser reconhecida a obrigação alimentar no contexto familiar.

Segundo leciona Cahali, teria sido a partir do principado em concomitância com a progressiva afirmação de um conceito de família em que o vínculo de sangue ganhou maior importância quando então o dever moral de socorro se transforma paulatinamente em obrigação jurídica própria, ou seja, em direito alimentar².

Isto é, teve início quando o vínculo de sangue ganhou maior importância, onde aquele direito moral de socorro transforma-se em um dever jurídico.

Só no direito justinianeu, é que ocorre o reconhecimento da obrigação alimentar na relação de parentesco em linha reta sem limitação de grau. Admite-se que houve a sua extensão, também, à linha colateral. Acrescenta-se que, nesta

¹ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

² Ibidem, p. 42.

época, havia divergência quanto ao dever de alimentos entre cônjuges, visto que a mulher tinha direito a alimentos e o marido não, mas esse entendimento não é pacífico na doutrina.

No direito canônico a igreja alargou a concepção do pagamento de alimentos, estendendo este inclusive à esfera das relações extrafamiliares.

Além da obrigação alimentar decorrente do vínculo de sangue, estabeleceu-se uma nova obrigação alimentar de caráter quase religioso, como o clericalato, o monastério e o patronato. Estabeleceu-se também uma obrigação alimentar recíproca entre cônjuges, isso devido a uma definição sacramental do casamento dado pelo direito canônico. Havia um questionamento dos canonistas quanto ao dever de prestar alimentos entre tios e sobrinhos, ou entre padrinho e o afilhado, isso em razão do vínculo espiritual. Portanto segundo a igreja a obrigação de prestar alimentos derivaria do vínculo espiritual e não do vínculo de sangue, como aconteceu no direito romano. Não houve avanço desse entendimento restando apenas a obrigação decorrente do vínculo de sangue³.

Disso extrai-se que, no tocante à obrigação de prestar alimentos no contexto familiar, não há um marco histórico preciso do seu surgimento.

Segundo leciona Yussef Cahali no contexto do direito brasileiro, com as Ordenações Filipinas já havia dispositivos que tratavam da obrigação alimentar com mais delimitação. Tal dispositivo encontrava-se no Liv.1 Tít. LXXXVIII, 15, onde havia disposição a respeito da obrigação alimentar dos órfãos e no Liv. 1, Tít. LXXXVIII, 11, que cuidava da assistência devida aos filhos ilegítimos. O citado autor faz alusão a um documento que considera o mais importante, que é o assento de 09.04.1772, onde se proclamava o seguinte “ser dever de cada um alimentar e sustentar a si mesmo”, portanto fazendo exceções ao princípio da obrigação alimentar⁴.

Com o Código Civil de 1916 em seu artigo 231, incisos III e IV, regulamentou-se a obrigação alimentar familiar como efeito jurídico do casamento, dando aos cônjuges o dever de mútua assistência, e de sustento, guarda e educação dos filhos, entre outros dispositivos que tratavam da obrigação alimentar.

Isso também se consagrou com a Lei do Divórcio nº 6.515/1977, na qual estabeleceu que o dever de prestar os alimentos fosse recíproco, mas com ressalva

³ CAHALI, 2009, p. 44.

⁴ Ibidem, p. 45.

expressa de que o culpado pela separação pagava alimentos ao cônjuge inocente. Isso contrapõe a visão histórica, onde o dever de prestar alimentos cabia unicamente ao ex-marido, mas da mulher se exigia a sua honestidade para receber tal benefício. Portanto, na lei do Divórcio se discute a culpa pela separação, em que o culpado pela separação está obrigado a prestar alimentos ao inocente, sem, no entanto poder pleiteá-los em relação ao cônjuge inocente.

Verifica-se nas legislações que regulamentou o instituto da união estável, leis 8.971/1994 e 9.278/1996, que os companheiros gozavam de privilégios, se comparado com o instituto do casamento, pois em relação aos companheiros não se discutia a culpa pelo fim do convívio.

Com o advento do novo Código Civil, havia uma expectativa de reforma do instituto dos alimentos, de forma mais sistematizada e atualizada. Mas, o esperado não aconteceu, seja pela demora na criação ou aprovação do código, sejam pelas grandes inovações no ramo de direito de família.

Na parte I do trabalho, aborda-se os aspectos gerais da obrigação alimentar, apresentando o conceito de alimentos, a natureza jurídica da obrigação alimentar, suas características e pressupostos.

Na parte II do trabalho, aborda-se a obrigação alimentar decorrente do casamento, da união estável, e das uniões homoafetivas.

1 A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR- ASPECTOS GERAIS

Na primeira parte deste trabalho debruçaremos sobre aspectos gerais da obrigação alimentar, tais como: conceito, natureza jurídica, características e pressupostos.

1.1 CONCEITO

O ser humano por sua essência é carente de necessidades, desde o seu nascimento até à morte. Todos nós precisamos um do outro para sobreviver, tanto no aspecto moral quanto material. Nesse contexto, fica clara a necessidade de receber alimentos, como sendo um fator principal para a sobrevivência.

Quando da sua inovação, o Código Civil, não houve preocupação em conceituar os alimentos, porém restaram resquícios no seu artigo 1.920 (“o legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”); sobre o conteúdo dos alimentos, daí se pode extrair um conceito do que seriam.

A doutrina se encarregou de conceituar os alimentos.

Nos dizeres de Sílvio Venosa, os alimentos podem ser entendidos como “tudo aquilo necessário para a sua subsistência”. Salienta o autor que, os alimentos na linguagem jurídica possuem um significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução⁵.

Na mesma linha de raciocínio, afirma Pontes de Miranda: “Juridicamente os alimentos compreendem tudo o que necessário ao sustento, à habitação, à roupa, ao tratamento de moléstias”⁶.

Na concepção de Orlando Gomes, alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Tem por finalidade fornecer ao alimentando, o necessário para manter-se com dignidade⁷.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 2ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. Estudo comparado com o Código Civil de 1916. São Paulo: Editora Atlas, 2002, v. 6, p. 357.

⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Ed. atual. por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2001, v. 3, p. 251.

⁷ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. atual. de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 427.

A questão dos alimentos está inteiramente associada ao direito de exigí-los e de prestá-los, marcando, desse modo, o caráter assistencial desse instituto.

Observa-se que os alimentos na linguagem jurídica compreendem não só a obrigação de prestá-los em favor de quem não tem condições de provê-los por si só, como também o conteúdo da obrigação a ser prestada, que envolve alimentação, habitação, vestuário, assistência médica, educação, lazer, etc.

No direito houve uma larga abrangência da acepção técnica dos alimentos, compreendendo aqui não só o indispensável à sobrevivência, como também o necessário à manutenção da condição social do alimentando. Com efeito, dispõe o Código Civil no artigo 1.694 “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Para se chegar a um conceito jurídico basta associar aos alimentos uma idéia de obrigação, que é imposta a alguém em razão de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem necessite. Portanto, a obrigação alimentar é a que é juridicamente imposta a alguém para assegurar o sustento de outro.

Na concepção de Yussef Cahali, "a palavra “alimentos” vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer os reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si”⁸.

O Código Civil disciplina dois tipos de alimentos, os *necessários* ou *naturais*, que são aqueles que possuem alcance limitado, compreendendo estritamente o necessário para a subsistência, e os alimentos *civis* ou *côngruos*, que incluem os meios suficientes para a satisfação de todas as outras necessidades básicas do alimentando, segundo as possibilidades do obrigado.

Não há na doutrina entendimento diverso do que já foi exposto, pois todos entendem que alimentos são prestações ou a obrigação que uma pessoa tem para com outra no sentido de ajudar-lhe a manter a sua subsistência, através de bens materiais ou patrimoniais.

⁸ CAHALI, 2009, p. 15.

1.2 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da obrigação alimentar é questão bastante controvertida na doutrina. Originariamente a obrigação alimentar, não passava de um dever moral, baseado na solidariedade, que no direito romano se expressava na equidade no “*officium pietatis*”, ou na “*caritas*”.

Nesse ponto afirma Arnaldo Rizzardo: “No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando a sua origem no próprio direito natural”.⁹

Nas palavras de Maria Helena Diniz, autores como Ruggiero, Cicu e Giorgio Bo consideram que os alimentos tem sua natureza no direito pessoal extrapatrimonial, em virtude do seu fundamento ético-social. Tal posição é sustentada com base na concepção de que o interesse do alimentado não é econômico, uma vez que este recebe alimentos precisamente por não prover de meios para fornecer a seu próprio sustento razão pela qual não aumenta o seu patrimônio, nem tampouco serve de garantia aos seus credores. Os alimentos apresentam como uma das manifestações do direito à vida, que é *personalíssimo*¹⁰.

Outros autores como Orlando Gomes, acreditam que os alimentos têm natureza *patrimonial e finalidade pessoal*, pois a obrigação alimentar apresenta-se como uma relação de crédito-débito, isto é, o alimentando pode exigir do alimentante uma prestação econômica¹¹.

Prepondera o entendimento daqueles que, como Orlando Gomes, atribuem-lhe natureza mista, qualificando-o como um direito de conteúdo patrimonial e finalidade pessoal¹².

Como sabemos a dívida de alimentos pode provir de várias fontes, quais sejam:

a) A prestação de alimentos pode decorrer da vontade das partes ou através de contrato ou de testamento. Sendo a primeira muito rara de acontecer, salvo, com

⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 717.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/01/2002) e o projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva 2006, v. 5: Direito de família, p. 596.

¹¹ Ibidem, p. 556.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 500.

certa frequência nos casos de separações consensuais, em que partes convencionam a pensão a ser dada. O segundo caso ocorre quando o testador impõe aos herdeiros a obrigação de prestar alimentos a um legatário¹³.

b) O dever de prestar alimentos pode decorrer de um ato ilícito, dessa vez de cunho indenizatório. O caso típico utilizado pela doutrina para ilustrar tal fato é quando o agente dá causa ao homicídio da vítima. O homicida fica sujeito a prestar alimentos às pessoas a quem a vítima os devia; conforme estabelece o art. 948 do Código Civil de 2002, “no caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações”: “II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”¹⁴.

A prestação de alimentos, também, pode emanar da lei, como ocorre nas hipóteses do art. 1.694 e seguintes do Código Civil. Tal dispositivo é que fundamenta a obrigação alimentar decorrente do parentesco, do casamento e da união estável.

1.3 CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Inúmeras são as características desse instituto, mas apenas algumas vêm recebendo novas interpretações. Dentre as características, que não são *numerus clausus* cabe frisar aqui as que consideramos mais relevantes.

Direito Personalíssimo. É característica fundamental da qual decorrem as demais. Os alimentos possuem um caráter personalíssimo, visto que são destinados à manutenção da vida, e da vida com dignidade de determinada pessoa. A obrigação alimentar é fixada tendo em conta a situação do alimentante e do alimentando, considerando as circunstâncias de cada um. Portanto, é direito pessoal intransferível. Intimamente ligado a esta característica estão as da impenhorabilidade, incredibilidade e incompensabilidade¹⁵.

¹³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva 2008, v. 6, p. 376.

¹⁴ *Ibidem*, p. 376.

¹⁵ ALIMENTOS - CARÁTER PERSONALÍSSIMO - CRÉDITO - SUB-ROGAÇÃO - INADMISSIBILIDADE. Dado o caráter personalíssimo dos alimentos, inadmissível a sub-rogação no crédito relativo aos mesmos, eis que a sua titularidade não se transfere a outrem, seja por negócio jurídico, seja por fato jurídico. (MINAS GERIAS. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 000.183.781-4/00. Relator: Des. Antônio Hélio Silva. Belo Horizonte, 5 set. 2000).

Indisponibilidade: incedibilidade, incompensabilidade e impenhorabilidade dos alimentos.

Em decorrência do caráter personalíssimo, os alimentos não podem ser cedidos, compensados ou penhorados.

Conforme assinala Sergio Gischkow Pereira, a incedibilidade diz respeito a alimentos futuros ou vincendos, pois os alimentos vencidos não se diferenciam de um crédito comum; por conseguinte, podem ser objetos de uma cessão de crédito¹⁶.

A lei expressamente ressalva que as obrigações alimentares não se compensam¹⁷. Sendo assim, não pode o devedor de alimentos, optar por compensar ou debitar nos créditos alimentícios uma dívida pessoal do credor, tendo ou não as dívidas a mesma natureza, pois se privaria o alimentando dos meios da sua sobrevivência. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo ponderações quanto ao princípio da incompensabilidade¹⁸. Assim, Sílvio de Salvo Venosa¹⁹ e

¹⁶ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família:** aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 157.

¹⁷ O art. 373 do Código Civil veda expressamente a compensação em se tratando de dívida de alimentos, dispondo o seguinte: “A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto: II - se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos”.

¹⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. REGRA DA INCOMPENSABILIDADE DOS ALIMENTOS. Não se aplica o princípio geral da incompensabilidade dos alimentos quando o alimentante pagou no mês subsequente ao vencido valor maior que o devido, pois se entende que tal pagamento a maior se deu para adimplemento do mês anterior vencido. Não se trata, no caso, propriamente de compensação (situação em que concorrem de cada lado, duas pessoas na condição simultânea de credor e devedor), mas de simples abatimento de valor pago, no caso posteriormente ao vencimento. Ademais, mesmo que de compensação se tratasse, o inc. II do art. 373 do Código Civil somente a veda em relação à verba alimentar com relação dívida que tenha causa diversa, o que não ocorre aqui, por evidente. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70048184592. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 24 maio 2012). AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. ALIMENTOS PRESTADOS IN NATURA- Os valores pagos in natura foram revertidos diretamente em favor dos menores, que se beneficiaram dos mesmos, sendo certo que as atividades pagas pelo exequente se encontram perfeitamente enquadrados na concepção jurídica de alimentos, se tratando, pois, de despesas necessárias ao sustento e desenvolvimento dos alimentados.- Em homenagem ao princípio da boa-fé, deve-se permitir, na espécie, a compensação dos alimentos pagos in natura, vez que a execução de valores já pagos caracterizará enriquecimento sem causa por parte dos beneficiários.- O princípio da não-compensação de dívida alimentar deve ser aplicado com ponderação. No caso dos autos, tal princípio deve ser mitigado, a fim de obstar o enriquecimento sem causa dos alimentados. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 9ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 0023933-80.2012.8.19.0000. Relator: Des. Carlos Santos de Oliveira. Rio de Janeiro, 12 jun. 2012).

¹⁹ Venosa entende que deve-se admitir a compensação com prestações de alimentos pagas a mais, tanto para os provisórios, como para os definitivos. (VENOSA, 2002, p. 366).

Yussef Cahali²⁰, sustentam a hipótese de compensação de alimentos pagos a mais, quer no tocante a alimentos provisórios, quer nos definitivos.

A impenhorabilidade dos alimentos está expressamente prevista no art. 1.707 do Código Civil e no art. 649, IV, do Código de Processo Civil. Porque destinado à sobrevivência, o crédito alimentício é insuscetível de penhora, pois eventual penhorabilidade anularia a finalidade desse instituto, qual seja o de promover o sustento e a manutenção da vida com dignidade. Sendo assim, é inadmissível que credores privem o necessitado do valor que assegura a sua própria sobrevivência²¹.

Entretanto, a doutrina preconiza algumas ressalvas em relação ao princípio da impenhorabilidade.

Conforme sustenta Rodrigo da Cunha Pereira, a impenhorabilidade comporta exceções, quais sejam: “a penhora dos bens adquiridos com o valor da pensão alimentícia, e a penhora de parte deles, desde que preservados os alimentos naturais, tendo em vista que estaria inserida no valor total da pensão alimentícia uma parcela que não é destinada à sobrevivência”. Desse modo, restaria assegurada a subsistência do alimentado, mas não o ostentado padrão social. Ainda, segundo o mencionado autor é possível penhorar valores acumulados, isto é, valores de prestações vencidas e não pagas que tenham perdido o caráter de sobrevivência, transformando-se em um crédito comum²².

No mesmo sentido discorre Orlando Gomes:

Pretende-se que a proteção legal não se estenda á totalidade do crédito, no pressuposto de que, prestados os alimentos civis, há sempre uma parte que não corresponde ao *necessarium vitae*. Os alimentos são impenhoráveis no estado de crédito; a impenhorabilidade não acompanharia os bens em que foram convertidos. A penhora pode recair sobre a soma de alimentos provenientes do recebimento de prestações atrasadas.²³

²⁰ Para Cahali, parece que o princípio da não-compensação da dívida alimentar deve ser aplicado ponderadamente, para que dele não resulte eventual enriquecimento sem causa da parte do beneficiário”. (CAHALI, 2009, p. 89).

²¹ “Alimentos- provisórios- penhora no rosto dos autos de dívida da alimentada não relacionada com sua subsistência – inadmissibilidade das pensões alimentícias ou compensação dessas pensões com dívidas as outras- Recurso não provido. Os alimentos são devidos porque deles necessita o alimentado, para sua sobrevivência, sendo ilógico possa ele abrir mão da verba para saldar dívida outra”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo nº 181508-1. Relator: Des. P. Costa Manso. 02 jun. 1992).

²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 3. ed. de acordo com a Emenda Constitucional nº 66 de 13.07.2010 e Lei nº 12.318 de 26.08.2010 e Lei nº 12.344 de 10.12.2010. Rio de Janeiro: [s.n.], 2011, p. 112.

²³ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. edição. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 433.

Segundo o aludido autor, não há regras que disciplinam especificamente tais situações, sendo assim, o juiz deve orientar-se pelo princípio de que a impenhorabilidade é garantia instituída em função da finalidade do instituto²⁴.

Direito Irrenunciável. O crédito alimentar é insuscetível de renúncia, pode o seu titular não exercê-lo, mas não pode renunciá-lo. O beneficiário poderá renunciar os valores dos alimentos vencidos e não pagos, porém, conforme ressalva a lei, alimentos futuros são irrenunciáveis. Com efeito, dispõe o artigo 1.707: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

No tocante à renunciabilidade dos alimentos, inúmeras são as controvérsias existentes em sede da doutrina e da jurisprudência, contudo é questão que iremos debruçar oportunamente mais adiante.

Transmissibilidade. Advém do caráter personalíssimo dos alimentos, do comando constitucional de promover a dignidade humana e da solidariedade familiar. Sendo assim, os alimentos passam a ter força de direito fundamental, tendo como principal objetivo assegurar a manutenção de uma vida digna àqueles que não têm condições de arcar com o seu próprio sustento.

O código civil de 1916 rezava no seu artigo 402, que tanto o direito a alimentos como a obrigação alimentar, era intransmissível, e se extinguia com a morte do alimentante. Pelo referido código a morte do devedor não eximia o espólio do pagamento de eventuais prestações em atraso, que então, perdiam o caráter de pensão, figurando como dívidas do *de cuius* a serem suportadas pela herança.

A Lei do divórcio contrariamente, ao antigo Código Civil estabeleceu a transmissibilidade de obrigação de prestar alimentos, o que levou a uma série de questionamentos entre os doutrinadores²⁵.

Segundo Walsir Edson Rodrigues Júnior, autores como Theotônio Negrão, E Washington de Barros Monteiro, sustentam que o artigo 402 do Código Civil de 1916 estaria revogado pelo art. 23 da Lei nº 6.515/ 1977.

²⁴ Embargos à execução. Ação julgada parcialmente procedente. Arguição de impenhorabilidade do crédito alimentar. Impossibilidade. Tratando os autos de prestações alimentícias pretéritas, a execução há que se dar pelo rito do artigo 732 do CPC, visto que perderam a nota da premência característica do crédito destinado a subsistência do alimentário, podendo, destarte, ser penhorado ou mesmo compensado, por lhes restar tão-somente feito indenizatório. Recurso improvido. (**Voto** 10.199). (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 9ª Câmara de Direito Privado Apelação cível nº 226.983-4/8. Relator: Evaldo Veríssimo. São Paulo, 5 fev. 2002).

²⁵ Art. 23 - A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796 do Código Civil.

Sílvio Rodrigues também defendia ter havido a derrogação. De acordo com o aludido autor seriam transmissíveis apenas as pensões decorrentes de direitos matrimoniais. Porém, havia outra corrente que defendia a transmissibilidade dos alimentos somente em relação às prestações vencidas²⁶.

Todavia, o Código Civil de 2002, não resolveu a controvérsia, e consagrou no art. 1.700, que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, portanto, o novo código sufragou a redação dada pela lei do divórcio (Lei nº 6.515/1977), quando este tratou do dever de prestar alimentos entre cônjuges.

Em relação às leis que tratam da união estável não houve qualquer referência no que diz respeito à transmissibilidade da obrigação alimentar.

Com a redação do art. 1.700 do atual Código Civil houve a universalização da transmissibilidade da obrigação alimentar, alcançando também os casos de alimentos fundados no parentesco²⁷.

A alteração legislativa acarretou certo grau de perplexidade entre os juristas devido à natureza personalíssima da obrigação e às implicações no direito sucessório (*garantia constitucional do direito à herança, art. 5º, inc. XXX*). Por conseguinte, os operadores do Direito traçaram compreensões distintas a respeito do instituto.

Segundo Clovis Bevilácqua citado pela autora Áurea Pimentel Pereira

A obrigação é personalíssima, tanto pelo lado ativo como pelo lado passivo. Os herdeiros do alimentário poderão reclamar alimentos como parentes, invocando direito originário, se tiverem. Os sucessores do devedor respondem pelos atrasados, mas estes não mais terão o caráter de pensão alimentícia, mas sim de dívida comum que entrará no passivo da herança.²⁸

Na mesma linha de pensamento salienta Maria Berenice Dias:

Apesar de a lei falar em transmissão aos herdeiros, a obrigação ocorre relativamente ao espólio. Os herdeiros não respondem por encargos superiores às forças da herança (CC 1.792). Não havendo bens, ou sendo insuficiente o acervo hereditário para suportar o pagamento, não há como responsabilizar pessoalmente os herdeiros pela manutenção do encargo. Uma vez ocorrida a partilha, não mais cabe falar em sucessores, os quais não respondem com seu patrimônio particular pelo pagamento de obrigação

²⁶ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Os alimentos e a transmissibilidade da obrigação de prestá-los. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 8, n. 37, ago./set. 2006, p. 55,

²⁷ Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.

²⁸ PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**: à luz do novo Código Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 13.

alimentar do devedor falecido. Como, em regra, o credor dos alimentos é herdeiro, ao receber seu quinhão hereditário passa a prover a própria subsistência. Se para isso não é suficiente a herança percebida, surge o direito de pleitear os alimentos frente aos parentes. Mas é obrigação de outra origem, tendo por fundamento a solidariedade familiar (CC 1.694)". Sugere a autora o cabimento da imposição do encargo alimentar "até ser ultimada a partilha dos bens, mediante devida compensação, para que o alimentando-herdeiro não receba duplamente"²⁹.

Conforme a mencionada autora, o que se transmite é a obrigação alimentar, que pode ser cobrada dos seus sucessores. Antagonicamente a esse entendimento, dispõe Walsir Edson Rodrigues Júnior que "os dois diplomas legislativos estabelecem apenas que a obrigação de prestar alimentos se transmite aos devedores nos limites das forças da herança, e não o direito a alimentos e a obrigação alimentar em si". Ressalta o autor, de que a obrigação alimentar é pessoal e intransferível, mas o dever de prestá-los não.³⁰

Diante de inúmeras divergências em torno da doutrina, vejamos o que decide a nossa Corte a respeito da transmissibilidade da obrigação alimentar, colacionando algumas jurisprudências.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. LEGITIMIDADE DO ESPÓLIO E DOS HERDEIROS. TRANSMISSIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. 1. A alegada ilegitimidade passiva, não prospera. Isso porque a conjugação dos arts. 1.700 e 1.997 do CCB não deixa dúvida de que os herdeiros respondem pela obrigação alimentar do "de cujus". É a chamada característica da transmissibilidade dessa modalidade obrigacional. 2. Embora se reconheça a legitimidade passiva, a transmissão se dá nos estritos limites das forças da herança. Isto significa dizer que ao espólio só será transmitida a obrigação alimentar quando o patrimônio deixado pelo falecido alimentante produza frutos suficientes para custear os alimentos. Não há, frise-se, nenhuma responsabilidade pessoal dos herdeiros, que não podem ser chamados subsidiariamente a pagar os alimentos, com suas rendas e patrimônios. Assim, não havendo, por ora, prova de que a herança produza rendimentos suficientes para custear os alimentos, não cabe fixação dessa verba. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70039037940. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. 27 jan. 2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. TRANSMISSIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO PARA O ESPÓLIO DO ALIMENTANTE.

Com o falecimento do alimentante, a obrigação alimentar transmite-se ao seu espólio até o limite das forças da herança. Inteligência do artigo 1.700 do Código Civil. Precedentes jurisprudenciais. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª Câmara

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 466.

³⁰ RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 61.

Cível. Agravo de Instrumento n. 70033608522. Relator: Rui Portanova. Julgado em: 30 nov. 2009).

ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DO ESPÓLIO. TRANSMISSIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO. Configurados os pressupostos necessidade-possibilidade, cabível a estipulação dos alimentos. Isso nos remete ao tema da transmissibilidade da obrigação alimentar, agora tornada inquestionável pelo artigo 1.700 do Código Civil. E não se diga que a transmissão se restringe apenas às parcelas eventualmente vencidas, deixando de abranger as vincendas. É que, em primeiro lugar, esse dispositivo legal refere-se a “obrigação” e não a “dívidas”, o que, por si só, deve bastar. Há mais, porém. É que interpretá-lo como abrangendo apenas eventuais parcelas inadimplidas até o ensejo da morte do devedor de alimentos é tornar a regra inteiramente vazia, pelo simples fato de que o artigo 1.997 do CC já torna o Espólio responsável pelo pagamento das dívidas do falecido, não havendo, portanto, necessidade de que a mesma disposição constasse em local diverso. Por isso, e não podendo entender-se que a lei contém palavras inúteis, é evidente que o art. 1.700 determina a transmissão da obrigação, abrangendo parcelas que se vençam inclusive após o óbito do devedor, como no caso. LIMITE DA OBRIGAÇÃO. [...] (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70007905524. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 22 dez. 2004).

Com se vê, o entendimento jurisprudencial é no sentido de aplicar a regra do artigo 1.700 do Código Civil. Portanto, a obrigação alimentar se transmite aos herdeiros, como sendo dívidas do *de cuius* que podem abranger parcelas vencidas e vincendas. Entretanto, as regras dessa transmissibilidade devem ser equacionadas em conjunto com as do direito sucessório. Assim, cabe a cada sucessor responder pelo pagamento da dívida até as forças da herança, dito de outra forma, no limite do quinhão de cada herdeiro. Logo se inexistir herança, inviável será a transmissão da obrigação alimentar.

Destaca-se que, no entanto, o direito de receber alimentos não se transmite, falecendo o credor dos alimentos, extinta está a obrigação alimentar, mas, se, todavia, persistir prestações alimentícias anteriores que não foram adimplidas até o seu falecimento, estas transmitem-se aos herdeiros, pois constituem direito integrante do patrimônio do falecido beneficiário³¹.

Irrepetibilidade dos alimentos. Significa dizer que não há devolução de valores pagos a título de alimentos, mesmo que, por exemplo, quando fixadas em *lime* e a ação do beneficiário venha a ser julgada improcedente. Uma vez pagos não podem ser devolvidos. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência admitem relativizações ao princípio de irrepetibilidade dos alimentos, sobretudo com o argumento de se evitar o enriquecimento ilícito. Um dos primeiros doutrinadores brasileiros a defender a

³¹ PEREIRA, R. C., 2011, p. 110.

excepcionalidade desse princípio foi o doutrinador Rolf Madaleno, com base na seguinte exclamação:

Soa sobremaneira injusto não restituir alimentos claramente indevidos neste estágio de independência do credor, em notória infração ao princípio do não enriquecimento sem causa [...] o enriquecimento ilícito gera obrigação de restituir o acréscimo patrimonial indevido no acervo de alguém à custa do sacrifício de outrem. Decorre o dever de restituir àquele que recebeu o que não lhe era devido, ou se existente a dívida, esta se tornou extinta [...]³²

Sob a ótica de Maria Berenice Dias, a devolução pode ser admitida somente quando comprovada a má-fé ou postura maliciosa do autor, além do mais, não podemos dar ensejo ao enriquecimento injustificado. Segundo a autora é o que se chama de relativização da não restituição³³.

Como exemplos de má-fé cita-se o fato de o ex-cônjuge ou companheiro ocultar dolosamente novo casamento, ou nova união estável, de modo a continuar usufruindo do montante fornecido pelo ex-marido ou mulher, mesmo depois de constituído outro casamento ou união estável³⁴.

Arnoldo Wald a seu turno, entende haver a restituição dos alimentos quando quem os prestou não os devia. Porém, cabe a quem os prestou fazer a prova de que a obrigação alimentar cabia a terceiro, cabendo a este a restituição, não ficando a cargo do alimentado fazê-lo, pois este beneficiou com os alimentos pagos, não havendo portanto, que se falar em enriquecimento ilícito da sua parte³⁵.

³² MADALENO, Rolf. **Direito de família: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 57-58.

³³ DIAS, 2009, p. 464.

³⁴ AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE PARCELAS ALIMENTARES INDEVIDAMENTE RECEBIDAS. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. CABIMENTO. 1. Se a ação exoneratória de alimentos foi julgada procedente, mas a alimentada, que já mantinha união estável (e contraiu casamento logo após o trânsito em julgado da sentença) interpôs recurso de apelação, que foi desacolhido, opôs embargos de declaração, que foi rejeitado, e ainda interpôs recurso especial, que teve seu seguimento indeferido, evidentemente agiu de má-fé, pois sonegou informação imprescindível ao desfecho do processo, visando obter o prolongamento indevido do pagamento da pensão alimentícia. 2. Se a alimentanda continuou a receber o pagamento da pensão, mesmo depois de transitar em julgado a ação exoneratória e também depois de contrair casamento com outro homem, então está obrigada a restituir os valores que indevidamente recebeu, depois do trânsito em julgado, sendo que tais parcelas perderam o caráter alimentar no momento em que contraiu novo casamento, configurando enriquecimento sem causa. Art. 1.708 do Código Civil. Recurso provido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70 038 456 851. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves. Porto Alegre 27 jul. 2011).

³⁵ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família**. 15. ed. rev. atual. e ampl. pelo autor, de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002), com a colaboração da profª Priscila M.P Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48-49.

Essa possibilidade de buscar de terceiro o prejuízo havido existe, por exemplo, no caso de investigação de paternidade cumulada com alimentos, em que na sentença final o suposto pai, que pagou alimentos durante o transcorrer do feito, não era o pai, e foi assim declarado por sentença. Nesse caso, quem pagou poderá buscar do pai registral os alimentos pagos indevidamente.

Ante o exposto, pode-se afirmar que a irrepetibilidade de alimentos somente é admissível em casos excepcionais, quando comprovado o recebimento para fins de enriquecimento ilícito.

Reciprocidade dos alimentos. A reciprocidade está prevista no art. 1.696 do Código Civil, que estabelece o seguinte: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”. De conformidade com o art. 1.696, CC, a reciprocidade é ilimitada na linha reta, e nos termos do art. 1.697, CC, limita-se ao 2º grau na linha colateral. Em relação aos cônjuges e os companheiros pode-se dizer que a recíproca obrigação alimentar tem fundamento no dever de mútua assistência, prevista no art. 1.566, inc. III do Código Civil.

Segundo Maria Helena Diniz, existe reciprocidade quando “na mesma relação jurídico- familiar, o parente que em princípio é devedor de alimentos poderá reclamá-los se vier a precisar deles”³⁶.

Nas palavras de Maria Berenice Dias “a reciprocidade tem fundamento no dever de solidariedade”. Conforme leciona a autora, não há reciprocidade entre pais e filhos durante o período de vigência do poder familiar, pois persiste o dever do pai sustentar o filho.

Contudo, no momento em que os filhos atingem a maioridade cessa o poder familiar e surge então a reciprocidade da obrigação alimentar entre pais e filhos³⁷. No que diz respeito à maioridade dos filhos o STJ editou a Súmula 358, com o seguinte teor: “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.” Isto é, segundo a referida súmula, o fato de o filho ter atingido a maioridade não exime os pais de prestar alimentos se o filho provar que deles necessite. Ademais, nesse caso o dever de prestar alimentos não mais decorre do poder familiar, mas sim do

³⁶ DINIZ, 2006, p. 608.

³⁷ DIAS, 2009, p. 462-463.

dever de solidariedade familiar, levando também em consideração o binômio alimentar.

Divisibilidade dos alimentos. A obrigação alimentar é divisível, isto é, mesmo havendo mais de um devedor, cada um deles não pode responder pela dívida toda.

Na lição de Maria Berenice Dias, o dever de prestar alimentos não é solidário, mas subsidiário e de caráter complementar, pois condicionado às possibilidades de cada um dos obrigados.³⁸ Portanto, a solidariedade não se presume na obrigação alimentar, ela decorre da lei ou da vontade das partes, conforme os arts. 264 e 265 do CC. Salvo, a disposição do artigo 12 do Estatuto do Idoso, que prevê a solidariedade, dando ao idoso a faculdade de optar entre os prestadores de alimentos.³⁹

A obrigação de prestar alimentos decorre de uma ordem de parentesco: primeiro se busca no grau mais próximo, não tendo o alimentante condições de arcar com todo o encargo, responde de acordo com as suas possibilidades, buscando a complementação do encargo no grau subsequente.

Imprescritibilidade dos alimentos. Prevista no art. 23 da Lei dos Alimentos nº 5.478/68, em conformidade com o art. 206 § 2º do Código Civil. O direito aos alimentos é imprescritível, pois em qualquer momento surgindo a necessidade de alimentos, o necessitado poderá pleiteá-lo contra quem tem a obrigação de prestá-los. Contudo, as prestações alimentícias fixadas judicialmente prescrevem em dois anos, isto é, esse será o prazo para cobrar o débito de pensões alimentícias vencidas e não pagas⁴⁰. Salienta-se que, em se tratando de menores, o mesmo não ocorre, pois em relação a estes não corre a prescrição, conforme estatuído no art.198 do Código Civil⁴¹.

³⁸ DIAS, 2009, p. 461.

³⁹ Artigo 12 do Estatuto do Idoso- A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.

⁴⁰ DIAS, op. cit., p. 562.

⁴¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO- EXECUÇÃO DE ALIMENTOS- EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO- PRESCRIÇÃO- MAIORIDADE. – O direito de reclamar alimentos é imprescritível. Porém, por se tratar de obrigação de trato sucessivo, os alimentos devidos, vencidos e não pagos prescrevem em dois anos, consoante dispõe o art. 206, § 2º do CC/02. – Com a maioria, extingue-se o poder familiar, mas não cessa, desde logo, a obrigação alimentar, anteriormente fundada no dever de sustento, já que, automaticamente, passou a alicerçar-se no parentesco (vide a súmula 358 STJ). (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. AI. Nº 1.0024.10.106880-7/001 Relator: Des. Eduardo Andrade. Belo Horizonte 14 jun. 2011).

1.4 PRESSUPOSTOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Dispõe o art. 1.694 do novo Código Civil

podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam”, e o art. 1.695 por sua vez estabelece que “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Com efeito, emergem os seguintes pressupostos das regras acima: primeiro, a legitimidade de pedi-los, ou seja, que entre quem oferece alimentos e quem recebe haja um vínculo de parentesco, marital, ou da união estável; segundo, que quem os pretende esteja necessitado e não possa promover o seu próprio sustento; e por fim, que a pessoa obrigada a prestar alimentos esteja em condições de prestá-los, sem que haja desfalque à sua própria subsistência.

No nosso estudo iremos debruçar sobre o binômio da obrigação alimentar (*necessidade e possibilidade*).

Os pressupostos da necessidade e da possibilidade também encontram guarida no art. 1.694 §1º do Código Civil, que dispõe o seguinte: “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Arnaldo Rizzardo considera a necessidade um requisito de maior relevância, uma vez que dela depende o exame dos demais. Ainda de acordo com autor acima mencionado, a necessidade diz respeito a quem não pode satisfazer as exigências da vida com os rendimentos do seu trabalho, ou com o rendimento de seus bens.⁴² Podemos enquadrar nessa definição, aquele que está impossibilitado para o trabalho, seja em razão da idade, seja por doenças ou deficiências físicas; isto é, não só aquele cujos rendimentos do trabalho não são suficientes para se manter e, portanto, necessita de alimentos em caráter complementar, como também abrange os incapacitados para o trabalho.

Os alimentos são devidos independentemente da causa que os ensejou, não obstante o § 2º do art. 1.694 preceituar que “os alimentos serão apenas os

⁴² RIZZARDO, 2006, p. 738.

indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”.

Na doutrina e na jurisprudência há tendências para o abandono da discussão da culpa como veremos mais adiante, sendo assim pode o cônjuge ou companheiro responsável pela separação pleitear alimentos de que necessite, sem qualquer restrição. Desse modo, os alimentos abrangem não só o necessário para subsistência, como também o necessário para viver de modo compatível com a sua condição social, exegese do art. 1.694 do Código Civil.

Tem-se que a manutenção do padrão social “modo compatível com a sua condição social”, somente deveria se aplicar aos filhos menores cujos pais estejam separados. Isto é, quando um dos pais proporcionava um nível de vida elevado ao filho, e o guardião não detém meios para manter o mesmo padrão social, nesse caso se justifica tal medida, mas não é adequada no caso de cônjuges ou convivente.

Ademais, compartilha-se o entendimento do ilustre doutrinador e professor Jamil Andraus Hanna Bannura, quando pugna pela extinção da obrigação alimentar entre cônjuges. Assim, ensina-nos o professor Jamil Bannura:

A manutenção dos alimentos entre ex-cônjuges não se justifica mais na sociedade pós-moderna, diante da motivação preponderante no casamento atual, da independência patrimonial dos cônjuges e especialmente pelas conquistas femininas nas últimas décadas, que tornam incoerentes a idéia da dependência econômica⁴³.

Tal pretensão não se justifica mais, pois na sociedade tradicional a busca pelos alimentos destinava-se à preservação da subsistência da mulher que com o advento da separação ficava desamparada e numa situação de penúria, pois muitas vezes era impedida de trabalhar.

Na sociedade tradicional a mulher tinha como papel cuidar da casa, dos filhos e do marido. Porém, hoje em razão de novas posturas e conquistas da mulher na sociedade moderna, a começar pela independência financeira, o homem e a mulher ganharam os mesmos direitos e deveres.

Não há mais sentido em se estabelecer a obrigação alimentar em razão do casamento ou da união estável, e muito menos o ostentado padrão social. Portanto,

⁴³ BANNURA, Jamil Andraus Hanna. Pela extinção dos alimentos entre cônjuges. In: WELTER, Belmiro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 121.

fere o princípio constitucional de igualdade entre homens e mulheres, consagrado nos arts. 5º, I, e 226, § 5º, da Constituição, ao garantir o status social para uma pessoa que tem condições de trabalhar, mas não o faz e se vê sustentada pelo outro.

A lei contempla o dever de mútua assistência entre os cônjuges e não o direito de um deles de ser sustentado pelo outro. Não se pode deixar de promover a assistência, contanto que seja o indispensável para viver com dignidade.⁴⁴

Vale lembrar que, a mulher é quem mais procura o direito a alimentos, e por isso, teremos de conviver ainda, durante muito tempo, com certo protecionismo dos tribunais, a favor da mulher, ainda vinculados à tradição de nosso direito e tendo em vista a realidade social, ao considerá-la, presuntivamente, a parte mais fraca nas relações conjugais.

Em seguida passa-se a analisar o pressuposto da possibilidade, dado que a obrigação alimentar não se preste tão somente à necessidade do alimentado. Há que também levar em consideração a condição financeira da pessoa obrigada, pois o alimentante não pode ser privado da sua própria subsistência para garantir a do outro. Não se pode condenar ao cumprimento da obrigação alimentar a quem possui o estritamente necessário para o próprio sustento.

Preceitua o art. 1.699 do Código Civil “se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”.

No entanto, a possibilidade de majoração do quantum de alimentos comporta limites, não pode levar em conta tão somente a possibilidade do alimentante para se fixar e majorar alimentos. Há que, também, considerar a necessidade do alimentado, isto é, não pode toda vez que aumentar os recursos do alimentante, o alimentado pretender a majoração dos alimentos, se, porventura, não aumentou os seus gastos. Isso ensejaria o enriquecimento sem causa, ou ainda um caráter de participação seus nos lucros. E desse modo, a pensão alimentícia também perderia a sua própria finalidade.

⁴⁴ Art. 5º da Constituição Federal – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; Art. 226, § 5º da Constituição Federal – “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Nesse sentido, acentua Maria Berenice Dias:

O estabelecimento da obrigação alimentar em decorrência do casamento atende aos critérios legais; porém não dispõe o cônjuge do direito de desfrutar da mesma condição econômica do alimentante. Assim, eventual melhora dos ganhos do obrigado não configura desproporção, a ponto de ensejar a redefinição do encargo alimentar. É necessário comprovar o aumento das necessidades do credor e não a simples melhora das possibilidades do devedor.⁴⁵

A seu turno Sílvio Venosa constata que “não podemos pretender que o fornecedor de alimentos fique entregue à necessidade, nem que o necessitado se locuplete a sua custa. Cabe ao juiz ponderar os dois valores de ordem axiológica em destaque”.⁴⁶ Então ao fixar a pensão alimentícia, o juiz deve fazê-lo sopesando os dois valores, *necessidade e possibilidade*.

Ainda, nessa mesma linha de pensamento ressalta-se a lição de Belmiro Pedro Welter, que diz o seguinte:

Os alimentos não servem para manter o mesmo status social havido durante a constância da sociedade conjugal ou da união estável, à medida que, com a dissolução dessas entidades familiares, ocorre, por exemplo, as seguintes modificações na vida dos ex-consortes: a) separação do casal; b) fragmentação da família; c) destruição do castelo de sonhos; d) afastamento dos filhos de um ou de ambos os pais; e) partilha do patrimônio; f) divisão da mesma renda em, pelo menos, duas partes; g) desfazimento do vínculo psicológico; h) (re)fundação de novas famílias.⁴⁷

O autor supracitado, parte da premissa de que o art. 1.694 não fala que os alimentos devem manter o mesmo status social de casado ou convivente.

Demonstrar as exatas necessidades de quem requer alimentos se torna tarefa difícil, o mesmo não acontece com relação às possibilidades de quem está obrigado a prestar alimentos. Para tanto, o juiz se vale de diversas formas para elencar as possibilidades do alimentante, a começar pela quebra do sigilo bancário. Todavia, a tarefa se torna mais árdua quando se trata de um profissional autônomo, que geralmente procura esconder seus efetivos ganhos para não pagar alimentos. Nesse caso, costuma-se valer da chamada teoria da aparência para fixar os alimentos.⁴⁸

⁴⁵ DIAS, Maria 2009, p. 473.

⁴⁶ VENOSA, 2002, p. 360.

⁴⁷ WELTER, Pedro Belmiro. **Alimentos no Código Civil**: de acordo com a lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Porto Alegre: Síntese, 2003, p.158.

⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 753.

Tudo isso, para que a obrigação alimentar atende aos seus critérios, necessidade e possibilidade.

2 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ENTRE OS CÔNJUGES OU COMPANHEIROS

2.1 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DECORRENTE DO CASAMENTO

O Código Civil de 1916, ao disciplinar os alimentos, utilizou como único fundamento o vínculo de parentesco. Assim, estabelecia o art. 396: “De acordo com o prescrito neste capítulo, podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos de que necessitam para subsistir”.

Não houve referência expressa quanto ao fundamento da obrigação alimentar entre cônjuges, porém esta modalidade de obrigação era deduzida do art. 231, III,⁴⁹ do referido Código Civil, que previa o dever de mútua assistência como um dos efeitos do matrimônio; e do art. 233, V,⁵⁰ que atribuía ao marido o encargo de prover a manutenção da família.

Tais regras são reafirmadas no novo Código Civil, no art. 1.566, III, onde é mantido o dever de mútua assistência para ambos os cônjuges; e no art. 1.568, que trata do dever de manutenção da família, só que desta feita, observando o princípio de igualdade de direitos e deveres entre cônjuges, determinado pelo art. 226, § 5º, da Constituição Federal.

O dever de mútua assistência, atribuído aos cônjuges quando do enlace matrimonial como um dos seus efeitos, é que dá origem à recíproca obrigação alimentar entre os cônjuges.

Na concepção de Arnaldo Rizzardo, a expressão mútua assistência abrange os cuidados que um cônjuge está obrigado a dedicar ao outro, tanto na doença, nas adversidades, no âmbito afetivo, como no setor material, concentrando-se aí o cuidado nos alimentos, abrangendo a alimentação em si, o vestuário, o transporte, os medicamentos, a moradia, e até as doenças⁵¹.

O dever de prestar alimentos entre os cônjuges em decorrência da extinção da sociedade conjugal encontra guarida nos seguintes dispositivos do Código Civil:

⁴⁹ Art. 231. São deveres de ambos os cônjuges: [...] III. Mutua assistência.

⁵⁰ Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal: [...] V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

⁵¹ RIZZARDO, 2006, p. 765.

Art. 1.702. “Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no artigo 1.694”.

Art. 1.704. “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial”.

Parágrafo único. “Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência”.

No tocante à separação, conforme ensina-nos Sílvio de Salvo Venosa⁵², o fato de o casal estar vivendo sob o mesmo teto não impede aquele que não está sendo suprido pelo outro de pleitear alimentos, desde que comprove a necessidade. Vale ressaltar que, a fixação de alimentos não está vinculada à separação judicial do casal, aqueles separados de fato tem o mesmo direito. Porém, é questão a ser analisada oportunamente.

2.2 CASAMENTO NULO OU ANULÁVEL E O DEVER DE ALIMENTOS

Primeiramente estabelecer-se-á um conceito do que seria casamento nulo e anulável, e em seguida far-se-á uma análise da obrigação alimentar no contexto da nulidade do casamento.

Consoante o estatuído no art. 1.548, é nulo o casamento quando: a) contraído por “enfermo mental sem necessário discernimento para os atos da vida civil”; b) quando infringe “impedimentos”.⁵³

O Código Civil considera anulável o casamento nas hipóteses elencadas nos art. 1.550, I a VI, 1.556 e 1.558. Assim, reconhece como causas de anulabilidade a verificação de qualquer fato que possa comprometer a livre manifestação da vontade, como o defeito de idade, de representação, de consentimento, vício de vontade, de competência funcional para a celebração e o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge.

No que tange a alimentos, os dispositivos legais que disciplinam a prestação de alimentos não contemplam a hipótese na nulidade ou anulação do vínculo

⁵² VENOSA, 2002, p. 392.

⁵³ Art. Art. 1.548. É nulo o casamento contraído: I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - por infringência de impedimento.

conjugal. Todavia, o Código de Processo Civil faz alusão a alimentos provisionais na ação de nulidade ou de anulação do vínculo conjugal, mas isso enquanto não resolvida a ação principal.

Assim, estatui o art. 852, inciso I, do código de Processo Civil: “É lícito pedir alimentos provisionais: I - nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges”. Portanto, obtida a separação tanto na ação de nulidade como na de anulação do casamento, poderá a parte interessada, comprovada a sua necessidade, ingressar com o pedido de alimentos provisórios, para assegurar não só a sua sobrevivência e manutenção, como também a dos filhos, caso houver, na pendência da lide.

Conforme coloca Maria Berenice Dias:

Enquanto não anulado o casamento, mesmo durante o processo de desconstituição do vínculo, persiste o dever de assistência recíproca, independentemente de indagação acerca da boa ou má-fé de qualquer dos cônjuges. Remanescendo a obrigação de mútua assistência, basta haver a necessidade de um e a possibilidade do outro para que sejam fixados alimentos. Assim, é possível a concessão de alimentos provisionais nas ações de anulação de casamento⁵⁴

Acresce observar que, tal pretensão é recomendada também para garantir, além de manutenção, as despesas com a demanda, de acordo com o que se observa do parágrafo único, “no caso previsto no nº I deste artigo, a prestação alimentícia devida ao requerente abrange, além do que necessitar para sustento, habitação e vestuário, as despesas para custear a demanda”.

A questão dos alimentos no casamento nulo ou anulável demanda outras considerações. Desconstituído o vínculo matrimonial, por ter reconhecida a sua nulidade, mister saber se persiste a obrigação alimentar

Como se sabe, a declaração de nulidade do casamento proclama retroativamente, isto é, os efeitos retroagem à data da celebração. Os cônjuges voltam ao estado inicial, como se nunca estivessem casados. Com efeito, dispõe o art. 1.563: “A sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado”.

Na concepção de Cahali:

⁵⁴ DIAS, 2009, p. 475.

Enquanto vigora o casamento anulável, ou mesmo nulo, e mesmo durante o processo de desconstituição do vínculo, independentemente de qualquer indagação em torno da boa ou má-fé de qualquer dos cônjuges, persiste o dever de assistência recíproca pelo menos até o momento da sentença anulatória⁵⁵.

No mesmo sentido discorre Maria Berenice Dias:

Anulado o casamento, por vício absoluto ou relativo, os efeitos da sentença retroagem à data do matrimônio (CC 1.563). Ou seja, o enlace desaparece do mundo jurídico, nada remanescendo entre os cônjuges, nem o dever de mútua assistência. Portanto, anulado o matrimônio, não persiste a obrigação alimentar. Transitado em julgado a sentença anulatória, cessa o encargo eventualmente fixado em caráter provisório ou provisional⁵⁶.

Em suma, extrai-se que, considerando o efeito da sentença, que apaga do mundo jurídico o ato do casamento, parece-nos evidente a impossibilidade de se impor a obrigação alimentar, posto que os efeitos do casamento, mesmo que não de pleno direito, perduram enquanto não transitado em julgado o ato sentencial. Portanto, o vínculo matrimonial desfaz-se por completo, como se nunca tivesse existido, então, não há falar em obrigação alimentar no casamento nulo ou anulável depois do trânsito em julgado da sentença.

2.3 CASAMENTO PUTATIVO E O DEVER DE ALIMENTOS ENTRE CÔNJUGES

A teoria das nulidades matrimoniais possui um princípio básico de que nulo ou anulável, o casamento produz efeitos civis válidos em relação aos cônjuges e à prole se um deles ou ambos o contraíram de boa-fé. Trata-se do casamento putativo.

Washington de Barros Monteiro entende como putativo o casamento que, embora nulo ou anulável, foi, todavia, contraído de boa-fé por um ou por ambos os cônjuges.⁵⁷ Isto é, o casamento que as partes reputam ter sido legalmente celebrado.

Conforme foi visto anteriormente, é possível a concessão de alimentos na vigência do matrimônio nulo ou anulável sem qualquer perquirição da boa ou má-fé de qualquer dos cônjuges. Interessa saber se, depois de dissolvido o casamento, a obrigação alimentar está incluída entre os efeitos civis ressaltados pelo art. 1.561,

⁵⁵ CAHALI, Y. S., 2009, p. 171.

⁵⁶ DIAS, 2009, p. 476.

⁵⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família**. 40. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, v. 2, p. 198.

caput e § 1º, do Código Civil, em favor dos cônjuges à razão de ter reconhecido a putatividade.

Assim dispõe o art. 1.561, § 1º: “Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória”. “§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão”.

Os efeitos da putatividade são os mesmos produzidos por um casamento válido, para o cônjuge que estiver de boa-fé. Findam, entretanto, com a sentença que lhe põe termo. O casamento é declarado inválido, mas a lei outorga os efeitos do casamento válido. Sendo assim, cessam os deveres matrimoniais que a lei impõe aos cônjuges, como o de mútua assistência (CC art.1.566). Dito isso, podemos afirmar então, que não subsiste a obrigação alimentar, pois ela decorre da mútua assistência, não havendo mais o dever recíproco de assistência entre os cônjuges em decorrência da dissolução do vínculo matrimonial, não há falar em obrigação alimentar.

No entanto, no tocante aos alimentos, há divergências na doutrina a respeito da existência ou não de seus efeitos para o futuro. Doutrinadores como Maria Berenice Dias e Yussef Cahali, defendem a perduração dos efeitos em relação ao cônjuge de boa-fé e, assim, dos alimentos para depois da sentença anulatória.

Desse modo, Maria Berenice Dias salienta que, em se tratando de casamento putativo, reconhecida a necessidade do cônjuge de boa-fé, persiste o dever de mútua assistência em seu favor, fazendo ele jus a alimentos. Argumenta ainda a autora que ao menos com relação ao consorte de boa-fé o casamento existiu, da celebração à anulação, devendo lhe ser assegurado alimentos mesmo depois de anulado o matrimônio⁵⁸.

Yussef Cahali conclui que, o argumento da concessão de alimentos para o futuro, isto é, que continua produzindo efeitos mesmo após a sentença anulatória, encontra amparo na equidade e no conteúdo moral, mas não na sistemática do nosso direito⁵⁹.

Por outro lado, há doutrinadores que divergem dos referidos autores, dentre eles, destaca-se a lição de Washington de Barros Monteiro e Carvalho Santos.

⁵⁸ DIAS, 2009, p. 476.

⁵⁹ CAHALI, Y. S., 2009, p. 173.

Conforme a lição de Washington de Barros, o cônjuge culpado não se exime da obrigação alimentar, com relação ao inocente; se este carece de alimentos, não pode o culpado furtar-se ao respectivo suprimento, devido, porém, até a data da sentença anulatória⁶⁰.

De igual modo, salienta Carvalho Santos: “A declaração da nulidade do casamento faz também cessar entre os cônjuges o direito aos alimentos, porque a partir dessa sentença já não são eles considerados como esposos, qualidade que é a causa da obrigação alimentar”⁶¹.

Predomina na doutrina com o referendo da jurisprudência⁶² o entendimento no sentido de que o dever de assistência recíproca cessa com a sentença anulatória do casamento. No casamento putativo o cônjuge de boa-fé tem direito a alimentos, no entanto, esse direito encontra limites na data da sentença que declarar a anulabilidade do casamento. Sendo assim, não há falar em alimentos para depois da sentença declaratória de nulidade ou anulabilidade, pois, a partir daí, não mais existe a condição de cônjuge.

2.4 ALIMENTOS NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Como se sabe, a lei 6.515/1977 disciplinava o dever de alimentos no divórcio de forma fragmentada, havia falta de sistematização no que dizia respeito às várias modalidades de divórcio. Desse modo recorria-se às regras da separação judicial, no que fossem compatíveis.

O atual Código Civil, por sua vez, omitiu-se, pois não regulamentou os alimentos entre os divorciados. Mas isto não quer dizer que não possa ocorrer obrigação alimentar entre divorciados.

Como já frisado anteriormente, a obrigação alimentar entre cônjuges tem por fundamento o dever de mútua assistência. O artigo 1.694 prevê tal obrigação sem

⁶⁰ MONTEIRO, SILVA, 2010, p. 202-203.

⁶¹ CARVALHO SANTOS, J.M. de. **Código Civil brasileiro Interpretado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, v. 4, p. 250.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 69.108. Relator: Ministro Nilson Naves. **DJ** 27 fev. 2000. Casamento putativo. Boa-fé. Direito a alimentos. Reclamação da mulher. **1.** Ao cônjuge de boa-fé aproveitam os efeitos civis do casamento. Embora anulável ou mesmo nulo (Cód. Civil. art. 221, parágrafo único). **2.** A mulher que reclama alimentos a eles tem direito, mas até à data da sentença (Cód. Civil, art. 221, parte final). Anulado ou declarado nulo o casamento, desaparece a condição de cônjuges. **3.** Direito a alimentos “até ao dia da sentença anulatória”. **4.** Recurso especial conhecido pelas alíneas a e c e provido.

quaisquer restrições temporais ou limitações concernentes ao estado civil dos obrigados. Assim sendo, pode-se dizer que dissolvido o vínculo afetivo e havendo a necessidade de um e a possibilidade do outro, persistirá o encargo alimentar.

Portanto, é possível estabelecer a obrigação alimentar tanto na separação, como no divórcio⁶³. No entanto, no que tange ao instituto separação, mister fazer algumas considerações.

Com a emenda constitucional nº 66/2010, houve alteração do art. 226 § 6º da Constituição Federal, que resultou no seguinte teor: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Sendo assim, o fim do casamento se dá pelo divórcio, não sendo mais necessário o processo prévio de separação ou a comprovação da separação de fato.

Mas, o novo texto ainda gera inúmeras controvérsias, principalmente no que tange a não permanência do instituto da separação no panorama jurídico. Dentre os doutrinadores que defendem a extinção da separação de direito, ressalta-se por ora, a opinião de Rodrigo da Cunha Pereira, que afirma o seguinte:

É possível que haja resistência de alguns em entender que a separação judicial foi extinta de nossa organização jurídica. Mas, para estas possíveis resistências, basta lembrar os mais elementares preceitos que sustentam a ciência jurídica: a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente. O argumento finalístico é que a constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para a sua manutenção. Se alguém insistir em se separar judicialmente, após a Emenda Constitucional nº 66/2010, não poderá transformar mais tal separação em divórcio, se o quiser, terá que propor o divórcio direto⁶⁴.

Maria Berenice Dias segue o mesmo caminho ao dizer que o instituto da separação foi eliminado, por conseguinte, todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes à separação foram derogados e não mais integram o sistema jurídico⁶⁵.

Porém, em sentido contrário, Luiz Felipe Brasil Santos afirma que a “emenda do divórcio” não aboliu do Código Civil o instituto da separação, *in verbis*:

⁶³ DIAS, 2009, p. 474.

⁶⁴ PEREIRA, R. C., 2011, p. 28.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. Até que enfim, o fim da separação! **Multijuris**: primeiro grau em ação, Porto Alegre, v. 5, n. 9, 2010a, p. 26.

A eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária [...]. Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, o instituto da separação judicial continua existente, bem como os requisitos para a obtenção do divórcio. Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional.⁶⁶

Luiz Felipe Brasil Santos diverge desse entendimento, pois, sob a ótica do autor não houve a revogação, este ocorreria se houvesse manifesta incompatibilidade entre o novo texto do § 6º do art. 226 da Constituição e os dispositivos correspondentes da legislação ordinária⁶⁷.

Neste contexto, afirma o professor Jamil Andraus Hanna Bannura: “observe-se que a norma constitucional emendada não remete à lei ordinária qualquer necessidade de regulamentação [...]”. Porém, assinala que “não há como entender que a separação judicial e extrajudicial foi revogada expressa ou tacitamente pela Emenda Constitucional nº 66/2010, na medida em que não há referência expressa à separação, que não era tratada na redação anterior, além de não ser com ela incompatível sua aplicação”⁶⁸.

Na jurisprudência, conforme ementas pesquisadas verifica-se que a 7ª e a 8ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul divergem do entendimento predominante nos tribunais. Defendem a permanência da ação de separação judicial, na premissa de que a EC nº 66 suprimiu do texto constitucional somente o requisito da prévia separação, não alterando a legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria⁶⁹.

⁶⁶ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda do divórcio cedo para comemorar**. IBDFAM, 2010b. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/648>>. Acesso em: 06 set. 2012.

⁶⁷ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda Constitucional nº 66: uma leitura “politicamente incorreta”. In: MULTIJURIS: primeiro grau em ação, Porto Alegre, v. 5, n. 9, 2010a, p. 23.

⁶⁸ BANNURA, 2010, p. 18-19.

⁶⁹ DIVÓRCIO DIRETO. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO REQUISITO TEMPORAL PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional, que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Com ressalva do entendimento pessoal de que somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderia ser afastada, estou acompanhando o entendimento jurisprudencial dominante neste Tribunal de Justiça e admitindo abrandar a questão relativa aos prazos legais. Recurso provido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível.

Nesse cenário, o melhor entendimento na doutrina e na jurisprudência é o que preceitua a revogação tácita dos artigos 1.571, 1.573, 1.574 a 1.576, 1.578 e 1.580 do Código Civil. Por conseguinte, consideram-se revogadas, também, as expressões “separação judicial” encontradas em outros dispositivos do referido Código, sobretudo quando atreladas ao divórcio.

Assim, parte-se da idéia de que a eficácia da emenda constitucional do divórcio é plena e imediata, visto que o parágrafo sexto do artigo 226 da Constituição apenas cria a possibilidade de dissolução do casamento através do divórcio, não remetendo à lei ordinária sua regulamentação⁷⁰. Por tais razões, entende-se que o novo texto constitucional, desde sua promulgação, produz eficácia direta e imediata e que “atualmente o sistema jurídico conta com uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio”⁷¹.

Feitas essas observações, segue-se analisando os alimentos na decorrência da dissolução do casamento (divórcio).

Primeiramente, cumpre ressaltar que o Código Civil de 2002 é expresso ao enumerar as causas que fazem cessar o dever de prestar alimentos, quais sejam, o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, não fazendo, portanto qualquer referência ao divórcio. Então, de plano já se pode presumir que não obstante o divórcio do casal subsiste potencialmente a obrigação alimentar.

No entanto, a referida matéria não se esgota nesses termos. Como é do nosso conhecimento, o Código Civil de 2002 admite a fixação expressa dos alimentos na sentença de dissolução do casamento, pela redação do seu art. 1.709,

Agravo de Instrumento nº 70043915578. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 28 out. 2011).

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVORCIO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA. 1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. 2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70039476221. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 13 jan. 2011).

⁷⁰ BANNURA, 2010, p.18.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já!**: Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b, p. 25.

in verbis: "O novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação da sentença de divórcio". Desse modo, sendo fixados alimentos na sentença de divórcio, poderão ser pleiteados em momento posterior, o que não desperta maiores dúvidas.

O problema reside em saber se é possível pleitear posteriormente os alimentos, quando a sentença do divórcio não fixá-los, ou quando um dos cônjuges a eles renunciou.

Segundo a antiga doutrina não era possível buscar alimentos entre os divorciados. Isto porque cessava o dever de mútua assistência entre aqueles que não mais ostentavam o estado conjugal, e, portanto, cessava essa obrigação diante da extinção do vínculo conjugal⁷².

Nesse sentido, Yussef Cahali assinala que: "em relação aos divorciados, isso sempre foi o entendimento tranquilo, descabendo conceder-se agora um dever alimentar entre eles, fundado em artificioso dever de solidariedade, de natureza simplesmente moral (*caritas*), superada em um passado remoto"⁷³.

Constata-se também, que a visão dos tribunais antes da emenda constitucional nº 66 no que tange à possibilidade de alimentos pós-divórcio é negativa, pelo desaparecimento do vínculo conjugal existente entre as partes⁷⁴. Todavia, com a entrada em vigor da *Emenda do Divórcio* parece ganhar corpo a tese de permanência dos alimentos, mesmo quando dissolvido o vínculo, o que está fundado no princípio constitucional da solidariedade, retirado do art. 3º, inc. I, da CF/1988.

A propósito assevera Maria Berenice Dias:

⁷² CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12. ed. da obra Divórcio e Separação rev. ampl. e atual. com a EC 66/2010 (Emenda do Divórcio). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 993.

⁷³ Ibidem, p. 993.

⁷⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA DECISÃO QUE FIXOU ALIMENTOS PROVISÓRIOS À AGRAVADA. CASAL DIVORCIADO HÁ MAIS DE SETE ANOS SEM PAGAMENTO DE ALIMENTOS À EX-ESPOSA. CARENCIA DE AÇÃO. É carecedora de ação de alimentos a mulher divorciada desde 27.03.1997, sem nunca ter pleiteado e recebido alimentos antes. Quando ocorre a ruptura do casamento sem o estabelecimento de pensão alimentícia, não pode qualquer dos cônjuges reclamá-los depois de desconstituído o vínculo, frente à ausência do liame obrigacional entre eles. Em vista disso, impõe-se, de ofício, a extinção da ação de alimentos por impossibilidade jurídica do pedido, carência de ação, nos termos do inc. VI do art. 267 do CPC. Recurso provido, para, de ofício, extinguir a ação de alimentos por carência de ação. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. Agravo de instrumento nº 70013473145. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 11 jan. 2006).

Mesmo findo o matrimônio, perdura o dever de mútua assistência, permanecendo a obrigação alimentar, após a dissolução do casamento. Apesar de a lei não admitir tal expressamente, não pode chegar a conclusão diversa. O dever alimentar cessa somente pelo novo casamento do beneficiário (art. 1.708). Como só há a possibilidade de novo matrimônio após o divórcio, está claro que persiste o encargo mesmo estando os cônjuges divorciados⁷⁵.

Na mesma linha, discorre Sérgio Gischkow Pereira: “Acho sério equívoco absolutizar a asserção de que, após decretado o divórcio, não mais é lícito pedir alimentos. Trinta, quarenta, cinquenta anos de casamento não podem ser reduzidos à eficácia zero apenas porque foi decretado o divórcio”⁷⁶.

Conforme sustenta Flávio Tartuce:

Insta verificar que a tese dos *alimentos pós-divórcio* representa aplicação imediata dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade social nas relações privadas, nos termos do que enuncia o art. 5º, § 1º, do Texto Maior. Trata-se, portanto, de um exemplo claro de *eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais*, ou seja, de aplicação direta das normas constitucionais que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, sem qualquer *ponte infraconstitucional*⁷⁷.

Com a Emenda do divórcio, as questões relacionadas a alimentos, guarda dos filhos, o uso do nome e partilha de bens, podem ser ajuizadas em ação autônoma, deixando a ação de divórcio só para dissolução do vínculo existente entre as partes⁷⁸.

Disso extrai-se que, os alimentos podem ser pleiteados após o divórcio, pois, sendo ajuizadas em ações autônomas, o divórcio pode ser decretado antes de ser resolvida a questão dos alimentos. Caso contrário, a Emenda do Divórcio representaria um retrocesso na questão dos alimentos, além de atentar contra a dignidade da pessoa humana.

Assim, “o melhor caminho é o de viabilidade jurídica dos *alimentos pós-divórcio*, pois caso ocorra o contrário a Emenda Constitucional 66/2010

⁷⁵ DIAS, 2009, p. 474.

⁷⁶ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família**: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 162.

⁷⁷ TARTUCE Flávio. **A Emenda Constitucional 66/2010 e os alimentos pós-divórcio**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/704>>. Acesso em: 05 set. 2012.

⁷⁸ Ibidem.

representaria uma reforma em desfavor ao alimentando, o que não se pode admitir⁷⁹.

Embora o divórcio dissolva inteiramente o casamento, não restando qualquer vínculo ou dever de assistência entre os cônjuges, o ordenamento jurídico brasileiro admite a continuidade do direito a alimentos após o seu decreto, em respeito ao princípio da solidariedade familiar⁸⁰. Tendo em vista ainda que, entre as causas de extinção da obrigação alimentar previstas no art. 1.708, não se encontra o divórcio.

No que tange à renunciabilidade registra-se que, apesar da literalidade do art. 1.707 do CC/2002, segundo o qual os alimentos são irrenunciáveis, doutrina e jurisprudência têm admitido sua renúncia nas relações de conjugalidade.

Como se extrai, a exemplo das ementas pesquisadas, uma vez renunciados os alimentos quando do divórcio, estes não podem ser pleiteados posteriormente⁸¹. Contudo, a renunciabilidade dos alimentos é questão a ser analisada pormenorizadamente mais adiante.

Por fim, vale lembrar que a Emenda do Divórcio trouxe uma grande inovação, no sentido de que não mais se discute a culpa pelo fim do casamento. Assim, na pretensão a alimentos, discutir-se-á apenas a necessidade do postulante e a possibilidade do outro cônjuge de pagar a pensão pretendida, sem qualquer perquirição da culpa.

2.5 ALIMENTOS NA SEPARAÇÃO DE FATO

O Código Civil de 1916, no seu art. 234, previa discriminatoriamente que a obrigação de sustentar a mulher cessava para o varão quando ela abandonava, sem justo motivo, a habitação conjugal: “A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ela abandona sem justo motivo a habitação conjugal, e a esta se recusa voltar [...]”.

⁷⁹ TARTUCE, 2012.

⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, p. 357.

⁸¹ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. DISPENSA DE ALIMENTOS QUANDO DA SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO. ACORDO HOMOLOGADO. POSTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE ALIMENTOS POR EX-CÔNJUGE. CARÊNCIA DE AÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. EXTINÇÃO DA AÇÃO. Os alimentos ao ex-cônjuge são devidos em face do dever de solidariedade prevista em lei, quando demonstrada a necessidade. Para que seja determinada a prestação de alimentos entre ex-cônjuges – dever de mútua assistência – é necessária a comprovação de dependência econômica entre as partes. No caso, as partes já estão separadas há dez anos, sem a prestação de alimentos, tendo, inclusive, havido expressa renúncia a alimentos quando da separação e divórcio das partes, mostrando-se, assim, inviável a postulação posterior de alimentos.

O Novo Código não reproduziu a regra do referido artigo, por motivos óbvios, pois, a Constituição Federal havia consagrado o absoluto princípio da igualdade entre os cônjuges.

A separação de fato pode ser entendida como um fenômeno natural em que os cônjuges decidem pôr fim ao vínculo conjugal, sem, no entanto, recorrer aos meios legais. A separação de fato é a cessação da coabitação pela retirada de qualquer dos cônjuges ou pela dissolução do lar comum pelo afastamento recíproco e concomitante.

A separação de fato importa na violação do dever de coabitação atribuída aos cônjuges quando do casamento, pois, de conformidade com o art. 1.566, II, do vigente Código Civil, “são deveres de ambos os cônjuges: ... II – vida em comum, no domicílio conjugal”.

A separação de fato indica uma situação fática, não como uma instituição, pois, embora mencionada em alguns dispositivos jurídicos, não foi regulamentado pelo ordenamento jurídico.

Contudo, a tendência cada vez maior é para a sua institucionalização. Sendo assim, pode-se dizer que a separação de fato não é uma situação não jurídica, ou seja, é um fato jurídico e gera reflexos nas obrigações dos cônjuges. Nesta linha, cumpre averiguar quais os reflexos que a separação de fato tem na obrigação alimentar.

Primeiramente, esclarece-se que, o art. 1.694 do Código Civil não coloca a efetiva dissolução do casamento como requisito para pedir alimentos. Isto é, o atual Código não repete a causa de cessação da obrigação alimentar que continha no art. 234 do Código revogado. Apenas dá aos cônjuges a faculdade de pedirem alimentos de que necessitem.

Nesse sentido, discorre Arnaldo Rizzardo: “extraí-se que a todo o tempo é possível pleitear alimentos, na plenitude do significado constante no art. 1.694, de maior amplitude que seu correspondente art. 396 do Código revogado”⁸².

Esclarece-se também, que a separação de fato não tem o condão de dissolver a sociedade conjugal, uma vez que permanece entre os cônjuges o vínculo que lhes são atribuídos quando do casamento. Não há norma expressa determinando que a sociedade conjugal extingue-se com a separação de fato.

⁸² RIZZARDO, 2006, p. 765.

Contudo, cada vez mais a lei atribui importantes efeitos para a mera separação de fato.

Conforme, assinala Sérgio Gilberto Porto:

Quer tenha se operado o abandono motivado, quer tenha os cônjuges pactuado em se separar apenas faticamente, persiste íntegro o vínculo decorrente do casamento e, por decorrência, o dever de mútua assistência (art. 1.566, III, do CC/2002)". Como a relação jurídica matrimonial continua presente, viável é a postulação de alimentos, pois, a partir daí, basta que se investigue a necessidade de um e a possibilidade de outro, a fim de apurar para qual dos cônjuges deverá ser alcançada a prestação alimentar, vez que a situação projetada nada afeta o direito de alimentos⁸³.

Porém, para o referido autor, a obrigação de sustentar o cônjuge cessa, para o outro, quando um deles abandonar sem justo motivo a habitação conjugal, e a esta se recusa voltar. Portanto, aquele que tem motivo legítimo para o abandono preserva o direito de alimentos; no entanto, resulta para o cônjuge o ônus de provar que seu afastamento decorre de justificativa legítima⁸⁴.

Ainda, segundo o aludido autor, as separações fáticas prolongadas tornam os cônjuges verdadeiros estranhos entre si, o que põe por terra o dever de mútua assistência decorrente do matrimônio, no sentido de que houve a derrogação social desse dever, devido ao comportamento dos cônjuges. Desse modo, não se justifica que, passados anos, venha um dos cônjuges arguir em seu favor o dever de mútua assistência juridicamente ainda existente, eis que tal dever veio a ser consumido pelo tempo⁸⁵.

Yussef Cahali a seu turno constata que, a simples separação de fato, por si só, não faz cessar a obrigação alimentar entre os cônjuges, qualquer que tenha sido a causa da separação. Ainda, segundo o autor, é devida a prestação alimentar durante a separação de fato, no entanto, esta cessará em ocorrendo as hipóteses dos arts. 1.708 e 1.709⁸⁶.

Segundo Arnaldo Rizzardo, o requisito primeiro para concessão dos alimentos é a separação física dos cônjuges, ou seja, que não habitem sob o mesmo teto ou na mesma residência⁸⁷.

⁸³ PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos**. 4. ed. rev. e atual. com notas a respeito do projeto de um novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 139.

⁸⁴ Ibidem, p. 61 e p. 63.

⁸⁵ Ibidem, p. 139.

⁸⁶ CAHALI, 2011, p. 40.

⁸⁷ RIZZARDO, 2006, p.766.

Inobstante, não existe qualquer disposição legal que subordine o pedido de alimentos à circunstância de estarem os cônjuges efetivamente separados de fato, e desse modo nada obsta que os alimentos sejam reclamados quando ainda estejam sob o mesmo teto.

Isso porque há casos nos quais, embora os cônjuges estejam sobre o mesmo teto, não existe mais vida em comum, e desse modo, pode acontecer que um dos cônjuges não possua condições de promover o seu próprio sustento, e o outro está sendo faltoso. Nesse aspecto, pode-se pedir alimentos ainda que estejam sob o mesmo teto. Ademais, predomina nos tribunais o entendimento nesse sentido⁸⁸.

Com escopo, os cônjuges poderão pleitear alimentos quando a separação for apenas de fato. O cônjuge necessitado não está obrigado a ingressar com a ação de divórcio, para que possa pedir alimentos. Desde que resulte a condição de necessidade e havendo a possibilidade de quem deverá prestá-los, estabelecida está a obrigação alimentar.

2.6 ALIMENTOS E CULPA PELO FIM DO VÍNCULO AFETIVO

A culpa sempre foi um tema bastante polêmico, devido ao fato da dificuldade de se averiguar quem é considerado culpado ou não diante de uma crise na relação conjugal. Tanto o Código Civil de 1916, quanto a Lei do Divórcio negavam alimentos ao cônjuge culpado pela separação. Assim, aquele culpado pela separação perdia o direito a alimentos, independentemente da sua condição de necessidade.

Com a (re)fundação do Código Civil de 2002, o legislador atendendo aos reclamos da doutrina, desvinculou a obrigação alimentar entre cônjuges da causa da separação, concedendo alimentos também ao cônjuge culpado pelo fim do casamento. Sendo assim, qualquer um dos cônjuges culpado ou não, pode fazer jus aos alimentos. No entanto, o cônjuge culpado não desfruta dos mesmos benefícios que o inocente.

Consoante o § 2º do art. 1.694 do Código Civil: “os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”.

⁸⁸ CAHALI, 2011, p. 42.

O art. 1.704, parágrafo único, dispõe que: “se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência”.

Portanto, ao cônjuge culpado não serão devidos alimentos para viver de modo compatível com a sua condição social, mas sim apenas os indispensáveis para viver com dignidade.

Os alimentos ao cônjuge culpado são também subsidiários, na medida em que só podem ser pleiteados junto ao cônjuge inocente, caso o culpado não tenha parentes em condições de prestá-los. Além disso, o culpado deve comprovar não possuir aptidão para o trabalho.

Em relação ao cônjuge inocente, a lei faculta pedir os alimentos necessários para viver conforme a sua condição social, e inclusive para atender às necessidades de sua educação. Portanto, o cônjuge não declarado culpado faz jus não só aos alimentos naturais como também aos civis.

Como se vê os alimentos ao cônjuge culpado tem um caráter excepcional, isto é, o culpado só percebe os alimentos quando não tem parentes em condições de prestá-los ou quando não tem aptidão para o trabalho, além disso, a culpa influi no *quantum* de alimentos.

Dúvidas pairam quanto à união estável, pois os arts. 1.702 e 1.704 só falam em cônjuge culpado. Assim, partindo destes dispositivos não dá para afirmar que existem limitações quantitativas aos alimentos na união estável.

Segundo a doutrina minoritária as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 não faziam referência à culpa e, portanto, esta estava excluída do campo da união estável. Já a posição majoritária, sob a regência da Lei nº 8.971/94, atribuía à união estável tratamento semelhante ao casamento, no sentido de que o casamento não poderia ficar em posição inferior à união estável; a mesma doutrina, sob a égide da Lei nº 9.278/96 aduziu que não mais faria sentido a controvérsia, por não haver rescisão sem culpa⁸⁹.

Pensamos que o melhor caminho é o que corrobora a opinião de Maria Berenice Dias que aduz o seguinte:

⁸⁹ PEREIRA, S. G., 2007, p. 202.

Assim, por elementar princípio isonômico, como não há falar em culpa na união estável, as restrições decorrentes da culpa não podem persistir no casamento. Tanto os cônjuges como os conviventes não devem ficar sujeitos à identificação de culpa (...), a solução é invocar o princípio da igualdade⁹⁰.

A equiparação dos efeitos entre o casamento e a união estável decorre da interpretação constitucional (art. 226 § 3º), e à união estável devem-se aplicar as mesmas disposições do casamento, salvo quando a lei que regula a união estável for expressa em sentido contrário.

O convivente culpado poderá, portanto, pleitear alimentos, embora estes sejam limitados, desde que sejam necessários a sua subsistência e que o companheiro inocente tenha condições de prestá-los.

No entanto, a perquirição da causa da dissolução do vínculo afetivo vem perdendo prestígio, seja porque é difícil atribuir a um só dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão do Estado na intimidade da vida das pessoas. Tal motivação vem sendo desprezada pela jurisprudência.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul desde longa data vêm se posicionando no sentido de colocar o fim à perquirição da culpa, conforme se constata da seguinte ementa:

AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRÁTICA DE ADULTÉRIO. RECONHECIMENTO DA CULPA AFASTADA. DANO MORAL. A orientação da jurisprudência gaúcha é no sentido da irrelevância da aferição da culpa quando da separação judicial, uma vez que a eventual infração cometida por um dos cônjuges decorre da natural deteriorização da relação conjugal. A prática de adultério por qualquer dos cônjuges gera tão somente a dissolução da sociedade conjugal, com os seus reflexos, não gerando dano moral indenizável à parte ofendida. APELO NÃO PROVIDO.⁹¹

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010 a discussão a cerca do fim da culpa ganhou corpo, pois quem considera que o instituto da separação foi extinto com a introdução da referida emenda, também considera que a culpa pela dissolução do vínculo afetivo foi banida do ordenamento jurídico brasileiro⁹².

⁹⁰ DIAS, 2009, p. 471.

⁹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70026555177, Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em: 30 out. 2008.

⁹² Sobre a discussão acerca da extinção do instituto da separação ver o item 2.3.

Nesse sentido, salienta Maria Berenice Dias: “O fim da separação judicial e a eliminação do instituto da culpa levou de arrasto os arts. 1.702 e 1.704 da lei civil”. No entanto, segundo a doutrinadora, persiste a possibilidade de restringir o montante de alimentos ao culpado pela situação de necessidade. Isto é, a culpa pela situação de necessidade não se confunde com a culpa pela dissolução do vínculo conjugal⁹³.

Na mesma linha de pensamento Caetano Lagrasta assevera que:

Na concessão e fixação dos alimentos é de meridiana clareza que o alimentado, desde que necessite dos mesmos e disponha o alimentante de recursos, independentemente de qualquer discussão sobre a culpa, a eles fará jus. Ressalve-se que nos casos de indignidade (parágrafo único, do art. 1708 do CC) ao credor será garantido o mínimo à sobrevivência ou deverá ser fixado de forma transitória e por período certo. A decisão deve observar os princípios da solidariedade e sobrevivência [...]⁹⁴.

Ainda, nessa mesma esteira, Carlos Roberto Gonçalves afirma que a emenda nº 66 revogou tacitamente os arts. 1.702 e 1.704 do Código Civil. Sendo assim, não mais se admite discussão acerca da culpa nas ações de divórcio, na separação de direito e no divórcio-conversão.

Para concluir o raciocínio adota-se o entendimento que predomina na doutrina e na jurisprudência. Isto é, de que com a Emenda Constitucional nº 66, o instituto da culpa que começara a entrar em desuso desapareceu de vez do ordenamento jurídico brasileiro. Não mais persiste a culpa pela dissolução do vínculo afetivo. A culpa será objeto de discussão apenas quando houver procedimento indigno do credor em relação ao devedor (art. 1.708 § único, do Código Civil).

Desta feita, a obrigação alimentar centra nos seus pressupostos essenciais, quais seja a necessidade de quem pleiteia os alimentos e a possibilidade de quem irá prestá-los.

⁹³ DIAS, 2010b, p. 26.

⁹⁴ LAGRASTA, Caetano. **Divórcio**: o fim da separação e da culpa? Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/690>>. Acesso em: 05 set. 2012.

2.6.1 Alimentos decorrentes da união estável

Até 1977, o casamento era indissolúvel e em razão das várias dificuldades de separação, bem como pela dificuldade de registrar o casamento religioso, nasce paralelamente uma nova tendência de constituição de família, o concubinato. “A falta de registro civil do casamento religioso, base secular de constituição de família, importa concubinato”⁹⁵.

Dessas relações de fato surgiram problemas de natureza jurídica, em especial os relacionados com a questão patrimonial. Com o fim desses relacionamentos a mulher ficava numa situação de penúria, porque do concubinato ela não era meeira e nem herdeira, já que não havia regulamentação jurídica quanto ao patrimônio adquirido em conjunto⁹⁶.

O Código Civil de 1916 não possuía previsão sobre união estável, que na época era denominada concubinato, havendo discussões somente no âmbito obrigacional. Contudo, algumas legislações já vinham reconhecendo alguns direitos dos concubinos, como o da companheira poder receber indenização decorrente de acidente de trabalho do companheiro morto (Decreto 7.036/44) e o direito ao uso do nome pela convivente, previsto na Lei de Registros Públicos. Há também os direitos previdenciários, consolidados pela Lei 4.297/63 e Lei 6.194/74, colocando a companheira em posição de dependente do contribuinte falecido⁹⁷.

Com efeito, até o advento da Constituição Federal de 1988 não era reconhecido ao companheiro o direito de pleitear alimentos, pois os concubinos ou companheiros não eram nem parentes, nem cônjuges. Porém, a jurisprudência concedia alimentos em favor do convivente, se houvesse um prévio contrato escrito a esse respeito, após a dissolução da união livre. Esse contrato seria regido pelo direito das obrigações⁹⁸.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, § 3º, reconheceu a união estável como sendo uma entidade familiar, porém, houve divergência, sobretudo na

⁹⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 192.

⁹⁶ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 273.

⁹⁷ SOBREIRA, Vera Mikevis. Alimentos decorrentes da união estável e do concubinato. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Alimentos no Código Civil**: aspectos civil, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84.

⁹⁸ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5: Direito de família e sucessões, p. 171.

jurisprudência em conceder alimentos entre companheiros, na premissa de que tal artigo somente limitou a reconhecer a união estável como entidade familiar para efeito da proteção do Estado.

Vera Mikevis Sobreira cita alguns exemplos de acórdãos nesse sentido⁹⁹. A apelação cível nº 25.951-4 da 10ª Câmara Cível de São Paulo, de 7 de Outubro de 1997, reconheceu o direito aos companheiros de pleitear alimentos uns aos outros, como se segue:

[...] embora a CF assegure a irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI), olvidar não se pode que a mesma CF assegurou, para efeito de proteção do Estado, o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226 § 3º), tendo dessa forma, a partir de então, o convivente, que deles necessitar, o direito a alimentos [...].

Em sentido contrário, a autora cita, como exemplo a apelação cível nº 119.798-1 da 8ª Câmara Cível de São Paulo, de 7 de Março de 1990, que exclui o direito a alimentos entre companheiros, com o seguinte teor:

A nova Carta Constitucional evitou a equiparação do concubino ao casamento, pela proeminência que deu a este instituto. Assim, a obrigação alimentar entre concubinos escapa ao âmbito da norma do art. 226, parágrafo 3º, da CF. o dispositivo cria função de assistência para o Estado, não para o companheiro frente à companheira e vice-versa.

O Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul antes da edição da Lei nº 8.971, já tinha um entendimento favorável à concessão dos alimentos entre os companheiros, levando em consideração o disposto na Constituição¹⁰⁰.

Assim, até a promulgação da Lei nº 8.971/94, os alimentos tinham previsão expressa somente nas relações oriundas do parentesco e do casamento, muito embora a Constituição de 1988 já houvesse reconhecido a união estável como entidade familiar. O direito brasileiro só passou a reconhecer expressamente os alimentos decorrentes da união estável após o advento da referida lei.

A Lei supramencionada concedeu o direito a alimentos ao companheiro que dele necessitasse, no entanto, era restrita à união entre companheiros desimpedidos, ou seja, os companheiros só poderiam pleitear alimentos quando

⁹⁹ SOBREIRA, 2005, p. 88-89.

¹⁰⁰ TJRS, 8ª Câmara, Apelações Cíveis nºs. 591029533 e 590069308. Des. Clarindo Favretto.

estes fossem solteiros, viúvos, divorciados, após cinco anos de convivência ou com prole comum¹⁰¹.

Com efeito, o art. 1º da Lei nº 8.971/94 estabelecia o seguinte: “a companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n. 5.478/68, que dispõe sobre a ação de alimentos”.

Em 1996 foi editada a Lei nº 9.278, que estabeleceu em seu art. 2º, II, como direitos e deveres dos conviventes, a assistência moral e material recíproca. A referida lei veio reforçar ainda mais o preceituado na Lei nº 8.971/94 sobre a concessão de alimentos aos companheiros ou conviventes.

Ao inverso do que aconteceu na lei nº 8.971/94, a Lei nº 9.278/96 estendeu o direito a alimentos a qualquer união livre entre pessoas de sexo diferente, desde que esta seja duradoura, notória, pública, contínua e que tenha animus de constituir família.

O Código Civil de 2002 condensa, em apenas um artigo, os alimentos entre parentes, cônjuges e companheiros. Isto é, o Novo Código coloca a união estável no mesmo patamar que o casamento, ao tratar os alimentos de maneira uniforme.

Assim, dispõe o art. 1.694: “podem os parentes, os cônjuges, ou companheiros pedirem uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Dessa forma, coloca-se um ponto final quanto à discussão dos alimentos entre companheiros, pois a partir do art. 1.694 do Código Civil estes gozam dos mesmos direitos estendidos aos parentes e cônjuges no tocante a alimentos.

2.6.2 O reconhecimento da união estável como entidade familiar

Desde a instituição do casamento no direito brasileiro, sempre existiram em concomitância as relações extramatrimoniais.

O Código Civil de 1916, com o propósito de proteger a família constituída pelos laços sagrados do matrimônio, omitiu-se em regular as relações

¹⁰¹ RODRIGUES, 2008, p. 281.

extramatrimoniais. Até então, admitia-se o casamento como sendo a única forma de constituir família.

A legislação, além de não proteger as uniões extramatrimoniais, ainda os punia, vedando doações, a instituição de seguro e a possibilidade de a concubina ser beneficiada por testamento¹⁰². Melhor dizendo, o Código Civil de 1916 apenas reconhecia a união formada pelo casamento, introduzido no Brasil em 1891. As relações extramatrimoniais sob a denominação de concubinato, somente foram referidas na lei no intuito de afastar direitos.

Até o advento da Constituição Federal de 1988, a doutrina distinguia dois tipos de concubinato: o concubinato puro e o impuro. O concubinato puro era o havido entre pessoas desimpedidas para o casamento, mas que por opção não se casavam, enquanto que o concubinato impuro era o havido entre pessoas impedidas para o matrimônio¹⁰³.

O número crescente das uniões de fato, e sua aceitação na sociedade resultou na legitimação dessas uniões pela Constituição Federal de 1988¹⁰⁴.

Quando da edição da Carta Magna de 1988, passou-se a conferir caráter de legitimidade, não só à família decorrente do matrimônio, mas também à entidade familiar criada através da união estável. É de observar que a Constituição reconheceu expressamente a união estável ao dispor em seu art. 226 § 3º, que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...)”. E no § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Com a previsão constitucional do art. 226 § 3º, foi reconhecido como entidade familiar o concubinato puro, sob a denominação de união estável. O Código Civil define união estável no art. 1.723 através dos requisitos que devem integrá-la e faz referência ao concubinato no art. 1.727, assim fica claro que os dois institutos não se confundem.

Com isso, a união estável perde o status de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar. Isto é, foi concedida a proteção constitucional às famílias de fato.

¹⁰² DIAS, 2009, p. 158.

¹⁰³ SOBREIRA, 2005, p. 83.

¹⁰⁴ GUIMARÃES, Marilene Silveira. O patrimônio na união estável- na Constancia da união e na sucessão. In: WELTER, Belmiro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 301.

A união estável, introduzida no sistema jurídico pela ordem Constitucional de 1988, é entidade familiar que recebe a proteção do Estado e passou a ser regulamentada pelo atual Código Civil no âmbito do direito de família e das sucessões. Portanto, o novo Código Civil reconheceu expressamente a união estável, prevendo no art. 1.723 que:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O dispositivo da lei civil reiterou o art. 1º da Lei nº 9.278/96 que estabelecia: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Portanto, a união estável está plenamente afirmada, como instituto no ordenamento jurídico pátrio, e integrada ao Código Civil brasileiro, ficando caracterizada pelo relacionamento entre pessoas de sexos diferentes, público, contínuo, duradouro e com animus de constituir família.

2.6.3 Os requisitos para a concessão dos alimentos

Conforme já foi dito anteriormente, a obrigação alimentar norteia-se nos pressupostos da necessidade do reclamante e possibilidade da reclamada. No entanto, em relação à união estável deve-se atender a alguns requisitos para concessão dos alimentos, ou seja, deve-se verificar os requisitos para o reconhecimento da união estável.

Primeiramente cumpre ressaltar que a Constituição quando do reconhecimento da união estável com entidade familiar não fixou requisitos, nem tampouco tempo mínimo para o reconhecimento de uma união *more uxorio* para ser considerada com estável e merecer, por conseguinte, a proteção legal.

A Lei 8.971/94 fixava um prazo de cinco anos para o reconhecimento dos efeitos da união estável. A Lei nº 9.278/96 regulamentou o art. 226 § 3º da Constituição, reconhecendo como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família. Observa-se que ao contrário do que foi estabelecido na Lei nº 8.971/94, o

legislador não fixou um prazo mínimo a partir do qual a convivência seria reconhecida, pois se utilizou da expressão duradoura.

O Código Civil de 2002 por sua vez reiterou o dispositivo da lei 9.278/96, mantendo basicamente os mesmos postulados. O Código Civil não menciona um prazo mínimo de convivência para configurar União Estável e, portanto, o critério de cinco anos, previsto na Lei 8.971/94, não é mais utilizado.

Hoje se busca a essência da relação, para ver se nela existe uma união estável, isto é, uma cédula familiar¹⁰⁵. Assim, segundo o art. 1.723 do Código Civil: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Portanto, o Código Civil define a união estável com sendo, um relacionamento entre o homem e a mulher, que configura na convivência pública, contínua, duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família.

Por conseguinte, não é toda e qualquer união entre o homem e a mulher que poderá ser reconhecida como entidade familiar; de plano, excluem-se do conceito as uniões adulterinas e aquelas que envolvem pessoas absolutamente impedidas de casar - mesmo que preenchidos os demais requisitos, não poderão ser consideradas conviventes sob a égide da união estável, excetuando os separados judicialmente e de fato, que podem viver em união estável, já que desfeita a sociedade conjugal e passível de ruptura do vínculo matrimonial em face da sua dissolubilidade.

Com efeito, estabelece o § 1º, art. 1.723 CC: “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

O reconhecimento da união estável atende aos seguintes requisitos: dualidade dos sexos, convivência pública, contínua, duradoura e com animus de constituir família.

- dualidade dos sexos: Nenhuma das leis que regulamentaram o instituto da união estável deu ensejo à possibilidade de haver união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ambas dispuseram expressamente que o reconhecimento da entidade familiar na forma da união estável era o relacionamento entre o homem e a mulher.

¹⁰⁵ GUIMARÃES, 2004, p. 395.

Portanto, segundo as referidas leis, a dualidade dos sexos é o requisito primordial para o reconhecimento da união estável como entidade familiar.

O Código Civil por sua vez não institui a possibilidade de haver união estável entre pessoas do mesmo sexo. Parte-se da idéia que a justificativa para tal vedação é a de que como não houve previsão constitucional de uniões homoafetivas, o novo Código Civil não deveria tratar deste assunto também.

Por conseguinte, não há previsão legal de união entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista a expressão “homem e mulher”, a qual consta no dispositivo supratranscrito, mas tem-se que isso não afasta o reconhecimento dos efeitos decorrentes das uniões entre pessoas do mesmo sexo, pois muito embora não reconhecidas pelo ordenamento jurídico elas existem e produzem efeitos jurídicos.

Hoje, a tendência para o reconhecimento dos seus efeitos é cada vez maior, sobretudo, no que diz respeito à questão patrimonial, como veremos mais adiante¹⁰⁶. Aos poucos essas uniões estão conquistando os seus espaços, saindo da esfera meramente patrimonial para produzir os mesmos efeitos que as uniões entre pessoas de sexos diferentes.

- convivência pública, contínua e duradoura: esses requisitos já figuravam nas leis que regulamentaram a união estável. Conforme mencionamos anteriormente, não existe mais o prazo mínimo de cinco anos para o reconhecimento da união estável.

No lugar desse prazo figurou a necessidade de comprovação de convivência pública, contínua e duradoura. O tempo mínimo não é mais um requisito essencial, mas mesmo assim há que se ter cautela para não se incorrer no erro de reconhecer relacionamentos momentâneos e despidos de *affectio maritalis* como se fossem uniões estáveis¹⁰⁷.

A lei exige a convivência entre os companheiros. Conviver significa viver juntos sob o mesmo teto. No entanto a doutrina tem se manifestado no sentido de que a convivência sob o mesmo teto não é indispensável para a caracterização da união estável, pois muitas vezes os casais são obrigados a se ausentarem por motivos de trabalho ou estudo¹⁰⁸.

¹⁰⁶ MAGALHÃES, 2002, p. 284.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 284.

¹⁰⁸ Aliás, esse também foi o entendimento do STF que resultou na súmula 382 com o seguinte teor: “A vida em comum sob o mesmo teto *more uxório* não é indispensável à caracterização do concubinato”. Cumpre esclarecer que, à época o termo concubinato referia a todas as formas de

No entanto, o direito de se ausentar do domicílio conjugal já se encontra consagrado na lei, de conformidade com o art. 1.569 do Código Civil: “o domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes”.

Para que a união seja reconhecida como entidade familiar é necessário atender ao requisito da publicidade. A união deve ser pública, isto é, o homem e a mulher devem se apresentar perante a sociedade como se casados fossem. “A relação clandestina, velada, à socapa, não merece a proteção da lei”¹⁰⁹. Por outro lado, exige-se a continuidade da união, isto é, pressupõe-se que a relação seja contínua, sem interrupções.

Segundo Rui Ribeiro Magalhães, as relações regadas a desavenças e separações frequentes quebram o requisito da continuidade, de modo que quem quer que pretenda constituir família deve manter um relacionamento contínuo e amistoso, como ocorre no casamento¹¹⁰.

- animus de constituir família: o elemento subjetivo da união estável reside na intenção dos conviventes constituírem família. Para Sílvio de Salvo Venosa, este requisito é o corolário de todos os elementos legais já mencionados. O autor segue explicando que:

Não é necessário que o casal de fato tenha prole comum, o que se constituiria elemento mais profundo para caracterizar a entidade familiar. Contudo, ainda que sem filhos comuns, a união tutelada é aquela *intuitu familiae*, que se traduz em uma comunhão de vida e de interesses. Sem o objetivo de constituir família, a entidade de fato poderá ser um mero relacionamento afetivo entre os amantes, gerando, no máximo, sociedade de fato em relação a bens adquiridos por esforço afetivo de ambos¹¹¹.

Para que a união estável seja reconhecida como entidade familiar, é necessário que estejam evidenciados todos esses requisitos, na falta de qualquer um desses requisitos considera-se uma mera união concubinária.

uniões entre casais que conviviam sem serem casados, abrangendo dessa forma a união estável propriamente dita e as uniões concubinárias.

¹⁰⁹ VENOSA, 2002, p.54.

¹¹⁰ MAGALHÃES, 2002, p. 284.

¹¹¹ VENOSA, op. cit., p. 54.

2.6.4 Alimentos e a diferença entre união estável e casamento

A união estável difere do casamento, fundamentalmente, pela inexistência da solenidade exigida por lei para que as pessoas de sexos diversos sejam consideradas civilmente casadas. Nesse sentido ensina-nos Frederico Augusto de Oliveira Santos: “a diferença entre casamento e a união estável é que o casamento constitui-se através da celebração e a união estável é uma união de fato sem exigência formal [...]”¹¹².

Os dois institutos diferem também quanto à natureza jurídica. Enquanto o casamento é negócio jurídico, a união estável é fato jurídico.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, após a introdução da dicção constitucional a respeito da união estável reconhecida como entidade familiar (art. 226, § 3º), duas interpretações distintas têm sido percebidas.

O primeiro entendimento é no sentido de que a união estável é equiparada ao casamento, melhor dizendo que os direitos da união estável não diferem do casamento. O segundo argumento é no sentido de facilitar a conversão da união estável em casamento. Esclarece o autor que não há razão para converter a união estável em casamento, salvo se forem diferentes¹¹³.

Para Belmiro Pedro Welter a única diferença existente ainda entre a união estável e o casamento é quanto à prova, na medida em que o casamento admite prova pré-constituída (certidão de casamento), enquanto na união estável, a prova pode ser pré ou pós-constituída¹¹⁴.

Desde Constituição de 1988 não existe mais diferença entre casamento e união estável. A Magna Carta reconheceu a união estável como entidade familiar, que merece a proteção do Estado, e como tal todos os direitos e deveres decorrentes do casamento devem ser outorgados à união estável. “A união estável é uma família inundada pelos mesmos propósitos do casamento”¹¹⁵.

No tocante aos alimentos, o legislador não estabeleceu qualquer diferença entre os dois institutos, uma vez que nos termos do art. 1.694, do Código Civil, o

¹¹² SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. **Alimentos decorrentes da união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 101.

¹¹³ VENOSA, 2002, p. 56.

¹¹⁴ Segundo o autor a prova “será pré-constituída se os conviventes, no nascedouro da entidade familiar, lavrarem a escritura de pacto patrimonial de edificação da união estável e/ou de escolha de outro regime de bens, que não o da comunhão parcial (legal)”. E a prova pós-constituída é aquela “produzida durante ou quando da dissolução da união estável”. (WELTER, 2003, p. 177).

¹¹⁵ Ibidem, p. 180.

companheiro figura entre aqueles que podem pleitear alimentos. Assim, em face da equiparação da união estável ao casamento, aplicam-se àquela os mesmos princípios e normas atinentes a alimentos entre cônjuges¹¹⁶.

2.6.5 Renúncia dos alimentos no casamento e na união estável

A obrigação alimentar é marcada por diversas características, conforme o estudado, dentre as quais cria-se um especial relevo ao fato de o direito aos alimentos ser insuscetível de renúncia.

Pelo art. 404 do Código Civil de 1916, os parentes não podiam renunciar o direito a alimentos. A lei que regulamentava os direitos entre os cônjuges silenciava a esse respeito. Porém, em relação aos cônjuges, havia duas posições contraditórias: uma que não admitia a renúncia e a outra que admitia a renúncia ao direito de alimentos¹¹⁷.

Em consequência, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a súmula 379 com o seguinte entendimento: “no acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteadas ulteriormente, verificados os pressupostos legais”. Por uma questão de atualidade, no lugar de “desquite”, leia-se “separação judicial”.

O Supremo Tribunal Federal entendia a cláusula da renúncia como uma dispensa temporária dos alimentos, tendo em vista que poderiam ser pleiteados novamente a qualquer tempo, desde que demonstradas a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante.

Dito de outra forma, não se admite renúncia a alimentos, mas cabe perfeitamente a dispensa a alimentos, visto que a dispensa não representa uma abdicação do direito, portanto, ela é apenas provisória, porque a qualquer tempo o credor mediante a sua necessidade poderá pleiteá-los novamente.

A dispensa implica apenas no não exercício do direito, o que não significa abrir mão do direito a alimentos. A renúncia é definitiva, isto é, o credor de alimentos não poderá pleiteá-los ulteriormente. Por conseguinte, segundo o entendimento do STF, quando os cônjuges possuíam bens suficientes para a sua manutenção, era

¹¹⁶ GONÇALVES, 2011, p. 609.

¹¹⁷ RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 51.

legítima a dispensa na separação consensual, o que não representa nenhum obstáculo à homologação do acordo¹¹⁸.

Contudo, não obstante a posição do STF, a jurisprudência, ainda encontrava-se dividida. Havia uma corrente que considerava irrenunciável o direito a alimentos na separação judicial amigável, com fundamento na referida súmula. Desse modo, essa corrente interpretava a cláusula da renúncia como dispensa temporária dos alimentos. Havia por outro lado, os que defendiam a admissibilidade da renúncia ao direito a alimentos, na separação consensual¹¹⁹.

Arnaldo Rizzardo compartilha o entendimento do STF:

A natureza da obrigação alimentar no direito brasileiro é essencialmente assistencial e não-indenizatório, como acontece do direito francês. Em verdade, o não- exercício do direito a alimentos, de parte do cônjuge que os dispensou quando da separação, ou em outro momento, não implica em renúncia, tanto mais quando sobrevierem a velhice, a doença e outras decrepitudes, provocando na parte que os dispensou extrema necessidade de recebê-los¹²⁰.

Do mesmo modo, esclarece Silvio Rodrigues:

Dada a importância que a questão de alimentos apresenta para o ordenamento jurídico, as regras que a disciplinam são de ordem pública e, por conseguinte, inderrogáveis por convenção entre os particulares. De modo que não se pode renunciar ao direito de exigir alimentos, nem se pode ajustar que seu montante jamais será alterado, nem fazer qualquer espécie de convenção que possa, direta ou indiretamente, suspender a aplicação de uma das normas cogentes constantes deste capítulo¹²¹.

Em sentido contrário, Álvaro Villaça Azevedo sempre defendeu que era possível renunciar a alimentos, tanto na separação consensual entre cônjuges, como no contrato de convivência entre companheiros. Assim, o autor assevera que: “tenha-se presente que essa exigência de alimentos não surge do dever de mútua assistência material entre cônjuges ou entre companheiros, que termina com a extinção do contrato matrimonial ou concubinário”¹²².

¹¹⁸ Ementa:- Ação de alimentos regulada pela lei nº 5.478/69. Recurso Extraordinário em que se alega divergência com a súmula 379 do STF. Dispensa de alimentos pela mulher, no momento da separação judicial, por haver ficado com bens suficientes para a sua sobrevivência. Na espécie, não se configura discordância com a súmula 379. Cabe a recorrente promover ação de revisão de alimentos, se for o caso, quanto aos filhos do casal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 110.187-3. Relator: Ministro Djaci Falcão. 12 maio 1987).

¹¹⁹ AZEVEDO, 2002, p. 292.

¹²⁰ RIZZARDO, 2006, p. 780.

¹²¹ RODRIGUES, 2008, p. 375.

¹²² AZEVEDO, op. cit., p. 290.

A Súmula 379 do STF tinha o cunho de proteger a mulher, que era considerada a parte mais fraca nas relações conjugais. Todavia, com o advento da Constituição de 1988, o enunciado protecionista da referida Súmula, não mais se compatibilizava com o princípio da igualdade consagrado no art. 226, § 5º, da aludida carta.

Por tal motivo, o entendimento do STF não prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça, pois nessa Corte predominava a orientação de que a cláusula de renúncia a alimentos em separação judicial era válida e eficaz, isto é, o cônjuge que a eles renunciar não pode voltar a pleiteá-los posteriormente¹²³.

O STJ inovou afastando a incidência da Súmula 379 do STF, sob o fundamento da igualdade entre os cônjuges, consagrada no § 5º do art. 226 da Constituição Federal. Nesse sentido, acentua Rolf Madaleno:

O STJ admite a dispensabilidade dos alimentos oriundos da relação matrimonial, julgamento próprio de um sentimento cada vez mais crescente de equiparação dos gêneros sexuais, restringindo o impulso por disputas judiciais oriundas de rancores conjugais. Não derivando os alimentos do vínculo consanguíneo, mas sim da mútua assistência, a tendência doutrinária e jurisprudencial foi a de permitir a renúncia do direito alimentar, validando definitivamente a cláusula separatória de exoneração dos alimentos entre cônjuges¹²⁴.

Portanto, essa tendência jurisprudencial começou a se modificar a partir da Constituição Federal de 1988, em face da igualdade entre homem e mulher. Essa nova visão foi muito bem colocada pelo Professor e doutrinador Jamil Andraus Hanna Bannura em seu artigo intitulado “Pela extinção dos alimentos entre cônjuges”¹²⁵. Foi um dos motivos pela qual a maioria dos julgados passou a decidir pela renunciabilidade dos alimentos, como se vê, inclusive o STJ.

O argumento do STJ também se debruçava no fato de que os cônjuges não são parentes, viabilizando desse modo a renúncia a alimentos, pois os alimentos irrenunciáveis do Código Civil de 1916 eram aqueles destinados às relações de

¹²³ Ementa: Alimentos. Renúncia. Divórcio. É válida e eficaz a cláusula de Renúncia a alimentos (“não ficou estabelecida qualquer cláusula que brigava o ex-marido a prestar alimentos à ex-mulher”, segundo o acórdão recorrido) em acordo de separação. Quem renuncia, renuncia para sempre. O casamento válido se dissolve pelo divórcio. Dissolvido o casamento, desaparecem as obrigações entre os então cônjuges. A mútua assistência é própria do casamento. Ilegitimidade de parte ativa da mulher para a ação. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 85.683/SP. Relator: Ministro Nilson Naves, 1996).

¹²⁴ MADALENO, Rolf. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 173.

¹²⁵ BANNURA, 2004, p. 121-138.

parentesco. Ou seja, o art. 404 do referido Código somente fazia referência a parentes.

No regime do Código de 1916, a tese da renunciabilidade dos alimentos se desenvolvia justamente pela falta do vínculo de parentesco entre os cônjuges. O então Código disciplinava os alimentos decorrentes da relação de parentesco, enquanto os que derivavam do casamento eram regulamentados na Lei nº 6.515.

Malgrado todas as decisões judiciais, respaldadas na doutrina pela renunciabilidade do direito a alimentos entre cônjuges e companheiros, o novo Código Civil acolheu a posição contrária. De modo que, o Novo Código Civil ratificou o entendimento da Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal.

Assim, estabelece o Código Civil no seu art. 1.707: “pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”. Conforme já esclarecido o antigo Código só referia a alimentos decorrentes do vínculo de parentesco.

O atual Código concede esse direito a não consanguíneos, ao estabelecer que: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”¹²⁶. “Esta bifurcação dos deveres já não mais existe no vigente Código Civil”¹²⁷.

O dispositivo refere-se a todas as fontes de obrigação alimentar, parentesco, casamento e união estável. O art. 1.707 ao deixar de fazer ressalva expressa a respeito de quais seriam os alimentos irrenunciáveis, se apenas os decorrentes do parentesco ou apenas os inerentes da dissolução do casamento e da união estável, reacende a discussão acerca da renúncia ou irrenunciabilidade dos alimentos.

Apesar do Código Civil de 2002 ter estabelecido expressamente a irrenunciabilidade do direito a alimentos, o Superior Tribunal de Justiça reafirma a sua posição, indo na contramão da lei, como se verifica da seguinte ementa:

A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo. Deve ser reconhecida a carência da ação, por ilegitimidade ativa do ex-

¹²⁶ Art. 1.694 do Código Civil de 10 de Janeiro de 2002.

¹²⁷ MADALENO, 2007, p. 176.

cônjuge para postular em juízo o que anteriormente renunciara expressamente. Recurso especial conhecido e provido.¹²⁸

Não obstante a cláusula expressa da irrenunciabilidade dos alimentos consagrado no atual Código Civil seja decorrente do parentesco, do casamento ou da união estável, a doutrina novamente se manifestou entendendo ser possível a renúncia de alimentos decorrentes do casamento e da união estável. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira sustenta que:

Entendo ser possível a renúncia aos alimentos entre cônjuges e companheiros, mas não o é entre pais e filhos menores. Isso porque em Ações de Divórcio ou de Reconhecimento e Dissolução de união estável estão envolvidas partes maiores e capazes, que têm plenas condições de se autodeterminar, devendo preponderar os princípios da liberdade das partes, da autonomia e da menor intervenção estatal. Ademais, a inserção da cláusula de renúncia entre cônjuges ou companheiros pode ter se dado em razão de negociação entre as partes, levando-se em consideração uma contrapartida através da partilha, ou seja um acordo global no que constou, inclusive, a renúncia, considerando-se outras disposições patrimoniais¹²⁹.

Na mesma esteira, oportuna é a explicação de Zeno Veloso *apud* Rolf Madaleno:

Não há sentido ou razão para que um cônjuge, pessoa capaz, colocada em plano de igualdade com o outro cônjuge, no acordo de separação amigável, que tem, ainda, de ser homologado pelo juiz, não possa abrir mão de alimentos, fique impedido de rejeitar esse favor, tolhido de renunciar a tal benefício, se possui bens ou rendas suficientes para a sua sobrevivência, manutenção, e manter padrão de vida digno, ficando o outro cônjuge a mercê de uma reclamação futura de alimentos, apresentada pelo que, livremente, renunciou á pensão alimentícia, perpetuando-se, numa sociedade conjugal extinta e dissolvida, o dever de mútua assistência que relacionava os consortes durante a convivência matrimonial¹³⁰.

O doutrinador Sérgio Gischkow Pereira entende que quando se fala em irrenunciabilidade dos alimentos, deve-se fazer uma ressalva quanto ao caso de divórcio e à ruptura da união estável.

Segundo o mencionado autor, o art. 1.707 dever ser interpretado de forma razoável, isto é, não deve ser tomado em sua literalidade. Esclarece ainda o autor que: “a interpretação sistemática indica que, havendo completa ruptura do vínculo conjugal e da convivência estável, não há razoabilidade em, mesmo aí, não admitir a

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 701902/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. **Diário da Justiça** 3 out. 2005, p. 249.

¹²⁹ PEREIRA, R. C., 2011, p. 127.

¹³⁰ MADALENO, 2007, p. 177.

renúncia”. Outros autores defendem esta posição, tais como, Luiz Felipe Brasil Santos, Francisco José Cahali e Carlos Roberto Gonçalves, bem como Maria Aracy Menezes Costa¹³¹¹³².

Segundo a exegese da Súmula 379 do STF, a irrenunciabilidade aos alimentos se aplicaria tão somente à separação judicial, o que leva a crer que é possível a renúncia dos alimentos no divórcio. Aliás, esse é o entendimento do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves que acentua o seguinte: “frise-se, desde logo, que tal súmula não se aplica aos casais divorciados, mas somente aos separados judicialmente”¹³³.

A propósito preleciona Francisco Cahali: “a possibilidade de buscar a fixação dos alimentos encontra seu limite no divórcio das partes, permitindo o exercício da pretensão apenas pelos separados judicialmente”. Ainda, aduz o autor de que só pelo fato de inexistir obrigação anteriormente constituída já não mais se poderá pretender a pensão após o divórcio, assim havendo a renúncia expressa espontânea pelas partes, encerrada está qualquer possibilidade de instituição dos alimentos, desfeito o casamento¹³⁴.

Na mesma linha de pensamento, discorre Luiz Felipe Santos Brasil:

Quando se trata de divórcio, irrelevante a circunstância de que tenha ou não ocorrido renúncia aos alimentos. É suficiente que, por ocasião da dissolução do vínculo matrimonial, nada tenha sido estipulado acerca da pensão alimentícia, para que, independentemente da renúncia, os alimentos não mais possam ser buscados. Isso porque faltará ao pretendente um dos pressupostos da obrigação alimentar, que- ao lado da necessidade e da possibilidade – é o vínculo¹³⁵.

No entanto, ressalta-se que a questão não é pacífica, “e já encontra divergência no próprio ambiente doméstico”¹³⁶. Contudo, se partimos da premissa de que com a Emenda Constitucional nº 66 não existe mais a separação de direito no ordenamento jurídico brasileiro, essas considerações acerca da renúncia a alimentos tornam-se inúteis, uma vez que os alimentos não são devidos entre

¹³¹ PEREIRA, S. G., 2007, p. 174.

¹³² O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já deliberou nesse sentido (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70015015852. Relator: Des. Luiz Azambuja Ramos).

¹³³ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. apud GONÇALVES, 2011, p. 525.

¹³⁴ CAHALI, Francisco José. Renúncia aos alimentos decorrentes do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 270.

¹³⁵ GONÇALVES, op. cit., p. 527-528.

¹³⁶ CAHALI, op. cit., p. 270-271.

divorciados. A maioria da doutrina sustenta que após o divórcio não é mais possível pleitear os alimentos, devido ao rompimento definitivo do vínculo do casamento¹³⁷.

Dito de outra forma, apenas se previamente fixada a obrigação alimentar, ela será devida após o divórcio. Mas conforme já mencionado, com a emenda constitucional nº 66 a tese dos alimentos para depois do divórcio começa a ganhar corpo. Nesse sentido, o fundamento maior para a continuação do dever de prestar alimentos pós-divórcio está calcado ainda no dever de solidariedade familiar que não pode ser desprezado, não obstante a ruptura do vínculo conjugal.

Constata-se que, a referida tese vem sendo sustentada na jurisprudência bem antes da entrada da emenda nº 66, ou seja, não foi a partir dessa emenda que começaram a cogitar dos alimentos pós-divórcio¹³⁸.

Tem-se que, inúmeras são as controvérsias existentes em sede da doutrina a respeito da renunciabilidade ou não de alimentos, mas a lei é clara, não deixa margens para tal discussão, portanto, não é possível admitir a renúncia a alimentos, seja ela decorrente do vínculo de parentesco, seja decorrente da dissolução do casamento ou da união estável. Mas isto não quer dizer que não pode haver a dispensa, ou seja, o não exercício da pretensão a alimentos.

Diante desse impasse existente em torno da doutrina e da jurisprudência, e levando em consideração que o Código Civil de 2002 representa um retrocesso¹³⁹, foi encaminhado para o Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 279/2007, sugerindo a mudança na redação do art. 1.707 que, se aprovada passa a vigorar com a seguinte redação: “tratando-se de alimentos devidos por relação de parentesco, pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar ao direito a alimentos”¹⁴⁰.

2.6.6 Extinção da obrigação alimentar

Consoante o art. 1.708 cessa o dever de prestar alimentos com “o casamento, a união estável ou o concubinato do credor”. Na dicção de Arnaldo Rizzardo, o novo

¹³⁷ DIAS, 2009, p. 466.

¹³⁸ O Tribunal de Justiça de São Paulo assim se manifestou: Alimentos. Ex-marido interdito. Necessidades demonstradas. Dever de mútua assistência que persiste após o divórcio. Sentença mantida. Recurso improvido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 593.747.4/4-00. Relator: Caetano Lagrasta. Julgado em: 12 nov. 2008).

¹³⁹ Rolf Madaleno, em sua obra *Repensando o Direito de Família*, argumenta que o art. 1.707 “representa um absoluto retrocesso na evolução dos acontecimentos sociais surgidos ao longo dos últimos anos”. (MADALENO, 2007, p. 179-180).

¹⁴⁰ GONÇALVES, 2011, p. 530.

casamento, a união estável e o concubinato fazem cessar a obrigação alimentar, no sentido de que é injusto obrigar o ex-cônjuge a prestar alimentos ao outro, que forma uma nova união com terceira pessoa.

Ainda acrescenta o autor: “presume-se que a nova união surge em função de relevarem os que se unem condições econômicas, iniciando vida totalmente independente e própria, sem ligações com o passado”¹⁴¹. Presume-se que o novo cônjuge ou companheiro assume o compromisso de apoiar o alimentando, resultando na desobrigação do alimentante. Isto é, se o credor dissolver o vínculo da nova união, a obrigação de prestar alimentos será desse novo cônjuge ou companheiro. O antigo cônjuge ou companheiro que prestava alimentos ficou desobrigado para sempre no momento que se concretizou o novo casamento do credor.

Por outro lado, o novo casamento do devedor “não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio” (art.1.709). Todavia, a jurisprudência tem admitido que em caso de constituição de nova família, e dela derivarem novos encargos em virtude do nascimento de filhos é cabível a ação revisional para obter a redução da pensão alimentícia¹⁴².

Disso resulta que, o simples concubinato, união estável ou novo casamento do devedor de alimentos não bastam para justificar a redução dos alimentos, ou seja, tem que haver nova prole e aumentos dos gastos.

Também perde o direito a alimentos o credor que “tiver procedimento indigno em relação ao devedor” (art.1.708, parágrafo único). Isto é, o devedor de alimentos não pode continuar a suprir os alimentos, por exemplo, a quem atentou contra a sua vida, ou incorrido em crime de calúnia ou de injúria contra ele.

O parágrafo único do art. 1.708 desperta a atenção de alguns autores, como por exemplo, a do Francisco José Cahali, em atualização da obra “Direito Civil:

¹⁴¹ RIZZARDO, 2006, p. 813.

¹⁴² APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. ADVENTO DE PROLE POSTERIOR À FIXAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AO RECORRIDO. ALTERAÇÃO NAS POSSIBILIDADES DO ALIMENTANTE. ADEQUAÇÃO DA VERBA EM ATENÇÃO AO BINÔMIO NECESSIDADE / POSSIBILIDADE. Comprovada alteração da capacidade financeira do alimentante, em face do nascimento de mais um filho e consequente aumento dos gastos, diante do salário daquele não ser expressivo, e, ainda, levando-se em conta o princípio da isonomia, segundo o qual o alimentante deve despendar igual sustento à prole, impõe-se redimensionar a verba alimentar, reduzindo-a ao patamar que melhor atenda ao binômio necessidade possibilidade. Alimentos fixados em 20% sobre os rendimentos líquidos do alimentante. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70044691970, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/12/2011).

Direito de Família”, de Sílvio, que assim preleciona: “no mínimo curiosa a situação, a merecer enorme dose de cautela para evitar a perplexidade”.

Ainda, autor supracitado complementa que o aplicador da norma deve ser prudente e razoável para que não se transforme o conceito vago em perseguição, “diante do ponderado exercício da liberdade afetiva do credor, valendo-se do permissivo legal apenas para evitar abusos, rechaçando, o quanto possível, eventual parasitismo, possível de ser criado pelo recebimento da pensão”¹⁴³.

Arnaldo Rizzardo elenca alguns casos que considera causas extintivas da obrigação alimentar, a saber: a vida desordenada e irregular do alimentário, que embora tendo condições de exercer atividade remunerada, não o faz, mas sim entrega ao ócio, aos vícios, ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao crime e outras graves anomalias, o abandono voluntário da casa paterna e a falência ou insolvência do devedor¹⁴⁴.

Segundo Maria Helena Diniz, a obrigação alimentar cessa pela morte do alimentando, tendo em vista a natureza pessoalíssima dos alimentos. Mas, de acordo com a autora, o óbito do devedor alimentos - quer sejam decorrentes do parentesco, do casamento ou união estável - fará com que haja a transmissibilidade da obrigação de prestá-los aos seus herdeiros (art. 1.700, CC) até as forças da herança (art. 1.792, CC)¹⁴⁵.

A obrigação alimentar também cessa pelo desaparecimento de um dos pressupostos sobre o qual assenta tal obrigação, ou seja, a necessidade do alimentando ou a possibilidade do alimentante¹⁴⁶.

2.7 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

“Entende-se por uniões homoafetivas as relações íntimas entre pessoas de mesmo sexo que possuem afeição semelhante, ainda que com orientação sexual diversa”¹⁴⁷. As uniões homoafetivas existem desde tempos remotos, podendo encontrar informações sobre essas uniões desde o período antediluviano¹⁴⁸.

¹⁴³ RODRIGUES, 2008, p. 386.

¹⁴⁴ RIZZARDO, 2006, p. 814.

¹⁴⁵ DINIZ, 2006, p. 631.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 632.

¹⁴⁷ LISBOA, 2009, p. 183.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 183.

No direito brasileiro, não há norma expressa protetiva das relações existentes entre pessoas do mesmo sexo. Após o advento da Constituição Federal, a família deixou de ser apenas a advinda do casamento. O conceito de família, que até então era taxativo, passou a apresentar um conceito plural. Por conseguinte, os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do artigo 226 da Constituição são meramente exemplificativos.

O pluralismo das entidades familiares é o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares. A Constituição em seu art. 226 elencou a família como base da sociedade, assim merecendo especial proteção do Estado. A Constituição instalou uma nova concepção de família, além de consagrar a igualdade entre o homem e a mulher, ampliou o conceito de família, reconhecendo a união estável e as famílias monoparentais.

Além dessas entidades familiares reconhecidas expressamente, existem os tipos implícitos incluídos no âmbito da abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput* do art. 226 da Constituição Federal.

Na concepção de Paulo Luiz Netto Lôbo, o *caput* do art. 226 da Constituição é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade. Segundo o mesmo autor, a regra do parágrafo 4º do art. 226 é cláusula geral de inclusão, sendo que o termo “Também” nela contido tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato, sem no entanto, excluir os outros¹⁴⁹.

A família deixou de ser um núcleo econômico e reprodutivo e passou a ter uma compreensão socioafetiva. O afeto passou a ser o princípio norteador da família, a partir do qual se dá a existência da entidade familiar. A dignidade humana passou a ser o centro do ordenamento jurídico. A família é hoje um “berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum”¹⁵⁰.

As uniões homoafetivas, embora não disponham ainda de um regime jurídico aplicam-se ao tema os princípios constitucionais da proteção da dignidade da pessoa humana e da igualdade, independentemente da orientação sexual, ante a expressa proibição de discriminação social. As uniões homoafetivas têm origem em

¹⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito de família**: primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 6.

¹⁵⁰ ROSA, Conrado Paulino da. Obrigação alimentar nas relações homoafetivas. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 13, n. 70, fev./mar. 2012, p. 53.

um vínculo afetivo, portanto, devem ser identificadas como entidade familiar a merecer a tutela do Estado.

Estas uniões são constituídas das mesmas características das uniões heterossexuais, sem, contudo apresentar diversidade de sexo. A família moderna encontra-se alicerçada no afeto, evidenciado como verdadeiro direito à liberdade de autodeterminação emocional, assim como na união estável, no casamento ou no concubinato nas uniões homoafetivas há também fortes laços afetivos.

Sob a ótica de Cristiano Chaves Farias, embora a lei fundamental “não tenha expressamente contemplado a união homoafetiva como relação familiar, uma visão unitária e sistêmica do ordenamento jurídico conduz com tranquilidade a essa conclusão”. Principalmente se consideramos os princípios basilares constitucionais da dignidade humana (art. 1º, CF), da igualdade substancial (art. 3º, CF), da não discriminação, inclusive por opção sexual (art. 5º, CF), e do pluralismo familiar (art. 26, CF), que consagra diferentes modelos de entidade familiar¹⁵¹.

É sabido que o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar é tema que envolve grande divergência doutrinária e jurisprudencial. Todavia, renomados autores e tribunais estão caminhando no sentido de alcançar as crescentes realidades sociais. As uniões homoafetivas apesar da falta de previsão na legislação vêm alcançando significativas conquistas por meio da doutrina e da jurisprudência - sobretudo acerca do seu reconhecimento ou não como entidade familiar, mas também o alcance de outros direitos a essa uniões.

A ausência de previsão legislativa não significa que não existam direitos, ou que não merecem a tutela jurídica. Nesse sentido, é de bom alvitre fazer alusão a algumas decisões que trouxeram mudanças significantes para a vida daqueles que se inserem nesses enlaces.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi pioneiro ao fixar a competência da Vara de Família para apreciar ações decorrentes de relacionamentos homoafetivos. Desde então, as ações de dissolução das uniões de pessoas do mesmo sexo deixaram de ser tratadas como meras sociedades de fato, cujo caráter é eminentemente obrigacional, para tramitar nas Varas de Família¹⁵².

¹⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição da República. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 28, fev./mar. 2005, p. 33.

¹⁵² “RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS- COMPETENCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO- Em se

Isso porque, antes da dita decisão as uniões homoafetivas, quando reconhecidas sua existência, eram relegadas ao Direito das obrigações, e eram julgadas pelas varas cíveis. Eram chamadas de sociedade de fato, e a justiça limitava-se a conferir-lhes direitos de ordem patrimonial.

Em 2001, a Vara de Família reconheceu direitos sucessórios a uma união homoafetiva. Utilizando-se da analogia aplicaram os regramentos sucessórios pertinentes da união estável à união homoafetiva¹⁵³.

Na esteira dessas decisões encorajaram-se outros tribunais. Mas o marco significativo veio no ano de 2011 com a decisão do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal em virtude da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ¹⁵⁴ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277¹⁵⁵, reconheceu por unanimidade que a união homossexual pode ser considerada entidade familiar no Brasil, em plena igualdade de direitos com relação às vinculações das uniões heterossexuais estáveis.

Assim, desde que preenchidos os requisitos legais consubstanciados para a caracterização da união estável, ou seja, desde que a união seja notória, contínua, duradoura e com perspectiva de vida em comum, os casais homossexuais formam uniões estáveis aptas ao usufruto dos mesmos direitos concernentes aos casais heterossexuais unidos por união estável.

tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa um das Varas de Família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª Câmara Cível. Agravo de instrumento nº 599075496. Relator: Des. Breno Moreira Mussi. Julgado em: 17 jun. 1999).

¹⁵³ “UNIÃO HOMOSSEXUAL-RECONHECIMENTO DO PATRIMÔNIO - MEAÇÃO – PARADIGMA – Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre parceiros”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70001388982. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em: 1 mar. 2000).

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 5 maio 2011. **DJe**-198 divulg. 13 out. 2011 public. 14 out. 2011.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 4277. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 5 maio 2011. **DJe**-198, divulg. 13 out. 2011, public. 14 out. 2011.

No interior de São Paulo, pela primeira vez na história houve a conversão de uma união estável homoafetiva em casamento¹⁵⁶. A partir de então outros pedidos tem sido deferidos judicialmente¹⁵⁷.

Todavia, a Lei Maria da Penha é um marco inicial para a legalização das uniões homoafetivas, pois é a primeira Lei a fazer referência expressa às famílias homoafetivas, ao proibir discriminação por orientação sexual. Assim, reza o art. 2º da Lei nº 11.340/06: “toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”.

Do mesmo modo, a Lei Maria da Penha no seu art. 5º, III, define como família qualquer relação íntima de afeto, sendo que o parágrafo único reitera que independem de orientação sexual as situações que configuram violência doméstica e familiar.

Essa lei assegura a proteção a fatos que ocorrem no ambiente doméstico-familiar, o que significa que fazendo referência que essa proteção se estende a todas as pessoas que vivam no ambiente doméstico, independentemente da orientação social, reconhecendo-se as uniões homoafetivas como entidades familiares. Desse modo, a Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros.

Na doutrina alguns autores coadunam-se com o entendimento dos julgados já mencionados, isto é, no sentido de reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares. Assim, Cristiano Chaves Farias defende que:

Não proteger a entidade homossexual também como grupo familiar é negar a sua compreensão instrumentalizada, retirando proteção da pessoa humana e ripristinando uma era já superada (definitivamente!) institucionalista, como se a proteção não fosse dedicada à pessoa, atentando contra a sua intransigível dignidade¹⁵⁸.

Na mesma trilha segue o pensamento de Maria Berenice Dias:

¹⁵⁶ “Pedido de conversão de união estável homoafetiva em casamento”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. nº 1209/2011. Juiz de Direito: Fernando Henrique Pinto. Julgado em: 27 jun. 2011).

¹⁵⁷ Brasília/DF (proc. 101695-7/2011, juíza de Direito sub. Junia de Souza Antunes, julgado em 28.06.2011); Recife/PE (1ª Vara de Família e Registro Civil, juiz de Direito Clécio Bezerra e Silva, julgado em 02.08.2011); Dracena/SP (protocolo nº 363/2011, juiz de Direito Bruno Machado Miano, julgado em 04.08.2011).

¹⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição da República. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 28, fev./mar. 2005, p. 33.

Mesmo que não indicadas de forma expressa, outras entidades- e as uniões estáveis paralelas-, são unidades afetivas que merecem, ser abrigadas sob o manto do direito das famílias. Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de efetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal a patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça¹⁵⁹.

Na mesma linha de raciocínio Belmiro Pedro Welter sustenta que “a união entre os homossexuais deve ser alçada ao *status familiae*, equiparada à união estável e ao casamento, quando comprovados a convivência eudemonista, a solidariedade, o afeto, o desvelo”¹⁶⁰. Mas segundo a aludido autor essas uniões não gozam de efeitos jurídicos do campo de Direito de Família, pois devem ser tratadas como sociedades de fato, ou seja somente geram efeitos no campo das obrigações.

Após a contextualização das uniões homoafetivas no âmbito jurisdicional, segue-se analisando o objeto do presente estudo que é a possibilidade de se estabelecer os alimentos nas uniões homoafetivas.

A carta constitucional contempla como um dos objetivos fundamentais a afirmação da solidariedade social, que visa ao bem estar de todos, sem discriminação. A obrigação alimentar é expressão da solidariedade social e familiar constitucionalmente imposta como diretriz da ordem jurídica brasileira. “Os alimentos devem obediência a uma perspectiva solidária, norteadas pela cooperação, pela isonomia e pela justiça social como modos de consubstanciar a imprescindível dignidade humana”¹⁶¹.

O fundamento primário das uniões homoafetivas é o afeto. Se a união homoafetiva se encontra fundada no afeto e na solidariedade, assim como o casamento e a união estável, não há motivo para não reconhecer o direito a alimentos em favor dos unidos por laços homoafetivos. A obrigação alimentar cumpre a relevante função de garantir a manutenção de pessoas ligadas por vínculo de afeto que não podem prover a sua própria subsistência.

Daí oportuna a lição de Maria Berenice Dias ao dizer que os “relacionamentos afetivos geram obrigações mútuas, direitos e deveres de parte a parte”. “Como o afeto gera ônus e bônus, aí se situa a natureza da obrigação alimentar”.

¹⁵⁹ DIAS, 2009, p. 67.

¹⁶⁰ WELTER, 2003, p. 204.

¹⁶¹ FARIAS, 2005, p. 37.

Conforme a ilustre autora, a exigibilidade da obrigação alimentar está condicionada somente ao estado de necessidade. Dito de outra forma, o dever de prestar alimentos nas uniões homoafetivas só está condicionado aos pressupostos da necessidade e possibilidade dos parceiros, uma vez constada a necessidade de um e a possibilidade do outro instaura-se a obrigação alimentar¹⁶².

De acordo com Christiano Chaves de Farias se a união homoafetiva tal como qualquer outro relacionamento heterossexual se lastreia no afeto e na solidariedade, não há motivo para deixar de reconhecer o direito a alimentos em favor daquele que venha a necessitar de proteção material.

O referido autor argumenta que, tendo em mira que a República tem como objetivo fundamental construir uma sociedade solidária, justa e igualitária, que visa a promoção do bem estar de todos, indistintamente, então, não se pode negar a possibilidade de alimentos nas uniões homoafetivas, sempre que um dos parceiros deles necessitar, assim como ocorre em qualquer outra união familiar¹⁶³.

No mesmo sentido, Taísa Ribeiro Fernandes *apud* Conrado Paulino da Rosa, sustenta o cabimento dos alimentos nas uniões homoafetivas, asseverando que “existe, sim, obrigação alimentar entre companheiros homossexuais e, enquanto deles não for regulada em lei específica, aplicam-se os dispositivos do Código Civil que tratam dos alimentos entre cônjuges e companheiros”¹⁶⁴.

Maria Berenice Dias, por sua vez, entende “mister que às uniões entre homossexuais sejam concedidos os mesmos direitos assegurados aos companheiros heterossexuais, entre os quais , por óbvio, os alimentos”. Ainda, segundo a respectiva autora, “o dever de alimentos entre os parceiros homossexuais parte de uma perspectiva moral, desembocando em um verdadeiro dever de solidariedade, decorrente da própria união”¹⁶⁵.

Na mesma trilha dos argumentos já apresentados, Conrado Paulino da Rosa, também, firmou o seu entendimento no sentido de que as uniões homoafetivas se enquadram no ordenamento jurídico brasileiro como entidades familiares, e por isso nada impede que seja fixada a verba alimentar entre os parceiros.

¹⁶² DIAS, Maria Berenice. **Alimentos, sexo e afeto**. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Alimentos no Código Civil**: aspectos civil, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 186.

¹⁶³ FARIAS, 2005, p. 38.

¹⁶⁴ ROSA, 2012, p. 67.

¹⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98.

Todavia, ainda existe alguma resistência na doutrina, em reconhecer esse direito aos casais homoafetivos. Por conseguinte, Yussef Cahali Said defende que descabe a concessão de alimentos nas relações homossexuais, pois o art. 226, § 3º, da Constituição, as leis 8.971/1994 e 9.278/1996 e, agora o Código Civil de 2002 não se referem às uniões livres formadas por pessoas do mesmo sexo.

Segundo o autor, esses textos legais se referem a uniões estáveis entre o homem e a mulher, precisamente para excluir a existência de uma eventual obrigação alimentar entre os companheiros homossexuais.

A jurisprudência também já se manifestou no sentido de reconhecer o direito a alimentos na união homoafetiva. Isso se consagrou de forma inédita no processo nº 1067/2007, da 2ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, sob a relatoria da Dra. Olinda de Quadros Altomare Castrillon, que fixou liminarmente a obrigação de uma advogada pagar pensão alimentícia de dois salários mínimos para a ex-companheira que dedicou-se a cuidar do lar¹⁶⁶.

No mesmo sentido há uma recente decisão da 9ª Câmara de Direito Privado do TJ de São Paulo, de relatoria Desembargador João Carlos Garcia vem, que vem em boa hora destacar a necessidade de aplicação da obrigação alimentar nas uniões homoafetivas¹⁶⁷.

¹⁶⁶ É inconteste que o relacionamento homoafetivo é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo amor, assumem a feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não a diversidade de gêneros. Há de se considerar que o afeto é a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a ação das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, em atitude manifestamente preconceituosa e discriminatória. É necessário deixarmos de lado as aparências para nos atermos à essência. Mesmo não estando contemplados no art. 1.694 do novo Código Civil, que prevê sua possibilidade apenas entre parentes, cônjuges ou companheiros – entendo que os alimentos são devidos na união homoafetiva, eis que decorrem logicamente, de princípios constitucionais, especialmente do dever de solidariedade social e da afirmação da dignidade da pessoa humana, que não pode ser vislumbrado como valor abstrato, desprovido de concretude. Assim, se a relação homoafetiva, como qualquer outro relacionamento heterossexual, lastreia-se no afeto e na solidariedade, não há motivo para deixar de reconhecer o direito a alimentos em favor daquele que necessita de proteção material. Considerando que no caso em análise estão demonstrados, em juízo provisório, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, bem como a necessidade da companheira/requerente que sempre exerceu atividade doméstica, e da possibilidade da companheira/requerida que é advogada atuante, entendo cabível a fixação de alimentos provisórios em favor da requerente.

¹⁶⁷ EMENTA - Agravo de instrumento - Ação de declaração e dissolução de união estável homoafetiva - Indeferimento do pedido liminar de alimentos sob a alegação de inexistência de previsão legal - Agravo de instrumento - Hipótese de lacuna legislativa • Integração por meio de analogia com o instituto da união estável - Evidência de que as partes mantiveram relação pública contínua e duradoura por anos – Binômio necessidade/possibilidade comprovado pelos documentos que instruíram a inicial - Alimentos devidos - Recurso provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 990.10.137184-7. Relator: Des. José Carlos Garcia. São Paulo, 10 ago. 2010).

Como se vê, apesar do notável silêncio constitucional e infraconstitucional quanto aos direitos e obrigações intrínsecos aos homossexuais, contemporaneamente verifica-se uma nova percepção dos alimentos na sociedade e no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que com a evolução do direito, o afeto passou a ser mais valorizado, abrandando-se os preconceitos e formalidades sociais.

A partir da inserção da homoafetividade no conceito de entidade familiar, o silêncio da lei implica a aplicação das normas aplicáveis às uniões estáveis tendo em vista as suas similitudes. As uniões entre duas pessoas homossexuais se equivalem às uniões estáveis e, tanto quanto estas constituem uma entidade familiar; com base, ainda, em todos os preceitos constitucionais, em especial os da igualdade, dignidade da pessoa humana e da não discriminação da orientação sexual.

Assim, imperioso se mostra assegurar o direito aos alimentos nos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. “A falta de dispositivo expreso sobre a possibilidade de alimentos nas relações homossexuais não é motivo para discriminação, devendo, portanto ser possível nesses enlaces, quando se fizerem necessários”¹⁶⁸.

Os alimentos nas uniões homoafetivas, ainda que não contemplados no art. 1.694 do Código Civil - que prevê sua possibilidade apenas entre parentes, cônjuges ou companheiros - também são devidos nas uniões homoafetivas, pois decorrem de princípios constitucionais, em especial do dever de solidariedade social, da afirmação da dignidade humana e da não discriminação.

Não há espaço para alegação de inexistência da lei para furtar-se a reconhecer as uniões homoafetivas, pois elas existem e, cada vez mais, são fatos que demandam efeitos jurídicos e não podem mais ficar à margem da tutela jurídica.

Portanto, enquanto não sobrevier a lei para regular tais uniões, o judiciário deve suprir a lacuna legislativa, por meio de uma visão plural das entidades familiares. Os operadores de direito devem ter sempre em mente os princípios de justiça, igualdade e humanismo.

¹⁶⁸ CORREIA, Eveline de Castro; SALES Giovanna Dodt. **Da possibilidade de alimentar nas relações homossexuais**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/705>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciou-se esta pesquisa com o propósito de analisar o instituto dos alimentos decorrente do casamento e da união estável.

Para seu desenvolvimento lógico o trabalho foi dividido em duas partes, a primeira procurou-se estudar os aspectos gerais dos alimentos, e a segunda abarcou-se os alimentos decorrentes do casamento e da união estável.

Na primeira parte do trabalho viu-se que o instituto dos alimentos, trata-se de uma obrigação alimentar que o alimentante tem para com o alimentado no sentido de promover a sua subsistência, seja através de bens materiais, seja através de bens patrimoniais. Abrange tudo o que for necessário à subsistência da pessoa necessitada, *e.g.*, a alimentação, o vestuário, a saúde, a habitação, etc.

Quanto à natureza jurídica dos alimentos prepondera na doutrina o entendimento daqueles que lhe atribuem natureza mista, qualificando-os como um direito de conteúdo patrimonial e finalidade pessoal.

Diante de inúmeras características do direito a alimentos, elencaram-se as seguintes: personalíssimo, incedibilidade, incompensabilidade, impenhorabilidade, irrenunciabilidade, transmissibilidade, irrepetibilidade, reciprocidade, divisibilidade e imprescritibilidade. No entanto, a irrenunciabilidade dos alimentos mereceu maior ênfase por ser um tema que ainda gera muita controvérsia em torno da doutrina e da jurisprudência. O Código Civil de 2002 prevê que o credor pode não exercer o seu direito a alimentos, mas não pode renunciá-lo. Apesar de haver fortes fundamentos no sentido da renunciabilidade dos alimentos, tal tese ainda não se sustenta, pois a lei é clara, não se permite renúncia dos alimentos. Por tal motivo foi encaminhado para o Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 279/2007 que sugere a mudança na redação do art. 1.707 do Código Civil.

No que diz respeito aos pressupostos para a fixação da obrigação alimentar, destacou-se a necessidade do alimentando, e a possibilidade do alimentante, o chamado binômio alimentar.

Na segunda parte do trabalho a pesquisa intensificou-se a analisar os alimentos decorrentes do casamento e da união estável.

A obrigação alimentar entre os cônjuges e os companheiros decorre do dever de mútua assistência que é um dos efeitos que lhes são atribuídos quanto do casamento, ou da união estável.

No que diz respeito ao casamento nulo ou anulável observou-se a impossibilidade de instituir os alimentos. O alimentando tem direito a percebê-los enquanto não transida em julgado a sentença que decretar a nulidade do casamento. Com relação ao casamento putativo o dever de assistência recíproca cessa com a sentença anulatória do casamento. O cônjuge de boa-fé tem direito a alimentos, no entanto, esse direito encontra limites na data da sentença que declarar a anulabilidade do casamento.

A emenda constitucional nº 66/2010, deu nova redação ao art. 226 § 6º da Constituição Federal. No que tange à aplicabilidade da nova norma constitucional, tanto a doutrina como a jurisprudência entendem de forma majoritária que o parágrafo sexto constitui ou possui eficácia plena e imediata, uma vez que a regra não demanda uma regulamentação infraconstitucional.

Com isso a única forma de dissolução do casamento é o divórcio. No que tange aos alimentos o ordenamento jurídico brasileiro admite a sua continuidade, mesmo após a decretação do divórcio, em respeito ao princípio da solidariedade familiar.

A emenda do divórcio trouxe alguns reflexos, notadamente, no que diz respeito à perquirição da culpa, pois se tornou incompatível com o novo sistema jurídico. A maioria dos tribunais já havia se posicionado no sentido de que a discussão a cerca da culpa pelo fim do casamento mostrava-se em dissonância com os princípios de direito de família elencados na Constituição. Sendo assim, na fixação dos alimentos discute-se apenas a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante.

Quanto à separação de fato, o cônjuge necessitado poderá pedir alimentos, pois a separação de fato não tem o condão de dissolver a sociedade conjugal.

A segunda parte do trabalho também abordou os alimentos decorrentes da união estável. O Código Civil de 1916 não possuía previsão sobre união estável, que na época era denominada concubinato, havendo discussões somente no âmbito obrigacional.

Com a Constituição de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar que merece a proteção do estado, mas, no entanto, não houve previsão ao direito a alimentos nas uniões estáveis. A pretensão a alimentos na união estável só restou reconhecida com o advento das leis 8.971/94 e 9.278/96. Ao contrário do que aconteceu no Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 disciplinou os alimentos

na união estável e deu igual tratamento, concedendo aos companheiros o mesmo direito a alimentos que os parentes e os cônjuges.

Hoje a união estável encontra-se plenamente afirmada no ordenamento jurídico como sendo uma entidade familiar entre um homem e uma mulher, que configura na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituir família.

A união estável difere do casamento no que diz respeito à solenidade, enquanto esta se constitui por um ato solene, aquela dispensa solenidades. Quanto à natureza jurídica o casamento é negócio jurídico, e união estável é fato jurídico. Quanto à prova o casamento admite prova pré-constituída, enquanto que na união estável a prova pode ser tanto pré, como pós-constituída. Nos demais casos o legislador não instituiu diferenças entre o casamento e a união estável, notadamente em relação ao direito a alimentos.

Ainda a segunda parte do trabalho não pôde deixar de fazer alusão a um tema que ganha cada vez mais espaço no mundo jurídico, que é as uniões homoafetivas. As uniões homoafetivas são relações íntimas afetuosas entre pessoas do mesmo sexo. Não há previsão legal para as uniões homoafetivas, no entanto, elas são fatos que demandam efeitos jurídicos, e como tal não podem ser simplesmente ignoradas.

O art. 226 *caput* da Constituição da República de 1988, é norma de inclusão, não sendo admissível a exclusão de nenhum tipo de entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade. Assim por decisão do Supremo Tribunal Federal, a família decorrente de união homoafetiva é considerada uma entidade familiar. Enquanto não sobrevier a tão esperada lei que regule a união homoafetiva aplica-se por analogia os mesmos direitos pertinentes à união estável, e, portanto, o direito a alimentos.

Por fim, o dever de prestar alimentos cessa com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor. No entanto, o novo casamento do devedor não extingue a obrigação de prestar alimentos, salvo quando resultar novos encargos em decorrência de novos filhos. Nesses casos a jurisprudência tem admitido a possibilidade de se extinguir a obrigação alimentar. Extingue-se, também, o dever de prestar alimentos quando o credor tiver procedimento indigno em relação ao credor.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O novo divórcio- A técnica contra o desejo. **MULTIJURIS**: primeiro grau em ação, Porto Alegre, v. 5, n. 9, 2010.

_____. Pela extinção dos alimentos entre cônjuges. In: WELTER, Belmiro;

MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 701902/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. **Diário da Justiça** 3 out. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 85.683/SP. Relator: Ministro Nilson Naves, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 69.108. Relator: Ministro Nilson Naves. **DJ** 27 fev. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 110.187-3. Relator: Ministro Djaci Falcão. 12 maio 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 4277. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 5 maio 2011. **DJe**-198, divulg. 13 out. 2011, public. 14 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 05 maio 2011. **DJe**-198 divulg. 13 out. 2011 public. 14 out. 2011.

CAHALI, Francisco José. Renúncia aos alimentos decorrentes do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Alimentos no Código Civil**: aspectos civil, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Separações conjugais e divórcio**. 12. ed. da obra Divórcio e Separação rev. ampl. e atual. com a EC 66/2010 (Emenda do Divórcio). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO SANTOS, J.M. de. **Código Civil brasileiro Interpretado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. 4.

CORREIA, Eveline de Castro; SALES Giovanna Dodt. **Da possibilidade de alimentar nas relações homossexuais**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/705>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos, sexo e afeto**. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Alimentos no Código Civil**: aspectos civil, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Até que enfim, o fim da separação! **Multijuris**: primeiro grau em ação, Porto Alegre, v. 5, n. 9, 2010a.

_____. **Divórcio Já!**: Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.

_____. **Manual de direito de famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (lei n. 10.406, de 10/01/2002) e o projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva 2006. v. 5: Direito de família.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição da República. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 28, fev./mar. 2005.

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

_____. **Direito de família**. 14. ed. atual. de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. O patrimônio na união estável- na Constancia da união e na sucessão. In: WELTER, Belmiro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LAGRASTA, Caetano. **Divórcio**: o fim da separação e da culpa? Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/690>>. Acesso em: 05 set. 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5: Direito de família e sucessões.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito de família**: primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. AI. Nº 1.0024.10.106880-7/001 Relator: Des. Eduardo Andrade. Belo Horizonte 14 jun. 2011.

_____. Apelação Cível nº 000.183.781-4/00. Relator: Des. Antônio Hélio Silva. Belo Horizonte, 5 set. 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Ed. atual. por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2001. v. 3.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**: direito de família. 40. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v. 2.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**: á luz do novo Código Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. 3. ed. de acordo com a Emenda Constitucional nº 66 de 13.07.2010 e Lei nº 12.318 de 26.08.2010 e Lei nº 12.344 de 10.12.2010. Rio de Janeiro: [s.n.], 2011.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família**: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos**. 4. ed. rev. e atual. com notas a respeito do projeto de um novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 9ª Câmara cível. Agravo de Instrumento Nº 0023933-80.2012.8.19.0000. Relator: Des. Carlos Santos de Oliveira. Rio de Janeiro, 12 jun. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70015015852. Relator: Des. Luiz Azambuja Ramos.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70043915578. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 28 out. 2011.

_____. Agravo de instrumento Nº 70013473145. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 11 jan. 2006.

_____. Apelação Cível Nº 70007905524. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 22 dez. 2004.

_____. Apelação Cível nº 70 038 456 851. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves. Porto Alegre 27 jul. 2011.

_____. Apelação Cível nº 70001388982. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em: 1 mar. 2000.

_____. Apelação Cível nº 70044691970. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Julgado em: 14 Dez. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70048184592. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 24 maio 2012.

_____. Agravo de Instrumento Nº 70039037940. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. 27 jan. 2011.

_____. Agravo de Instrumento Nº 70033608522. Relator: Rui Portanova. Julgado em: 30 nov. 2009.

_____. Agravo de instrumento Nº 599075496. Relator: Des. Breno Moreira Mussi. Julgado em: 17 jun. 1999.

_____. Apelação Cível Nº 70039476221. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 13 jan. 2011.

_____. Apelação Cível Nº 70026555177, Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em: 30 out. 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva 2008. v. 6.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Os alimentos e a transmissibilidade da obrigação de prestá-los. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 8, n. 37, ago./set. 2006.

ROSA, Conrado Paulino da. Obrigação alimentar nas relações homoafetivas. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 13, n. 70, fev./mar. 2012.

SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. **Alimentos decorrentes da união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda Constitucional nº 66: uma leitura “politicamente incorreta”. MULTIJURIS: primeiro grau em ação, Porto Alegre, v. 5, n. 9, 2010a.

_____. **Emenda do divórcio cedo para comemorar**. IBDFAM, 2010b. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/648>>. Acesso em: 06 set. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 990.10.137184-7. Relator: Des. José Carlos Garcia. São Paulo, 10 ago. 2010.

_____. nº 1209/2011. Juiz de Direito: Fernando Henrique Pinto. Julgado em: 27 jun. 2011.

_____. Processo nº 181508-1. Relator: Des. P. Costa Manso. 02 jun. 1992.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 593.747.4/4-00. Relator: Caetano Lagrasta. Julgado em: 12 nov. 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 9ª Câmara de Direito Privado Apelação cível nº 226.983-4/8. Relator: Evaldo Veríssimo. São Paulo, 5 fev. 2002.

SOBREIRA, Vera Mikevis. Alimentos decorrentes da união estável e do concubinato. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Alimentos no Código Civil**: aspectos civil, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005.

TARTUCE Flávio. **A Emenda Constitucional 66/2010 e os alimentos pós-divórcio**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/704>>. Acesso em: 05 set. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 2. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. Estudo comparado com o Código Civil de 1916. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. 15. ed. rev. atual. e ampl. pelo autor, de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002), com a colaboração da profª Priscila M.P Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2004.

WELTER, Pedro Belmiro. **Alimentos no Código Civil**: de acordo com a lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Porto Alegre: Síntese, 2003.

