



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS ALIMENTOS

Thiago Marcelo Francisco dos Santos

Rio de Janeiro
2018

THIAGO MARCELO FRANCISCO DOS SANTOS

A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS ALIMENTOS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Monica C.F.Areal
Neli L.C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS ALIMENTOS

Thiago Marcelo Francisco dos Santos

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado.

Resumo – Os alimentos têm como uma de suas características a impossibilidade de compensação na prestação. Por meio de um recorte histórico acerca dos alimentos, observa-se que sempre houve proteção do alimentando, considerando o crédito alimentar essencial para a sua subsistência. O presente trabalho objetiva demonstrar a necessidade, também, de garantir o direito do alimentante. Isso porque nem a vida – direito fundamental por excelência - é absoluto, não devendo ser também absoluta a impossibilidade de compensação dos alimentos, a fim de garantir a dignidade da pessoa do alimentante e evitar o enriquecimento sem causa.

Palavras-chave - Direito de Família. Alimentos. Compensação. Possibilidade. Vedação ao enriquecimento sem causa.

Sumário - Introdução. 1. Os alimentos: sua importância para quem presta e para quem recebe e sua fixação com base na evolução histórica e atualmente na teoria da aparência. 2. Prestação alimentar: a necessidade do alimentando não deve ser tratada de maneira absoluta, sob pena de um garantismo exacerbado. 3. Característica dos alimentos: possibilidade de compensação já autorizada pelo Superior Tribunal de Justiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da compensação dos alimentos no ordenamento jurídico e as questões acerca das características absolutamente consideradas no Código Civil, quais sejam: incompensáveis, irrepetíveis e irrenunciáveis. O objetivo do presente estudo é dar um tratamento isonômico ao alimentando, quando relacionado ao tratamento que é dado em ao alimentando.

As constantes alterações sociais durante as décadas permitiram que a doutrina e a jurisprudência criassem métodos para satisfazer o crédito alimentar, inclusive com o auxílio das redes sociais, por meio de sinais exteriores de riqueza. Contudo, o mesmo não se pode dizer em relação ao alimentante, tendo em vista que há sempre uma pecha de provável devedor ou mau pagador dos débitos alimentares.

Essa mentalidade, contudo, vem sendo alterada com criação de jurisprudências autorizativas para compensação das verbas alimentares já pagas, evitando-se o enriquecimento sem causa, além de privilegiar rápida solução dos conflitos, a dignidade da pessoa humana – tanto alimentante quanto alimentando, além evitar tratamento desproporcional, desigual, gerando uma proteção completamente deficiente.

O objetivo é retirar esse caráter absoluto de uma das principais características dos alimentos no ordenamento jurídico brasileiro – a vedação à compensação. Para isso, no primeiro capítulo da pesquisa, é feita uma digressão histórica sobre a fixação dos alimentos, tanto no ordenamento brasileiro quanto no ordenamento alienígena.

A partir disso, no segundo capítulo, o autor se vale da interdisciplinaridade – citando autores penais – para fundamentar sua tese segundo a qual vedar a compensação dos alimentos põe o alimentante numa situação, muitas das vezes, de miserabilidade e de submissão frente ao alimentando, o que pode implicar desvirtuação do caráter alimentar.

No terceiro parágrafo, disserta-se sobre o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, possibilitando a compensação dos alimentos, em verdadeiro reconhecimento e aplicação do princípio da dignidade humana – princípio esse muito importante no Estado Democrático de Direito – e da vedação ao enriquecimento sem causa.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa e explicativa, de modo que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente ao tema em apreço, analisado e fichado na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), para sustentar sua tese.

1. ALIMENTOS: SUA IMPORTÂNCIA PARA QUEM PRESTA E PARA QUEM OS RECEBE E SUA FIXAÇÃO COM BASE NA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ATUALMENTE NA TEORIA DA APARÊNCIA

O termo alimento pode ser admitido tanto por uma visão perfunctória ou por uma conceituação mais técnica. Naquela, trata-se de tudo o que o ser humano precisa para sua subsistência. Nesta, inclui-se, além da subsistência, a ideia de obrigação imposta a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem deles necessite.

O artigo 1. 694 da lei civil vigente encampa essas duas acepções quando¹ afirma que os alimentos devem ser prestados de modo compatível com a condição social, incluindo o atendimento de necessidades com educação. É possível, assim, afirmar que os alimentos designam tanto a obrigação de sustento de outra pessoa como também o próprio conteúdo da obrigação.

¹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

A legislação que a precedeu, no artigo 376,² não trouxe uma acepção de alimentos, se limitando a dizer que poderiam ser exigidos ou prestados por quaisquer parentes quando houvesse a necessidade.

Quando se fala que os alimentos decorrem de causa prevista em lei, o termo é amplo, tendo em vista que a Constituição da República cria, no art. 227, CRFB/88³, por exemplo, obrigação alimentar aos pais em relação aos filhos, por exemplo, e é uma norma hierarquicamente superior em relação à lei, de acordo com a teoria da pirâmide de Kelsen.

O ideal seria a conceituação como uma obrigação prevista no ordenamento jurídico, haja vista que, de acordo com a teoria do Neoconstitucionalismo⁴, a lei retira seu fundamento de validade da Constituição, que se irradia para todos os ramos do Direito.

Nessa linha, não somente a lei civil prevê a obrigação alimentar, havendo esse efeito irradiante da Constituição também, sobre o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), e sobre o Estatuto da Criança e do adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, além de outros dispositivos que o fazem indiretamente, como é a Lei previdenciária, por exemplo, quando trata da possibilidade de pensão previdenciária.

A reunião de ambas as definições traz a verdadeira ideia e importância do que são os alimentos para o alimentando: a garantia de subsistência material, moral, intelectual, social do indivíduo que dele necessita, visando a satisfação do postulado da dignidade da pessoa humana, princípio constitucionalmente consagrado.

Quanto à sua importância em relação aos alimentantes, por sua vez, não é tão fácil a definição. Isso porque com o passar dos tempos foi possível observar comportamentos diversos naqueles com quem o alimentando tem relação jurídica: Há aqueles que voluntariamente os prestam, inclusive ajuizando ação de oferta de alimentos; há aqueles que, ludibriados, pagam alimentos sem que sejam responsáveis; e há aqueles que, mesmo obrigados e tendo condições, simplesmente não prestam os alimentos.

Nem sempre foi assim! Realizando uma contraposição à evolução histórica do tratamento dos alimentos, houve momentos em que sequer a lei se preocupou com o tratamento dos alimentos. Noutros, somente os elementos trazidos ao processo poderiam ser avaliados.

²BRASIL. *Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 10 set. 2018

³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

⁴ MORAES. Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. refor, ver e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 23

Yussef Said Cahali⁵ aborda a evolução histórica dos alimentos afirmando a origem seu tratamento no Direito Romano. Lá, a obrigação alimentar poderia ser fundada em várias causas: na convenção, no testamento, na relação familiar, na relação de patronato e, na tutela. Quanto aos alimentos na relação familiar, não é mencionada nos primeiros momentos da legislação romana.

Essa ausência de tratamento não decorre somente da falta de sistematização, mas também da própria estrutura familiar existente à época. Não se poderia conceder sentido o tratamento dos alimentos, na medida em que o único vínculo existente entre os integrantes do grupo familiar era o pátrio poder, sem qualquer obrigação que o vinculasse a seus dependentes. Muito mais que a ausência de vinculação aos filhos, estes não poderiam demandar qualquer pretensão de caráter patrimonial contra o pai, por falta de capacidade.

De outro giro, surge o alerta para o fato de que não há momento histórico preciso a partir do qual se reconhece a obrigação alimentar no contexto da família. Contudo, se pode verificar, a partir de Justiniano que a matéria deixa de ser uma obrigação moral e ganha disciplina jurídica, compreendendo os cônjuges, ascendentes, descendentes, irmãos e irmãs.

Trazendo a evolução histórica para o ordenamento jurídico brasileiro, as Ordenações Filipinas tratam, de maneira inicial, sobre o tema, no Livro 1. Tit. LXXXVIII, 15 a primeira previsão de fixação de alimentos estabelecida pelo juiz de órfãos. De acordo com o referido documento⁶:

se alguns órfãos forem filhos de tais pessoas, que não devam ser dados por soldadas, o juiz lhes ordenará o eu lhes necessário for para o seu mantimento, vestido e calçado e tudo mais em cada um ano. E o mandará escrever no inventário, para se levar em conta a seu Tutor, ou Curador. E mandará ensinar a ler e escrever aquelles, que forem para isso (2), até a idade de 12 anos . E dahi em diante lhes ordenará sua vida e ensino, segundo a qualidade de suas pessoas e fazenda

É possível observar que o próprio juiz já era responsável pela determinação dos alimentos. Além disso, não se verifica uma especialização do tratamento da matéria, sendo a fixação determinada pelo juízo de órfãos. Uma outra curiosidade que merece apontamento é a disposição expressa das figuras do tutor e do curador, já em 1603, ainda que as finalidades do instituto não sejam exatamente as estabelecidas atualmente.

Ainda quanto às Ordenações Filipinas, há determinação de assistência mesmo para os filhos considerados ilegítimos. Em que pese após a entrada em vigor da Constituição da República em 1988 não possa haver distinção entre os filhos havidos ou não na constância do

⁵ CAHALI. Yussef Said. *Dos Alimentos*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 41.

⁶ BRASIL. *Ordenações Filipinas*. no Livro 1. Tit. LXXXVIII, 15 Ano 1603. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p212.htm>. Acesso em: 27 mai 2018

matrimônio, na época de outrora não havia esse impedimento, de modo que os filhos havidos por homens casados fora do casamento eram considerados ilegítimos, condição que lhes retirava vários direitos.

Essa assistência não se determina com a prestação de alimentos mas como a prestação de algum tipo de auxílio ou cuidado para que não morram sozinhos, ou não fiquem abandonados à própria sorte⁷.

Porém, se as crianças, que não forem de legítimo matrimônio, forem filhos e alguns homens casados, ou de solteiros, primeiro serão constrangidos seus pais, que os criem, e não tendo elles por onde os criar, se criarão à custa das mães. E não tendo elles nem ellas per onde os criar, sejam requeridos seus parentes, que os mandem criar. E não o querendo fazer, ou sendo filhos de Religiosos, ou de mulheres casadas, os mandarão criar à custa dos hospitais, ou albergarias, que houver na cidade, vila ou lugar, se tiver bens ordenados para a criação dos engeitados: de modo que as crianças não morram por falta de criação. E não havendo hi tais hospitais e albergarias, se criarão à custa das rendas do Concelho.

Em que pese toda essa sistemática que aborda inclusive os filhos não decorrentes de matrimônios legítimos, o autor afirma que o documento mais importante da época foi o Assento de 09.04.1772, segundo o qual proclamou o dever de cada um alimentar a si mesmo e criou diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos, ascendentes, transversais, irmãos legítimos e ilegítimos.

Além disso, menciona que, a partir da Consolidação das Leis Civis, há melhor discussão sobre o dever de sustento dos filhos, bem como os direitos recíprocos de alimentos entre pais e filhos e entre parentes.

A partir do Código Civil de 1916 – Código Beviláqua – Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916⁸, a obrigação alimentar é tratada em relação ao cônjuge, como um efeito do dever de mútua assistência, e em relação ao filho, decorrente do dever de guarda e sustento.

Como corolário do Código Civil, várias leis dispuseram acerca dos alimentos. A primeira lei que visa garantir a efetividade da prestação dos alimentos é o Dec. Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941 – Lei de Proteção à Família – que, no seu artigo 7º determinava o desconto em folha da pensão alimentícia. Posteriormente, várias leis passaram a dispor sobre o desconto em folha, quase do mesmo modo como é feito atualmente.

Isso porque a disciplina da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil – estabelece limites ao desconto da prestação alimentar, tanto das prestações

⁷ *Idem*. Tit. LXXXVIII, 11 Ano 1603. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p211.htm>. Acesso em 27 mai 2018

⁸ BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 1 de Janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/%L3071.htm. Acesso em 10 set 2018/

vencidas, cujo desconto em execução é limitado à 50% (cinquenta por cento) do art. 529, §3º, CPC, quanto das prestações vincendas, sem estabelecer limites quanto a estas.

Além da previsão dos descontos, o código Civil inspirou a Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994, que permitiu a concessão dos alimentos, em relação aos filhos havidos fora do casamento, na sentença de procedência da ação de investigação de paternidade. Inspirou, também a Lei 9.278 de 10 de maio de 1996 que dispôs sobre a obrigação alimentar dos conviventes.

Nesse meio, ainda houve a edição da Lei nº 5.478, de 25 de Julho de 1968, que trata sobre a ação de alimentos e é aplicada até os dias atuais, bem como a Lei nº 883 de 21 de outubro de 1949, a qual tratava sobre a fixação dos alimentos provisionais em favor do filho ilegítimo.

A lei que trata sobre a ação de alimentos, no seu artigo 4º permite que o juiz, já no início da ação, fixe alimentos provisórios em favor do alimentante. Posteriormente à lei, a jurisprudência chegou ao resultado atualmente conhecido, no qual se utilizam elementos reais, colhidos por meio das redes sociais, a fim de fixar os alimentos em atenção a real possibilidade e necessidade dos alimentandos e alimentantes.

Dada a importância e levando em consideração que se vive uma época em que as relações humanas estão cada vez mais virtualizadas, os tribunais utilizam cada vez mais desses meios digitais para que, no momento da fixação desses alimentos, se chegue o mais próximo da realidade tanto de quem presta os alimentos quanto de quem os recebe, na função de satisfazer o postulado da dignidade humana.

Tanto a doutrina quanto alguns Tribunais vêm admitindo, no momento da fixação dos alimentos, bem como para sua revisão, a aplicação da teoria da aparência, segundo a qual os elementos exteriores de riqueza autorizam se prestam a fundamentar o patamar adequado. Nessa linha, transcreve-se⁹:

Apelação civil- ação de alimentos- menor incapaz- alimentos - incapacidade financeira- - inexistência- teoria da aparência- decisão mantida. 1. Nos termos do art. 1.694, § 1º, do Código Civil, os alimentos devem ser arbitrados de modo a promover, equilibradamente, ideal proporcionalidade entre as necessidades presumidas do alimentando e a capacidade contributiva de seu genitor. 2. O alimentante é empresário, sendo sócios em 50% em duas lanchonetes, de modo que a declaração de

⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado De Minas Gerais. AC nº 1.0362.11.008280-1/001. Relator(a): Des.(a) Renato Dresch, 4ª Câm. Cível, julgamento em 19/03/2015, publicação da súmula em 25/03/2015). Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/7506/Alimentos.%20Teoria%20da%20apar%C3%AAncia.%20Sinais%20exteriores%20de%20riqueza>. Acesso em: 20 mai.2018

imposto de renda não represente o valor real dos seus rendimentos. 3. Diante da falta de comprovação real dos rendimentos do alimentante, impõe-se a aplicação da Teoria da Aparência, que autoriza ao julgador utilizar como parâmetro para a fixação do encargo alimentar quaisquer sinais que denotem a existência de capacidade econômica.

A técnica deve ser aplaudida porquanto não raro alguns alimentantes tenham ampla condição de prover o sustento daqueles que pleiteiam judicialmente o mínimo para sua subsistência digna, empregam vários expedientes fraudulentos para se esquivar do dever alimentar, se valendo de intermediários – “laranjas” –, declarações falsas, chegando até mesmo a deixar o emprego para não sofrer descontos em sua folha de pagamento.

Nessas situações, o pedido de alimentos deixa de ser um mero exercício de um direito e passa a ser uma missão hercúlea, uma verdadeira batalha degradante, humilhante e, às vezes, frustrante, tendo em vista que nem sempre é possível o alcance de bens do alimentante. O que decorre disso é que os alimentandos desistem de seus pleitos ou, de outro giro, se sentem desprivilegiados, abandonados à própria sorte, o que implica vários problemas psicológicos, que muitas vezes não são conhecidos pelos juízes ou pela sociedade em geral.

A prestação de alimentos é um ato de amor. Poder prover o sustento do seu próximo, da sua própria prole em muitos dos casos – pois nem sempre o alimentando será um descendente – deveria ser encarado não como um dever jurídico, uma simples imposição, mas como uma obrigação moral, cujo descumprimento pelo alimentante o fizesse se enxergar como indigno em sua honra subjetiva. A ideia aqui não é generalizar os todo devedor alimentar, tão somente aqueles que, como dito, se utilizam de expedientes fraudulentos.

Nessa linha de ideias, a atual posição dos Tribunais de aplicação da teoria da aparência, considerando os alimentos como um direito da personalidade, é de suma importância porque veio trazer maior amparo àqueles que intentam pedi-los de acordo com a real possibilidade do alimentante, desconsiderando a alegação meramente formal de possibilidade.

Contudo, a utilização dos elementos colhidos digitalmente somente possibilitam a satisfação do crédito do alimentando. Ainda assim, não há instrumentos para que o alimentante consiga, de maneira eficaz, se defender em uma ação de alimentos, mormente quando ajuizada indevidamente, tendo em vista que a hipossuficiência do alimentando ganha nítido caráter absoluto, o que será tratado a seguir.

2. PRESTAÇÃO ALIMENTAR: A NECESSIDADE DO ALIMENTANDO NÃO DEVE SER TRATADA DE MANEIRA ABSOLUTA, SOB PENA DE UM GARANTISMO EXACERBADO

Já na atual disciplina do código Civil de 2002¹⁰, houve a disposição acerca da necessidade de fixação dos alimentos civis, bem como o tratamento do caráter patrimonial dos alimentos.

Diante de todo esse cenário, houve significativa evolução na busca de satisfazer o crédito do alimentando. O alimentando, na maioria das vezes, como já tratado, é hipossuficiente em relação ao alimentante, que é a pessoa que detém o poder de sustento. Contudo, o que se percebe é que essa presunção é tratada de maneira absoluta.

Noutras palavras, durante toda a evolução histórica aqui tratada, bem como no atual tratamento dos alimentos, não há meios suficientemente estabelecidos para se impugnar o dever alimentar. Não se está falando na ausência de legislação em favor do alimentando que permitia arbitrariedades perpetradas pelos alimentantes. Fala-se aqui da regulamentação tanto do direito de um – alimentando – quanto de outro – alimentante, não bastando quanto a este último somente a regulamentação do seu dever jurídico.

Ainda que haja situações em que o alimentando passe por circunstâncias humilhantes, o legislador não admite, sequer uma vez, que esse alimentando possa mentir ou forjar uma situação inexistente. E caso isso aconteça, o suposto alimentante impugnará na condição de réu.

Não há ação para resguardar o direito do alimentante que legitimamente não deveria prestar os alimentos, o que viola, além da boa-fé, a garantia Constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, a qual assegura, no artigo 5, XXXV, CRFB de 5 de outubro de 1988¹¹, que nenhuma lesão ou ameaça será afastada do conhecimento judicial. Nessa linha, em que pese seja aplicada no Direito Penal, a teoria do Garantismo hiperbólico Monocular, baseada na teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli¹², pode ser aplicada aos alimentos.

De acordo com a teoria do garantismo, afirma-se a necessidade de respeito a valores e princípios que atendam a direitos mínimos do acusado, tanto na seara penal quanto processual penal, indistintamente. Para assegurar essas garantias, o autor afirma que devem ser observados 10 axiomas principais, que têm com função precípua tutelar um princípio como a liberdade, a igualdade, dentre outros.

¹⁰ BRASIL, op.cit, nota 1

¹¹ BRASIL, op.cit., nota 3.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão* (Teoria do Garantismo Penal) 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 73-76

Os axiomas listados por Ferrajoli são: I – *Nulla poena sine crimine* – não há pena sem crime; II – *Nullum crimen sine lege* – não há crime sem lei anterior; III – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* – não há lei penal sem necessidade; IV – *Nulla necessitas sine injuria* – não há necessidade sem ofensa a bem jurídico; V – *Nulla injuria sine actione* – não há ofensa ao bem jurídico sem ação; VI *Nulla actio sine culpa* – não há ação sem culpa; VII – *Nulla culpa sine iudicio* – não há culpa sem processo; VIII – *Nulla iudicium sine accustone* – não há processo sem acusação; IX – *Nulla accusatio sine probtione* – não há acsuação sem prova; X – *Nulla probatio sine defensione* – não há prova sem contraditório.

Levando em consideração que o ordenamento jurídico é único e que as subdivisões são feitas em caráter didático, haja vista que até o eventual conflito de normas é aparente e há meios para a sua solução, é possível a aplicação desses axiomas nitidamente penais aos alimentos, hipótese em que, *mutatis mutandis*, podem ser interpretados do modo abaixo transcrito, seguindo-se, respectivamente, a ordem dos axiomas de Ferrajoli.

Nessa senda: I - não há fixação de alimentos sem que haja relação alimentar; II – não há relação alimentar sem que haja definição no ordenamento jurídico; III – não há lei que fixe alimentos sem levar em conta a necessidade; IV- não há necessidade dos alimentos sem que haja ofensa ao direito de receber alimentos; V – Não há ofensa à obrigação alimentar sem ação; VI – Não há ação sem culpa; VII – não há culpa no débito alimentar sem o processo; VIII- Não há processo sem pedido do alimentando; IX – não há pedido do alimentando sem prova da relação alimentar; X – não há prova sem contraditório.

A aplicação desses axiomas no instituto dos alimentos implica reconhecer, como no conceito, que decorrem de uma relação jurídica e que no momento da fixação dos alimentos, o juízo atenderá ao binômio: possibilidade-necessidade. Além disso, reconhece o caráter substitutivo do juízo na fixação dos alimentos na medida em que, em regra, se houvesse acordo quanto à fixação, não haveria pretensão a ser resistida em juízo – não haveria lide nos alimentos.

Não somente, constata a impossibilidade de fixação dos alimentos, quanto aos menores, em sede extrajudicial. Nessa linha, a fixação de alimentos, tendo em vista o nítido interesse de incapaz, deve ter a intervenção do Ministério Público, nos termos do artigo 178, II, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – CPC – somente sendo possível que seja feita judicialmente.

Na mesma linha, verifica-se, à luz dos axiomas VI e VII, que o juiz não determinará a prisão do devedor alimentar quando constatar que o inadimplemento decorre de circunstância imprevisível e inevitável e que essa circunstância deverá ser analisada no processo.

Seguindo-se à aplicabilidade dos axiomas penais aos alimentos, em regra, não haverá processo de alimentos sem que haja pedido do alimentando. A exceção aqui não é o caso da mãe, tendo em vista que essa não é parte, mas somente representante/assistente legal, que complementa a capacidade do filho menor – púbere ou impúbere – para a prática de atos processuais. Essa hipótese não é o caso de legitimidade extraordinária.

A hipótese que excepciona o pedido de alimentos feito pelo alimentando é a oferta de alimentos pelo próprio devedor ou a atribuição de legitimidade ao Ministério Público para ajuizar ação de alimentos em proveito de crianças e adolescentes, conforme enunciado de súmula nº 594, Superior Tribunal de Justiça¹³. De acordo com o verbete, a legitimidade do *parquet* subsiste independentemente de se encontrar em situação de risco, bem como independe da existência ou eficiência da Defensoria Pública como, por fim, prescinde do exercício do poder familiar.

Quanto à necessidade de prova da obrigação alimentar, a própria lei que determina o rito das ações de alimento – Lei nº 5.478 de 25 de julho de 1968, no seu artigo 2º, exige apenas que o credor da prestação alimentar prove o parentesco ou a obrigação alimentar do devedor. Como decorrência lógica do devido processo legal, essa prova deve ser submetida ao crivo do contraditório.

Quando se verifica somente a necessidade de respeito ao sujeito hipossuficiente da relação – no direito penal, em regra o réu – de modo que esse garantismo seja prestado de maneira desarrazoada, desproporcional, verifica-se o denominado garantismo hiperbólico monocular.

A aplicação dessa teoria aos alimentos se verifica na medida em que o hipossuficiente – alimentando – tem meios para alcançar os alimentos que entende devidos, enquanto, ao contrário, o alimentante, caso não tenha efetivamente o dever de prestá-los não tem, como dito, meios de exercer sua pretensão, tão somente de resistir à pretensão exercida pelo alimentando.

Nessa linha, o que pode fazer o alimentando se a prova oferecida em juízo for falsa? O que fazer se desde o início tanto o alimentante quanto o alimentando souberem que não há relação obrigacional alimentar. O princípio da boa-fé não resolve esse problema porquanto, ainda que se estabeleça multa por ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do artigo 77, do Código de Processo Civil, já foram pagos alimentos em favor do suposto alimentando.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado de Súmula nº 594*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Tribunal-edita-tr%C3%AAs-novas-s%C3%BAmulas. Acesso em: 18 set, 2018

Os alimentos têm características conhecidamente absolutas previstas em lei: a impenhorabilidade, irrepetibilidade e a impossibilidade de compensação.

Nessa linha, parece que os alimentos, consideradas essas características, bem como considerados direitos da personalidade e verdadeiros direitos fundamentais não podem ser relativizados. Uma vez não relativizados, como ficaria a relação desse suposto alimentante que os prestou sem ter qualquer obrigação jurídica.

Em situações como essa, de violação flagrante aos direitos do alimentante, é que se verifica, na atual codificação dos alimentos, a teoria do garantismo hiperbólico monocular, de modo que deve ser afastada, garantindo-se os direitos do alimentante, que pode acontecer com a relativização dessas características acima citadas.

Para isso, é necessária análise mais detida acerca das características dos direitos fundamentais bem como da estrutura e classificação dos alimentos.

3. CARACTERÍSTICAS DOS ALIMENTOS: POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO JÁ AUTORIZADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os alimentos são considerados como direitos da personalidade e, por consequência, em que pese as divergências doutrinárias sobre o tema, considerados como direitos fundamentais.

Uma característica principal dos alimentos é o seu intuito personae. Os alimentos são direito personalíssimo na medida em que representam um direito inato que visa a promover a subsistência e integridade do indivíduo.

Uma segunda característica decorrente da sua configuração como um direito personalíssimo é a sua irrenunciabilidade, previsto expressamente no artigo 1.707, Código Civil¹⁴. É possível que o titular do direito não o exerça, contudo, uma vez exercido, não pode renunciar aos alimentos.

Essa característica advém da necessidade dos alimentos na medida em que se não foram pedidos não são necessários. Contudo, uma vez requeridos, serão indispensáveis. A irrenunciabilidade não impede que o juiz julgue improcedentes os pedidos, caso não reste demonstrada a necessidade. Do mesmo modo, mesmo depois de fixados, não impede que, inadimplidos, o alimentando deixe de executar a prestação devida.

¹⁴ BRASIL, op.cit. p 70

Por esse motivo, Yussef Cahali¹⁵ afirma que a irrenunciabilidade atinge o direito mas não o exercício.

Mesmo com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil¹⁶, que trouxe o instituto dos negócios jurídicos processuais no art. 190, não há que se falar em mitigação à característica da irrenunciabilidade, uma vez que o dispositivo legal prevê que o pacto não pode recair sobre direitos indisponíveis, o que é o caso dos alimentos.

Também corolário do caráter personalíssimo, os alimentos são intransmissíveis – ativa e passivamente, de modo que, em regra, com a morte do alimentante ou do alimentando a obrigação alimentar é cessada. Quanto à morte do primeiro, contudo, é possível que o espólio seja responsabilizado pelo adimplemento da prestação alimentícia. A intransmissibilidade a que se refere a característica é da responsabilidade alimentar.

O que não se admite, com fundamento na característica da intransmissibilidade dos alimentos, é, em regra, a alteração no polo da demanda, seja do alimentante seja do alimentando.

Contudo, atualmente, a doutrina e a jurisprudência vem admitindo a possibilidade de condenação dos avós de maneira complementar e subsidiária, quando o alimentante não puder responder pelo encargo alimentar.

É uma hipótese de transmissão da responsabilidade, ainda que de maneira parcial. Nesse sentido é o verbete de súmula nº 596, do Superior Tribunal de Justiça “A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso da impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais”.

Os alimentos são, outrossim, impenhoráveis. Significa dizer que se destinando o crédito à subsistência do alimentando, uma vez integrado ao seu patrimônio, não poderá outro credor satisfazer o seu crédito por meio do valor recebido como alimentos. Orlando Gomes¹⁷, por sua vez, admite que haja exceções, podendo recair penhora sobre parte do crédito, sustentando que há sempre uma parte dos alimentos que não correspondem ao necessário para subsistência.

A característica que fundamenta o presente artigo, contudo, é a sua indispensabilidade. De acordo com a referida característica, não é possível que o alimentante, caso credor de alguma dívida com o alimentando, compense sua dívida, tendo em vista que os alimentos devidos têm a função de assegurar o mínimo existencial.

¹⁵ CAHALI, op.cit. p 82-97

¹⁶BRASIL. *Código de processo civil*. Lei Nº 13.105, DE 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 23 set 2018

¹⁷ GOMES apud CAHALI, op.cit., p. 41

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁸, historicamente, em 1989, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei 10.406 de 11 de janeiro de 2002, em decisão na qual cita Caio Mário, admitia, excepcionalmente, a compensação de débitos alimentares, caso originados da mesma causa, sob pena de enriquecimento sem causa do alimentando sobre o alimentante. Nessa linha, transcreve-se:

[Embora irrepitível a pensão paga,] nada impede que os valores pagos a mais sejam computados nas prestações vincendas, operando-se compensação de créditos (...). Assim, torna-se viável a compensação de dívidas originadas de alimentos, quando ambas tenham a mesma causa (Caio Mário, Instituições, II, n. 163, p. 208). Aliás, a hipótese não é, a rigor, de compensação, mas de adiantamento a ser considerado nas prestações futuras”

Não somente em decisão histórica, após a entrada em vigor do Código Civil vigente, o judiciário continuou a admitir a compensação das prestações alimentares. Baseando-se em doutrina que sustenta que a incomensabilidade implica enriquecimento sem causa, passou-se a admitir a compensação, desde que respeitados três pressupostos¹⁹.

É necessário que as dívidas que se repute compensáveis tenham o claro caráter alimentar ou decorrência de pensão alimentícia. Posteriormente, é preciso que se demonstre a excepcionalidade do caso. Por fim, exige-se que o alimentando não experimente um acréscimo patrimonial em detrimento do alimentante.

Além dessa explanação, a possibilidade de compensação não se funda somente na vedação do enriquecimento sem causa, mas no respeito a todo ordenamento jurídico que prega a boa-fé objetiva, a proteção da confiança, a dignidade da pessoa humana, além da real satisfação do binômio da necessidade-possibilidade

A boa-fé objetiva aparece em três momentos no Direito Civil, como uma forma de interpretação, como um limite da atuação a fim de evitar abuso do direito, e como forma de execução dos negócios jurídicos, todas esses entendimentos previstos nos artigos 113, 187 e 422, respectivamente, todos do Código Civil.

A doutrina de Cristiano Chaves de Farias²⁰ elenca as figuras parcelares da boa-fé objetiva, quais sejam: *a suppressio, surrectio, venire contra factum próprio e tu quoque, duty to mitigate the loss*. Impedir a compensação dos alimentos viola a boa-fé objetiva nas três figuras parcelares observadas.

¹⁸ In. Ibidem. *RJTJSP* 123/236.

¹⁹ DI FRANCESCO. José Roberto Pacheco. Periódicos eletrônicos: Justiça começa a admitir compensar pensão alimentícia. *Conjur*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-nov-04/justica_comeca_admitir_compensar_pensao_alimenticia. Acesso em 03 jun. 2018

²⁰ FARIAS. Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe e; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 896

Na *supressio*, o sujeito deixa de exercer uma situação de direito em determinada circunstância e não pode mais exercê-lo, por afrontar a boa-fé objetiva. Não se está dizendo que a forma da prestação alimentar é alterada com o passar do tempo. Mas, quanto aos alimentos já pagos de uma determinada forma, o alimentando deixou de exercer o direito à impugnação do pagamento, não podendo, depois de ter recebido, pugnar para que a obrigação seja cumprida de outra forma.

Na *surrectio*, por sua vez, o exercício continuado de uma situação jurídica contrariando o que foi anteriormente pactuado enseja o reconhecimento de um direito subjetivo, estabilizando-se a relação para o futuro. Esse futuro está condicionado à essa prestação, tendo em vista o que foi dito acima, que não é possível a alteração da obrigação com o decurso do tempo.

Na figura do *venire contra factum próprio* o alimentando inicialmente aceita o pagamento, ainda que por meio de sua representante legal, banca o esperto, e, posteriormente cobra o mesmo valor que já foi pago, sustentando que o método do cumprimento não havia sido o inicialmente estabelecido.

Isso viola frontalmente a proibição de comportamento contraditório de quaisquer das partes, o que só agrava a litigiosidade do processo sem trazer qualquer benefício às partes. Isso porque, além de violação à boa-fé, impossibilitar a compensação das verbas pagas *in pecúnia* desprestigia a proteção da confiança legítima depositada pelo alimentante de que ao pagar, ainda que *in natura*, estaria cumprindo seus deveres morais como pai e jurídicos como devedor, possibilitando futura cobrança, essa totalmente desproporcional.

Não há como falar em tratamento digno de um alimentante que, em muitos casos, retira dinheiro de onde não tem, para que nada falte a seus filhos, sendo, posteriormente cobrado, com sérios riscos de ser preso. O brocardo popular segundo o qual “quem paga mal paga duas vezes” não tem que ser levado em consideração, vez que não se trata de mal pagamento, mas de pagar da forma que não falte aos filhos mas que também não se coloque em uma situação de miserabilidade.

Não menos importante, a vedação a compensação dos alimentos viola a real análise do binômio da possibilidade e da necessidade. A fixação dos alimentos leva em consideração tudo o que é necessário para satisfazer as condições mínimas e dignas de existência do alimentando, baseando-se naquilo que o alimentando demonstra poder pagar.

No momento em que se impede a compensação com as verbas alimentares já pagas, o alimentando passará a receber mais do que efetivamente demonstrou no momento em que requereu os alimentos na ação própria. Além disso, o alimentante é compelido ao pagamento

de valor superior às reais possibilidades. Já foram pagos alimentos *in natura*, os quais têm valor comercial, e agora, além de já ter despendido quantia para o pagamento de um plano de saúde, um colégio, haverá ainda uma nova condenação ao pagamento dos mesmos alimentos, podendo o descumprimento ensejar prisão.

Esses alimentos não visam mais à garantia do mínimo existencial do alimentando, criando uma verdadeira situação de enriquecimento sem causa, prevista no artigo ²¹840, Código Civil.

Ainda que não sejam os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da Cidadania vêm admitindo, ainda que de maneira excepcional, a compensação das verbas *in natura* já pagas. Antes de ser aceito pelo STJ, a tese já era admitida por alguns Tribunais de Justiça, como se observa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PAGAMENTO IN NATURA. Os valores pagos relativamente à educação e saúde não constituem mera liberalidade, senão pagamento parcial da pensão alimentícia feito *in natura*, motivo pelo qual deverão ser abatidos no cálculo da dívida. Não admitir a compensação desses valores efetivamente pagos implicaria enriquecimento sem causa para a credora. Entendimento do STJ. RECURSO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70067645796, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 04/12/2015).

Além de não remontar a necessidade e a possibilidade reais, o julgado afirma que impedir a compensação implica o enriquecimento sem causa, não se tratando o pagamento *in natura* de mera liberalidade do alimentando.

Desse modo, por todo o exposto, deve ser possibilitada a compensação dos alimentos *in natura* a fim de proteger não somente o alimentando, como feito por toda a legislação, desde a antiguidade, como também de criar meios para resguardar a dignidade da pessoa do alimentante.

CONCLUSÃO

A legislação, desde a antiguidade até os tempos atuais, evoluiu no sentido de aprimorar a satisfação do crédito para o alimentando, considerando como absoluta a natureza alimentar do crédito que visava a subsistência do necessitado. Atualmente, o avanço da

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *AI n°: 70067645796 RS*. Sétima Câmara Cível. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/265808887/agravo-de-instrumento-ai-70067645796-rs?ref=serp>. Acesso em: 23 set. 2018

legislação, e também da jurisprudência, permitiu a criação de novos meios para a satisfação do crédito do alimentando, inclusive com a utilização dos meios sociais para configuração da possibilidade do alimentante prestar os alimentos. A jurisprudência se vale das postagens em rede social para avaliar os reais sinais de riqueza do alimentante.

Contudo, observou-se que todo o avanço da matéria ocorreu somente em relação ao alimentando. Isso porque o alimentante continuou sendo tratado como mau pagador, como uma pessoa indigna. Nesse sentido, os alimentos são considerados como verdadeiros direitos fundamentais, tendentes à garantir a dignidade da pessoa humana que não tem como manter sua própria subsistência, além de reafirmar os laços decorrentes da parentalidade, civil ou biológica.

Observou-se, além disso, que, como direitos fundamentais, são passíveis de relativizações. O atual cenário econômico, em que os alimentantes estão superendividados, propicia que estes, a fim de cumprir o dever constitucional de manter a subsistência da prole, efetuem o pagamento de forma diversa do convencionado ou do estabelecido judicialmente.

Nesse sentido, como restou demonstrado, em que pese o Código Civil permita que o exequente não aceite objeto diverso da obrigação, ficou evidenciado que o executado não pode ser novamente condenado ao pagamento dos alimentos bem como não ver a compensação dos alimentos pagos.

Isso porque, em que pese prestados de maneira diversa, o objeto da obrigação – alimentos – é o mesmo. Além disso, cria-se uma ininteligível desproporção em detrimento do alimentante e uma situação de enriquecimento sem causa em favor do alimentando.

Restou demonstrado que, durante muito tempo, em que pese a aceitação de parte da doutrina – a respeito da compensação – a jurisprudência dos Tribunais Superiores afastou essa possibilidade. Contudo, ainda que de maneira incipiente, verifica-se uma recente alteração da visão judicial.

Conforme se observou, o Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, permitiu a compensação dos alimentos por aqueles prestados *in natura*, reconhecido que havia sido atingido o fim pretendido pela lei, de modo que a prestação diversa não pode ensejar uma situação indigna ao alimentante, eis que também está amparado pela dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 23 set 2018

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2017.

_____. *Lei nº. 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso: em 10 set. 2018

_____. *Ordenações Filipinas. no Livro 1. Tit. LXXXVIII, 15 Ano 1603*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p212.htm>. Acesso: em 27 mai. 2018

_____. *Ordenações Filipinas. no Livro 1. Tit. LXXXVIII, 11 Ano 1603*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p211.htm>. Acesso: em 27 mai. 2018

_____. *Tribunal de Justiça do Estado De Minas Gerais. AC nº 1.0362.11.008280-1/001*. Relator(a): Des.(a) Renato Dresch, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/03/2015 publicação da súmula em 25/03/2015). Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/7506/Alimentos.%20Teoria%20da%20apar%C3%Aancia.%20Sinais%20exteriores%20de%20riqueza>. Acesso em: 20 mai.2018

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 7ª Cam. Cív. *AI Nº: 70067645796 RS*, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 04/12/2015, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/12/2015. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/265808887/agravo-de-instrumento-ai-70067645796-rs?ref=serp>. Acesso em: 23 set. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado de Súmula nº 594. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Tribunal-edita-tr%C3%AAs-novas-s%C3%BAmulas. Acesso em 18 set 2018
CAHALI. Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS. Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe e; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão (Teoria do Garantismo Penal)*, 3 ed. São Paulo: RT, 2012.

MORAES. Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. refor, ver e atual. São Paulo: Atlas, 2017.