

# Os Alimentos no Novo Código Civil

**FRANCISCO JOSÉ CAHALI**

*Advogado e consultor jurídico. Professor da PUC/SP*

As questões relacionadas a alimentos, em São Paulo, e acredito que em todos os outros Estados, sem dúvida, têm sido as que mais congestionam o Poder Judiciário e as que mais provocam litígios quando falamos em Direito de Família.

Quando se discute uma relação familiar, quer seja a separação do casal, a investigação de paternidade ou mesmo a ação de alimentos independente da existência de um vínculo anterior, como, por exemplo, o casamento dos pais, quase sempre há litígio.

Por que há essa característica?

Porque a ação de alimentos está relacionada, primeiro, a uma prestação econômica exposta às contingências da própria modificação econômica do país. Em segundo, ela é uma prestação de natureza continuada diferente da separação judicial, do divórcio e da dissolução da união estável, por exemplo, os quais se referindo ao vínculo pessoal das partes, são processos que encerram com o trânsito em julgado da sentença. Até mesmo a partilha de bens tem um momento que leva à sua extinção, de acordo com o regime de bens. Ocorre que na questão relacionada aos alimentos, a prestação é de natureza continuada, assim, mesmo que o processo tenha seu fim a obrigação se prolonga por muito tempo e por isso permite sua revisão.

Na maioria das vezes, quando há uma condenação, uma fixação imposta pelo Judiciário contra a vontade das partes, não há uma acomodação dos interesses dos litigantes, porque não houve um acordo no que se refere à fixação do valor dos alimentos. E sempre que há essa imposição judicial teremos duas pessoas descontentes, tanto aquela que recebe a pensão (por acreditar que o va-

lor deveria ser maior), como aquela obrigada pelo pagamento da pensão. E existindo esse descontentamento de ambas, evidentemente, na primeira oportunidade que tiverem, vão querer rever esse valor. É aquela insatisfação que continua e que se renova a cada prestação paga ou recebida, assim, na primeira oportunidade, as partes vão procurar essa revisão judicial da pensão, quer para aumentar quer para reduzir o valor dos alimentos.

Por outro lado, existem estimativas no sentido de que, quando há o acordo entre as partes para a fixação do valor da pensão, a perspectiva de revisão, embora sempre possível, é mais remota uma modificação posterior, pois os envolvidos, afinal, concordaram com a acomodação dos interesses através da composição.

O novo Código Civil, por sua vez, também na matéria dos alimentos, antes de solucionar velhos problemas, traz novas questões e dificuldades a serem enfrentadas. Pretendemos agora analisar exatamente esse novo panorama na seara dos alimentos que pela nossa conclusão, em função do texto apresentado gerará um grande número de novas ações envolvendo a matéria.

De uma maneira geral, o novo Código Civil mantém a obrigação alimentar decorrente do parentesco, decorrente da dissolução do casamento e da dissolução da união estável.

No entanto o novo Código concentra todas essas questões em um único Título e em um único subtítulo (arts. 1.694 e seguintes). Assim, ao codificar o tema dos alimentos o Código trouxe no seu regramento de forma concentrada, tanto as questões relacionadas aos alimentos decorrentes do casamento, como da união estável (cada qual antes com legislação própria, Lei do Divórcio, a Lei

8.971/94 e a Lei 9.278/96), e aquelas decorrentes do parentesco, estas últimas até então tratadas exclusivamente pelo Código Civil, e eventualmente, pela legislação especial de investigação de paternidade.

O novo Código Civil concentrou todas as matérias em um único subtítulo. Com isso, acabou trazendo também uma consequência, qual seja: as regras por ele tratadas valem para todas as espécies de alimentos. O que contraria nossa história legislativa e a tendência doutrinária e jurisprudencial, pois até então tínhamos regras próprias aplicadas em função da origem e da natureza dos alimentos.

Esclarecendo melhor: os alimentos decorrentes do parentesco têm origem em um dever de solidariedade familiar, de caridade familiar; já os alimentos decorrentes da dissolução do vínculo conjugal, pelo sistema antigo, tinham natureza indenizatório-punitiva, além, naturalmente, daquele certo prolongamento do dever de assistência de um cônjuge para com o outro. Esse caráter indenizatório-punitivo estava pautado na responsabilidade pela dissolução do vínculo, ou seja, quando o cônjuge ou o companheiro era declarado culpado, ficava obrigado a prestar ao outro a pensão, sempre de acordo com a necessidade e possibilidade. O cônjuge culpado, sobre outro ângulo, não tinha direito à pensão alimentícia.

Ainda em relação ao cônjuge, havia a obrigação de manter o padrão de vida, quando da dissolução do casamento o que diverge um pouco dos alimentos decorrentes do parentesco.

Esse era o nosso quadro tratado pelo artigo 19 da Lei do Divórcio. Os alimentos decorrentes da dissolução da união estável, por sua vez, também estavam vinculados à discussão sobre a culpa, embora houvesse divergência na doutrina, e não na jurisprudência.

O nosso contexto até o advento do Código de 2002 era esse: a natureza dos alimentos determinava as regras a serem aplicadas. O novo Código Civil trata

a obrigação alimentar de forma única, independente da origem da obrigação, contrariando, inclusive, a tendência anterior traçada pela doutrina e jurisprudência, desapertando daí algumas consequências.

A seu turno, fez o código distinção que até então era *virtual*, existia na doutrina e na prática, mas não no texto normativo: identifica expressamente os alimentos civis (também chamados de alimentos cômputos, os destinados à manutenção do padrão de vida das partes, principalmente quando os alimentos decorrem do casamento, por isso encontramos aquelas pensões milionárias, de quarenta, cinquenta mil reais), e os alimentos naturais (aqueles necessários à subsistência).

Os alimentos naturais têm destino à subsistência do alimentado, mas na sua amplitude, ao se fixar o valor, também se verifica a realidade econômica das partes, para se relevar em certa medida o padrão de vida daquela família. Evita-se, nestas condições, o exagero, mas os alimentos continuam sendo fixados com um certo parâmetro na condição econômica e social dos envolvidos. Computa-se na mensuração, por exemplo, o valor de escola particular, de plano de saúde particular, transporte adequado, alimentação, lazer etc.

O novo Código Civil faz expressamente essa distinção entre os alimentos civis e os naturais e por quê? A doutrina, até então, fazia a distinção tendo em vista a origem da obrigação, mas sem grandes repercussões quando os alimentos são decorrentes do parentesco.

O novo Código Civil faz a distinção pois inova a sistemática ao prever determinadas situações em que os alimentos devidos são exclusivamente aqueles destinados à subsistência, ou seja, os chamados alimentos naturais, e, em outras, os alimentos são devidos na sua total abrangência (alimentos civis). Como adiante com mais vagar se verá, havendo culpa de quem busca os alimentos, estes serão fixados apenas no indispensável à sua subsistência.

De um modo geral, são essas as características principais da pensão alimentícia, de acordo com o novo Código Civil.

Vamos enfrentar agora, separadamente, os alimentos decorrentes do parentesco, da dissolução da sociedade conjugal e, por fim, aqueles oriundos da dissolução da união estável.

Em relação ao parentesco, a primeira novidade não está prevista no capítulo de alimentos, mas na Parte Geral do Código: consiste na redução da maioridade para 18 anos. Esta inovação interfere na obrigação alimentar indiretamente, pois sua repercussão é limitada: enquanto menor, o pai deve alimentos ao filho em decorrência da obrigação de sustento inerente ao poder familiar. Então a necessidade é presumida, até porque se o filho tem patrimônio, este é usufruído pelo pai ou mãe, titulares do usufruto destes bens. O menor não terá a renda direta, ela é auferida pelo seu representante legal. Nessas situações, existente a obrigação de sustento, a necessidade é presumida.

Isso significa que a partir de 21 anos (no passado) ou 18, no novo Código, levar-se-á à extinção da obrigação alimentar? Não.

Hoje (falo principalmente por São Paulo) é tranqüila a jurisprudência no sentido de se prolongar essa obrigação além da maioridade, quando o filho estiver estudando em um curso superior com limite em 24 anos, até porque ao completar sua formação, se daria a oportunidade para esse filho atingir a independência econômica.

Utiliza-se um paralelo à dependência especificada no imposto de renda, ou seja, até 24 anos, limite de idade em que o pai pode deduzir as despesas de instrução com o filho. Excepcionalmente, a idade poderá ser de 25 anos.

Aliás, ao se estabelecer expressamente no novo Código que a pensão deve ser fixada “inclusive para atender às necessidades de sua educação” (art. 1.694), fácil será sustentar a subsistência da obrigação mesmo após alcançada a capacidade civil com 18 anos, quando

destinado o valor para manutenção de filho estudante.

Recentemente, tivemos um caso em que o filho, com 25 anos, estudava Medicina e estava no último ano de residência. O Tribunal manteve o pensionamento excepcionando a orientação de romper a obrigação aos 24 anos, ressaltando, dentre outros argumentos, que, não completando sua formação, o filho estaria comprometendo o próprio curso. Apesar de a residência médica ser remunerada, essa não é suficiente para o término dos estudos.

Neste contexto, como inicialmente referido, a obrigação de prestar alimentos ao filho não se encerrará automaticamente aos 18 anos (nova maioridade civil), salvo se tiver alguma previsão expressa em um acordo anterior e devidamente homologado pelo Juiz, e sem prejuízo, nesta hipótese, de vir o filho a buscar a pensão embora com base no parentesco, e não mais na obrigação de sustento.

Aí surge uma dúvida: se a composição firmada em juízo pelas partes fala que a obrigação se encerra com 21 anos ou com a maioridade, independente de cursar ou não a faculdade, agora, com o novo Código, haverá ou não a extinção da pensão aos 18 anos?

Se, o acordo, fala em 21 anos, deve-se aguardar este evento como termo da obrigação; porém, se fala maioridade, temos que refletir cautelosamente se o pensionamento encerraria agora, com 18 anos, até mesmo para aqueles com 20 anos, por exemplo, recebendo regularmente a pensão em janeiro de 2003.

No meu entender, não se deveria aplicar de imediato esse critério da maioridade, mas, sim, se verificar em cada caso qual a necessidade efetiva do alimentado, pois, se não for pelo dever de sustento, ao menos pelo vínculo de parentesco existe a obrigação alimentar. Daí, cancelar uma pensão, para, na seqüência outra ser fixada, com movimentação exagerada da máquina do judiciário para se chegar ao mesmo fim, acaba por arranhar o princípio da economia processual.

A segunda observação que se faz a propósito do novo Código é relacionada ao parágrafo segundo do artigo 1.694, assim redigido: os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Daí se cogitar: como dar rendimento a esse dispositivo que se refere a um *caput* onde se prevê a obrigação alimentar decorrente do parentesco?

Seria o caso, por exemplo, do pai falar ao filho: “Ou vem morar comigo, ou os alimentos serão apenas os necessários à subsistência, porque, afinal, a culpa será sua ao optar em morar com a mãe”.

Essa não é a idéia. Não se pode dar rendimento a esse artigo, no que se refere aos alimentos decorrentes do parentesco, quando estamos diante de um dever de sustento do pai em relação aos filhos. Não se pode, por exemplo, culpar o filho por não morar com o pai.

A responsabilidade que poderia ser discutida aqui - e aí estamos criando algumas situações que se acomodariam nesse dispositivo - é eventualmente de um pai ou de um avô que teve uma situação econômica razoável, mas acaba dilapidando o patrimônio com jogos, farras, viagens, gastando de maneira desproporcional as reservas de toda uma vida, chegando à idade mais avançada com a necessidade de pensão. Nessas situações, se o credor deu causa à situação de necessidade, podemos dar rendimento a esse dispositivo dizendo: “aqui, será reduzida a pensão às necessidades para sobrevivência, nos termos do parágrafo segundo do artigo 1.694”.

Mas, como regra, não se destina o dispositivo à obrigação alimentar decorrente do poder familiar, decorrente da obrigação de sustento. Aí não se teria como imputar ao menor a responsabilidade pela necessidade da pensão alimentícia. Esse parágrafo é mais útil, tem, na verdade, uma repercussão significativa quando tratamos da dissolução do casamento, como adiante será tratado.

No tocante aos alimentos entre pa-

rentes tivemos uma outra novidade, como texto legal e não como princípio - a chamada pensão complementar, suplementar, prevista no artigo 1.698 do novo Código. É uma pensão supletiva.

Quando aquele primeiro obrigado não tem condições de suprir todas as necessidades do alimentado, busca-se um segundo obrigado. É a situação, por exemplo, da conhecida pretensão alimentar em face dos avós, aliás, cada vez mais comum.

O Código anterior, falava que na *falta* de um, buscava-se o outro parente obrigado. A linha ascendente é sempre obrigada a prestar alimentos aos seus descendentes, como a recíproca também é verdadeira. Mas imaginava-se, sempre, na *falta* de um ou outro. A jurisprudência, já com tranqüilidade, acomodava a situação dizendo que pode o neto pretender alimentos contra os avós, também em caráter *suplementar*. O que falta ao pai, para cobrir as necessidades (aqui sob um aspecto um pouco mais restrito, como um plano de saúde, escola etc.), o avô complementar, de acordo com a sua capacidade.

Esse pilar necessidade-possibilidade é da essência da obrigação alimentar. Não posso falar em alimentos sem pensar nesses dois vetores: **necessidade** e **possibilidade**. Então tudo o que falamos pressupõe necessidade e possibilidade. Não se pode impor a alguém que não tenha condições financeiras, o pagamento de uma pensão alimentícia, não é essa a idéia da lei, não é essa a essência da obrigação alimentar. Sempre falamos na necessidade e na possibilidade.

Assim, agora por texto expresso no artigo 1.698, acolheu-se a orientação já consolidada na doutrina e jurisprudência, pela qual se pode pleitear alimentos complementares ao parente de outra classe se o mais próximo não estiver em condições de suportar totalmente o encargo.

Entretanto, e agora contrariando a orientação até então predominante, previu-se a possibilidade de, proposta a ação contra um, serem chamados a integrar a lide todas as pessoas obrigadas.

Não foi feliz o legislador. Aliás, desastrosa a inovação.

Primeiro, faz incursão indevida no direito processual, ao prever causa específica de intervenção de terceiro no processo, e, o que é pior, sem identificar o respectivo instituto processual, requisitos e efeitos desta intervenção. Lembramos processar-se a ação de alimentos pelo rito especial, e, como tal, ser avessa a incidentes processuais desta natureza.

Segundo, contraria o espírito cada vez mais acentuado de se buscar soluções rápidas aos processos, evitando turbulências nos procedimentos, especialmente diante do caráter alimentar da pretensão.

Com ou sem o ingresso dos demais obrigados, a responsabilidade do acionado é sempre quantificada diante de seus recursos, e, tratando-se de pensão complementar, cabe ao próprio alimentando demonstrar a limitação de recursos do primeiro obrigado, e a pertinência de sua opção, diante da restrição econômica ou participação direta de outros, sob pena de não preencher o requisito “necessidade” (pois teria meios diversos para garantir sua subsistência).

Daí se poder afirmar que, no confronto entre prós e contras, ainda melhor teria sido inexistir o artigo 1.698 do novo Código.

Apresentadas estas reflexões a respeito da obrigação alimentar decorrente do parentesco, vamos analisar os alimentos nascidos da dissolução da sociedade conjugal.

Proveitoso avanço normativo encontra-se previsto no novo Código, consistente na previsão de fixação dos alimentos na dissolução litigiosa da sociedade conjugal mesmo em favor do cônjuge responsável pela separação, limitando-se, todavia, à obrigação destinada a suprir o indispensável à subsistência.

Há na moderna doutrina, forte tendência em abolir definitivamente a perquirição da culpa na dissolução do vínculo familiar (casamento ou união

estável). E uma das principais preocupações para quem assim se posiciona é a exagerada punição ao “culpado”, de se ver “condenado” a perder a assistência material, mesmo quando sua responsabilidade tenha se limitado à busca da felicidade sem ferir ou violar as obrigações conjugais. De maneira mais arrojada, a assistência material ao desprovido de recursos seria o aluguel da sua tolerância conjugal, mesmo falido de fato o casamento, e ausente a afeição recíproca.

Existentes outras formas de equilibrar a situação, optou o legislador em manter, como regra, a obrigação alimentar ao cônjuge responsável pela separação, em favor do inocente. Mas expressamente prevê exceção à regra, ao estabelecer a possibilidade daquele considerado culpado reclamar alimentos, comprovando a necessidade, se “não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho” (art. 1.704, parágrafo único), limitado o *quantum* ao “indispensável à sobrevivência”.

Significativa a modificação introduzida no sistema atual, e, sem dúvida, positiva a evolução legislativa. Certamente este novo aspecto será um fator positivo para diminuir a incidência dos processos de separação judicial onde se busca a culpa exclusivamente para se eximir da obrigação alimentar. E não pensando em restabelecer o vínculo conjugal.

Outra questão tratada no novo Código Civil é a renúncia aos alimentos. No quadro anterior ao novo código, encontramos a Súmula nº 379 do Supremo Tribunal Federal dizendo: “No acordo de desquite amigável, não cabe renúncia aos alimentos”. Essa súmula é anterior a 1.977 (Lei do Divórcio) e por ela, ao se adaptar o princípio à lei divorcista, não se admite a renúncia aos alimentos em um acordo de separação judicial.

A matéria – *renúncia à pensão alimentícia na dissolução amigável do casamento* – encontrou fértil campo de discussões. Na doutrina, basta a referência às autorizadas lições de Yussef Cahali, em dedicado estudo a respeito desta polêmica, apontando a sua complexidade e ainda existente divergência.

Na jurisprudência, pela sua relevância, a questão chegou a ser sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, mas recente orientação do Superior Tribunal de Justiça vem rejeitando a aplicação da Súmula, reconhecendo a possibilidade de renúncia à pensão. Entre os Tribunais Estaduais, embora cada qual exercendo a autonomia a consignar entendimento diverso, vem sendo prestigiada, em sua maioria, a tese sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Contrariando a tendência doutrinária e pretoriana, o novo Código registra ser irrenunciável o direito a alimentos, sem excepcionar a origem da obrigação, fazendo incidir, pois, esta limitação à pensão decorrente também da dissolução da sociedade conjugal. E vai além: confirmando ser esta a sua intenção, estabelece expressamente a possibilidade do cônjuge separado judicialmente vir a pleitear alimentos do outro, diante de necessidade superveniente.

E, inexistente ressalva expressa na lei, quem na vigência do novo Código possuir o estado de separado judicialmente, poderá reclamar a pensão do ex-cônjuge, mesmo que a dissolução do vínculo tenha se consumado anteriormente à nova regra.

E se o cônjuge, na separação, renunciou, porque ficou com boa parte do patrimônio? Não é uma renúncia pura e simples, mas sim uma disposição do direito em troca, por exemplo, de um imóvel com renda. Mas e se o imóvel passa a não mais trazer frutos, ou acaba sendo vendido, poderá ser resgatada, nesse caso, a pensão alimentícia? A questão é delicada, e a resposta dependerá de uma aprofundada análise fática da situação em exame. Com efeito, se no momento do acordo houve um motivo à renúncia (uma compensação patrimonial), o julgador deverá ter extrema cautela em analisar a causa, para não prestigiar a ociosidade ou dissipação imotivada do patrimônio.

Falamos em separação judicial, e quando há o divórcio, como fica? As pessoas divorciadas podem propor ação de

alimentos depois de uns cinco, seis, sete, dez anos?

Considerando o atual estágio da doutrina e jurisprudência, o encerramento definitivo do vínculo conjugal através do divórcio, e promovendo-se interpretação mais literal do art. 1.704, parece-nos razoável sustentar que a possibilidade de busca dos alimentos no rompimento matrimonial encontra seu limite no divórcio das partes, permitindo-se o exercício da pretensão apenas pelos separados judicialmente (e não divorciados), se não estabelecida anteriormente a obrigação (no acordo ou decisão da separação ou do divórcio).

Os senhores sabem que a lei também deve atender a expectativa da sociedade, e será difícil a sociedade assimilar que, após a renúncia aos alimentos, e concretização do divórcio, venha um dos cônjuges pretender pensão do outro.

Em nosso entender, o modelo ideal é o que hoje existe: enquanto estão se separando, e entre a separação e divórcio que é o momento mais próximo, pode ser revista a cláusula de renúncia, até através de ação de alimentos pela literalidade do novo Código.

Já, no pós-divórcio não se poderia de forma alguma cogitar em ineficácia da renúncia.

O Código Civil fala em seu 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”. Mas quando fala que o credor de alimentos não pode renunciar ao seu respectivo direito, refere-se àqueles alimentos previstos no artigo 1.694; e, por esta regra, existe a obrigação alimentar entre cônjuges, companheiros e parentes.

Assim, parentes não podem renunciar, assim como o cônjuge e os companheiros (quanto a estes últimos, inclusive, a matéria foi objeto de nossa tese de Doutorado, a respeito do contrato de convivência na união estável, firmando-se aí a conclusão de ineficácia da cláusula dizendo que os contratantes renunciavam à obrigação alimentar).

Porém rompido o vínculo pelo divórcio, deixa de existir a previsão legal da obrigação alimentar recíproca, salvo se já prevista ou acordada anteriormente.

Ainda, a lei fala expressamente que o separado judicialmente pode propor ação, mas nada diz em relação ao divorciado.

Assim, até o divórcio ainda há possibilidade de discussão a respeito de alimentos entre os separados judicialmente, porém, após a dissolução do casamento, tendo ocorrido a renúncia ou até mesmo se apenas não exercido o direito, desaparece definitivamente a obrigação alimentar.

Na dissolução da união estável a solução deve ser idêntica ao divórcio, pois estes institutos, neste particular, se aproximam. Assim, não exercidos os alimentos quando do rompimento do vínculo, a pretensão ficará prejudicada. Ex-companheiros não têm obrigação alimentar recíproca, pois não está prevista no artigo 1.694, e se entre eles houver renúncia quando da dissolução (não a renúncia prematura), a disposição será válida e eficaz.

Já existe projeto para a reforma do novo Código Civil, e na proposta em tramitação haverá expressa referência de que a impossibilidade de renúncia atinge apenas a obrigação alimentar decorrente do parentesco, não aquela decorrente da dissolução da união estável e do casamento.

Para aqueles que desconsideram a renúncia mesmo após o divórcio, surgirá uma questão a ser enfrentada: ocorrendo a dissolução do casamento diversas vezes, sempre seguidas de renúncia aos alimentos, vindo o ex-cônjuge a pretender pensão alimentícia, deverá se voltar contra qual dos seus ex-parceiros? Ainda, proposta a ação contra um deles, poderá o outro chamar à lide os demais? São questões que não têm solução. Admitir a ação pós-divórcio tem esse problema.

Poderíamos, aí, talvez pensar no que hoje existe quando a mulher, por exemplo, credora da pensão vem a contrair novas núpcias perdendo o direito aos

alimentos, e, na seqüência, rompe este novo casamento. A orientação atual é no sentido de que ela não resgata a obrigação alimentar do primeiro casamento.

Assim, aquela ex-esposa divorciada diversas vezes, com este raciocínio, só teria pretensão alimentar (para aquelas a admitem após o divórcio) em face do mais recente ex-marido.

Vimos, até então, a questão da culpa e da renúncia, como ela é tratada.

Existe modificação pelo novo Código, também com relação às causas de exoneração dos alimentos. O artigo 1.708 estabelece o seguinte: “Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos”; e seu parágrafo complementa: “com relação ao cônjuge credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor”.

Restrita a Lei do Divórcio (art. 29) à exoneração apenas na hipótese de novo casamento do credor, a jurisprudência, ressaltados raríssimos julgados divergentes, também autorizava a extinção da obrigação se verificada a união estável de quem recebe a pensão.

Quanto à conduta irregular, embora reprovável, superada a fase inicial de nela igualmente se encontrar causa de extinção da pensão, atualmente já não mais se valorava esta situação como apta a ensejar o termo final da obrigação.

Na sistemática proposta, não apenas o concubinato (identificado no novo Código Civil como sendo as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar – art. 1.727), mas até mesmo o *procedimento indigno em relação ao devedor* passa a representar fundamento à exoneração.

No mínimo curiosa a situação, a merecer enorme dose de cautela para evitar a perplexidade: se, por exemplo, adúltera contumaz a mulher na constância do casamento, mas enquadrada naquela situação excepcional de necessidade, pode reclamar alimentos destinados à sua sobrevivência; a seu turno, esta mesma mulher, ao prolongar relações íntimas com terceiros, já isenta da

obrigação de fidelidade após a separação judicial, pode vir a ser excluída da pensão antes fixada, se considerada vivendo em concubinato, ou apenas adotando *procedimento indigno*.

Aguarda-se, neste contexto, seja prudente e razoável o aplicador da norma, para não transformar o conceito vago em perseguição do “ex” 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. É uma das possíveis soluções seria também adotar para este efeito, dentre outros, os critérios da indignidade conhecidos para a exclusão de herdeiro.

Para encerrar, temos a questão da união estável, se há mudança ou não pelo novo Código Civil.

Os alimentos decorrentes da união estável foram tratados na Lei 8.971/94, a qual tratou também de sucessão entre conviventes; logo em seguida veio a Lei 9.278 de 1996, destinando um artigo à obrigação alimentar ao regulamentar a união estável; e, agora, em 2002 temos uma única palavra quanto a esta matéria.

Ou seja, a obrigação alimentar entre os conviventes, partiu de uma lei para, na seqüência, vir a ser tratada por um artigo e terminou por ser regradada através de uma palavra no novo Código. A palavra está no artigo 1.694 que dispõe: “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”.

Ao contrário do que possa parecer, este contexto foi positivo, pois o novo Código traz a companheira ao *status* do cônjuge quanto à obrigação alimentar.

E, embora o novel legislador tenha deixado passar despercebidas outras disposições que deveriam ter sido reformuladas para contemplar os alimentos devidos entre conviventes, a

exegese neste sentido pode tranqüilamente ser feita.

Assim, extrai-se do novo Código Civil um tratamento igualitário aos cônjuges e companheiros nesta questão de alimentos.

Por exemplo, o artigo 1.709 dispõe: “O novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio”. Leia-se esse dispositivo no sentido de que o novo casamento, *ou nova união* do cônjuge, *ou do companheiro* devedor, não extingue a obrigação constante da sentença do divórcio, na separação *ou da dissolução da união estável*.

Cito apenas esse exemplo, com o objetivo de mostrar que as regras destinadas aos cônjuges, para extinguir ou para deferir direitos, também se estendem aos companheiros.

Procuramos abordar os pontos mais importantes, de maior significado, principalmente na rotina dos operadores do direito, mas certamente, várias outras relevantes e palpitantes questões devem existir.

Agradeço mais uma vez o convite a nós formulado, e quero crer que os senhores, quando estiverem aplicando esse novo Código Civil, trarão boas soluções às dúvidas decantadas. A idéia principal, com estas palavras, foi despertar o interesse para uma reflexão a respeito desse assunto.

## DEBATES

### Des. Áurea Pimentel Pereira

Após a esplêndida exposição que acabou de ser feita pelo Professor Francisco José Cahali, pouco teria restado para o debate porque ouvimos as apreciações amplas feitas pelo ilustre professor a respeito da classificação dos alimentos, inclusive, com a denúncia de um certo fascínio de Sua Excelência pela doutrina de Domazio, que empresta aos alimentos aquela característica indenizatória em certos casos. Ouvimos a apreciação da inserção que foi feita no novo Código Civil daqueles alimentos com aspecto novo, que só por construção

jurisprudencial, anteriormente, era admitido. Os alimentos eram só aqueles essenciais à subsistência, agora, eles têm que levar em conta a situação social do credor de alimentos.

Ouvimos apreciações sobre aqueles critérios da condicionalidade, proporcionalidade, os parâmetros que devem ser observados no momento da fixação dos alimentos. O eminente professor falou sobre alimentos no divórcio, a impossibilidade, posteriormente, de quem não foi credor de alimentos reconhecido no processo de divórcio, de vir a pleiteá-los, e as referências feitas àqueles dispositivos do novo Código Civil, que exonera o devedor de alimentos da obrigação de continuar prestá-los quando há procedimento indigno do credor de alimentos. Permito-me acrescentar, com todas as vênias daqueles que possam ter posição em contrário, que indigno deve ser havido sempre o procedimento homossexual de um cônjuge, o que é altamente ofensivo não só ao seu ex-cônjuge, mas também aos princípios éticos do Direito de Família e da própria formação da família brasileira.

Mas, a despeito dessa grande expressão que teve a exposição feita pelo professor, permito-me fazer a colocação de alguns temas para discussão. Para tanto tecerei breves comentários, para chegar ao ponto de destaque que seria exatamente aquele ponto a ser discutido nesse nosso debate.

Como é sabido, nos primórdios das civilizações, os alimentos constituíram apenas um dever moral, com base no direito natural. Eles eram concedidos *pietatis causae*, seria uma regra a discipliná-los. Só com o decorrer dos tempos, com o nascimento do *ius positum*, é que realmente foram estabelecidas as regras para a fixação e a concessão dos alimentos.

No Brasil, a Carta Civil de 1916, inspirou-se, inicialmente, naquela tradição de formação patriarcal da família brasileira. Daí porque o que nele se inseriu inicialmente era o reconhecimento, sempre, da obrigação que tinha o côn-

juge varão de prover não só o sustento da família, mas especificamente e sempre do outro cônjuge. Com o surgimento do Estatuto da Mulher Casada - Lei 4.121/62, e depois da Lei do Divórcio - Lei 6.515/77, tudo mudou de figura e também, depois da própria Carta Política de 1988, com aquela simetria de direitos estabelecida entre o homem e a mulher. Então, essa obrigação de prestar alimentos tornou-se reconhecida como recíproca entre os cônjuges. No nosso novo Código Civil, que vai entrar em vigor em janeiro do ano vindouro, o legislador, nos artigos 1.702 e 1.704, *caput*, estabeleceu como requisitos para que o cônjuge, quando há separação judicial, possa reclamar alimentos em juízo, a sua condição de necessitado, mas ao lado daquele outro requisito de não ter sido considerado culpado na separação. Todavia, no parágrafo único do artigo 1.704, em disposição que, na nossa visão, guardaria, na verdade, uma franca antinomia com as normas do artigo 1.702 o legislador veio a garantir ao cônjuge posto que tenha sido havido culpado na separação, mas que futuramente se revele necessitado, sem aptidão para o trabalho, e sem parentes que possam prover-lhe o sustento, o direito de vir reclamar, posteriormente, alimentos do seu ex-cônjuge. Essa disposição inspirou-se na norma do artigo 2.016, II do Código Civil Português, buscando as suas raízes no princípio da equidade. A solução importada, a nosso juízo (não sei se essa seria a opinião do ilustre expositor) não estaria porém a merecer aplausos, na medida em que será capaz de criar situações absolutamente absurdas, imorais e injustas. Dou um exemplo: após a separação judicial, vem o ex-marido (ou a ex-esposa) necessitado, sem aptidão para o trabalho, sem parentes que possam prover-lhe sustento, pedir alimentos ao ex-cônjuge, mas o motivo da decretação da separação foi, por exemplo, tentativa de morte desse cônjuge credor contra o cônjuge devedor. Parece-me que isso criaria uma situação absolutamente insólita, que não deve

ter sido prevista pelo legislador quando deu essa abrangência, essa generalização nesse dispositivo de lei. Em casos tais, parece que não pode haver princípio de equidade que possa justificar tão insólita solução, que ademais, conforme o caso, poderá inclusive fazer letra morta do artigo 1.708, parágrafo único do Código de 2002, forte a proclamar que cessa para o devedor a obrigação de prestar alimentos quando o credor tiver comportamento indigno.

Então, feitas essas considerações, formularia a seguinte discussão: para obviar as insólitas conseqüências, que poderão advir da aplicação, em certos casos, da norma do parágrafo único do artigo 1.704 do Código Civil, não seria o caso de, interpretando *cum grano salis* a referida norma, levando em conta a previsão contida no parágrafo único do artigo 1.708, inadmitir a concessão de pensão em favor desse cônjuge ainda que necessitado, sem aptidão para o trabalho e sem parentes que lhe possam prover o sustento, quando a culpa reconhecida na separação envolver procedimento indigno do cônjuge credor? Esse seria o questionamento que poria em discussão.

#### **Dr. Francisco José Cahali**

Há realmente essa situação de que o culpado pelo rompimento pode receber a pensão alimentícia, mas se a culpa for posterior poderá levar à extinção da obrigação. É contraditório, mas teríamos que temperar esse comando da norma. Espera-se que a jurisprudência venha a fazê-lo.

Quanto a questão em tese (responsabilidade pelo rompimento do vínculo e a obrigação alimentar), ainda faço algumas ressalvas. Acho que, em um primeiro momento, para a separação propriamente dita, não deveria mais ter a discussão da culpa. Hoje, existe a discussão da culpa em função da obrigação alimentar. No futuro, também, queira ou não, do jeito que está sendo proposto, vai ter discussão de culpa em função da obrigação alimentar, mas não concordo com

a necessidade de se discutir culpa para a separação.

Entretanto, a solução que alguns colegas têm proposto é: “vamos acabar com a culpa como causa para a separação”. Mas não discutir a responsabilidade para a imposição da obrigação alimentar é, para nós, um exagero.

Então, quanto à minha posição, considero-a intermediária entre aqueles que querem acabar de todo com a culpa, e o sistema normal. Nesse ponto, acompanho as colocações da Dr<sup>a</sup> Áurea, só com essa ressalva: na separação, não se tem mais sentido discutir culpa, deve-se permitir aos cônjuges a separação pelo desamor, porque não querem mais continuar casados. Ora, posso requerer o divórcio após dois anos separado de fato. Não vou permitir uma separação, só porque eles não se gostam mais, vou ter que exigir, impor um abandono, uma separação, uma situação prolongada, irregular?

Quanto aos alimentos, concordo plenamente com as colocações que foram feitas. Não consigo assimilar obrigação alimentar plena quando há conduta culposa do credor. Muda todo o contexto que está sendo apresentado hoje. Desvincula obrigação alimentar da separação judicial. Separação judicial é uma situação própria, e obrigação alimentar passaria a ser independente da separação, quem sabe até do divórcio.

#### **Des. Áurea Pimentel Pereira**

O segundo tema a respeito do qual gostaria de ouvir a opinião do ilustre expositor, Prof. Francisco José Cahali, é o seguinte: a doutrina já estabeleceu que a obrigação de prestar alimentos é personalíssima, portanto intransmissível. Aliás, foi atenta a essa circunstância que o legislador, no Código Civil de 1916, estabeleceu, peremptoriamente no artigo 402 que a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros. A respeito dessa norma, inclusive que foi lançada em termos peremptórios, a opinião de Pontes de Miranda sempre foi de uma clareza solar. Ele afirmava que, realmente, a obrigação era intransmis-

sível, ativa e passivamente, embora o débito, que pudesse ser deixado em vida do alimentante, evidentemente pudesse ser cobrado dos seus herdeiros.

Quando foi editada a Lei 6.515/77, o artigo 23 declarou que a obrigação de prestar alimentos transmitia-se a seus herdeiros, mas o legislador teve o cuidado de dizer: “na forma do artigo 1.796 do Código Civil”. Havia realmente, e se reconheceu à época, uma certa antinomia estabelecida entre as duas disposições, daí porque alguns doutrinadores sustentaram que o artigo 402 do Código Civil tinha sido revogado pelo artigo 23 da Lei 6.515/77. A despeito de respeitáveis opiniões que se assentaram sobre a matéria, à época, estivemos sempre alinhados dentre aqueles que entendiam que o artigo 402 do Código Civil não havia sido revogado pela norma do artigo 23 da Lei 6.515/77, sobrevivendo antes, para a aplicação, o que podia ser reconhecido desde que se desse a esse artigo 23 adequada interpretação.

Nessa linha de entendimentos, tivemos a oportunidade de nos manifestar na nossa modesta obra **“Dos Alimentos no Direito de Família e no Direito do Companheiro”**, fazendo invocação ao fato de que aquela alusão feita pelo legislador no artigo 23 da Lei 6.515/77 ao artigo 1.796 do Código Civil, parecia deixar claro que o que passava aos herdeiros era realmente a dívida em vida deixada pelo alimentante, e não o próprio encargo alimentar, uma vez que esse, como obrigação personalíssima, não se transmitiria aos herdeiros.

No novo Código Civil, a transmissibilidade passiva da obrigação alimentar foi com todas as letras proclamada no artigo 1.700, mas sem embargo desses termos, aparentemente peremptórios do artigo 1.700 do Código Civil, tendo presente a natureza personalíssima da obrigação alimentar, não seria o caso, (indagamos mais uma vez interpretando *cum grano salis* a norma do artigo 1.700), entender-se que realmente a transmissão passiva que há de se fazer prevista no artigo 1.700, se-

ria do débito alimentar, posto a cargo dos herdeiros do alimentante e não da própria obrigação? Gostaria de ouvir a opinião do eminente professor a respeito dessa indagação.

### **Prof. Francisco José Cahali**

Dr<sup>a</sup> Áurea, sempre que termino a exposição, fico me concentrando, torcendo para ninguém me fazer essa pergunta, pois considero este um dos maiores problemas da atualidade sobre a matéria: a transmissão da obrigação alimentar. Realmente hoje existe esse conflito no novo Código Civil. Infelizmente o legislador não leu a sua obra, também não leu Pontes de Miranda e não imaginou as conseqüências da sua conduta, ao estabelecer que em um direito personalíssimo se transmite. O contrato de trabalho, por exemplo, é uma obrigação que não se transmite, com o falecimento se extingue, assim as obrigações personalíssimas como um todo, e dentre elas, até então, também a obrigação alimentar. Porque era pessoal esse direito e só poderia ser exercido pelo titular em face daquele obrigado.

Mas, constou a transmissibilidade no novo Código e agora vem a dúvida: como se interpretar esse dispositivo? Um herdeiro menor paga alimentos para a ex-companheira do pai? Vai ter a sua herança comprometida e ainda, se passa aos herdeiros a dívida, será de acordo com as forças da herança?; daí três herdeiros menores recebem um imóvel e, ainda terão essa obrigação? É o representante legal que paga? Como solucionar? E se o falecido tiver umas três ou quatro obrigações? Porque, se pensarmos em obrigação para o filho, esta se transmite ao espólio, mas o filho já é herdeiro então ele recebe a herança e a obrigação? Essas propostas de mudança do novo Código Civil até prevêm esse assunto e entendem que se o credor é herdeiro, ele não leva a transmissão da herança: “desde que o credor da pensão alimentícia não seja herdeiro do falecido”.

Enfim, é um transtorno. Gostaria que fosse aplicada a regra na forma apre-

sentada pela Des<sup>a</sup> Áurea, na forma apresentada por Pontes de Miranda: só se transmitem as obrigações vencidas. Assim como todas as dívidas se transmitem, nem precisaria de lei, o espólio responde pelas dívidas da pessoa falecida, dentre elas a dívida decorrente de uma “obrigação alimentar”. Mas, não colocaria essa transmissão do direito de prestar alimentos. Esta obrigação continuaria sendo personalíssima.

#### **Des. Sergio Cavalieri Filho**

Creio que o artigo 1.700 transformou a obrigação alimentar em obrigação previdenciária.

#### **Dr. Ricardo Rodrigues Cardoso**

Quando o Professor Cahali falou sobre o problema da prestação alimentar entre parentes, refleti muito sobre isso e sobre a necessidade, sobre o rito que vamos impor a esse tipo de ação. Como Juiz de Família, defronto-me com esse problema. A obrigação de sustento é extensiva aos pais em relação aos filhos, aos filhos em relação aos pais, aos cônjuges, contudo, entre parentes não existe obrigação de sustento, existe obrigação alimentar.

Nessa ordem de idéia, quando a lei fala em um rito especial, o Juiz é obrigado a fixar, imediatamente, o pensão provisório, que tem característica de irrepetibilidade. Estou trazendo isso porque o senhor falou sobre a questão da intervenção de terceiros, do litisconsórcio e aquela questão toda da impossibilidade de se levantar essa questão em se tratando de rito especial. Como o senhor veria se o rito a ser adotado fosse o procedimento ordinário, nesse caso? Alguém poderia indagar sobre a urgência da prestação alimentar. Teríamos a cautelar, em que se poderia, nesse caso, mediante uma audiência de justificação prévia, aferir rapidamente a necessidade alimentar, e o juiz, então, fixar alimentos provisionais. Aí resolveríamos a questão do litisconsórcio se aplicarmos o procedimento e evitaríamos, com isso, a questão de um avenu-

reio ou aventureira (e esse raciocínio se aplicaria também no caso da união estável) a questão de uma pessoa que não tem necessidade de alimentos, pleitear e o juiz fixar a obrigação, a pensão provisória e ele vai ter que pagar até que aquilo seja definitivamente decidido. Essa questão me deixa muito preocupado. Na Vara de Família, na qual sou titular, tento impor o procedimento ordinário, embora reconheça que não sou maioria. Mas isso me deixa sempre aprensivo. Trouxe essa discussão apenas em função do que o senhor falou na oportunidade própria.

#### **Dr. Francisco José Cahali**

Eu não veria problema nessa solução, de acordo até com o interesse das partes, pois precisamos acomodar o interesse dos dois; é um valor adequado, mas desde que seja devido. Não veria problema, acredito que vá encontrar uma certa resistência porque seria “contra a lei”, mas em São Paulo, eles têm adotado, por exemplo, na dissolução da união estável, como é minha posição, por rito ordinário. O juiz, de ofício, pode mandar processar a ação de tal forma, não precisaria extinguir o processo ou determinar o aditamento. Não vejo problema que haja um pedido, embora por outro rito, para o juiz apreciar a liminar e falar que a partir de então segue o rito tal.

Em São Paulo, como existe a audiência do 331 e, muitas vezes, a prova é feita com expedição de ofício à Receita Federal, cartão de crédito, contas etc, os juizes, em algumas situações, não adotam o rito especial, mesmo na ação proposta pelo filho em face do pai. Várias têm sido as decisões que marcando primeiro uma audiência de tentativa de conciliação para discutir quais são as provas, para depois dar continuidade ao processo. Não se está adotando o rito especial porque este nem sempre resolve o problema, principalmente em São Paulo, onde temos um contingente enorme de pendências e se deve garantir a defesa ampla nos processos desta natureza. Veja o problema: o juiz marca

audiência pelo rito especial, e todos comparecem, inclusive com as testemunhas, pois a audiência é de tentativa de conciliação e instrução e julgamento, em que se apresenta a defesa; mas se há necessidade de prova de fatos através de ofícios, e a própria defesa tem direito de pedir ofício a bancos, para saber a posição da parte contrária, a audiência é suspensa e não se escuta a testemunha (pois a prova documental deve ser produzida antes da prova oral). A maioria das ações, em que na primeira audiência se leva testemunha, é adiada. As testemunhas perdem tempo e não são ouvidas.

Assim, tem sido comum não se adotar esse procedimento de audiência de instrução e julgamento. Primeiro se faz audiência de tentativa de conciliação e análise das provas a serem produzidas, como expedição de ofícios. Transforma-se essa ação em um “procedimento comum”. É uma maneira de acomodar o processo ao interesse das próprias partes.

#### **Dr. Osvaldo Henrique Feixim**

A sentença de divórcio aludida no artigo 1.709 deve ser entendida como aquela proferida antes do novo Código, já que pelo artigo 1.694, não há obrigação alimentar entre ex-cônjuges?

#### **Prof. Francisco José Cahali**

Já existia, na Lei de Divórcio, essa previsão, mas para a sentença do divór-

cio, leia-se para a sentença de dissolução do vínculo. Pode ser divórcio ou pode ser separação, ou dissolução da união estável. Nesse sentido é esse diploma. Só para lembrar que o fato objetivo de nova união, de novo casamento, de quem presta os alimentos não altera a obrigação estabelecida anteriormente.

Essa é a idéia, mas ao se provar que o novo casamento leva à redução da possibilidade, pode-se rever obrigação alimentar pelo critério de possibilidade-necessidade.

A intenção da lei, aparentemente, foi deixar claro que o novo casamento, nova união como um fato objetivo, não altera por si só o dever de prestar alimentos ou o seu *quantum*, sendo o inverso em relação ao credor, pois se este se casar altera-se a obrigação alimentar que é extinta.

Esse artigo esta sendo revisto na reforma do Código Civil, prevendo o projeto que a constituição superveniente de *família* pelo alimentante não extingue sua obrigação alimentar anterior. É a proposta de nova redação ao artigo 1.709.

Assim, essa é realmente a intenção do legislador que, em nosso entender, mostra-se adequada. Considera-se a constituição de nova família, e tal fato (independentemente do seu modo de constituição) não deve alterar a obrigação anteriormente assumida. 