

Fabiana de Oliveira Ferraz

OBRIGAÇÃO ALIMENTAR:

Uma análise à luz da principiologia do Código Civil de 2002

Juiz de Fora

2010

Fabiana de Oliveira Ferraz

OBRIGAÇÃO ALIMENTAR:

Uma análise à luz da principiologia do Código Civil de 2002

Trabalho de conclusão de curso (monografia)
apresentado à Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para a conclusão
do curso de graduação em Direito.

Orientadora: Prof.^a Maria Luiza Firmiano
Teixeira

Juiz de Fora

2010

Fabiana de Oliveira Ferraz

OBRIGAÇÃO ALIMENTAR:

Uma análise à luz da principiologia do Código Civil de 2002

Trabalho de conclusão de curso (monografia) apresentado à Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para a conclusão do curso de graduação em Direito, aprovado pela seguinte banca examinadora:

Prof.^a Maria Luiza Firmiano Teixeira – orientadora

Prof.^a Elisa Schröder Alves

Prof.^a Flávia Lovisi Procópio de Souza

Juiz de Fora

01/12/2010

Dedico esse trabalho à minha mãe, como forma simbólica de retribuição ao amor, carinho e dedicação em tempo integral e de forma incondicional.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por ter me dado forças de chegar até aqui. Agradeço a minha família, meu pai, minha mãe e meu irmão, que são minha estrutura, minha sustentação. Agradeço ao pessoal da SDI, pelo ambiente acolhedor e a convivência agradável. Agradeço, com carinho especial, aos fiéis companheiros dessa jornada, Layla, Mauro e Su, pela companhia ao longo da estrada. Finalmente, com grande satisfação, agradeço à minha orientadora Maria Luiza, que com imensa boa vontade colocou-se à disposição, com seu amplo conhecimento jurídico e inteligência, tornando possível a elaboração desse trabalho.

"Agradeço todas as dificuldades que enfrentei; não fosse por elas, eu não teria saído do lugar. As facilidades nos impedem de caminhar. Mesmo as críticas, nos auxiliam muito"

Chico Xavier

“Vi ontem um bicho
Na imundice do pátio
Catando comida entre detritos
Quando achava alguma coisa
Não examinava nem cheirava
Engolia com voracidade
O bicho não era um cão
Não era um gato
Não era um rato
O bicho, meu Deus, era um homem”

BANDEIRA

RESUMO

O presente trabalho foi elaborado com o propósito de analisar a forma de incidência dos princípios norteadores do Código Civil de 2002 no instituto da obrigação alimentar. Buscou-se através de uma revisão do tema obrigação alimentar, dar destaque a presença dos princípios basilares da nova codificação, quais sejam: a eticidade, socialidade e operabilidade. A referida revisão foi feita com base nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, juntamente com as alterações e inovações na própria codificação.

PALAVRAS- CHAVE: Obrigação alimentar. Eticidade. Socialidade. Operabilidade

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1 A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E A NOVA PRINCIPIOLOGIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002..... | 10 |
| 1.1 Os novos princípios do código civil: socialidade, eticidade e operabilidade | 10 |
| 1.2 A aplicação da principiologia além das obrigações negociais | 15 |
| 2 A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EM ESPÉCIE À LUZ DA NOVA PRINCIPIOLOGIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002..... | 17 |
| 2.1 Alimentos: dever <i>versus</i> obrigação..... | 17 |
| 2.1.1 Dever de sustento | 17 |
| 2.1.2 A obrigação alimentar | 18 |
| 2.2 Classificação dos alimentos..... | 19 |
| 2.3 Os elementos da obrigação alimentar | 22 |
| 2.3.1 Elemento subjetivo: credores e devedores da obrigação alimentar | 23 |
| 2.3.1.1 Obrigação alimentar decorrente do parentesco..... | 24 |
| 2.3.1.2 Obrigação alimentar decorrente das relações conjugais..... | 28 |
| 2.3.2 Elemento objetivo: a prestação e o seu <i>quantum</i> | 34 |
| CONCLUSÃO..... | 42 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 44 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a intenção de fazer uma breve análise do instituto dos alimentos sob a ótica da principiologia que rege o Código Civil de 2002.

Para tanto iniciamos com um estudo a respeito dos novos princípios basilares da legislação civil, que são três: princípio da socialidade, princípio da socialidade e o princípio da operabilidade.

No primeiro momento fizemos uma síntese do que seria cada um dos princípios e qual sua função dentro do direito civil, buscando entender de que modo se opera a aplicação de cada princípio dentro da legislação e quais seriam as consequentes alterações trazidas pelos mesmos para o nosso ordenamento.

No transcorrer do respectivo estudo notamos que a doutrina destaca a incidência da nova principiologia nas relações com fundamento nas obrigações de caráter geral e na propriedade. É certo que no contexto dessas obrigações a nova principiologia foi responsável por uma revolução, adequando as mesmas à nova ordem constitucional vigente. Porém, como se quer demonstrar nesse trabalho, acreditamos que os novos princípios podem e devem embasar as outras áreas do Direito Civil, em especial o direito de família.

Superado o estudo da principiologia, passamos a análise da obrigação alimentar. No transcorrer dessa análise buscamos demonstrar a presença e a aplicabilidade da principiologia que rege o Código Reale.

Inicialmente, traçamos um paralelo entre a obrigação alimentar propriamente dita e o dever de sustento diferenciando a origem e a consequência de cada uma das obrigações. No segundo momento, passamos à classificação dos alimentos, tendo por base sua natureza, causa jurídica, finalidade, momento da prestação e modalidade. Na sequência, desenvolvemos o estudo à cerca dos elementos da obrigação alimentar. Ao analisar o elemento subjetivo, buscamos definir quando e quem serão os credores e devedores da obrigação alimentar que surge em razão dos vínculos familiares, sejam eles decorrentes do parentesco ou da relação conjugal. Por fim, analisamos o elemento objetivo da obrigação alimentar, a prestação propriamente dita e o modo de fixar o seu *quantum*.

Durante o desenvolvimento desse trabalho, buscamos demonstrar de que modo os três princípios basilares da nova codificação se fazem presente no instituto dos alimentos,

influenciando a matéria, a interpretação e solução do caso concreto por parte do operador do direito.

Concluimos com a certeza de que a principiologia que fundamenta o novo código civil está presente no direito de família, em especial no instituto dos alimentos, objeto do nosso estudo. Além disso, os princípios basilares da nova codificação podem e devem orientar o juiz no momento de análise do caso concreto, fundamentado a sua decisão.

1 A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E A NOVA PRINCIOLOGIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

1.1 Os novos princípios do Código Civil: socialidade, eticidade e operabilidade.

O Novo Código Civil trouxe inovações em seu texto com novos dispositivos e alteração nos antigos, porém para o nosso estudo importa a análise da nova principiologia adotada, a qual demonstra a intenção do legislador em adequar o direito privado à nova ordem constitucional vigente e tornar a lei mais flexível, possibilitando sua adequação ao momento e situação em que será aplicada, garantindo assim, maior efetividade e justiça. Essa nova principiologia nos foi proposta pelo coordenador do anteprojeto do Código de 2002, ninguém menos que Miguel Reale. O renomado jurista pretendeu sintetizar a evolução do direito privado nesses três grandes princípios mencionados neste título. A partir de então, todo o disposto no Código estaria submetido à interpretação em conformidade com esses parâmetros.

A socialização do Direito, através da adoção de uma nova principiologia, é uma das grandes contribuições da nova codificação. O Código Civil de 2002, ao adotar como seus pilares de sustentação os princípios da socialidade, da eticidade e da operabilidade, resgatou a importância da Ética nas relações privadas e deu destaque a prevalência do social sobre o individual, do ser, sobre o ter, da dignidade da pessoa humana sobre qualquer outro fim.

Nos parágrafos seguintes faremos uma breve consideração á respeito de cada um desses princípios fundantes do atual regramento civil.

O princípio da socialidade rompe com o caráter egoístico e individualista do diploma anterior, recordando-nos que somos seres sociais, vivemos em sociedade e somente nela e através dela podemos buscar e realizar nossos fins. Assim, embora o Código Civil regulamente as relações de direito privado, individual, todos seus institutos devem ter como parâmetro a Constituição Federal e seus preceitos fundamentais, principalmente os que buscam a proteção da pessoa humana. Ou seja, a legislação infraconstitucional não poderá esquecer que o individuo se realiza em sociedade e, portanto, o exercício de seus direitos não poderá afrontar a harmonia social, comprometendo o direito e a liberdade alheia, sob pena de

ser considerado exercício ilegítimo. Nesse ponto é pertinente recordarmos o conteúdo do art.5º da Lei de introdução ao Código Civil, o qual diz:

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2009, p.104), “o bem comum representará a conciliação de todos os que figurem na relação jurídica sob pena dela sucumbir.”.

Trata-se do interesse social, coletivo, conciliando-se, indissociavelmente, ao interesse individual das partes. Em outras palavras, estamos diante da chamada função social dos institutos.

O ordenamento jurídico é repleto de direitos subjetivos, porém o exercício ilimitado de qualquer deles representa afronta à ordem social e desequilíbrio da vida em sociedade. Certamente, o legislador não conferiu direitos para serem empregados contra a coletividade. Assim sendo, todo o direito subjetivo deve, necessariamente, corresponder a uma função, uma finalidade, conforme o intuito de criação do respectivo direito. Nas palavras de Pietro Perlingieri (2002, p.119-120):

(...) No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular. (...) O ordenamento tutela um interesse somente enquanto atender àquelas razões, também de natureza coletiva, garantidas com a técnica das limitações e dos vínculos.

A socialidade tem estreito vínculo com o princípio constitucional da solidariedade social (art. 3º inciso I, CF). Determina o legislador que conservemos uma sociedade solidarista, ou seja, pautada na manutenção do coletivo. Vejamos a lição de Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p.2-3):

A solidariedade pode, então, ser compreendida sob diversas facetas: como um fato social do qual não podemos nos desprender, pois é parte intrínseca do nosso ser no mundo; como virtude ética de um reconhecer-se no outro (que “faz do outro um outro eu próprio”) ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria (dar ao outro o que é seu); como resultado de uma consciência moral e de boa-fé ou, ao contrário, de uma associação para

delinquir; como comportamento pragmático para evitar perdas pessoais e/ou institucionais. Fato social, virtude, vício, pragmatismo e norma jurídica são os diferentes significados do termo. Do ponto de vista jurídico, como mencionado, a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da “igual dignidade social”. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva com o livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.

(...)

O projeto de uma sociedade livre, justa e solidária contraria a lógica da competição desmedida e do lucro desenfreado, presentes em situações jurídicas subjetivas de cunho patrimonial (o ambiente do ter) – situações próprias, aliás, de um sistema capitalista sem qualquer moderação, sem valores sociais a proteger, onde vigora a máxima, proveniente de conhecida expressão popular, de que é “cada um por si e Deus por todos”. Esta lógica foi, por determinação constitucional, substituída pela perspectiva solidarista, em que a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social se tornam valores precípuo do ordenamento, que está contido na cláusula de tutela da dignidade da pessoa humana.

Não é por outro motivo que a função social ganhou amparo na legislação brasileira. Se devemos agir de forma a cooperar em busca de uma sociedade inclusiva, não se pode admitir o exercício de posições subjetivas desmesuradas, amparadas apenas no caráter formal.

Assim sendo, há que se interpretar todo e qualquer direito subjetivo à luz de sua função.

O segundo importante princípio é o da Eticidade, esta se funda no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores, priorizando a equidade, a boa-fé, a justa causa, o equilíbrio econômico, etc.

O princípio em análise possui um amplo escopo, servindo como orientação que privilegia os critérios éticos anteriormente citados (boa-fé, equilíbrio da relação jurídica, justa causa), além de ser instrumento hábil para valorizar o ser humano na sociedade, o que se dá mediante a efetivação dos princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana.

A referida valorização se dá na medida em que a confiança e a lealdade passam a ser conteúdo obrigatório das relações privadas, bem como pelo fato de o julgador ter maior poder na busca da solução mais justa e equitativa para os casos concretos que lhe são submetidos, mediante análise subjetiva da questão. Isso implica, em última análise, no afastamento do formalismo jurídico que imperou durante a vigência do código de Beviláqua.

A confiança e a lealdade decorrem da boa-fé, que na nova codificação deixou de ser meramente subjetiva e tornou-se objetiva, conforme o professor Flávio Tartuce (2010, p. 1) nos ensina em seu artigo:

A boa-fé deixa o campo das ideias, da intenção – boa-fé subjetiva –, e ingressa no campo dos atos, das práticas de lealdade – boa-fé objetiva. Essa boa-fé objetiva é concebida como uma forma de integração dos negócios jurídicos em geral, como ferramenta auxiliar do aplicador do Direito para preenchimento de lacunas, de espaços vazios deixados pela lei.

Podemos dizer que a boa-fé objetiva, ou concepção ética da boa-fé, é a valorização da conduta ética e seus atributos, como a lealdade, a honestidade e a lisura.

No plano das relações negociais a boa-fé objetiva possui três funções essenciais, quais sejam: vetor interpretativo (artigo 113,CC); norma de criação de deveres jurídicos (artigo 422,CC); e norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos (artigo 187,CC).

Como regra de interpretação, o recurso ao princípio da boa-fé serve para melhor especificar a finalidade do acordo à luz das circunstâncias concretas que o caracterizam. Neste sentido, como parâmetro de interpretação do contrato, a boa-fé tem o objetivo de atuar como mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contraria aquela que, razoavelmente, a vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar.

Em outras palavras, exige que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme a lealdade e a honestidade entre as partes. Proíbe, assim, a interpretação que de a uma disposição contratual sentido malicioso, ou de qualquer forma dirigido a prejudicar uma das partes.

Como norma criadora de deveres jurídicos, a boa-fé da origem aos chamados “deveres laterais” ou acessórios, que não se referem diretamente ou primordialmente a obrigação principal. Tratam-se de deveres de conduta que independem da vontade de qualquer dos contratantes, que se violados podem gerar o inadimplemento, dando ensejo à possibilidade de se recusar a prestação ou até mesmo de resolver o contrato.

Tais deveres são, em suma, de cooperação, de lealdade e proteção recíprocas.

No tocante a terceira função (limitação ao exercício de direitos subjetivos), combina-se a boa-fé objetiva com a o abuso de direito para que restem vetadas situações aparentemente lícitas, mas arbitrárias e irregulares quando o comportamento é valorado conforme a boa-fé. Nesse caso o princípio atua implementando standards de conduta. Isto é, afigura-se como um critério para diferenciar entre um exercício abusivo e irregular de um exercício regular. Dessa

vertente decorre a chamada teoria dos atos próprios (*venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, entre outros).

Já no que se refere ao direito de família o enfoque diz respeito à colaboração entre seus entes e a manutenção da confiança, como bem ressalta Gurgel (2008. p. 135-136):

Na qualidade de padrão objetivo de conduta, a boa-fé se manifesta por meio da obrigatoriedade de colaboração dos membros da família, no plano patrimonial e pessoal, tanto durante a vigência da relação jurídica quanto após a sua dissolução. No sentido positivo de atuação, cooperar é agir com lealdade, retidão, honestidade. Por outro lado, na acepção negativa, a cooperação deve ser entendida como o dever de não obstruir ou impedir o livre exercício das faculdades alheias.

Sob o prisma do dever de lealdade, a boa-fé objetiva se reflete em muitas questões patrimoniais do universo familiar. Desta feita, o comportamento probo e honesto implica uma conduta transparente, despida da vontade de prejudicar e alheia aos interesses fraudulentos. Nas manifestações de vontade, a idéia central é assegurar um conteúdo dotado de seriedade e veracidade, isento de falsidades ou omissões dolosas.

Vemos, nesta órbita, situações marcantes em que a boa-fé objetiva, refletida na conduta leal e honesta, traz interessantes desdobramentos: dever de lealdade na escolha e na alteração do regime matrimonial de bens; dever de lealdade na dissolução da sociedade conjugal e da união estável, notadamente na divisão dos bens; dever de lealdade na elaboração do contrato de convivência; dever de lealdade no estabelecimento do elemento “necessidade” na obrigação de prestar alimentos, dentre outras hipóteses concretas.

Note-se, ainda, que ao lado do dever de colaboração e lealdade, a boa-fé objetiva no direito de família se materializa no dever de cuidado. Na percepção de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, “o dever de cuidado obriga a parte a se acautelar para não agir de forma a provocar exagerados riscos de danos à outra parte ou aos seus bens.” Cuida-se, dessa forma, de um dever genérico de proteção que pode, inclusive, se projetar diante de terceiros não diretamente vinculados.

Por fim, destacamos a notória relação entre os princípios da eticidade e o da socialidade, sendo certo que a distinção feita entre eles é meramente metodológica, uma vez que as regras dotadas de conteúdo social são fundamentalmente éticas e as normas éticas têm afinidade com a socialidade.

O princípio da operabilidade, por sua vez, tem como principal função “facilitar” a aplicação do direito, deixando de lado o rigor técnico em prol da efetividade. Pode – se dizer que é um verdadeiro elastério ao poder de interpretação do exegeta. Por este princípio, a análise do caso concreto deverá preceder a aplicação do direito para garantir a efetividade e justiça da solução encontrada.

Surgem assim, as chamadas “cláusulas gerais”, vale dizer, conceitos juridicamente abertos, indeterminados, inseridos na nova codificação que requerem uma valoração objetiva

do julgador, que os preencherá tendo por base os valores vigentes na sociedade atual. Ao lado das cláusulas gerais estão os conceitos indeterminados, presentes na norma como uma expressão vaga, que permite ao julgador adequar a norma ao caso concreto.

A simples leitura da definição acima exposta dos princípios basilares do Novo Código Civil, em conjunto com uma breve reflexão nos permite concluir que os três princípios estão intrinsecamente ligados, conforme demonstra Flávio Tartuce (2010, p.2):

A relação entre eticidade e socialidade é flagrante. Ora, se os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé (art. 113, CC), fica claro que, nessa interpretação, será levado em conta o meio social, particularmente as suas interferências no âmbito jurídico. Sendo a boa-fé um das mais importantes cláusulas gerais do novo Código Civil brasileiro, a relação com a operabilidade é percebida de imediato. Em alguns pontos, podemos dizer que eticidade e operabilidade até se confundem.

Logo, podemos dizer que, embora em algumas situações nos salte aos olhos a incidência de apenas um dos princípios, os outros dois com certeza também foram devidamente atendidos, uma vez que é quase impossível dissociá-los.

1.2. A aplicação da principiologia além das obrigações negociais

Apesar de sempre ressaltado que os princípios supracitados referem-se a princípios gerais do novo Código Civil e, porque não, do direito privado, sua aplicação vem se destacando unicamente junto às relações de caráter obrigacional e de propriedade.

Certamente que nessas cearas a socialidade, eticidade e operabilidade veem revolucionando a aplicação das normas jurídicas, mas não é somente aí que encontram aplicação. O sucesso obtido no campo patrimonial pode e deve ser repetido junto às relações não patrimoniais.

Infelizmente, boa parte da doutrina ainda encontra dificuldades em aceitar, para o âmbito em questão, conceitos como o de boa-fé objetiva, função social, equilíbrio das relações, justa causa, entre outros.

O que se pretende aqui é justamente demonstrar que os referidos princípios podem embasar solidamente decisões judiciais que envolvam o direito de família, mas precisamente um dos mais importantes institutos desse ramo, qual seja, o dever alimentar.

Note-se que, não se pretende aqui negar a existência de uma principiologia própria para cada ramo, mas não se pode perder de vista os princípios gerais indicados por Miguel Reale. Não existe motivo para não aplicarmos ao restante do Código a experiência bem sucedida do âmbito patrimonial.

2 A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EM ESPÉCIE À LUZ DA NOVA PRINCIPIOLOGIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

2.1 Alimentos: dever *versus* obrigação

Encontramos recorrentemente na doutrina a distinção entre as duas ordens da obrigação alimentar, quais sejam, o chamado dever de sustento e a obrigação alimentar. A referida distinção encontra respaldo na lei, sendo que a primeira ordem, decorrente do poder familiar, está fundamentada nos artigos 1.566, IV e 1.630, do Código Civil, enquanto que a segunda encontra fundamento no artigo 1.694 do mesmo diploma legal.

Nos tópicos seguintes faremos uma melhor explicitação a respeito das duas modalidades de prestação alimentar.

2.1.1- Dever de sustento

O dever de sustento tem a sua causa no poder familiar e fundamento no art. 1.566, IV, do Código Civil, segundo Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2008, p.609/610) “consiste na fixação de alimentos com base no poder familiar imposto, de maneira irrestrita, aos pais (biológicos ou afetivos)”. Em resumo, podemos dizer que se trata do dever dos pais em prover a subsistência dos filhos, em todas as dimensões consideráveis, enquanto esses estão sob o poder familiar, ou seja, são menores, conforme determina o art.1.630 e seguintes do Código Civil e o a lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente. Cabe lembrar que sua violação pode constituir abuso de poder familiar, podendo acarretar sua perda ou suspensão, conforme previsão dos artigos 1.637 e 1638, II, ambos do Código Civil.

Como principal característica, pode-se citar a presunção absoluta de necessidade, ou seja, o menor não precisa comprovar que necessita de assistência, sendo o dever de sustento ilimitado incondicional e irrestrito, que somente cessa com a maioridade civil.

2.1.2 A obrigação alimentar

A outra modalidade descrita pela doutrina para a prestação de alimentos é denominada obrigação alimentar e independe do poder familiar.

A obrigação alimentar expressa a solidariedade familiar, pois se origina na relação de parentesco e tem fundamento legal no art. 1.694 do Código Civil. Conforme se depreende da leitura do dispositivo legal, é a obrigação alimentar que dá ensejo à ampliação no rol de possíveis credores e deveres da referida obrigação.

Conforme ensinamentos de Cahali (2009), ao contrário do dever de sustento, cuja necessidade do alimentante é presumida, a obrigação alimentar tem como pressuposto o estado de necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante, que deverá ser comprovadamente preenchido. Tal pressuposto, extraído da leitura do art. 1.694, § 1º do CC, demonstra o caráter proporcional da obrigação alimentar, cujo conteúdo é variável e contingente, em oposição ao dever de sustento dos filhos menores, anteriormente mencionado, o qual é imposto aos genitores de forma absoluta, sem levar em conta as respectivas fortunas.

Em regra, a obrigação alimentar é transitória, devendo existir enquanto o alimentando, por qualquer que seja a razão, não puder prover a própria subsistência. Porém, essa situação de dependência poderá perdurar por toda a vida, como por exemplo, no caso de deficiência física ou mental incapacitante e permanente, o que tornará vitalícia a obrigação alimentar.

A reflexão sobre a obrigação alimentar nos permite perceber com maior clareza a incidência da nova principiologia do código civil, uma vez que a possibilidade de perpetuação da prestação alimentar no tempo em razão da necessidade do alimentante, assim como a ampliação do rol de credores e devedores dessa obrigação, demonstra a preocupação com a dignidade da pessoa humana.

A possibilidade de o juiz analisar o caso concreto, verificando a real necessidade do alimentando, em conjunto com a possibilidade do alimentante, ao fixar o quantum da obrigação, demonstra a aplicação do princípio da operabilidade; enquanto que a ampliação do rol de sujeitos, principalmente daqueles que estão obrigados à prestação, reflete a preocupação com a função dos “alimentos”, qual seja, a garantia de subsistência e dignidade, revelando a incidência do princípio da socialidade e também, da eticidade, uma vez que entendemos ser dever, primeiramente, do núcleo familiar, quer pela consanguinidade, quer pelos laços afetivos, garantir a subsistência digna de seus componentes.

2.2 Classificação dos alimentos

A doutrina nos oferece diversas classificações dos alimentos segundo vários critérios. Para o presente estudo vamos utilizar a classificação adotada por Youssef Said Cahali, que nos apresenta os cinco critérios de classificação abaixo descritos.

O primeiro critério de classificação apresentado leva em conta a natureza dos alimentos, dividindo-os em *civis* ou *naturais*.

Os alimentos chamados *civis* são aqueles destinados à manutenção do credor em todos seus aspectos vitais e sociais, implicando não somente na manutenção da pessoa, mas igualmente do seu status social, é o chamado *necessarium personae*, fixado segundo os haveres e a qualidade das pessoas. Entendemos que os alimentos *civis* estão expressos no art. 1.694, § 1º, do CC.

Já os alimentos ditos *naturais* são aqueles estritamente necessários à manutenção da vida, compreendendo alimentação, vestuário, habitação, medicamentos, sem qualquer preocupação com padrão social, intelectual ou cultural do credor no limite do chamado *necessarium vitae*. Encontram fundamentação legal nos artigos 1.694, § 2º e 1.704, do código civil.

A previsão legal dos alimentos ditos *naturais* é inovação do Código Civil de 2002, uma vez que o diploma anterior não previa a obrigação de prestação alimentar nos casos em que o alimentando tem culpa por sua situação atual de necessitado. É facilmente perceptível a compatibilização da matéria com os novos princípios que regem o direito civil, em especial, os princípios da eticidade e da socialidade.

Não seria condizente com a nova principiologia do Direito, que valoriza acima de tudo a pessoa, deixar alguém a mingua, comprometendo sua subsistência digna, com fundamento no fato de que seria a própria pessoa responsável, quem deu causa a sua situação, não merecendo amparo.

Se em nosso ordenamento pátrio, nem mesmo o Direito Penal, que é a *ultima ratio* do direito, prevê condenação definitiva (prisão perpétua ou pena de morte), por que razão o Direito Civil o faria, impedindo o necessitado, que deu causa a sua situação, de buscar, através da obrigação alimentar, o amparo mínimo à sua subsistência junto a um parente, ex-cônjuge ou ex-companheiro?

Andou bem o legislador ao fazer previsão legal dos alimentos *naturais*, necessários à preservação da vida e da dignidade humana.

A segunda classificação dos alimentos é feita com base na origem ou causa jurídica, podendo os mesmos ser *legítimos*, *voluntários* ou *ressarcitórios*.

Legítimos são os alimentos que decorrem de uma obrigação legal, em virtude de uma relação familiar, são os únicos disciplinados pelo direito de família e que permitem a prisão civil do alimentante como forma de coerção para o cumprimento da obrigação (CF, art.5º LXVII).

Por sua vez, os alimentos *voluntários* decorrem de ato espontâneo de quem os presta, seja *intervivos* (convencionais) ou *causa-mortis* (legado sob a forma de alimentos – CC, art.1.920). Trata-se de ato de liberalidade, pois o devedor não estava obrigado por lei a prestá-los.

Ressarcitórios ou *indenizatórios* serão os alimentos resultantes de um ato ilícito capaz de gerar uma sentença condenatória em matéria de responsabilidade civil, quando o juiz fixa a reparação do dano sob a forma de prestações periódicas, com natureza alimentar.

Quanto à sua finalidade, os alimentos são classificados em *provisionais* ou *regulares*.

Provisionais são os alimentos concedidos ao suplicante na pendência do processo, podendo esse ser relativo a uma ação de alimentos propriamente, ou então ação de separação, divórcio, dissolução de união estável, nulidade ou anulação de casamento; enquanto que os alimentos *definitivos* ou *regulares* serão aqueles fixados pelo juiz ou mediante acordo, serão prestados periodicamente e tem caráter permanente.

Quanto ao momento da prestação, a obrigação alimentar poderá ser *futura*, quando prestada em virtude e após decisão judicial ou acordo, ou *praeterita*, que são as anteriores a esses momentos.

Finalmente, a última espécie de alimentos sugerida por Cahali está ligada à modalidade da obrigação, podendo ser essa *própria* ou *imprópria*.

A obrigação alimentar *própria* seria aquela em que se fornece diretamente aquilo que é necessário à manutenção do alimentado, enquanto que a obrigação *imprópria* seria o fornecimento de meios para a obtenção do que é necessário ao alimentado, por exemplo, através do pagamento de pensão.

Afirma o autor (2009, p.26) que: “Esta classificação faz da dívida alimentar uma obrigação fungível, interessando particularmente à análise do art.1.701 do Código Civil.”.

Embora não exista previsão legal expressa, parte da doutrina fala sobre os alimentos *transitórios*.

Trata-se de uma modalidade criada pela jurisprudência e doutrina, apta a demonstrar a modernização e a flexibilização do instituto, assim como do contexto social em que estamos inseridos.

Dois são os casos utilizados para explicar o que seriam os alimentos transitórios e em que situação seriam devidos. O primeiro diz respeito ao filho maior que, embora saudável, com condições para o trabalho, está em fase de complementação de seus estudos, buscando qualificação para atuar no mercado de trabalho e que por essa razão, ainda não pode se manter sozinho. O segundo exemplo é o da mulher, jovem e capaz, que não ingressou ou abandonou o mercado de trabalho para dedicar-se ao relacionamento, o qual teve fim ainda durante sua juventude.

Nos dois casos é fácil perceber que as pessoas utilizadas como exemplo podem, e devem, buscar o meio próprio de sobrevivência, porém, precisarão de um tempo para alcançar esse meio.

Diante de tais situações e tendo em vista que a obrigação alimentar no direito pátrio é marcada pelo caráter de definitividade, devendo perdurar enquanto houver a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante, surgiu a necessidade de se criar uma modalidade de obrigação alimentar para não deixar o alimentando entregue a própria sorte e não onerar o alimentante por toda a vida.

Dessa forma surgiram os alimentos transitórios com uma obrigação resolúvel, com prazo de vigência fixado pela decisão judicial. Esse prazo deverá ser definido pelo magistrado de acordo com o caso concreto, levando-se em conta o tempo necessário para que o alimentante busque seu meio de sobrevivência, sua independência financeira.

Os alimentos transitórios possuem capacidade para evitar o enriquecimento sem causa através da perpetuação da situação de necessidade por parte desses sujeitos, uma vez que, submetidos à clausula *rebus sic stantibus*, bastaria que nada fizessem para modificar sua situação de necessidade, recebendo alimentos *ad aeternum*.

Assim, concordamos inteiramente com o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 643):

A admissibilidade dos alimentos transitórios impede a violação da confiança exigida entre as partes da relação obrigacional, obstando que o alimentando se mantenha indefinidamente precisando dos alimentos. Trata-se, indubitavelmente, de concretização da boa-fé objetiva exigida entre as partes.

Para conclusão desse tópico achamos pertinente diferenciar os alimentos transitórios dos chamados provisórios ou provisionais. Para tanto transcrevemos abaixo os ensinamentos do professor Rolf Madaleno (2010, p.7):

Não se confundem os alimentos transitórios com os provisórios oriundos especificamente da Lei de Alimentos nº 5.478/68, e nem com os alimentos cautelares, denominados de provisionais, pois estes adiantam no tempo o deferimento liminar dos alimentos, com vigência oficial até a sua quantificação em sentença terminativa. Por seu turno, a pensão transitória já é consequência da sentença judicial ou do acordo alimentar transitado em julgado, onde foi estabelecido o tempo certo para o vínculo alimentar que se extinguirá quando alcançado o fato jurídico projetado pelo decisor, ou programado pelos acordantes, para extinção automática. Já a pensão alimentícia provisória ou provisional considera tão-somente que a fome não espera a morosa tramitação do processo, tratando o julgador de antecipar alimentos em decisão perfunctória, até que se processe à exaustão, a fase probatória da demanda alimentar, permitindo apurar com maior fidelidade o verdadeiro potencial material de quem deve os alimentos e a real necessidade do destinatário destes alimentos. Com a sentença transitada em julgado, os alimentos provisórios transformam-se em definitivos, mas serão transitórios se a sentença fixar tempo certo para a sua concessão. Não sendo estabelecido termo final para a sua concessão, a sua revisão estará sempre condicionada à ocorrência de algum fato novo, futuro e incerto, capaz de justificar o reexame processual da obrigação alimentar.

2.3 Os elementos da obrigação alimentar

A ciência do Direito evolui constantemente buscando adequar seus institutos as novas realidades sociais. Essa evolução é indispensável uma vez que a sociedade está em constante movimento, superando e modificando conceitos, gerando novas situações jurídicas diariamente.

O ordenamento pátrio evoluiu, superando, flexibilizando e ampliando seus conceitos, em especial aqueles ligados de forma íntima às relações humanas, as quais são complexas e dinâmicas, sendo praticamente impossível dar a elas um conceito, uma definição estática, definitiva.

Podemos dizer que, no que tange o direito de família e a matéria relacionada aos alimentos, o ordenamento evoluiu, e tem evoluído, no sentido de garantir ao juiz, no momento de conflito, a possibilidade de analisar o caso concreto, buscando a maneira mais justa e adequada de aplicar a lei, sem se prender a conceitos estanques, desenvolvidos em outro

século e contexto social, que engessam a atuação do magistrado, impossibilitando a busca pela justiça material.

Restringindo nossa análise á matéria dos alimentos, nota-se com facilidade que a evolução do Direito de família, que ampliou e flexibilizou o conceito/definição dessa instituição, trouxe consigo modificações significativas quanto aos elementos da obrigação alimentar, como, por exemplo, a ampliação do rol dos possíveis devedores e credores. Essas alterações em conjunto com a preocupação em analisar o binômio necessidade/possibilidade para a fixação do *quantum* nos permite enxergar claramente a incidência da nova princiologia do Código Civil no campo da obrigação alimentar.

Conforme visto acima, os elementos da obrigação em análise dividem-se em elementos subjetivos (credor e devedor) e elemento objetivo, a prestação propriamente dita.

Passamos então a análise desses elementos, na tentativa de verificar a incidência dos princípios basilares do novo diploma civil em cada um deles.

2.3.1 Elemento subjetivo: credores e devedores da obrigação alimentar.

O elemento subjetivo nos remete a quem pode ser sujeito da obrigação alimentar, tanto no polo ativo, figurando como credor ou o alimentado, como no polo passivo, no caso o devedor ou alimentante.

Em um primeiro momento pode-se dizer que a lei nos informa, nos artigos do Código Civil, abaixo transcritos, quem poderá ser credor e devedor da obrigação alimentar:

Art. 1.694. Podem os **parentes**, os **cônjuges ou companheiros** pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre **pais e filhos**, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. (*GRIFO NOSSO*)

Fazendo uma leitura acrítica dos artigos transcritos, temos a impressão de ser simples a tarefa de determinar os sujeitos da relação obrigacional em análise, uma vez que os mesmo estão expressos na lei, porém, a realidade é repleta de nuances, variações dos casos clássicos, além disso, a necessidade da aplicação da princiologia de caráter eminentemente humanista

do novo código, buscando sempre a função social de seus institutos e a proteção da pessoa humana, amplia ainda mais as possibilidades de variação na determinação dos sujeitos da obrigação alimentar.

Passamos então a análise dessas variações dentro de cada grupo de sujeitos determinados pela lei, quais sejam: pais e filhos, parentes, cônjuges e companheiros. Por uma questão didática, dividiremos análise tendo por base a origem da obrigação alimentar, que pode ser as relações de parentesco, onde se incluem os pais, filhos, avós e irmãos, ou nas relações conjugais, que abarcam o casamento e a união estável.

2.3.1.1 Obrigação alimentar decorrente do parentesco

Dispõe a CF que a família é a base da sociedade e por isso lhe garante especial proteção em seu artigo 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

As relações familiares têm seus pilares no afeto, na busca por interesses comuns, no companheirismo, sendo a família o primeiro núcleo social de convivência do cidadão, nessa deverá existir a solidariedade, indispensável em qualquer convivência social.

A obrigação alimentar fundada no parentesco repousa, basicamente, no vínculo de solidariedade que une os membros do núcleo familiar, impondo aos mesmos o dever recíproco de socorro no momento da necessidade.

A primeira e talvez mais importante obrigação alimentar originada no parentesco é a obrigação entre pais e filhos. Inicialmente cabe observar e recordar, de forma sucinta, o que foi dito no primeiro tópico do presente capítulo a respeito da diferença entre dever de sustento e obrigação alimentar.

O dever de sustento é presumido em favor do filho menor, é ilimitado, incondicional e irrestrito. Pode - se dizer que antes de ser um direito do filho menor, é um dever dos pais, do qual os mesmos não podem se abster por qualquer razão.

Por esse caráter absoluto do dever de sustento, não trataremos dele nesse tópico, mas sim da obrigação alimentar que surge com a maioridade civil do filho capaz, porém necessitado.

Voltando ao assunto principal no momento, a obrigação alimentar entre pais e filhos, embora possa ser facilmente fundamentada na natureza do vínculo existente, talvez o mais forte dentro de uma sociedade, encontra fundamento legal nos artigos 1.694 e 1.696:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Com relação à obrigação dos pais para com seus filhos, a primeira observação que deve ser feita é que, ao contrário do que se possa pensar, a maioridade civil do filho não exonera os pais da obrigação alimentar automaticamente. Para ocorrer a exoneração é necessário comprovar a impossibilidade do alimentante ou a desnecessidade do alimentado.

Esse entendimento prevalece uma vez que a obrigação alimentar é devida não apenas em função da idade, mas principalmente em função da relação de parentesco existente entre alimentado e alimentante, não podendo os pais deixar o filho maior abandonado à própria sorte após completar a maioridade.

Nos dias atuais é comum que, ao completar 18 anos, o jovem esteja iniciando ou se preparando para ingressar em um curso superior, não dispondo, portanto, dos meios necessários para garantir seu próprio sustento sem o auxílio dos pais, seja pela falta de experiência ou pela falta de qualificação para ingressar no mercado de trabalho.

Nesses casos é que o julgador poderá lançar mão da fixação dos alimentos transitórios, citados em momento anterior, para garantir ao filho a manutenção dos alimentos necessários a sua sobrevivência, de modo compatível a sua condição social, inclusive atendendo às necessidades de sua educação, nos termos do art. 1.694 do Código Civil, pelo tempo em que julgar necessários. Cabe destacar que se a situação de necessidade resultar de culpa do filho, o mesmo somente fará jus ao estritamente necessário para sua sobrevivência, nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo.

A possibilidade de manutenção da prestação alimentar dos pais para os filhos demonstra claramente a incidência do princípio da socialidade, uma vez que leva em consideração a função dos alimentos, que nas palavras de Cahali (2009, p.36), “visam assegurar ao necessitado aquilo que é preciso para sua manutenção”, até o momento em que alcançará seus meios próprios de subsistência.

Da redação do artigo 1.696, acima transcrito, decorre a reciprocidade alimentícia entre pais e filhos, assim, se o filho maior pode pleitear alimentos aos pais, os pais também poderão pleitear auxílio dos filhos.

A Constituição Federal também prevê o dever dos filhos com relação aos pais:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O estatuto do idoso protege o direito do ascendente necessitado, garantindo até mesmo a solidariedade da obrigação alimentar em face desse, podendo o mesmo escolher de quem pleitear o pensionamento, é que o que se lê nos artigos 11 e 12 da lei 10.741:

Art. 11. Os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil.

Art. 12. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.

Cabe chamar atenção para o fato de que, não obstante termos citado o Estatuto do Idoso, o direito de requer prestação alimentícia dos filhos não está restrito aos pais idosos. Assim como a maioridade do filho não faz cessar a obrigação alimentar do pai, a velhice do pai não é condição para que surja a obrigação do filho.

Para a existência da obrigação alimentar entre pais e filhos, basta que exista a necessidade de um e a possibilidade do outro. Frise-se que não é essencial a presença dos laços de sangue para que seja deferida a obrigação. Para o atendimento dos princípios constitucionais é indispensável que se adote na responsabilidade familiar a responsabilidade da família sócio-afetiva. Assim sendo, mesmo que não exista vínculo formal ou sanguíneo entre os envolvidos é possível a atribuição de alimentos.

O artigo 1.696, em conjunto com o 1.698, fundamenta uma obrigação alimentar cada dia mais comum nas ações de alimento que tramitam nas varas de família, a obrigação alimentar dos avós.

A obrigação alimentar entre avós e netos também é recíproca, podendo uns cobrar dos outros nos casos previstos em lei.

Aqui, o que deve ser destacado é o caráter subsidiário, excepcional da obrigação. Os alimentos somente serão exigidos dos avós ou dos netos na falta ou impossibilidade dos pais ou dos filhos, que são os parentes em linha reta no primeiro grau.

Subsidiária também é a obrigação alimentar entre irmãos, germanos ou unilaterais (CC, art. 1.697). Só poderão os alimentos serem cobrados dos irmãos quando não houver possibilidade de serem obtidos dos parentes em linha reta (pais e avós). Além de subsidiária, a obrigação alimentar entre irmãos é recíproca, “como recíproco é o parentesco que os vincula” (PEREIRA, Áurea Pimentel *apud* CHAVES e ROSENVALD, 2008, p. 630).

Diante do que foi acima exposto, chegamos à conclusão de que poderão ser sujeitos da obrigação alimentar os filhos, os pais, os netos, os avós (e os demais ascendentes ou descendentes de grau mais distantes) e os irmãos, germanos ou unilaterais. A reciprocidade, característica de todas as obrigações aqui expostas, nos leva a conclusão de que esses sujeitos poderão atuar em qualquer polo da obrigação. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2010, p. 1):

A obrigação alimentar é recíproca, sendo que a lei estabelece uma ordem de preferência, ou melhor, de responsabilidade. Os primeiros obrigados a prestar alimentos são os pais. Esta obrigação estende-se a todos os ascendentes. Na falta do pai, a obrigação alimentar transmite-se ao avô. Na falta deste, a obrigação é do bisavô e assim sucessivamente (art. 1.696 do CC). Também não existe limite na obrigação alimentar dos descendentes. Ou seja: filhos, netos, bisnetos, tataranetos devem alimentos a pais, avós, bisavós, tataravós e assim por diante.

Ao estender a obrigação alimentar para além dos pais e filhos, o ordenamento jurídico tornou mais evidente e ampla a solidariedade familiar, numa clara demonstração de aplicabilidade do princípio da socialidade. Além disso, tornou mais distante a possibilidade de o poder público ter que arcar com a despesa de manutenção daqueles que não podem prover a própria subsistência, uma vez que, dificilmente o indivíduo recorrerá ao Estado para garantir recursos mínimos à sua sobrevivência diante da amplitude de possibilidades que a obrigação alimentar decorrente do parentesco gera.

Questão que se coloca é: haveria limite aos parentes atingíveis pela obrigação alimentar? Segundo DIAS (2010, p. 2), não!

O simples fato de a lei trazer algumas explicitações quanto à obrigação entre os parentes ascendentes e descendentes, bem como detalhar a obrigação dos irmãos, não possibilita afirmar tenha excluído os demais parentes da obrigação alimentar indicados no art. 1.694. Simplesmente não viu o legislador necessidade de qualquer detalhamento sobre a obrigação dos parentes de terceiro e quarto grau, o que, às claras, não significa que os tenha dispensado do dever alimentar. Os encargos alimentares seguem os preceitos gerais. Na falta dos parentes mais próximos são chamados os mais remotos, começando pelos ascendentes, seguidos dos descendentes. Portanto, na falta

de pais, avós e irmãos, a obrigação passa aos tios, tios-avós, depois aos sobrinhos, sobrinhos-netos e, finalmente, aos primos.

Embora a lei nada diga, a função social da obrigação alimentar, nada mais é do que a promoção de vida digna ao alimentando, a viabilização de condições essenciais de existência, se assim o é, porque não alargar o conceito de alimentante? Devemos incluir no rol de pessoas aptas a fornecer e receber alimentos tios, sobrinhos, primos, sob pena de chegarmos ao lamentável exemplo imaginado por Maria Berenice (2010, p. 2):

De outro lado, não há como reconhecer direitos aos parentes e não lhes atribuir deveres. Cabe figurar um exemplo: dispondo de patrimônio, mas não de condições de prover a própria subsistência, alguém que não tenha pais, filhos ou irmãos não poderia pedir alimentos aos demais parentes, ou seja, tios, sobrinhos ou primos. Vindo o desafortunado a morrer de fome, seus bens seriam entregues exatamente aos parentes que não lhe alcançaram, por falta de aparente dever legal, alimentos.

A exclusão dos demais parentes além de não atender à função social do instituto ataca o norte ético do ordenamento. Não nos parece louvável que alguém possa ser legitimado para o recebimento de bens via sucessão e estar resguardado da obrigação alimentar.

De outro lado, a hierarquia na ordem dos sujeitos da obrigação favorece a aplicação do princípio da eticidade, uma vez que impossibilita, por exemplo, que o neto recorra aos avós milionários antes de recorrer ao pai de classe média. Tal atitude violaria a boa-fé objetiva e a função do instituto, uma vez que não se estaria buscando o necessário à sobrevivência, mas sim o luxo e a mordomia, afrontando a nobre função do instituto dos alimentos, de viabilizar a existência digna do alimentado, e não promover seu enriquecimento sem causa ou o estímulo ao ócio.

2.3.1.2 Obrigação alimentar decorrente das relações conjugais

O Código Civil traz expressos, em seu artigo 1.566, os deveres inerentes ao casamento. Dentre esses deveres está inserida a mútua assistência. Conforme interpretação do artigo 1.576 do CC, o dever de assistência permanece, uma vez que o referido artigo diz que a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens, não mencionando a mútua assistência. Pode-se dizer que, “durante a constância das

núpcias, a mútua assistência se perfaz através do provimento e do sustento e das despesas comuns ao núcleo familiar, através da colaboração de cada um dos consortes, na proporção de suas possibilidades.” (CHAVES e ROSENVALD, 2008, p. 611).

Assim, temos que a obrigação alimentar entre os cônjuges decorre da frustração do dever de mútua assistência. Embora seja possível o pensionamento na vigência do casamento, o mais comum é sua cobrança ocorra após a cessação da vida em comum.

A primeira consideração importante a ser feita na obrigação alimentar entre cônjuges, ou ex-cônjuges, é a reciprocidade dessa obrigação, ou seja, os alimentos são devidos a quem deles necessite, não importando a condição sexual do mesmo.

Tal reciprocidade tem origem no artigo 1.511 do CC, o qual reverencia a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, esse dispositivo adequa o instituto do casamento ao que prescreve a CF em seu artigo 226, § 5º, e demonstra a evolução da legislação civil, que abandonou o caráter paternalista anteriormente adotado, elevando a condição da mulher, para o mesmo patamar do homem, reconhecendo sua importância e capacidade, bem como sua obrigação de concorrer para a manutenção do lar e sustento da família, nos termos do art.1.568 do Código Civil.

Embora o ponto de destaque da reciprocidade da obrigação alimentar decorrente do vínculo conjugal seja a valorização da mulher, entendemos que a possibilidade de pensionamento do homem também demonstra a evolução ordenamento.

Uma vez que a mulher alcançou seu espaço no mercado de trabalho através de sua capacidade e competência, é perfeitamente possível que a mesma possua melhores condições econômicas que o homem, devendo então prestar-lhe assistência em caso de necessidade, o que não era possível na sociedade e legislação anterior.

Portanto, ao determinar a nova lei que os alimentos são devidos entre os cônjuges, está atendendo clara e concomitantemente a dois dos princípios basilares do novo ordenamento, quais sejam o da operabilidade e da socialidade.

O princípio da operabilidade é atendido na medida em que não há definição de qual dos cônjuges prestará alimentos, devendo ser observada a situação concreta para verificação da existência da necessidade da prestação de alimentos em favor de qualquer um dos cônjuges.

Já a socialidade mostra-se influente pelo reconhecimento da função dos alimentos, que é de assegurar ao necessitado o necessário para a sua subsistência, sem que haja restrição com relação aos possíveis sujeitos atingidos pela necessidade da prestação alimentícia, protegendo tanto a mulher quanto o homem.

Ainda em atendimento à operabilidade pode-se pensar na possibilidade de pensionamento não apenas em relações heterossexuais, mas também abarcando os casais homossexuais. Como bem ressalta Chaves (2010, p. 2):

Primus, embora a *Lex Fundamentallis* não tenha, expressamente, contemplado a união homoafetiva como relação familiar, uma visão unitária e sistêmica conduz, com tranquilidade, a esta conclusão, especialmente quando considerados os princípios basilares da dignidade humana, da igualdade substancial, da não discriminação (inclusive por opção sexual) e do *pluralismo familiar*, consagrando diferentes modelos de entidade familiar (não se pense, todavia, que a família homoafetiva se confunde com a família casamentária – fundada no casamento, união formal entre pessoas de sexos diferentes – ou com a família convivencial – fundada na união estável, como laço informal entre pessoas de sexos diferentes. Trata-se de modelo familiar autônomo, como a comunidade entre irmãos, tios e sobrinhos e avós e netos, merecedor de especial proteção do Estado).

Secundus, importa realçar que a família moderna tem o seu ponto de referência no *afeto*, evidenciado como verdadeiro *direito à liberdade* de autodeterminação emocional, que encontra-se garantida constitucionalmente.

Mais uma vez busca-se a finalidade social do instituto, além dos princípios da solidariedade social e da igualdade. O convivente homoafetivo é tão amparado pelos princípios constitucionais e cíveis quanto os demais casais, assim sendo, a interpretação do dispositivo legal deve incluir, em atenção ao mandamento constitucional, os casais heterossexuais.

Passamos agora a análise das possibilidades de dissolução da sociedade conjugal e suas consequências em relação aos alimentos.

Quando a relação conjugal se dissolve em razão de sentença que anula o casamento ou reconhece sua nulidade, a obrigação alimentar deixa de existir a partir da sentença, o que nos parece obvio, pois a consequência na anulação é a inexistência do casamento, assim, não há razão para subsistir a obrigação que decorre do vínculo matrimonial.

Solução diferente poderá ser adotada em caso de casamento putativo, conforme nos explica Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p.617):

Ressalva há de ser feita ao reconhecimento da putatividade do casamento nulo ou anulável, conforme inteligência do art.1.561 do Código Civil. Com efeito, se um dos cônjuges, ou mesmo ambos, estiver de boa-fé, incorrendo em erro escusável, de fato ou de direito, poderá o juiz a requerimento do interessado, reconhecer a putatividade do casamento, emprestando efeitos jurídicos que jamais os teria.

Esse entendimento é corroborado pelo §1º do artigo 1.561 do Código Civil. Nos parece justo que, se um dos cônjuges estava de boa-fé ao contrair casamento, deverá ser pensionado pelo cônjuge de má-fé, desde que esteja presente o binômio necessidade-possibilidade.

Outra forma de dissolução do casamento seria a separação ou o divórcio. Nesse ponto, a grande inovação é a análise da influência da culpa na dissolução do vínculo conjugal.

O ordenamento anterior determinava que, ao ser reconhecida a culpa de um dos cônjuges pelo fim da relação conjugal, o mesmo perderia qualquer direito de assistência, devendo prestar alimentos ao cônjuge inocente, nos termos do art. 19 da Lei 6.515/77.

Tal previsão se mostra desarrazoada, primeiramente porque deturpa a função dos alimentos, que originalmente é a de possibilitar a sobrevivência do alimentado, transformando-os em uma prestação de caráter reparatório, e em segundo lugar, porque a fixação dessa obrigação não levava em conta a necessidade do cônjuge inocente e a possibilidade do cônjuge culpado.

O novo código civil inovou, afastando a obrigatoriedade do pensionamento do consorte inocente, que somente será credor da obrigação alimentar se dela necessitar. Outro ponto de evolução da lei está na possibilidade de fixação de alimentos para o cônjuge considerado culpado, caso deles venha a necessitar.

Prescreve o art.1.704 do código civil:

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

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

Desse modo, temos que a culpa não mais exclui o direito aos alimentos de quem deles necessite, sendo apenas utilizada para determinar o *quantum* da prestação alimentícia.

Consideramos ser difícil a tarefa de aferir a culpa de um dos consortes na dissolução do casamento, pois muitas são as causas que levam ao fim do afeto que une um casal, portanto negar de plano a assistência a um dos cônjuges seria correr um risco muito grande de cometer uma injustiça.

Assim, as referidas inovações estão em sintonia com a nova principiologia do Código Civil, uma vez que é clara a preocupação com a finalidade social dos alimentos.

O princípio da socialidade mostra-se atuante, uma vez que se reverencia a solidariedade entre os ex-cônjuges em detrimento do orgulho, que poderia impedir a colaboração do cônjuge dito inocente para com a manutenção da vida minimamente digna de seu ex- consorte. Com base no mesmo fundamento, visualizamos a incidência do princípio da eticidade, uma vez que a preservação da dignidade da pessoa humana, através da garantia de alimentos ao cônjuge culpado, foi mais importante para o legislador do que a punição, através do abandono material, pela suposta culpa. A eticidade também se apresenta no momento em que a lei determina que somente serão devidos ao cônjuge culpado o estritamente necessário a sua sobrevivência. Garantir mais que isso, poderia se configurar numa afronta a boa-fé objetiva que deve existir também nas relações de família, em especial no casamento, uma vez que o cônjuge culpado teria o mesmo direito que o inocente.

Outra inovação do texto civil que merece destaque é a redação do artigo 1.708 abaixo transcrito:

Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

Andou bem o legislador ao fazer essa previsão na lei.

Ora, se a obrigação alimentar decorre da existência de um vínculo conjugal, no momento em que o credor da obrigação estabelece um novo vínculo, através do casamento ou da união estável, cessa a obrigação decorrente do vínculo anterior. A manutenção da obrigação poderia se caracterizar como uma forma de enriquecimento sem causa, contrariando os fundamentos do ordenamento jurídico vigente.

O parágrafo único transcrito acima traz em seu texto a expressão “procedimento indigno”, porém, não há na lei explicação para o que seria o procedimento indigno nesse caso. Trata-se de uma cláusula geral a ser preenchida pelo magistrado quando da análise do caso concreto. Vemos aqui o princípio da operabilidade atuando para evitar definições que levariam a soluções injustas.

Alguns estudiosos buscam uma interpretação restritiva para expressão, defendendo a aplicação por analogia do prescrito nos artigos 557 e 1.814, incisos I e II, do Código Civil. A preocupação em interpretar restritivamente a cláusula geral tem a intenção de impedir que qualquer comportamento do credor, como um simples relacionamento amoroso, de ensejo à extinção da obrigação alimentar.

A preocupação é pertinente, e caberá ao magistrado o exercício do prudente arbítrio ao preencher essa lacuna de modo a não cometer injustiças.

Ocorre que os referidos artigos não trazem em seu bojo algumas condutas que poderiam ser consideradas com procedimento indigno. Para entender melhor o que seria esse procedimento, abrimos mão da boa-fé e seus deveres anexos.

Temos o entendimento de que, sendo o casamento ou a união estável fonte de direitos e deveres recíprocos entre as partes, se assemelham aos contratos.

Os contratos, como negócio jurídico que são, estão submetidos ao princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos. Como exemplo desses deveres, podemos citar o dever de cuidado em relação a outra parte negocial, o dever de respeito, agir conforme a confiança depositada, a equidade e razoabilidade, o dever de lealdade, probidade e colaboração.

De acordo com o art. 1.576 do Código civil, alguns deveres decorrentes da relação conjugal permanecem após o fim da mesma, dentre eles está o dever de respeito e consideração mútuos.

Dessa forma, podemos concluir que o desrespeito ao ex – cônjuge ou companheiro viola os deveres anexos à relação e também à boa-fé objetiva, sendo motivo para cessar a obrigação alimentar.

Com relação à união estável, para o presente estudo e análise que nos propomos a fazer, não há que se falar em diferenciação entre a obrigação decorrente do casamento e a que decorre da união estável, até por que, não haveria motivo para tal, tendo em vista a clareza da redação do artigo 1694, assim como o § 3º, do art. 226 da CF, os quais igualam as duas situações. Corroborando com nossa opinião:

Equiparados pelo CC/2002 casamento e união estável, no que diz respeito aos deveres recíprocos de alimento e assistência (arts. 1.694 e 1.724), entendemos que devem ser tratados similarmente companheiro e o cônjuge, no que diz respeito ao direito à pensão alimentar, quando do desfazimento da união estável ou da dissolução da sociedade conjugal. (CAHALI, 2009, p.159).

A única diferenciação feita pela doutrina que vale a pena ser comentada diz respeito à análise da culpa.

Para alguns doutrinadores, a redação dos artigos 1702 e 1704 do Código Civil excluem os companheiros da análise de culpa, não estando os mesmos sujeitos a redução no valor dos alimentos, uma vez que a lei somente se refere aos cônjuges.

Concordamos com a outra parte da doutrina que acredita que adotar esse pensamento seria contrariar a proteção constitucional a entidade familiar, gerando uma diferenciação absurda, na medida em que favorece o companheiro em relação ao cônjuge culpado.

Além disso, acreditamos que essa forma de interpretação dos referidos dispositivos seria um legalismo exacerbado, que engessa a atuação do magistrado, produzindo situações de desequilíbrio, e injustiça, indo de encontro ao objetivo da nova principiologia adotada, que busca, através de seus três princípios basilares, um Direito mais flexível, justo e adequado à realidade em que se aplica, produzindo assim os efeitos desejados.

2.3.2 Elemento objetivo: a prestação e seu *quantum*.

A obrigação alimentar tem por escopo garantir àquele que dela necessita o necessário para a manutenção da vida, caracterizando como verdadeiro corolário do princípio da proteção à dignidade da pessoa humana.

O objeto da obrigação alimentar poderá ser prestado “*in natura*”, conforme orientação do art. 1.701 do Código Civil, ou então por meio de prestações pecuniárias periódicas que garantam ao alimentando o necessário para sua manutenção.

Os artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil trazem em seu texto o balizamento para a fixação dos alimentos:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

De acordo com a redação da lei, podemos concluir que a obrigação alimentar é subsidiária, uma vez que os alimentos são devidos somente a quem deles necessite, conforme ensinamento de Clóvis Beviláqua:

Aquele que possui bens ou está em condições de prover à sua subsistência por seu trabalho não tem direito de viver à custa dos outros. O instituto dos alimentos foi criado para socorrer os necessitados e não para fomentar a ociosidade ou estimular o parasitismo. Eles se dão *pietatis causa, ad necessitatem*, não *ad utilitatem*, e, muito menos, *ad voluptatem*. Aquele que apenas tem com que se manter não pode ser obrigado a sustentar outrem. Há obrigações alimentares mais imperiosas umas do que as outras. Assim, se do sustento das pessoas, que o parente já tem a seu cargo, não restam sobras, não se lhe pode exigir que abra mais um espaço em sua parca mesa, em detrimento dos que já se sentam em torno dela. (*apud*, CAHALI, 2009, p. 512)

Pode-se dizer então que a necessidade se caracteriza como a impossibilidade do alimentando prover por meios próprios, através de seu trabalho ou patrimônio, o necessário a sua sobrevivência, nos termos do art. 1.695 do CC, necessitando para tanto do auxílio do alimentante. Essa impossibilidade pode ser decorrência da incapacidade física ou mental, da falta de qualificação e experiência para o mercado de trabalho, doença, calamidade pública e até crise econômica que afete o mercado de trabalho, dificultando a obtenção de um emprego.

A lei não estabelece um parâmetro quantitativo para a determinação da necessidade, caberá ao juiz, no exercício de seu prudente arbítrio e fazendo uso do poder que o princípio da operabilidade lhe confere, analisar o caso concreto para averiguar a real necessidade dos alimentos.

A doutrina diverge quanto a necessidade de quem possui bens, porém a lei é clara, os bens devem ser suficientes para a manutenção de quem os possui, se não forem, poderá o possuidor requerer alimentos de quem os possa dar.

Podemos concluir que a necessidade é um requisito fundamental para a fixação de alimentos, configurando-se em manifestação do princípio da socialidade, uma vez que os alimentos, conforme as palavras de Clóvis Beviláqua, não devem ser utilizados para estimular o ócio, mas sim para socorrer os necessitados, demonstrando o caráter solidário do instituto.

A fixação e manutenção dos alimentos a favor de quem não tem real necessidade, garantindo a esse (o alimentado) a aferição de renda sem uma justa causa e onerando, por sua vez, o patrimônio de quem presta os alimentos, constitui-se em grave afronta ao princípio da eticidade, contrariando o dever de lealdade decorrente da boa-fé que deve orientar qualquer relação entre sujeitos, principalmente aquelas que decorrem de vínculo afetivo ou sanguíneo (MADALENO, 2010, p.10).

Pela leitura dos artigos e do trecho acima transcritos percebemos que, para a fixação de alimentos, não basta a existência da necessidade do alimentado, é preciso que o

alimentante possa arcar com as prestações alimentícias sem, contudo, comprometer seu próprio sustento. Ou seja, a possibilidade do alimentante é outro pressuposto para a determinação da obrigação alimentar.

Para determinação da capacidade do alimentante em pensionar o alimentado, deverá ser levado em conta o seu patrimônio líquido, que são os rendimentos após desconto dos débitos, só então será possível saber se o existe a capacidade, uma vez que poderão os débitos superarem os créditos, não restando ao devedor da obrigação alimentar qualquer quantia para adimplir a referida obrigação. É entendimento dominante na doutrina que a fixação de alimentos em face daquele que não tem para o próprio sustento caracteriza-se como grande injustiça, deturpando a solidariedade inerente ao instituto dos alimentos.

Dessa forma, em atenção às diretrizes fixadas pelos artigos. 1.694, §1º e 1.695 do Código Civil, a obrigação alimentar deverá ser fixada de modo proporcional, levando-se em consideração a necessidade do alimentado em conjunto com a possibilidade do alimentante.

Maria Berenice Dias faz importante consideração sobre a proporcionalidade na fixação dos alimentos:

O princípio da proporcionalidade é que norteia a fixação dos alimentos, tendo por pressuposto as possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentando. Como o encargo decorre do poder familiar, do dever de mútua assistência, dos vínculos de parentesco e da solidariedade familiar dispõe de um componente ético. Não dá para permitir que pessoas que mantêm – ou deviam manter – um vínculo afetivo vivam em situação de flagrante desequilíbrio. Esta é a origem do balizamento que norteia a fixação dos alimentos. (DIAS, 2010, p.1)

A proporcionalidade, assim como a necessidade e a possibilidade, é um conceito aberto, manifestação do princípio da operabilidade. Quis o legislador que o juiz fizesse a análise do caso concreto para definir o *quantum* da obrigação.

Importante destacar que o juiz, no seu exercício cognitivo, deverá levar em conta sempre a função dos alimentos.

Não se deve esquecer que os mesmos foram criados para amparar os necessitados, não podendo dessa forma ser meio de vida para àqueles que podem prover seus meios de subsistência.

Logo, mesmo que, dentro das possibilidades do alimentante, não deverá o juiz fixar alimentos em valores exorbitantes, sob pena de estar-se incentivando o ócio daqueles que podem trabalhar, mas preferem viver às expensas do alimentante. É o caso, não raro, de filhos maiores, ex - cônjuges e ex companheiros jovens. Pode-se dizer que nesses casos há uma

expressa violação a boa-fé objetiva inerente às relações obrigacionais, principalmente no que tange seus deveres anexos de colaboração e de agir conforme equidade e razoabilidade.

Não respeita esses deveres o filho maior e capaz, o ex-cônjuge e o ex-companheiro jovem e saudável, que, sabendo das boas condições econômicas de quem lhe deve alimentos, ainda que transitórios, os exige em valores absurdos, para atender a luxuosos e não uma existência digna, caracterizando até mesmo abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil.

Desse modo, o juiz ao fixar o valor da verba alimentícia deve se valer do princípio da proporcionalidade, levando em consideração a dignidade humana tanto do credor quanto do devedor de alimentos, cuidando para que o aspecto patrimonial não prepondere sobre a função social da obrigação alimentar, evitando-se dessa maneira o enriquecimento sem causa por parte do alimentado, e a possível lapidação do patrimônio do alimentante. Atuando dessa forma o operador do direito estará corroborando a aplicabilidade da socialidade e eticidade no instituto dos alimentos.

O que aqui se expõe tem amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que busca equilibrar o direito à manutenção digna com a proporcionalidade essencial e ética dos valores fixados.

Ex-mulher que tentou elevar pensão alimentícia teve o pagamento cancelado

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) exonerou o ex-marido de pagar pensão alimentícia à ex-mulher porque ela tem plenas condições de se manter com os rendimentos de seu próprio trabalho e dos bens que possui.

A disputa começou quando a ex-mulher ajuizou ação revisional de alimentos, pagos ao longo de vinte anos, com o objetivo de elevar a pensão de R\$ 6 mil para R\$ 11.954,48. Para sustentar o pedido, ela alegou decréscimo no padrão de vida. Relatou que se via obrigada a recusar convites para idas ao teatro e restaurantes, teve que dispensar o caseiro, demorava a fazer reparos na casa, que não trocava mais o carro por outro quando batia o seu e que, nos últimos dois anos, só havia feito uma viagem ao exterior.

Já o ex-marido pediu a exoneração da obrigação de prestar os alimentos ou a redução de seu valor porque a ex-mulher teria condições financeiras suficientes para seu sustento. Demonstrou que ela é formada em dois cursos superiores (biomedicina e psicologia), trabalha como psicóloga em clínica própria, é professora universitária, possui dois imóveis e aplicação financeira.

Em primeiro grau, a pensão foi elevada para R\$ 7.100,00. Após embargos de declaração, o valor subiu para R\$ 10.283,22. O Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao apelo de ambas as partes e houve a subida de recurso especial para o STJ. O recurso do ex-marido chegou ao STJ por

força de um agravo de instrumento, que não foi proposto pela ex-mulher. A relatora, ministra Nancy Andrighi, afirmou que há a possibilidade de desoneração ou redução da pensão quando fica comprovado que a alimentada possui plenas condições de se sustentar por meio de seu trabalho, ou mesmo em decorrência de rendimentos auferidos de seu patrimônio. Para ela, não há dúvida quanto à capacidade da ex-mulher de se manter. Quanto à queda no padrão de vida alegado pela ex-mulher, a ministra Nancy Andrighi entendeu que a situação descrita não é razoável para presumir a existência de necessidade dos alimentos. O artigo 1.694 do novo Código Civil cita que os alimentos devem garantir modo de vida “compatível com sua condição social”. Mas, segundo ela, esse conceito deve ser interpretado com moderação.

Os ministros da Terceira Turma concordaram com o entendimento da relatora e, por unanimidade, deram provimento ao recurso especial do ex-marido para exonerá-lo do pagamento dos alimentos (Resp. 933.355). (STJ, notícias, 03 de abril de 2008).

É possível fixação de alimentos transitórios a ex-cônjuge

O juiz pode fixar alimentos transitórios, devidos por prazo certo, a ex-cônjuge. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu válida a fixação de pensão alimentícia mensal por dois anos, a contar do trânsito em julgado da decisão que a fixou, em favor de ex-cônjuge que, embora não tenha exercido atividade remunerada durante a constância do casamento, detém idade e condições para o trabalho.

A decisão da Terceira Turma do Tribunal estabeleceu também que ao conceder alimentos o julgador deve registrar expressamente o índice de atualização monetária dos valores. Diante da ausência dessa previsão no caso analisado, o Tribunal seguiu sua jurisprudência para fixar o valor em número de salários-mínimos, convertidos pela data do acórdão.

O processo teve origem em Minas Gerais. Após casamento de cerca de 20 anos, a esposa descobriu um filho do marido oriundo de relacionamento extraconjugal mantido durante o casamento e decidiu se separar.

Entre os pedidos, constava a alegação de ter, quando do casamento, deixado seu emprego a pedido do marido, médico, que prometera proporcionar-lhe elevado padrão de vida.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) definiu a pensão alimentícia como devida pelo prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão que a fixou, sem adotar índice algum de atualização monetária. Isso porque a autora seria ainda jovem – atualmente com 51 anos – e apta ao trabalho, além de ter obtido na partilha dos bens da união patrimônio de cerca de R\$ 400 mil. No STJ, ela pretendia afastar o prazo predeterminado da pensão mensal e o reajuste das parcelas pelo salário-mínimo.

Para a ministra Nancy Andrighi, uma das características da obrigação alimentar é a sua condicionalidade à permanência de seus requisitos: vínculo de parentesco, conjugal ou convivencial; necessidade e incapacidade, ainda que temporária, do alimentando para sustentar-se; e possibilidade do alimentante de fornecer a prestação.

Mas a relatora afirma que a aplicação desses pressupostos legais, aparentemente objetivos, não é simples, já que incidem sobre diversos elementos subjetivos e definem os limites da obrigação alimentar em uma sociedade “hipercomplexa” e multifacetada.

“O fosso fático entre a lei e o contexto social impõe ao juiz detida análise de todas as circunstâncias e peculiaridades passíveis de visualização ou de

intelecção no processo, para imprescindível aferição da capacidade ou não de autossustento daquele que pleiteia alimentos”, sustentou a ministra.

“Dessa forma é possível, ou talvez, até necessária a definição de balizas conjunturais indicativas, que venham a dimensionar a presunção de necessidade ou, ainda, que sinalizem no sentido de sua inexistência”, completou a relatora.

Na hipótese julgada, o acórdão do Tribunal mineiro verificou que a alimentanda é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, o que, conforme considerou a ministra, faz com que a presunção opere contra quem pede os alimentos.

Fazendo menção à boa-fé objetiva, a relatora afirmou que a fixação de alimentos conforme especificada pelo TJMG adota caráter motivador para que o alimentando busque efetiva recolocação profissional, e não permaneça indefinidamente à sombra do conforto material propiciado pelos alimentos prestados pelo ex-cônjuge, antes provedor do lar.

Dessa forma, ficou definido o cabimento de alimentos transitórios, devidos a tempo certo, nas hipóteses em que o credor da pensão seja capaz de atingir, a partir de um determinado momento, a sua autonomia financeira, ocasião em que o devedor será liberado automaticamente da obrigação (Resp. 1.025.769).

(STJ, notícias, 15 de setembro de 2010).

Cabe ainda observação quanto ao §2º, do art. 1.694 do CC. A lei inovou nesse ponto, num primeiro momento diferenciando os alimentos naturais dos civis, e em segunda análise, ao possibilitar o pensionamento daquele que deu causa a seu estado de necessidade.

Preocupou-se a lei em não deixar desamparado quem deu causa a própria ruína, tal preocupação decorre do princípio da socialidade. Pautando-se na solidariedade familiar, no dever de assistência que decorre das relações familiares, achou por bem o legislador que a família fosse responsável ao menos pelos alimentos naturais, garantindo a sobrevivência do necessitado e dando a esse condições de se recuperar do atual estado de necessidade.

Considerando então, a necessária aplicação da eticidade, mais especificamente da boa-fé objetiva, ao fixarem-se os alimentos, seja no que se refere ao próprio valor ou ao prazo de duração, há também que existir uma retomada dos valores recebidos em violação ao ordenamento.

Nesta perspectiva, a boa-fé objetiva, mesmo que na esfera patrimonial das relações jurídicas familiares, tem a função de manter um ambiente familiar privilegiado para a promoção da dignidade de seus membros. Ou seja, a solidariedade, a proteção mútua, o respeito e a consideração são atributos da família a serem atingidos não apenas nas relações existenciais do direito de família, mas também no que concerne aos vínculos de cunho patrimonial. Para tanto, a boa-fé objetiva deve, de um lado, impor deveres de conduta e, de outro, estabelecer conseqüências jurídicas para a hipótese de descumprimento de tais deveres, tudo em estrita consonância com o valor da dignidade da pessoa humana.

É fundamental, portanto, que sejam preservadas a lealdade e a confiança nas prestações e direitos patrimoniais inerentes a uma relação de família (GURGEL, 2008, p.179-180).

Cumprido ressaltar que o fato de estar se tratando de uma relação familiar, não a coloca em um patamar superior, ou seja, não a transforma em uma relação juridicamente superior às outras relações jurídicas existentes. Ao contrário, mais do que nunca, deve sempre haver orientação no sentido de que, mesmo se tratando de relações familiares, devem lhe ser aplicadas as regras gerais que regem o ordenamento jurídico, para, dessa forma, preservar a igualdade de direitos entre as partes. Pois a parte que teve prejuízo em seu patrimônio não pode ser vítima de tamanha desigualdade em nome de princípios outros - de menor relevância -, haja vista que, no que tange à parte que sofreu o prejuízo financeiro, também incide o princípio da dignidade da pessoa humana (CARDOSO, 2007).

Pelo exposto, ousa-se propor aqui a quebra do dogma da irrepetibilidade dos alimentos. É pacífico, embora sem maiores embasamentos legais, que os alimentos são irrepetíveis.

Em sede de alimentos há dogmas que ninguém questiona. Talvez um dos mais salientes seja o princípio da irrepetibilidade. Como os alimentos servem para garantir a vida e se destinam a aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência e inimaginável pretender que sejam devolvidos. Esta verdade é tão evidente que até é difícil sustentá-la. Não há como argumentar o óbvio. Provavelmente por esta lógica ser inquestionável e que o legislador sequer preocupou-se em inseri-la na lei. Daí que o princípio da irrepetibilidade e por todos aceito mesmo não constando do ordenamento jurídico (DIAS, 2010, p.1).

No entanto, embora sempre repetido, esse dogma não encontra amparo diante das exigências do Novo Código Civil no que se refere ao comportamento ético e atinente à função social dos institutos. Invoca-se aqui o princípio geral da vedação ao enriquecimento sem causa, ou seja, a vedação ao incremento patrimonial sem justificativa legal ou contratual que lhe ampare.

Ora, se não mais se configura a relação necessidade/possibilidade e ainda assim o alimentando permanece beneficiando-se dos rendimentos deve ser ele condenado à repetição, ainda que formalmente encontre-se em situação de pensionamento; explica-se: por vezes o

alimentando mantem-se na situação descrita em lei apenas para continuar auferindo os valores pagos a título de alimentos. É o que bem ressalta Rolf Madaleno¹ (2010. p. 9-10):

Transportando a disposição legal para o direito familista, afigura-se incontroverso o enriquecimento imotivado naquelas prestações alimentícias destinadas aos filhos já maiores e capazes, que trabalham, têm renda própria ou que deixaram de estudar, mesmo em curso superior, mas seguem recebendo a pensão alimentícia, e postergando no tempo, com malícia, a demanda de exoneração, para assim acumular riqueza por causa alimentar que deixou de existir, apenas porque em tese, o credito alimentar seria irrestituível.

O mesmo pode acontecer nas relações afetivas reconstruídas, quando o alimentando já mantém uma nova relação e não ressalva nem em juízo o seu credito alimentar, recebendo arbitrados na separação da relação afetiva conjugal, continua recebendo mensalmente a sua pensão que ainda e alvo de uma morosa ação de exoneração que atinge todos os estágios processuais, apenas com o propósito de amealhar prestações consideradas irrestituíveis, porque venceram no curso da lenta ação de exoneração.

Ha situações de notório e aberrante enriquecimento sem causa, que deveriam motivar ate mesmo o mais formal dos julgadores, a deferir a exoneração alimentar em sede de tutela antecipada, mas cujo credito continua ingressando indevidamente no ativo do alimentario que se favorece do processo, e da ausência do transito em julgado da sentença de exoneração.

(...)

Deve o julgador deferir a repetição do indébito, pois a morosidade processual não pode servir de motivação ao credor que a toda evidencia esta enriquecendo a custa alheia, sabendo não ser merecedor dos alimentos, seja porque experimente o ingresso dos recursos financeiros provenientes de seu emprego, seja porque o alimentando refez a sua vida sentimental e passou a viver com uma outra pessoa.

É nesse contexto que, segundo compreendemos, se insere a boa-fé objetiva. Na qualidade de princípio geral de direito, a boa-fé determina um modo de comportamento pautado no padrão ético de confiança e de lealdade. Ainda que não haja previsão expressa na lei, deve-se entender que não é dado a ninguém desfrutar do trabalho alheio, tendo plenas condições para manter o próprio sustento. Veda-se o enriquecimento indevido daquele que aufer rendimentos de outrem, sem que haja a real necessidade para tanto, uma vez que poderia, considerando determinadas razões materiais concretas, prover a sua própria subsistência. Esta visão deve se estender também para a obrigação alimentar decorrente do casamento e da união estável.

¹ No mesmo sentido podemos encontrar Cristiano Chaves de Faria, em seus Escritos de Direito de Família e Fernanda Gurgel, em sua tese acerca da aplicação da boa-fé objetiva nas relações familiares.

CONCLUSÃO

Após o estudo crítico desenvolvido acerca dos princípios fundantes da nova codificação civil e a possibilidade de sua aplicação no âmbito do direito de família, em especial no instituto dos alimentos, chegamos a conclusão de que a aplicabilidade dos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade não só é possível, como também é devida e de grande importância.

A obrigação alimentar, objeto de estudo desse trabalho, tem origem, via de regra, nas relações e vínculos familiares. Ora, se a família é base da sociedade, merecendo especial proteção do estado, sendo o primeiro círculo social de um indivíduo, onde se forma seu caráter e se sedimentam seus valores, por que não analisar seus institutos à luz da nova principiologia do Código Civil, se essa principiologia tem cunho ético e social? Não enxergamos razão para a resistência de alguns estudiosos do assunto.

A aplicabilidade do princípio da socialidade na obrigação alimentar mostrou-se indiscutível, uma vez que o instituto está sedimentado na solidariedade entre devedor e credor, solidariedade essa que, juntamente com o afeto, fundamenta as relações familiares.

O princípio da operabilidade é fundamental para o direito de família hodiernamente, uma vez que as modificações constantes na formação e organização dessa instituição exigem do Direito flexibilidade para se adequar aos mais variáveis casos concretos. No que tange os alimentos, o princípio da operabilidade se faz presente indubitavelmente na não determinação quantitativa da obrigação alimentar, cabendo ao Magistrado a análise do festejado binômio necessidade e possibilidade do caso concreto para a fixação do *quantum* devido.

Sendo os alimentos caracterizados como obrigação, uma vez que geram direitos, deveres e consequências no caso de inadimplemento, não há por que relutar na aplicação do princípio da eticidade. Ora, trata-se de uma obrigação com origem no vínculo familiar, logo, essa obrigação está sedimentada no afeto, na solidariedade, na valorização da pessoa humana, nos deveres de lealdade, confiança, colaboração entre seus componentes, ou seja, os valores que estão embutidos no princípio da eticidade, são valores que permeiam as relações familiares. Assim, não há porque separar o princípio da eticidade do direito de família e das obrigações que dele decorrem.

Destarte, concluímos que a nova principiologia do Código Civil encontra ampla aplicabilidade no direito de família e na obrigação alimentar, uma vez que, decorrendo essa de uma instituição que está sedimentada na solidariedade e afeto entre seus membros, uma instituição dinâmica, em constante evolução, deverá a obrigação alimentar, antes de qualquer outra obrigação, estar permeada pelos princípios da operabilidade, socialidade e eticidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Brasília, DF, Casa Civil, 1988.

_____. **Lei nº3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro, RJ, Casa Civil, 1916.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Brasília, DF, Casa Civil, 2002.

_____. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, Casa Civil, 1990.

_____. **Lei No 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Estatuto do Idoso. Brasília, DF, Casa Civil, 2003.

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Brasília, DF, Casa Civil, 1977.

BODIN, Maria Celina. **O Princípio Da Solidariedade**. Disponível em:< <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>> . Acesso em: 12 de setembro de 2010.

_____. O Princípio Da Dignidade Humana. In :BODIN, Maria Celina (Coor.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAHALI, Y. **Dos Alimentos**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARDOSO, Débora Rezende. **União estável e alimentos: fontes de enriquecimento sem causa no direito de família**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2007. Disponível em:< <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13360>>. Acesso em: 08 de agosto de 2010.

COSTA, Maria A. M. da. **Pensão alimentícia entre cônjuges e o conceito de necessidade**. . Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=74> >. Acesso em 12 de setembro de 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Dois pesos e duas medidas para preservar a ética**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=282>>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

_____. **Obrigação alimentar de tios, sobrinhos e primos**. Disponível em:< http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7_obriga%E7%E3o_alimentar_de_tios_sobrinhos_e_primos.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Os alimentos nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à constituição.** Disponível em: < http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BB295354B-A92A-4AF2-8878-4AF5FF9D2B7B%7D_023.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2010.

_____; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Direito Das Famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família.** Tese de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2008. Disponível em: < http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6888> . Acesso em: 08 de agosto de 2010.

MADALENO, Rolf. **Obrigação, Dever de Assistência e Alimentos Transitórios.** Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index.php?option=com_content&task=view&id=34&Itemid=39>. Acesso em 16 de setembro de 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin. **O princípio da solidariedade.** Disponível em:< <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>> . Acesso em: 12 de setembro de 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIBAS, Rogério. **Direito de Família - alimentos: questões ligadas à atuação do juiz.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=38>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (notícias). **Ex-mulher que tentou elevar pensão alimentícia teve o pagamento cancelado.** Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=86994>. Acesso em: 08 de agosto de 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (notícias). **É possível fixação de alimentos transitórios a ex-cônjuge.** Disponível em: < http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=98967>. Acesso em: 15 de outubro de 2010.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=475>. Acesso em: 12 de setembro de 2010.