RENUNCIABILIDADE DA PENSÃO ALIMENTÍCIA ENTRE CÔNJUGES



coletânea

Inacio de Carvalho Neto

















































RENUNCIABILIDA

DE DA PENSÃO

ALIMENTÍCIA

ENTRE CÔNJUGES

coletânea

1

Inacio de Carvalho Neto

RENUNCIABILIDADE DA PENSÃO ALIMENTÍCIA

ENTRE CÔNJUGES

Inacio de Carvalho Neto*

Estabelece a Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal que *"no acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais"* . A tese é a aplicação, aos alimentos fixados entre ex-cônjuges, do disposto no art. 404 do Código Civil1.

Posteriormente à edição da Súmula, em julgamento de Recurso

Extraordinário em que a questão foi longamente debatida, inclusive tendo sido proposta a revogação da Súmula2, o Supremo Tribunal Federal explicitou-a, afirmando que a mesma só se aplica se a mulher não ficou com bens suficientes para sua subsistência; em caso

*O autor é Promotor de Justiça no Paraná, professor de Direito de Família na Universidade Paranaense e na Escola do Ministério Público, Especialista em Direito Penal e Processual Penal, Mestrando em Direito Civil e autor do livro "Separação e Divórcio -

Teoria e Prática" (ed. Juruá, Curitiba, 1998), já tendo publicado diversos artigos doutrinários, entre os quais "O 'Suprimento de Idade' para Casamento", RT 745/691.

1 *"Art. 404 - Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos"* .

2 Em seu voto o Relator declarou:

"Trouxe, pois, este caso a julgamento porque a mim se me afigura que não são irrenunciáveis alimentos em desquite.

Alimentos ***iure sanguinis*** *o são, porque o parentesco é qualificação permanente e os direitos que dela resultam nem sempre podem ser afastados pela convenção. O dever de alimentar, dele resultante, é um deles. Mas o dever de alimentos, no casamento decorre do dever de assistência recíproca. Cessa, cessada a convivência dos cônjuges. Não podem ser tidos, assim, como irrenunciáveis. ...Outra circunstância de maior tomo existe. No desquite, sendo culpada a mulher, perde o direito a alimentos. Ora, se o desquite amigável é forma de evitar que haja publicidade (tão danosa aos filhos) quanto às razões da desavença do casal, o entendimento da Súmula nº. 379 obrigará o marido a propor desquite litigioso, se culpada a mulher, para eximir-se da obrigação alimentar. Creio que a Súmula não adota a melhor doutrina.* ***Proponho que, revogada, se negue provimento ao presente recurso*** *"* (grifo nosso) (STF - Pleno - RE

85.019 - Rel. Min. Rodrigues de Alckmin - RTJ 85/208 - no corpo do acórdão).

contrário, possível seria a renúncia3. Este entendimento foi recentemente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça4.

A jurisprudência, em regra, tem sufragado a tese do Supremo Tribunal

Federal esposada na Súmula5.

Neste aspecto estamos com a doutrina amplamente majoritária, que afirma não se justificar a disposição sumular6, nem mesmo com a explicitação posterior.

3 *"Desquite amigável. Renúncia a alimentos por parte da mulher. Renúncia admitida se a mulher possuir bens ou rendas que lhe garantam a subsistência. Súmula 379 mantida, com explicitação"* (STF - Pleno - RE 85.019-SP - Rel. Min. Rodrigues de Alckmin - RTJ 85/208).

Em julgamento posterior, o Subprocurador-Geral Mauro Leite Soares assim se manifestou:

"Importante, entretanto, é distinguir o momento da aferição da existência de bens ou rendas que garantam a subsistência da mulher para se considerar a validade da renúncia aos alimentos. Parece inequívoco que só há a apreciar o ***status quo*** *reinante na exata ocasião da renúncia aos alimentos. ... A não ser assim, estar-se-ia ensejando à mulher perdulária, que malbarata seus bens, a permanente possibilidade de exigir, do marido que cuidou de preservar o próprio patrimônio ficasse obrigado a arcar com os ônus do desatino de sua ex-consorte"* (Parecer proferido no julgamento do RE 106.080-8, em que foi Relator o Min. Aldir Passarinho, RT 618/215).

4 *"...A Jurisprudência, inclusive a do Pretório Excelso, assentou ser admissível a renúncia a alimentos por parte da mulher se esta possuir bens ou rendas que lhe garantam a subsistência, até porque alimentos* ***iure sanguinis*** *o são em razão do parentesco que é qualificação permanente e os direitos que dela resultam nem sempre podem ser afastados p ela convenção, já no casamento, o dever de alimentos cessa, cessada a convivência dos cônjuges"* (STJ - 3ª. Turma - REsp. nº. 19.453-RJ - Rel.

Min. Waldemar Zveiter - RSTJ 47/241).

"Renunciando o cônjuge a alimentos, em acordo de separação, por dispor de meios para manter-se, a cláusula é válida e eficaz, não podendo mais pretender seja pensionado" (STJ - 3ª. Turma - Resp. nº. 9.286-RJ - Rel. Min. Eduardo Ribeiro - RSTJ

29/447).

5 *"A mulher divorciada pode requerer pensão alimentícia em juízo mesmo que a ela tenha renunciado em divórcio consensual"* (TJSP - 1ª. Câm. Cív. - Ap. Cív. nº. 50.207-1 - Rel. Des. Luís de Macedo - *apud* José Abreu, O Divórcio no Direito Brasileiro, 2ª. ed., ed. Saraiva, São Paulo, 1992, p. 230).

"Na sistemática legal vigente, a d ispensa ou a renúncia da prestação alimentícia não impedem a formulação da pretensão pela mulher, com a separação e a dispensa não significa abdicação deste direito" (TJSP - 8ª. Câm. Cív. - Ap. Cív. nº. 119.718-1

- Rel. Des. Manoel Carlos - RT 659/72).

6 *"A meu ver a tese contida na Súmula do Pretório Excelso não se justifica dentro do direito brasileiro vigente, pois os alimentos devidos à mulher não são da mesma natureza que os devidos aos parentes"* (Sílvio Rodrigues, O Divórcio e a Lei que o Regulamenta, ed. Saraiva, São Paulo, 1978, p. 49).

*"De nossa parte, como acima ficou vislumbrado, discordamos, **data venia**, de tal solução, entendendo possível a renúncia por ocasião da separação consensual, cuja índole é negocial"* (Ney de Mello Almada, Direito de Família, vol. I, ed. Brasiliense, São Paulo, s.d., p. 374).

3

É preciso, primeiramente, ter-se em mente que o dever de mútua assistência, assim como todos os deveres do casamento, cessam com a separação judicial7.

Com efeito, durante o casamento, estabelece o art. 231, III, do Código Civil que é dever dos cônjuges a mútua assistência. Cessado, no entanto, o casamento pela 7 Posto que o art. 3º. da Lei do Divórcio só se refira expressamente aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca, também o dever de mútua assistência,

assim como o dever de sustento, guarda e educação dos filhos - encarado como dever do casamento, não como dever para com os filhos - e os deveres implícitos do casamento, cessam com a separação. Neste sentido a doutrina mais abalizada:

"Objeta-se, no entanto, que a Lei do Divórcio, ao estatuir a dissolução da sociedade conjugal, apenas discrimina a cessação de dois deveres recíprocos, tais a fidelidade e a coabitação, não incluindo, em tal dispensa, a mútua assistência, que, destarte, ficaria em aberto, dela se valendo o cônjuge necessitado para obter, em ação de alimentos, provisão do outro. Contra essa inteligência, cabe redargüir que o dever de socorro se entrelaça aos demais deveres recíprocos entre os cônjuges, cuja extinção acarreta, logicamente, também a da assistência após dissolvida a sociedade conjugal. Aquele dever é, na verdade, e por razões de imediata percepção, contextual e conatural em relação aos demais" (Ney de Mello Almada, ob. cit., p.372).

"Em segundo lugar porque, homologado o acordo de desquite, desaparece o dever de mútua assistência entre os cônjuges, não havendo mais razão para impor-se ao homem o dever de sustentar sua ex-mulher" (Sílvio Rodrigues, Direito Civil, vol. 6, ed. Saraiva, 21ª. ed., São Paulo, 1995, p. 208).

"Decretada ou homologada a separação, a sentença libera automaticamente os cônjuges do dever de se manterem fiéis, reciprocamente (art. 231, I, do CC); de manterem vida em comum no domicílio conjugal (art. 231, II); de finalmente assistirem-se mutuamente, obrigação imposta pelo art. 231, III" (José Abreu, ob. cit., p. 61).

Neste sentido também a doutrina italiana:

"...gli unici obblighi che, dopo la separazione, legano i coniugi, sono quelli che scaturiscono proprio dalla separazione, obblighi espressamente stabiliti dalla normativa sulla separazione personale e che, non sono affatto, come alcuni ritengono, una prosecuzione dei doveri coniugali di cui agli artt. 143 c.c. e segg. Infatti la normativa sulla separazione personale è del tutto autonoma rispetto quella sugli obblighi derivanti dallo stato di coniugio" (Maurizio Bruno, Separazione e Divorzio, 2ª. ed., ed. Buffetti, Roma, 1991, p. 39). Em vernáculo: *"...as únicas obrigações que, depois da separação, legam-se aos cônjuges, são aquelas que surgem da própria separação, obrigações expressamente estabelecidas pela legislação sobre separação pessoal e que, não são*

absolutamente, como alguns deduzem, uma continuação dos deveres conjugais de que cuidam os arts. 143 c.c. e segs. De fato a legislação sobre separação pessoal é em tudo autônoma em relação àquela sobre obrigações derivadas do estado de separado" .

Parece ser também neste sentido a lição de Eduardo de Oliveira Leite, entendida *a contrario sensu* , quando afirma que

"enquanto perdura o processo judicial de separação, perduram as obrigações decorrentes do casamento" (Eduardo de Oliveira Leite, Síntese de Direito Civil - Direito de Família, ed. JM, Curitiba, 1997, p. 281).

A omissão legal tem razão de ser em virtude do disposto no art. 26 da mesma lei, que, impropriamente, mantém o "dever de assistência" entre cônjuges divorciados. Na verdade, existe sim uma obrigação alimentar entre eles, mas não dever de assistência, que se encerra com o fim da sociedade conjugal.

Rainer Czajkowski (União Livre, ed. Juruá, Curitiba, 1997, p. 127), no entanto, entende subsistir, entre cônjuges separados judicialmente, o dever de mútua assistência, embora entenda (referindo-se ao concubinato) que, *"com o rompimento da união, rompem-se também os deveres; daí se dizer que, a rigor, os alimentos substituem a assistência material, não são manifestação dela"* (Rainer Czajkowski, ob. cit., p. 135).

E Márcio Pinheiro Dantas Motta (O Divórcio e os Alimentos Face à Nova Ordem Constitucional, Jornal da Associação do Ministério Público-PR, fevereiro/97, p. 3) afirma que *"ainda há um vínculo unindo o casal capaz de conferir juridicidade à pretensão alimentícia por qualquer deles"* .

Do mesmo pensar são Darcy Arruda Miranda (A Lei do Divórcio Interpretada, ed. Saraiva, São Paulo, 1978, p. 223) e Orlando Gomes (Direito de Família, 5ª. ed., ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 202), para quem, *"enquanto perdurar a separação, o marido é obrigado a prestar alimentos à mulher, salvo em certas situações, porque subsiste esse efeito do casamento (dever de sustento)"* .

separação judicial, cessa tal dever, não havendo, assim, disposição legal a manter

tal obrigação8.

Os alimentos, como obrigação que são9, só podem se constituir em virtude de lei, da vontade das partes (por contrato ou testamento) ou de ato ilícito.

Descartada a última hipótese (ato ilícito), que não tem aplicação aqui, deve-se observar, primeiramente, que cônjuges não são parentes10, não tendo aplicação os arts.

396 e seguintes do Código Civil, não havendo, assim, disposição legal (ressalvado os arts.

19 e 26 da Lei do Divórcio) que determine que um dos cônjuges preste alimentos ao outro após a separação judicial11.

Restaria, assim, o acordo das partes. Se fica fixado no acordo de

separação consensual, legítimo contrato entre partes capazes12, que um dos cônjuges dará determinada importância ao outro, mensalmente, a título de alimentos, cria-se, assim, a obrigação13.

Há que se dizer, entretanto, que o dever de sustento (ou de mútua assistência) não se confunde com a obrigação alimentar, que pode provir de outras formas.

8 Diferentemente ocorre no direito argentino, cujo Código Civil prevê a manutenção da obrigação alimentar excepcionalmente:

“Art. 209 - Cualquiera de los esposos, haya o no declaración de culpabilidad en la sentencia de separación personal, si no tuviera recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, tendrá derecho a que el outro, si tuviera medios, le provea lo necesario para su subsistencia. Para determinar la necesidad y el monto de los alimentos se tendrán en cuenta las pautas de los incs. 1, 2 y 3 del art. 207” .

9 A propósito da obrigação alimentar discorremos mais longamente em nosso Separação e Divórcio - Teoria e Prática, ed. Juruá, Curitiba, 1998, item 15.3.7.

10 *“A mulher não é nem tem parentesco com o marido. Por isso, a obrigação de pensionar a mulher é contratual, decorre e existe enquanto não dissolvido o*

matrimônio. Assim, se na separação os cônjuges acertaram o não pensionamento ao cônjuge virago pelo cônjuge varão, não podem os juízes, ao depois, fixar contribuição alimentária, especialmente quando essa renúncia se dera em virtude de composição patrimonial" (TJMG - 3ª. Câm. Cív. - Ap. Cív. nº. 68.832 - Rel. Des. Mílton Fernandes - RT 612/177).

11 O Projeto de Lei do Divórcio de Milton Steinbruch, anterior à atual lei, pretendeu deixar clara a possibilidade de renúncia aos alimentos (Cf. Sílvio Rodrigues, O Divórcio... cit., p. 48).

12 *"Tanto num caso, como em outro, trata-se de pensão alimentícia acordada, entre as partes, de natureza patrimonial, misto de direito assistencial e contratual"* (José da Silva Pacheco, Inventários e Partilhas, 10ª. ed., ed. Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 184).

13 *"Sendo um eventual pensionamento mera faculdade, evidente que tal relação jurídica assume aspectos estritamente contratuais e alheios ao Direito de Família, regidos integralmente pelas normas atinentes aos negócios jurídicos bilaterais.*

Se não há como coagir juridicamente um divorciado a contribuir com o sustento do outro, certo é que eventuais 5

Até mesmo por acordo posterior à homologação da separação podem os

ex-cônjuges estabelecer pensão alimentícia entre si, embora seja esta hipótese mais rara.

Mas se os cônjuges renunciaram, no acordo da separação, aos alimentos, e não havendo novo acordo entre eles, a que título poderia ser um dos ex-cônjuges (normalmente o varão) obrigado a prestar alimentos ao outro14?

Não havendo disposição legal a criar a obrigação, como se poderia

invalidar a renúncia validamente homologada quando da separação para se fazer ressurgir a um dos cônjuges o direito a alimentos15?

E, diga-se mais, se se admitisse o desfazimento da renúncia aos alimentos, ter-se-ia que admitir também o desfazimento de outras cláusulas do acordo, já que,

normalmente, a renúncia vem acompanhada de outras cláusulas compensatórias. Assim, *v.g.* , a mulher renuncia aos alimentos e fica com determinado bem na partilha16.

Naturalmente, se o marido soubesse que poderia vir a ser compelido a alimentar a mulher posteriormente, não concordaria com a partilha daquela forma. Portanto, se se admite desfazer a renúncia validamente concedida no acordo, tem-se que admitir desfazer todo o acordo17.

liberalidades devem ser respeitadas, incindindo (*sic*) *assim, o princípio da 'liberdade de contratar', sempre limitado pelas noções de ordem p ública e do bem comum"* (Márcio Pinheiro Dantas Motta, ob. cit., p. 3).

14 *"Neste sentido, em função das próprias conseqüências jurídicas decorrentes do divórcio, entendemos que não há como se impor que um dos ex-cônjuges seja coagido a pensionar o outro. Ta l conclusão chega a ser silogística. Há uma completa inexistência de vínculo jurídico capaz de impor tal coação; ainda mais porque não são parentes entre si"* (Márcio Pinheiro Dantas Motta, ob. cit., p. 3). O autor nos fornece esta lição referindo-se ao div órcio, mas ela nos afigura plenamente aplicável também à separação judicial, conforme enunciamos na nota de rodapé nº. 7, supra.

15 *"A obrigação alimentar decorre da lei, não se podendo ampliar a pessoas por ela não contempladas"* (STJ - 3ª. Turma -

RMS 957-0 - Rel. Min. Eduardo Ribeiro - RT 703/193).

16 *"Assim, se na separação os cônjuges acertaram o não pensionamento ao cônjuge virago pelo cônjuge varão, não podem os juízes, ao depois, fixar contribuição alimentária, especialmente quando essa renúncia se dera em virtude de composição patrimonial"* (TJMG - 3ª. Câm. Cív. - Ap. Cív. nº. 68.832 - Rel. Des. Mílton Fernandes - RT 612/177).

17 *"Ademais, o acordo no desquite se apresenta como um todo, em que cada cônjuge dá sua concordância, tendo em vista as cláusulas básicas que o compõe. É possível que se o marido soubesse que havia de ser compelido a sustentar sua ex-esposa,* 6

E João Claudino de Oliveira e Cruz alinha outro argumento de peso:

"Ora, suponhamos que o marido possua fundamento para

a ação de desquite contra a mulher, inclusive por adultério; querendo poupá-la e evitar a repercussão dos fatos, inclusive por causa dos filhos, concorda em solucionar a questão por via de desquite amigável, contanto que a mulher renuncie aos alimentos. Seria justo não admitir-se tal renúncia? Seria justo forçar o marido a prosseguir na ação acusatória contra a mulher, com os escândalos e a repercussão própria, porque, só assim, estaria livre da obrigação de alimentar? A resposta só poderia ser no sentido da admissão da renúncia. Daí por que, em alguns casos, a renúncia aos alimentos esconde a culpa, não interessando à Justiça que esta venha, de qualquer forma, a lume" 18.

Temos, portanto, por não aplicável o disposto no art. 404 do Código Civil à obrigação alimentar entre ex-cônjuges, sendo perfeitamente renunciáveis tais alimentos19.

Ressalve-se, entretanto, a hipótese de incapacidade do cônjuge credor, que o impede de renunciar aos alimentos (embora o fundamento não seja o art. 404 do Código Civil), *não concordaria em subscrever a petição de desquite; afinal, o desquite é um distrato que tira sua seiva da vontade das partes"* (Sílvio Rodrigues, Direito Civil... cit., p. 208).

18 João Claudino de Oliveira e Cruz, Alimentos, Dos Alimentos no Direito de Família, 2ª. ed., ed. Forense, Rio de Janeiro, 1961, p.

254.

19 *"Renunciando o cônjuge a alimentos, em acordo de separação, por dispor de meios para manter-se, a cláusula é válida e eficaz, não podendo mais pretender seja pensionado"* (Gilson Fonseca e José João Calanzani, Lei do Divórcio Anotada, ed.

Aide, Rio de Janeiro, 1995, p. 83).

"Conseqüentemente, de acordo com a melhor doutrina, a IRRENUNCIABILIDADE do direito de pleitear alimentos, inserida no corpo do art. 404 cit., concerne apenas aos derivados do JUS SANGUINIS, ou do

parentesco. Nada impede que na separação judicial ou no divórcio as partes acordem a respeito da prestação ou da renúncia, dos alimentos próprios, definitivamente. A pensão alimentícia devida à prole comum é que não admite, por sua natureza, a renúncia, sendo devida por ambos os cônjuges" (Waldemar Leandro, Prática do Divórcio, ed. Leud, São Paulo, 1979, p. 75).

"Renunciando a mulher, ao ensejo do divórcio consensual, ao amparo material do ex-esposo, inadmissível é o pedido de pensão alimentícia posteriormente formulado" (TJSP - 4ª. Câm. Cív. - Ap. Cív. nº. 47.743-1 - Rel. Des. Ney Almada - *apud* José Abreu, ob. cit., p. 232).

7

hipótese esta mais freqüente no caso de decretação da separação fundada no art. 5º., § 2º., da Lei do Divórcio.

Com razão, pois, a doutrina critica a criação jurisprudencial esposada na Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal20, que pode, inclusive, levar a um *"parasitismo social e à existência de 'ex-cônjuges profissionais', que muitas vezes deixam de se casar com outras pessoas para não perderem o conveniente 'salário mensal'"* 21.

Neste sentido é a escorreita lição de Domingos Sávio Brandão Lima:

"Desde a primeira edição de nosso Desquite Amigável em

1971 que vimos combatendo uma nova casta que se formou - as parasitas do vínculo conjugal, sob a proteção do STF.

O Divórcio não pode nem deve transformar-se em processo

de viver à custa do ex-marido. O trabalho é obrigação social e o

desenvolvimento nacional se assenta na valorização do trabalho como 20 *"O art. 404 do Código Civil, ao considerar irrenunciável o direito a alimentos, faz referência à pretensão entre parentes, e não entre cônjuges; portanto, menos ainda à* (*sic*) *parceiros de uma união estável. Também a Súmula 379/STF, consagrando a irrenunciabilidade dos alimentos na separação judicial, vem sofrendo crescente oposição na jurisprudência e na doutrina"* (Rainer

Czajkowski, ob. cit., p. 134).

"Invocar a regra de que os alimentos são irrenunciáveis me parece gra ve erronia, pois marido e mulher não são parentes e os mencionados nos arts. 396 e s. do Código Civil são devidos por força do parentesco. Em suma, e sempre no campo puramente científico, poder-se-ia afirmar que a mulher pode, de maneira irrevogável e irretratável, renunciar a alimentos, por ocasião de seu desquite amigável" (Sílvio Rodrigues, Direito Civil... cit., p. 209).

21 Márcio Pinheiro Dantas Motta, ob. cit., p. 3. A propósito se manifesta Eduardo de Oliveira Leite:

"Ou seja, a contrário sensu, se a pessoa pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, não há que se falar em alimentos. Não é possível vingar a pretensão de uma mulher que vive em contínua inoperosidade. Também não é justo que, desmotivada pela sua nulidade e falta de ação, vegete acintosamente à sombra do sucesso e das conquistas do marido que luta e, com o resultado correto de seu trabalho galga posição privilegiada na atividade profissional.

Nunca é demais lembrar que os alimentos não foram instituídos para fomentar a ociosidade e, muito menos em se tratando de mulher jovem, saudável e capaz de desenvolver atividade profissional" (Eduardo de Oliveira Leite, Dos Limites da Pensão Alimentícia, O Diário do Norte do Paraná, 03.03.93, p. 2).

"O que não se pode admitir (embora muitas mulheres já o tenham tentado) é que sendo jovem, saudável e apta ao trabalho, prefira o parasitismo imoral ao trabalho libertador e dignificante" (Eduardo de Oliveira Leite, Os Alimentos da Cônjuge Mulher, O Diário do Norte do Paraná, 24.03.93, p. 2).

Tamb ém Gilson Fonseca e José João Calanzani:

"Os alimentos não se podem erigir em fonte de inércia e nociva desocupação. Se a mulher desistiu da pensão e pode trabalhar, não tem direito à pensão" (Gilson Fonseca e José João Calanzani, ob. cit., p. 77/78).

condição da dignidade humana (CF, art. 160, II). É indispensável

incentivar a cada um diligenciar para que viva independente e com o seu próprio esforço, contribuindo com o seu trabalho para a grandeza do País” 22.

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

“Penso que alimentos não se podem erigir em fonte de

inércia e nociva desocupação. Os autos demonstram que a autora pode trabalhar. Conta, no mínimo, com seus pais para sobreviver. Não é justo sobrecarregar ainda mais o ex-marido” 23.

Argumentar-se-ia com o fato de que a solução legal poderia levar pessoas a situações de penúria, por terem renunciado aos alimentos por ocasião do desquite (ou, mais corretamente, não criado a obrigação alimentar), ficando depois sem condições de se manter.

A tais considerações (nada jurídicas, por sinal) respondemos com dois

argumentos: primeiramente, o art. 34, § 2º., da Lei do Divórcio, dá ao Juiz a faculdade de recusar a homologação do acordo quando verificar que este é prejudicial a uma das partes.

22 Domingos Sávio Brandão Lima, Alimentos do Cônjuge na Separação Judicial e no Divórcio, RF 282/493. O autor, mais adiante, citando trecho de sua obra Desquite Amigável - Doutrina-Legislação e Jurisprudência (ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1972, p.

268/269), exp lica o que entende por esta casta de parasitas do vínculo matrimonial:

“São aquelas que, desquitadas por mútuo dissenso, se possuíam bens ou os receberam pela partilha, deixaram perecê-los, esbanjaram ou os dissiparam; se exerciam antes e durante o consórcio uma profissão lucrativa, abandonaram-na após o desquite; se, durante o casamento, faziam os afazeres domésticos e colaboravam efetivamente para o êxito conjugal, agora, não mais querem fazê-los; se, ao ensejo do desquite amigável, concordaram em não pactuar alimentos ou transigiram para evitar o escândalo, enchem-se de esperanças porque o nosso mais Alto Pretório invalida sua vontade, livremente manifestada, reconhece sua pobreza e honestidade, inexistentes após a consumação do

desquite consensual, para obrigar o seu antigo marido a pensioná-la até os últimos dias, como se ele fosse o único culpado pela separação consensual” (Domingos Sávio Brandão Lima, ob. cit., RF 282/494).

23 TJDF - 2ª. Turma - Ap. Cív. nº. 17.970 - Rel. Des. Maria Thereza Braga - IOB, 88, v. 3819 - no corpo do acórdão.

9

Em segundo lugar, em penúria está considerável parte da população

brasileira, abaixo da linha de pobreza, vivendo nas ruas das grandes cidades mendigando o pão. Nunca se imaginou uma solução para instituir um crédito alimentar para estas pessoas, obrigando outras mais afortunadas que com elas não têm qualquer vínculo jurídico. Pois bem, ex-cônjuges (separados ou divorciados) também não têm qualquer vínculo jurídico24, pelo que não há qualquer razão para esta solução absolutamente à margem da lei.

Expressiva, a propósito, a lição de Pontes de Miranda:

“Tem-se procurado estabelecer confusão entre o dever de

alimentos, que se regula nos arts. 396-405, e o dever de alimentos entre cônjuges. O marido e a mulher não foram incluídos nos arts. 396-398. O

direito matrimonial é que rege os alimentos entre cônjuges. Não, o direito parental. O 2º. Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 8 de setembro de 1949 (R. dos T., 182, 691), advertiu no que expuséramos desde 1917. A sua interpretação dos arts. 397 e 398 está certa: ‘Podem os parentes - são as palavras da lei. Os artigos imediatos apontam quais são esses parentes, ascendentes e descendentes, art. 397, e irmãos, assim germanos como colaterais - art. 398. Além de tais pessoas, não subsiste a obrigação alimentar. ***A regra é cada qual viver à sua***

custa*. Por exceção, em casos especiais, comete-se aos parentes o encargo.*

Não permite a matéria, entretanto, por ser de direito estrito,

interpretações analógicas ou extensivas. Cônjuge não é parente. É

companheiro, sócio, enquanto perdura a sociedade conjugal. Dissolvida que seja, torna-se um estranho, apenas impedido de casar, por motivos de ordem pública. Não seria justo, aliás, constranger um deles, após o 24 Não se argumente com a permanência do vínculo conjugal após a dissolução da sociedade conjugal pela separação pois aquele vínculo, na prática, apenas impede a contratação de novo matrimônio pelos cônjuges, não mais subsistindo qualquer dever do casamento (vide, a propósito, a nota de rodapé nº. 7, supra).

10

desquite por mútua vontade, a sustentar o outro. Terminando o desquite a sociedade conjugal, extinguem-se esses deveres, salvo quanto ao último,

'sustento, guarda e educação dos filhos', que persiste por especial determinação da lei (art. 381). Ora, se por força do desquite

desaparecem as vantagens do casamento, tais como a assistência mútua, a vida em comum, lógico é que se ponha fim também aos ônus, entre os quais sobreleva o de manutenção da esposa'" 25.

A criação pretoriana já se justificou em tempos passados, pela

hipossuficiência econômica da mulher. Nos dias atuais26, em que a mulher conquistou a igualdade de direitos com o homem, não só formalmente, como decorrência dos arts. 5º., I, e 226, § 5º., ambos da Constituição Federal, mas também de fato, com sua independência financeira e laboral27, não mais se justifica defender tal posição ao arrepio da lei. Afinal, não mais se pode falar em alimentos entre cônjuges como *officium pietatis*, como ocorria no direito romano28.

25 Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Tomo VIII, 3ª. ed., ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1971, p. 209 (grifo nosso). A nosso ver, há equívoco do autor quando alude à permanência do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, com base no art. 381 do Código Civil. Esse dever **do casamento**, como já dissemos também se extingue com a separação; o dever que permanece com base no referido art. 381 é dever dos pais para com os filhos, que não se confunde com o dever entre os cônjuges. A propósito, discorremos mais longamente em nosso já citado Separação e Divórcio - Teoria e Prática, ed.

Juruá, Curitiba, 1998, no item 15.3.7.

26 *"Todas as mulheres modernas e emancipadas, mesmo tendo filhos, orgulham-se, com razão, de desempenhar uma atividade profissional que lhes garanta autonomia, independência e condições de sobrevivência.*

A desculpa - constantemente veiculada em ações de separação - de que não podem trabalhar porque precisam cuidar dos filhos não mais vinga e não tem sido aceita pela torrencial jurisprudência brasileira" (Eduardo de Oliveira Leite, Dos Limites da Pensão Alimentícia, O Diário do Norte do Paraná, 03.03.93, p. 2).

27 *"O que se pergunta neste momento é: será que a manifesta desigualdade existente nas relações de direito do trabalho, por exemplo, ainda existe nas relações entre homens e mulheres, de modo a legitimar, por parte do Estado, uma intervenção compensatória? A resposta negativa se impõe e, em decorrência dela toda a construção legislativa em benefício da mulher, pelo simples fato de ser mulher e partindo da premissa de sua menor capacidade, não mais subsiste"* (grifo no original) (Márcio Pinheiro Dantas Motta, ob. cit., p. 3).

11

E já se prega não ter a disposição da Súmula 379 do Supremo Tribunal

Federal sido recepcionada pela Constituição Federal29.

Mas ainda que se aceite a orientação da Súmula, somente por ação ordinária se poderá pleitear os alimentos de que se desistiu por ocasião da separação consensual, não sendo cabível a ação de alimentos prevista na Lei 5478/6830.

28 Cf. Áurea Pimentel Pereira, Divórcio e Separação Judicial, 3ª. ed., ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1989, p. 79.

29 *"ALIMENTOS - Obrigação alimentar - Ex-mulher - Dispensa quando da separação consensual, por ter recebido bens, ter emprego e meios de subsistência - Irretratabilidade e irrevogabilidade, em face da inexistência de parentesco ou de previsão em contrário no acordo - Insubsistência da Súmula n. 379 do Supremo Tribunal Federal, em face do artigo 5º., inciso I, da*

Constituição da República” (TJSP - 3ª. Câm. Cív. - Ap. Cív. nº. 135.995-1 - Rel. Des. Silvério Ribeiro - RJTJSP 134/28).

“Ante o reconhecimento da igualdade entre os sexos, previsto nos arts. 5º., I e 226, § 5º. da CF, que importa inclusive no desaparecimento da obrigação alimentar exclusiva a cargo de um dos cônjuges - observado, contudo, obrigatoriamente o dever de mútua assistência (art. 231, I do CC), fundamento legal da referida obrigação entre marido e mulher -, natural que na hipótese de separação consensual qualquer deles possa também renunciar aos alimentos. O art. 404 do CC, que prescreve a irrenunciabilidade, é regra que, pela sua própria colocação na lei, se aplica aos alimentos devidos por efeito de parentesco. E, conforme entendimento pacífico, cônjuges não são parentes. Portanto a Súmula 379 do STF, não mais se coaduna com aludido princípio da igualdade” (TJSP - 3ª. Câm. Cív. - Ap. Cív. nº. 202.327-1/9 - Rel. Des. Gonzaga Franceschini

- RT 704/114).

“Alimentos. Pensão que cessou há mais de cinco anos por acordo dos cônjuges homologado por sentença. Mulher jovem, sadia, apta para o trabalho, com profissão definida e que sempre trabalhou antes e depois do casamento; reside em companhia dos pais, pessoas bem situadas financeiramente. Com a Lei do Divórcio e em especial com o disposto no art. 226,

§ 5º. da Constituição Federal, o art. 233 do Código Civil há de receber interpretação à luz da igualdade alcançada pelo mundo feminino. Desapareceu a figura do chefe da sociedade conjugal, inexiste o poder marital, emergindo o dever da mulher de trabalhar. O direito a alimentos insere-se entre os direitos estabelecidos ‘intuitu personae’. Não demonstrada a necessidade, compreendendo sustento, abrigo e vestuário, julga-se improcedente o pedido” (TJRJ - 1ª. Câm. Cív. - Ap. Cív. nº.

1826/91 - Rel. Des. Pedro Américo Rios Gonçalves - IOB, 92, v. 7040).

30 *“Mas a ação de alimentos regida pela Lei 5.478/68 não propicia o expediente processual adequado para pedir alimentos por quem deles desistiu na separação consensual: o cônjuge que, no desquite ou na separação amigável, renunciou aos alimentos, desde que admitida a possibilidade de reclamá -los*

ulteriormente, terá de fazê-lo através de ação ordinária, pois a concessão da pensão alimentícia, no caso, implica também a modificação ou desconstituição de cláusula do acordo homologado, enquanto a ação de rito sumário da Lei 5.478/68 destina-se àqueles casos em que se presume, de logo, o direito à percepção de alimentos, quer em face da relação de parentesco, quer pelo título de que dispõe o reclamante" (Yussef Said Cahali, Divórcio e Separação, 8ª. ed., ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 273).

"A ação de desconstituição de cláusula de separação consensual deve desenvolver-se em procedimento ordinário" (TJMG -

3ª. Câm. Cív. - Ap. Cív. nº. 68.832 - Rel. Des. Mílton Fernandes - RT 612/177).

"Deve ser processada pelo rito ordinário a pretensão a alimentos manifestada pelo cônjuge que, em desquite consensual, desistiu do exercício de tal pretensão, pois a concessão de pensão alimentícia, nessa hipótese, implica também a modificação da cláusula do acordo de separação judicial. A ação sob rito sumário da Lei 5.478/68 destina-se àqueles casos em que se presume, de logo, o direito à percepção de alimentos, quer face à relação de parentesco, quer pelo título de que dispõe o pleiteante" (TJRS - 1ª. Câm. Cív. - AI nº. 32.700 - Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro - RT 535/161).

12

Havendo, no entanto, apenas dispensa temporária aos alimentos, cabível será a ação de alimentos31.

E em hipótese alguma se poderá aplicar a disposição sumular a ex-cônjuges divorciados, como pretendeu Pedro Sampaio 32 e como decidiu certa feita o Supremo Tribunal Federal33. Isto porque o divórcio põe fim a todos os liames entre os cônjuges que ainda poderiam se admitir coexistir após a separação, restando os ex-cônjuges como verdadeiros estranhos34.

31 *"...É que, segundo temos entendido, a* ***dispensa da pensão****, pelo caráter temporário e eventual que a remarca, não se confunde com a* ***renúncia de pensão****, não se sujeitando, portanto, às restrições contrárias à Súmula 379 (Yussef Said Cahali,*

***Divórcio e Separação**, n. 38, p. 139; **Dos Alimentos**, p. 225). E, tratando-se de simples dispensa temporária, que representa um **minus** com relação à pensão irrisória convencionada, não se exige, para reclamá -la, o ajuizamento de ação ordinária, pois não tende à desconstituição de cláusula do acordo; bastaria, no caso, a simples ação revisional, pois se equiparam as situações de quem nada está recebendo em virtude da dispensa temporária (pensão igual a **zero**) e de quem está recebendo uma pensão insuficiente"* (grifos no original) (TJSP - 3ª. Câm. Cív. - Ap. Cív. nº. 71.633-1 - Rel. Des. Yussef Cahali - RT 612/63 -

no corpo do acórdão).

32 *"...os alimentos são irrenunciáveis, nos termos do artigo 404 do Código Civil, confirmados pela Súmula nº. 379 do Supremo Tribunal Federal, que tem o seguinte teor: '...'. Esta Súmula aplica-se, também, à separação judicial e ao divórcio"* (Pedro Sampaio, Divórcio e Separação Judicial, 3ª. ed., ed. Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 146).

33 *"...Embora tenha havido renúncia a pensão alimentar pela mulher, na ocasião da separação judicial, é possível possa ela futuramente obtê-la se da prova dos autos resulta dela necessitar, já assim ocorrendo quando da separação. E pode pleiteá-*

la, embora já divorciada, pois a perda do direito a alimentos - se deles precisava - somente se dá no caso de novo casamento ou passando a levar vida irregular (art. 29 da Lei 6515/77)" (STF - 2ª. Turma - RE nº. 106.093 - Rel. Min. Aldir Passarinho - DJ

14.11.86, p. 22.151).

34 *"Com efeito, da ambigüidade dos textos aplicáveis subsidiariamente (art. 1.120 e §§ do CPC, e art. 40, § 2º., II, da Lei do Divórcio), não se permite afirmar que seja aproveitável, no plano do divórcio consensual, aquela jurisprudência formada em torno do direito da mulher aos alimentos no desquite amigável, e que culminara com a edição da Súmula 379, do STF, a que nem sempre se submetem os tribunais locais. E isto por dois motivos: Primeiro, porque se formara toda ela em torno dos arts.*

231, III, e 233, IV, ambos do Código Civil, deduzindo a manutenção do dever de

alimentos enquanto subsistente o vínculo matrimonial, pois este restava incólume com o desquite, dissolutório apenas da sociedade conjugal, e passível de se desconstituir o desquite mediante a reconciliação do casal. Segundo, porque a nova Lei 6.515/77, no que tanto e inconseqüentemente extravasou os limites da disciplina do divórcio, não alterou o art. 396 do CC. Ora, com o divórcio dissolve-se o casamento válido; deixa de existir o estado conjugal; não mais subsiste a condição recíproca de marido e mulher, liberados ambos para novas núpcias; inadmissível a reconciliação como é deferida aos desquitados ou separados judicialmente (art. 46), pois 'se os cônjuges divorciados quiseram (*rectius*: quiserem) *restabelecer a união conjugal, só poderão fazê-lo mediante novo casamento' (art. 33). Daí concluir-se que, na conversão consensual da separação em divórcio, os antigos cônjuges podem ajustar a renúncia ou dispensa dos alimentos pelo ex-marido à ex-mulher, e reciprocamente"* (retificamos no parêntese) (Yussef Said Cahali, ob. cit., p. 1401). O texto transcrito foi repetido pelo autor, com pequenas alterações, na página 1420 da mesma obra.

"Divórcio consensual. Ação de alimentos. Homologado divórcio consensual em que varão restou desobrigado de prestar alimentos à mulher, carece esta de ação para, posteriormente, dele pleitear alimentos. Inaplicabilidade, em casos tais de divórcio, da Súmula 379. Os direitos e deveres entre cônjuges divorciados decorrentes do anterior casamento só subsistem por exceção, como resíduos da relação conjugal que deixou de existir" (TJRS - 1ª. Câm. Cív. - Ap. Cív. nº. 40.105 - Rel. Des.

Athos Gusmão Carneiro - RT 574/200).

13

Ficou claro, pelo até aqui exposto, ser perfeitamente admissível a renúncia a alimentos na separação consensual e no divórcio consensual, o que é, como vimos, praticamente pacífico na doutrina.

Mas vamos além: se não houve sequer renúncia, mas também não houve

criação de obrigação alimentar entre os cônjuges, não pode nenhum deles pretender obter alimentos do outro posteriormente (salvo, naturalmente, por acordo posterior, hipótese que, conforme já nos referimos, é rara), embora

contrária seja a opinião de Yussef Said Cahali35. Esta tese, com outras palavras, foi afirmada em magnífico acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatado pelo Desembargador Adroaldo Furtado Fabrício:

"Extinguindo o divórcio o vínculo jurídico do qual emana

o dever de mútua assistência, carece de ação de alimentos a mulher divorciada que os não teve estipulados mediante acordo, seja quando do desquite, seja ao momento da conversão em divórcio. Só

excepcionalmente, como resíduo da relação conjugal extinta, pode

subsistir obrigação alimentar entre os ex-cônjuges. Não se aplica a Súmula n. 379 do STF, até mesmo porque não se cuida exatamente de

renúncia, mas de extinção do vínculo jurídico onde se enraizava o direito a alimentos" 36.

Também o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu neste sentido: 35 *"...tal omissão não significa mais do que uma simples dispensa momentânea, dela não se podendo deduzir, de forma alguma, uma pretensa renúncia implícita do direito a alimentos. ...Assim entendida a omissão, portanto, nada obsta à homologação do acordo, eis que remanesce incólume o direito dos cônjuges de se reclamarem reciprocamente alimentos no futuro, ainda que formalmente não tivesse sido observado o preceito do art. 1.121, IV, do CPC"* (Yussef Said Cahali, ob. cit., p. 248/249).

36 TJRS - 3ª. Câm. Cív. - Ap. Cív. nº. 583044607 - Rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício - RJTJRS 105/370.

"Não faz jus a alimentos o cônjuge mulher que no desquite

amigável e na conversão deste em divórcio, nada convencionou a

respeito" 37.

Como já afirmamos, o dever de mútua assistência, assim como todos os

deveres do casamento, cessam com a separação judicial. A partir daí pode haver obrigação alimentar, nas hipóteses já mencionadas (por lei, pela vontade das partes ou por ato ilícito). Não tendo sido estipulada esta obrigação no acordo, não se pode, posteriormente, pretender criá-la (salvo a já mencionada hipótese de acordo posterior).

Não há, sequer, que se falar em renúncia a alimentos, já que direito a eles não existia anteriormente; o que existia era direito à mútua assistência, que cessou com a separação.

Cabe lembrar que a obrigação de fornecer alimentos é de caráter

excepcional38. Como tal, deve ser interpretada restritivamente39.

Nada impede, no entanto, que se crie a obrigação no acordo da separação e que esta não seja exercitada. Assim, *v.g.* , se fica estipulado no acordo que o marido ficará obrigado a alimentar a mulher quando ela vier a necessitar, poderá esta, ocorrendo a efetiva necessidade, compelir seu ex-consorte a pagar-lhe pensão em qualquer época, já que a 37 TJRJ - 2ª. Câm. Cív. - AC 012.426 - Rel. Des. Wellington Pimentel - *apud* José Abreu, ob. cit., p. 230.

38 *"Consideram-se excepcionais, quer estejam insertas em repositórios de Direito Comum, quer se achem nos de Direito Especial, as disposições: ...c) impõem ônus ou encargos, como, por exemplo, a obrigação atribuída a um de fornecer alimentos a outro"* (Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito, 10ª. ed., ed. Forense, Rio de Janeiro, 1988, p.

229/230).

39 *"As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente"* (Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 227).

obrigação foi criada quando do acordo da separação40. Mister se faz, portanto, distinguir a obrigação alimentar da fixação de pensão alimentícia; esta pressupõe a existência daquela.

Conclui-se, portanto, que, não tendo sido criada a obrigação alimentar no acordo de separação ou posteriormente, não pode um cônjuge exigir do outro pensão alimentícia.

40 *"Se a mulher renunciou aos alimentos na separação consensual e esta foi convertida em divórcio, não pode ajuizar ação de modificação de cláusula constante da separação,* ***salvo se, na conversão, tiver sido resguardado eventual direito seu ao***

pensionamento" (grifo nosso) (Gilson Fonseca e José João Calanzani, ob. cit., p. 28). Note-se a impropriedade dos autores em se referir a renúncia da mulher na separação consensual. Se ficou *"resguardado eventual direito seu ao pensionamento"* , como afirmam os autores, é sinal que não houve renúncia. As duas coisas se contradizem.

Document Outline

- Capa
- RENUNCIABILIDADE DA PENS�O ALIMENT�CIA ENTRE C�NJUGES