

A validade da renúncia à pensão alimentícia entre cônjuges na separação e no divórcio

Inacio de Carvalho Neto

Sumário: 1. Intróito: precedente. 2. Renunciabilidade da pensão: o desacerto da Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal. 3. Não criação da obrigação alimentar. 4. Argumento contrário e sua refutação. 5. Exceção introduzida pelo novo Código Civil. 6. Conclusões. 7. Referências Bibliográficas

1. Intróito: precedente.

O objetivo do presente texto é dissertar sobre a validade da cláusula de renúncia à pensão alimentícia entre cônjuges na separação e no divórcio. Parte-se de recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça¹, que expressamente acolheu a tese que vamos aqui enunciar, para estabelecer as premissas que vão nos permitir afirmar a validade da cláusula de renúncia à pensão alimentícia entre cônjuges, seja na separação judicial, seja no divórcio direto.

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 foi aplicação, aos alimentos fixados entre ex-côn-

¹ **Acórdão-base:** “Direito civil e processual civil. Família. Recurso especial. Separação judicial. Acordo homologado. Cláusula de renúncia a alimentos. Posterior ajuizamento de ação de alimentos por ex-cônjuge. Carência de ação. Ilegitimidade ativa. A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo. Deve ser reconhecida a carência da ação, por ilegitimidade ativa do ex-cônjuge para postular em juízo o que anteriormente renunciara expressamente. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 701902-SP, relator ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, STJ, j. 15/09/05. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 07 fev.de 2006).

juges, do disposto no art. 404 do Código Civil de 1916², que foi repetido, com redação um pouco diversa, no art. 1.707 do novo Código³. A jurisprudência, em regra, tem sufragado a tese do Supremo Tribunal Federal esposada na Súmula⁴.

Posteriormente à edição da Súmula, em julgamento de Recurso Extraordinário em que a questão foi longamente debatida, inclusive tendo sido proposta a revogação da Súmula⁵ (o que não chegou a ser acatado), 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 contrário, possí-

2 “Art. 404 — Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos”.

3 “Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

4 Vide, exemplificativamente, os seguintes acórdãos: “A mulher divorciada pode requerer pensão alimentícia em juízo mesmo que a ela tenha renunciado em divórcio consensual” (TJSP — 1ª. Câ. Cív. — Ap. Cív. nº. 50.207-1 — Rel. Des. Luís de Macedo. *Apud* ABREU, José. *O divórcio no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 230). “Na sistemática legal vigente, a dispensa 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. Câ. Cív. — Ap. Cív. nº. 119.718-1 — Rel. Des. Manoel Carlos — RT 659/72).

5 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. **Propo-nho 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).

vel seria a renúncia⁶. Este entendimento foi recentemente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdãos que entendemos conveniente transcrever:

“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 pela convenção, já no casamento, o dever de alimentos cessa, cessada a convivência dos cônjuges”⁷.

“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”⁸.

6 Eis o teor do acórdão em questão: “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 nº. 85.019-SP — Rel. Min. Rodrigues de Alekmin — RTJ 85/208). Em julgamento posterior, ratificando este posicionamento, 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).

7 STJ — 3ª. Turma — REsp. nº. 19.453-RJ — Rel. Min. Waldemar Zveiter — RSTJ 47/241.

8 STJ — 3ª. Turma — Resp. nº. 9.286-RJ — Rel. Min. Eduardo Ribeiro — RSTJ 29/447. Neste caso, o casal se separou em julho de 1990, ocasião em que a mulher renunciou à pensão alimentícia. Quase oito anos depois, entrou ela com um processo requerendo o pagamento da pensão. A recorrente alegou que, após o divórcio, estando desempregada, passou a depender do pai. Com o falecimento do genitor, passou a contar com o auxílio econômico dos irmãos, mas ainda estaria passando por dificuldades, motivo que a levou a entrar com o processo. Destacou ela, ainda,

Observe-se que, até aqui, admitia-se a renúncia aos alimentos apenas quando a mulher possuísse bens ou rendas que lhe garantissem a subsistência.

2. Renunciabilidade da pensão: o desacerto da Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal.

A doutrina amplamente majoritária afirma não se justificar a disposição sumular, nem mesmo com a mencionada explicitação posterior⁹.

que o marido teria plenas condições de pagar a pensão, pois estaria recebendo, como servidor público aposentado, cerca de R\$ 8 mil por mês. O ex-marido contestou o pedido da ex-mulher. Em sua defesa, enfatizou que, quando da separação, a mulher abriu mão da guarda dos filhos, que estariam sendo sustentados por ele; que a ex-mulher possui residência própria, os rendimentos de um apartamento que aluga, e ainda teria feito, recentemente, uma viagem para a Europa. Segundo o ex-marido, ela não teria demonstrado que necessitava da pensão, mesmo porque não é idosa, doente ou impossibilitada para o trabalho, tendo, inclusive, deixado seu emprego no Tribunal de Justiça do Mato Grosso. O Juízo de primeiro grau rejeitou o pedido de pensão afirmando que ela não teria comprovado sua necessidade e com o divórcio teria desaparecido o dever da mútua assistência. A ex-mulher apelou, tendo seu pedido acolhido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, que determinou ao ex-marido o pagamento de uma pensão no valor de 10% dos seus vencimentos. Indignado, recorreu ele ao STJ alegando que a “irrenunciabilidade aos alimentos não abrangeria a ex-cônjuge”, que não poderia ser considerado como um parente. O relator do processo, ministro Cesar Asfor Rocha, acolheu o recurso restabelecendo a sentença que rejeitou o pedido de pensão. O ministro lembrou que “cônjuge não é parente” e que a obrigação alimentar que existe entre marido e mulher vem do dever de mútua assistência, “que cessa com a separação ou o divórcio, salvo nos casos em que a lei expressamente excepciona”. Cesar Rocha lembrou também que, quando da separação consensual, “não raramente um cônjuge abre mão de determinado bem em favor do outro, exatamente para se livrar do encargo alimentar definitivamente”. Por isso, segundo o relator, não seria compreensível que, após algum tempo, tivesse que arcar com os valores dos quais teria se livrado. Para Cesar Rocha, se o cônjuge não tivesse a garantia de que o culpado jamais poderia “renunciar à renúncia ao pensionamento”, certamente não iria aceitar a conversão da separação litigiosa em consensual, “pelo risco que correria de, a qualquer momento, se tornar devedor do encargo”.

9 Cite-se alguns exemplos: “A meu ver a tese contida na Súmula do Pretório Ex-

É preciso, primeiramente, ter-se em mente que o dever de mútua assistência, assim como todos os deveres do casamento, cessam com a separação judicial. Posto que o art. 1.576, *caput*, do novo Código, que repetiu o art. 3º. da Lei do Divórcio, só se refira expressamente aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca, também o dever de mútua assistência, o dever de respeito e consideração mútuos e 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 separação¹⁰. A omissão legal tinha razão de ser em

celso não se justifica dentro do direito brasileiro vigente, pois os alimentos devidos à mulher não são da mesma natureza que os devidos aos parentes” (RODRIGUES, Silvio. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 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” (ALMADA, Ney de Mello. *Direito de família*. São Paulo: Brasiliense, s.d., v. 1, p. 374). “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” (FONSECA, Gilson; CALANZANI, José João. *Lei do Divórcio anotada*. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 83). “Conseqüentemente, de acordo com a melhor doutrina, a IRRENUNCIABILIDADE do direito de pleitear alimentos, inserida no corpo do art. 404 cit. [do CC/1916; art. 1.707 do NCC], 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” (LEANDRO, Waldemar. *Prática do divórcio*. São Paulo: Leud, 1979, p. 75). Até mesmo a jurisprudência, eventualmente, concorda com este entendimento, como se vê deste exemplo: “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* ABREU, José. *Op. cit.*, p. 232).

10 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 redarguir que o dever de socorro se entrelaça aos demais

virtude do disposto no art. 26 da Lei do Divórcio, que, impropriamente, mantinha o “dever de assistência” entre cônjuges divorciados. Na verdade, pode haver sim uma obrigação alimentar entre eles, mas não dever de assistência, que se encerra com o fim da sociedade conjugal¹¹. Com efeito, durante o casamento,

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” (ALMADA, Ney de Mello. *Op. 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” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 6, 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 1916; art. 1.566, inc. I, do NCC]); de manterem vida em comum no domicílio conjugal (art. 231, II [do CC/1916; art. 1.566, inc. II, do NCC]); de finalmente assistirem-se mutuamente, obrigação imposta pelo art. 231, III [do CC/1916; art. 1.566, inc. III, do NCC]” (ABREU, José. *Op. 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” (BRUNO, Maurizio. *Separazione e divorzio*. 2. ed. Roma: Buffetti, 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 LEITE, Eduardo de Oliveira, *Síntese de direito civil: direito de família*. Curitiba: JM, 1997, p. 281, entendida *a contrario sensu*, quando afirma que “enquanto perdura o processo judicial de separação, perduram as obrigações decorrentes do casamento”.

11 CZAJKOWSKI, Rainer, *União livre*. Curitiba: Juruá, 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” (CZAJKOWSKI, Rainer.

estabelece o art. 1.566, inc. III, do Código Civil que é dever dos cônjuges a mútua assistência. Cessado, no entanto, o casamento pela separação judicial, cessa tal dever, não havendo, assim, disposição legal a manter tal obrigação¹².

Os alimentos, como obrigação que são¹³, só podem se constituir em virtude de lei, da vontade das partes (por contrato ou por ato unilateral) ou de ato ilícito. Descartada a última hipótese (ato ilícito), que não tem aplicação aqui, deve-se observar, primeiramente, que cônjuges não são parentes¹⁴, não tendo aplicação as

Op. cit., p. 135). E MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas (*O divórcio e os alimentos face à nova ordem constitucional. In: APMP Revista*. Paraná: Associação Paulista do Ministério Público, fev./1997, 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 MIRANDA, Darcy Arruda, *A lei do divórcio interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 223 e GOMES, Orlando, *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 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)”. 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. O Projeto de Lei do Divórcio de Milton Steinbruch, anterior à Lei nº. 6.515/77, pretendeu deixar clara a possibilidade de renúncia aos alimentos (Cf. RODRIGUES, Sílvio. *O divórcio... cit.*, p. 48).

12 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*”.

13 A propósito da obrigação alimentar, vide CARVALHO NETO, Inacio de, *Separação e divórcio: teoria e prática*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2005, item 15.2, p. 385-386.

14 Vide, a propósito, a seguinte decisão do TJMG: “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 —

disposições específicas do Código Civil relativas aos alimentos entre parentes, não havendo, assim, disposição legal (ressalvados os arts. 1.702 e 1.704 da Lei do Divórcio, sobre os quais se falará adiante) que determine que um dos cônjuges preste alimentos ao outro após a separação judicial¹⁵.

Quanto à referência à lei, contudo, é preciso esclarecer: a rigor, a lei é fonte mediata¹⁶ de todas as obrigações, pois sem que a lei dissesse (ainda que implicitamente¹⁷) que as convenções devem ser cumpridas, não se teria verdadeira obrigação. Mas quando se arrola a lei como fonte da obrigação, está-se emprestando-lhe um significado especial, arrolando-a como uma fonte imediata da

3ª. Câ. Cív. — Ap. Cív. n.º. 68.832 — Rel. Des. Milton Fernandes — RT 612/177).

15 Convém mencionar, a propósito, o seguinte acórdão do STJ: “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 Autores há, como DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 44, que entendem ser a lei a fonte **imediate** de todas as obrigações. Com ela concorda TARTUCE, Flávio, *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2005, v. 2, p. 33-34. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo curso de direito civil: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 27), embora não digam expressamente ser a lei fonte **imediate**, chamam as demais fontes de **mediatas**. Mas, *data venia*, não lhes assiste razão. A vontade humana ou o ato ilícito é que têm a característica de fonte imediata, estando a lei mediatamente dando suporte jurídico à obrigação. Chega-se mesmo a ver certa contradição nos autores que assim falam, pois reconhecem que “entre a lei e os seus efeitos obrigacionais (os direitos e obrigações decorrentes) existirá um fato jurídico (o contrato, o ato ilícito etc.), que concretize o suposto normativo” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 24). Bem por isso PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2, p. 36, fala que “remotamente, é verdade, todas as obrigações nascem da lei, pois que é esta a fonte primária dos direitos; mesmo no campo contratual, não haveria a força jurídica da manifestação volitiva se não fosse o poder obrigatório que a lei lhe reconhece”.

17 O Código de Napoleão é expresso em dizer que o contrato é lei entre as partes. Nossa lei, posto que não tenha disposição semelhante, dá força às convenções na medida em que estabelece sanções para o descumprimento do pactuado.

obrigação, eis que estará ela diretamente, e não mais mediata-mente, criando a obrigação. Ainda assim, não se dispensa a ocorrência de um fato jurídico que se ponha entre a lei e a obrigação. Assim, v.g., a obrigação alimentar fundada no parentesco, que tem por fonte imediata a lei, depende da ocorrência do parentesco (fato jurídico)¹⁸. Ou seja, em verdade é impróprio dizer-se que

18 Nesse sentido, GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 26; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito... cit.*, v. 2, p. 65. Neste sentido, ainda, com muita propriedade, escreve MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 2, p. 31: “Note-se que, aqui, a palavra *lex* (lei) não se aplica (vide nº 199) na acepção de norma jurídica que dá eficácia ao *vinculum iuris*, requisito da obrigação, mas, sim, como *fonte de obrigação no sentido de fato jurídico que dá nascimento a relações obrigacionais*. Como explicar esse duplo emprego no termo *lex*, como fonte imediata de obrigações, os textos romanos e os autores modernos designam, em realidade, fatos jurídicos que não se enquadram em nenhuma das fontes típicas das obrigações, e dos quais, ainda que não intervenha ato de quem ficará obrigado, mas por força exclusivamente da lei, resultam obrigações. A designação, sem dúvida, é imprópria, pois, como já vimos, a lei é fonte mediata de qualquer obrigação, quer resulte ela imediatamente de um contrato, quer de um desses fatos jurídicos atípicos. Por que, então, na primeira hipótese, se diz que a fonte da obrigação (no sentido de *causa obligationum*, fonte imediata) é um contrato, e, na segunda, ao invés de se dizer que é ela o fato jurídico, salienta-se que é a lei? A explicação, que serve tanto para o direito romano quanto para o direito moderno, é esta: não tendo o legislador encontrado uma denominação específica para esses fatos jurídicos atípicos, de que decorrem obrigações, enquadrou essas hipóteses numa categoria genérica sob a denominação de obrigações decorrentes da lei (*ex lege*), como se — o que é inexato nesses casos — a lei fosse, ao mesmo tempo, fonte imediata e mediata da obrigação. Um exemplo, para esclarecer melhor: das relações de vizinhança decorrem certas obrigações para os proprietários dos imóveis vizinhos, como a de reparar, em comum, o muro divisório; ora, ocorrido o simples fato da destruição parcial do muro, sem a intervenção da vontade dos vizinhos, surge para ambos, por força da lei, a obrigação de consertá-lo; e essa obrigação se enquadra entre as decorrentes da lei, em verdade, a lei é apenas sua fonte mediata, sendo o fato atípico (destruição parcial do muro) a fonte imediata”. Confira-se, ainda, a crítica do Professor Agnelo Amorim Filho ao Projeto de Lei nº. 3.264/65 (Código das Obrigações), sugerindo a seguinte redação ao art. 1º.: “A obrigação resulta de todo fato jurídico ao qual a lei atribua tal efeito” (Cf. versão publicada eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002, intitulado *Códigos Civis do Brasil: do Império à República*).

a lei é fonte imediata de obrigações. Nos casos em que assim se afirma, de fato, teremos determinados fatos jurídicos atuando como fonte imediata, fatos esses que não conseguimos enquadrar em uma determinada categoria (e daí ter GAIO acrescido a expressão “qualquer outra coisa” às fontes das obrigações), como ocorre na manifestação de vontade e no ato ilícito.

Restaria, assim, o acordo das partes. Se fica fixado no acordo de separação consensual, legítimo contrato entre partes capazes¹⁹, que um dos cônjuges dará determinada importância ao outro, mensalmente, a título de alimentos, cria-se, assim, a obrigação²⁰. 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 outro? 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 alimentos?

19 Neste sentido: “Tanto num caso, como em outro, trata-se de pensão alimentícia acordada, entre as partes, de natureza patrimonial, misto de direito assistencial e contratual”, PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 184.

20 Assim também entende MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas. *Op. cit.*, p. 3: “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 liberalidades devem ser respeitadas, incindindo (sic) assim, o princípio da ‘liberdade de contratar’, sempre limitado pelas noções de ordem pública e do bem comum”. O autor nos fornece esta lição referindo-se ao divórcio, mas ela nos afigura plenamente aplicável também à separação judicial, conforme enunciamos no início deste item e de acordo com a doutrina citada na nota de rodapé nº. , supra.

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 bêm na partilha. 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 acordo²¹.

Convém lembrar, a propósito, a regra do *caput* do art. 848: “Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta”. Não se pode negar que o acordo de separação consensual tem características muito assemelhadas à transação, não se lhe podendo recusar também o caráter indivisível que tem esta. Portanto, invalidada uma de suas cláusulas, força é concluir pela invalidação de todo o contrato. 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

21 Assim também entende RODRIGUES, Silvio, *Direito civil... cit.*, p. 208: “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, não concordaria em subscrever a petição de desquite; afinal, o desquite é um distrato que tira sua seiva da vontade das partes”. E a jurisprudência do TJMG é no mesmo sentido: “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. Câ. Cív. — Ap. Cív. nº. 68.832 — Rel. Des. Milton Fernandes — RT 612/177).

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”²².

Temos, portanto, por não aplicável o disposto no art. 1.707 do Código Civil à obrigação alimentar entre ex-cônjuges, sendo perfeitamente renunciáveis tais alimentos. Ressalve-se, entretanto, a hipótese de incapacidade do cônjuge credor, que o impede de renunciar aos alimentos (embora o fundamento não seja o art. 1.707), hipótese esta mais freqüente no caso de decretação da separação fundada no art. 1.572, § 2º., do Código Civil (separação por doença mental).

Com razão, pois, a doutrina critica a criação jurisprudencial esposada na Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal²³, 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

22 CRUZ, João Claudino de Oliveira e, *Alimentos, dos alimentos no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 254.

23 Vide, a propósito: “O art. 404 do Código Civil [de 1916; art. 1.707 do NCC], 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”, CZAJKOWSKI, Rainer. *Op. cit.*, p. 134. “Invocar a regra de que os alimentos são irrenunciáveis me parece grave erronia, pois marido e mulher não são parentes e os mencionados nos arts. 396 e s. do Código Civil [de 1916; arts. 1.694 e s. do NCC] 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 irretroatável, renunciar a alimentos, por ocasião de seu desquite amigável”, RODRIGUES, Silvio, *Direito civil... cit.*, p. 209).

mensal”²⁴. 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 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”²⁵.

24 MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas. *Op. cit.*, p. 3. A propósito se manifesta LEITE, Eduardo de Oliveira: “Ou seja, a contrário sensu, se a pessoa pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, 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”, LEITE, Eduardo de Oliveira. Dos limites da pensão alimentícia. In: *O Diário do Norte do Paraná*. Maringá, 03./mar./1993, 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”, LEITE, Eduardo de Oliveira. Os Alimentos da cônjuge mulher. In: *O Diário do Norte do Paraná*. Maringá, 24./mar./1993, p. 2. Também FONSECA, Gilson; CALANZANI, José João, *Op. cit.*, p. 77-78: “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”.

25 LIMA, Domingos Sávio Brandão. Alimentos do cônjuge na separação judicial e no divórcio. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 282, p. 493. O autor, mais adiante, *Op. cit.*, p. 494, citando trecho de sua obra *Desquite amigável: doutrina-legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 268-269, explica 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

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”²⁶.

Parece-nos, assim, desacertada a solução da Súmula nº. 379 do Supremo Tribunal Federal. Os alimentos entre ex-cônjuges são, em nosso entender, renunciáveis.

3. Não criação da obrigação alimentar.

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, em que pese a divergência jurisprudencial. 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)²⁷. Esta tese, com outras palavras, foi

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”.

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

27 Registre-se, contudo, opinião contrária de CAHALI, Yussef Said, *Divórcio e separação*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 248-249: “...tal omissão não significa mais do que uma simples dispensa momentânea, dela não se po-

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”²⁸.

Também o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu neste sentido, como se vê:

“Não faz jus a alimentos o cônjuge mulher que no desquite amigável e na conversão deste em divórcio, nada convencionou a respeito”²⁹.

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 manifestação de vontade ou por ato

dendo 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”.

28 TJRS — 3ª. Câ. Civ. — Ap. Civ. n.º 583044607 — Rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício — RJTJRS 105/370.

29 TJRJ — 2ª. Câ. Civ. — AC 012.426 — Rel. Des. Wellington Pimentel. *Apud* ABREU, José. *Op. cit.*, p. 230.

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 excepcional³⁰. Como tal, deve ser interpretada restritivamente³¹.

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 obrigação foi criada quando do acordo da separação. Mister se faz, portanto, distinguir a obrigação alimentar da fixação de pensão alimentícia; esta pressupõe a existência daquela, ou seja, só se pode falar em pensão alimentícia se houver obrigação alimentar, embora não haja pensão alimentícia sempre que exista obrigação alimentar.

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. Veremos em seguida que o novo Código Civil criou uma exceção a este princípio, mas não chegou a revogá-lo completamente.

30 Neste sentido: "Consideram-se excepcionais, quer estejam insertas em repatórios 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", MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 229-230.

31 Assim também entende MAXIMILIANO, Carlos, *Op. cit.*, p. 227: "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".

4. Argumento contrário e sua refutação.

Argumenta-se, por vezes, com o fato de que a solução legal pode levar pessoas a situações de penúria, por terem renunciado aos alimentos por ocasião da separação judicial (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. 1.574, parágrafo único, do novo Código, dá ao Juiz a faculdade de recusar a homologação do acordo quando verificar que este é prejudicial a uma das partes. Assim, se o Juiz constatar que essa situação de penúria irá se configurar após a separação deverá recusar homologação ao acordo, instando a que os cônjuges o refaçam, em melhores condições para o cônjuge que certamente padecerá de necessidades.

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 a lhes pagar alimentos. Pois bem, ex-cônjuges (separados ou divorciados) também não têm qualquer vínculo jurídico³², 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 [do CC/1916; arts. 1.694-1.710 do NCC], e o dever de alimentos entre cônjuges. O marido e a mulher não foram incluídos nos arts. 396-398

32 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. 10, supra).

[do CC/1916; arts. 1.694, 1.696 e 1.697 do NCC]. O direito matrimonial é que rege os alimentos entre cônjuges. Não, o direito parental. O 2º. Grupo de Câmaras Cíveis 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 [do CC/1916; arts. 1.696 e 1.697 do NCC] 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 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 [do CC/1916; art. 1.632 do NCC]). 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''³³.

33 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo 8, 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 de 1916 (art. 1.632 do novo Código). Esse dever **do casamento**, como já dissemos também se extingue com a separação; o dever que permanece com base no referido art. 1.632 é dever dos pais para com os filhos, que não se confunde com o dever entre os cônjuges. A propósito, discorreremos mais longamente em CARVALHO NETO, Inacio de. *Op. cit.*, item 15.3.7, p. 410-421.

Este entendimento em nada se altera com a inclusão do cônjuge e do companheiro no art. 1.694 do novo Código, que substituiu o art. 396 do velho estatuto civil. É que tal inclusão apenas teve o objetivo de trazer para dentro do mesmo Capítulo dos Alimentos a disciplina que antes era feita separadamente, na Lei do Divórcio e nas leis que regulavam a união estável (Leis n^{os}. 8.971/94 e 9.278/96). Não se pretendeu, naturalmente, equiparar cônjuges, companheiros e parentes para fins alimentares, como se poderia apressadamente concluir pela rápida leitura do citado art. 1.694.

A criação pretoriana já se justificou em tempos passados, pela hipossuficiência econômica da mulher. Nos dias atuais, em que a mulher conquistou a igualdade de direitos com o homem, não só formalmente, como decorrência dos arts. 5^o., inc. I, e 226, § 5^o., ambos da Constituição Federal, mas também de fato, com sua independência financeira e laboral³⁴, 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 romano³⁵ (ressalva-se aqui a inovação do art. 1.704, adiante comentada). Por isso, já se prega até mesmo não ter a dis-

34 Neste sentido: “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”, LEITE, Eduardo de Oliveira. Dos limites da pensão alimentícia. In: *O Diário do Norte do Paraná*. Maringá, 03/mar./1993, p. 2. “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” (MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas. *Op. cit.*, p. 3).

35 Cf. PEREIRA, Áurea Pimentel, *Divórcio e separação judicial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 79.

posição da Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal sido recepcionada pela Constituição Federal³⁶.

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 n.º. 5.478/68³⁷. Havendo, no entanto,

36 Confira-se alguns julgados que assim concluem: “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. Câ. Civ. — Ap. Civ. n.º. 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 [de 1916; art. 1.707 do NCC], 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. Câ. Civ. — Ap. Civ. n.º. 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 [de 1916; não repetido no NCC] há de receber interpretação à luz da igualdade alcançada pelo mundo feminino. Desapareceu a figura do chefe da sociedade conjugal, inexistente 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. Câ. Civ. — Ap. Civ. n.º. 1826/91 — Rel. Des. Pedro Américo Rios Gonçalves — IOB, 92, v. 7040).

37 Assim também entendendo: “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

apenas dispensa temporária aos alimentos, cabível será a ação de alimentos³⁸.

Também se deve deixar claro que em hipótese alguma se poderá aplicar a disposição sumular a ex-cônjuges divorciados, como pretendeu Pedro SAMPAIO³⁹ e como decidiu certa feita o Supre-

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” (CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 273). “A ação de desconstituição de cláusula de separação consensual deve desenvolver-se em procedimento ordinário” (TJMG — 3ª. Câ. Cív. — Ap. Cív. nº. 68.832 — Rel. Des. Milton 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. Câ. Cív. — AI nº. 32.700 — Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro — RT 535/161).

38 O TJSP assim decidiu: “...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. Câ. Cív. — Ap. Cív. nº. 71.633-1 — Rel. Des. Yussef Cahali — RT 612/63 — no corpo do acórdão).

39 “...os alimentos são irrenunciáveis, nos termos do artigo 404 do Código Civil [de 1916; art. 1.707 do NCC], 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”, SAMPAIO, Pedro, *Divórcio e separação judicial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 146).

mo Tribunal Federal⁴⁰. 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 estranhos⁴¹.

40 “...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).

41 No mesmo sentido: “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 [de 1916; arts. 1.566, inc. III, e art. 1.568 do NCC, este último em sentido diferente do art. 233, inc. IV, do CC/16], 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 [de 1916; art. 1.694 do NCC]. 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” (CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 1401). O texto transcrito foi repetido pelo autor, com pequenas alterações, na página 1420 da mesma obra. Confira-se, ainda, o seguinte julgado do TJRS: “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”

5. Exceção introduzida pelo novo Código Civil.

O Código Civil de 2002 introduziu no nosso sistema disposição nova, em exceção ao que dissemos, que convém transcrever:

“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”.

O *caput* deste dispositivo tem interpretação dúbia: ou concede ele direito de pensão àquele que já tinha o direito aos alimentos, em face do art. 1.702, o que o torna dispositivo inócuo, ou dá ele direito àquele que, em princípio, não tinha direito aos alimentos, criando, assim, uma nova forma de obrigação alimentar. Como na lei não se deve presumir que haja disposição inócua, parte-se então da segunda interpretação: cria-se aqui uma nova obrigação alimentar⁴².

Trata-se de disposição contrária aos princípios, pois, como se vem dizendo, sempre se entendeu que, por não serem parentes, não têm ex-cônjuges, de regra, direito a alimentos; só no caso de obrigação criada na separação ou no divórcio se poderia deferir alimentos entre eles. O que fez a lei, em outros termos, foi aco-

(TJRS — 1ª. Câm. Cív. — Ap. Cív. nº. 40.105 — Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro — RT 574/200).

42 Também entendendo aplicar-se às hipóteses não especificadas no art. 1.702, vide ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz, *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005, p. 871; LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela Guimarães, *Novo Código Civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 741.

lher, em parte, o princípio da Súmula nº. 379 do Supremo Tribunal Federal.

Mas isto não quer dizer que o direito passa a ser irrenunciável. Apenas se diz que, não havendo renúncia, a obrigação pode ser criada posteriormente à separação. Ou seja, a omissão do acordo, agora, não é mais impedimento à criação posterior da obrigação. É bom frisar: o *caput* do art. 1.704 não estipula irrenunciabilidade da pensão alimentícia entre ex-cônjuges; apenas cria a obrigação legal de prestação alimentar por mero pedido do ex-cônjuge, ainda que nenhuma obrigação tenha sido criada na separação. Excepciona-se, portanto, o que dissemos no item 3, acima, no tocante à não criação da obrigação no acordo de separação ou divórcio. Excepciona-se sim, mas não cai por terra tudo que dissemos, porque a não criação da obrigação continuará sendo fator impeditivo no divórcio, bem como em algumas hipóteses de separação.

Nestes termos, qualquer dos ex-cônjuges que não tenha renunciado aos alimentos, depois da separação judicial, pode pedir alimentos ao outro, ainda que nenhuma obrigação tenha sido criada na separação, contanto que não esteja ainda divorciado (a lei fala expressamente em “cônjuges separados judicialmente”) e que não tenha sido considerado culpado pela separação. Abrange-se aqui, além da separação culposa (para o cônjuge inocente, embora este já tivesse direito com base no art. 1.702), as formas de separação litigiosa não culposa e também a separação consensual.

Deve-se, no entanto, advertir para um fato: não se pode abandonar a solução jurisprudencial firmada no Supremo Tribunal Federal, em esclarecimento da Súmula nº. 379, no sentido de não ser possível ao cônjuge que ficou com bens suficientes para se manter por ocasião da separação, dilapidando o patrimônio posteriormente, pedir alimentos ao ex-cônjuge, como já visto. Ou seja, se o cônjuge que pretende alimentos ficou com bens suficientes para se manter por ocasião da separação judicial, não

pode ele pretender alimentos posteriormente, nem mesmo com base no art. 1.704, *caput*.

Como a disposição do *caput* é apenas para separados judicialmente, segue-se que a pensão assim criada se extingue com a conversão da separação judicial em divórcio. Surge, assim, uma nova forma, anômala, de extinção da obrigação alimentar: a conversão da separação em divórcio, que só extingue a pensão criada com base no *caput* do art. 1.704. Observe-se, então, que essa forma de obrigação alimentar tem duração efêmera, pois o cônjuge credor poderá, assim que completado um ano de separação judicial, promover a conversão da separação em divórcio, para se libertar da obrigação.

Abrindo exceção ao disposto no art. 1.702⁴³ e valendo-se do princípio *favor pietatis*, o parágrafo único do art. 1.704 dispõe que, se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o Juiz o valor indispensável à sobrevivência. Trata-se, como diz Margareth ZANARDINI, de regra “de conteúdo demasiadamente assistencial, retrógrado, paternalista e injusto, pois como se sentirá alguém traído, vítima de lesões ou de tentativa de morte, e ainda tiver que pagar pensionamento para seu algoz?”⁴⁴.

Observe-se os termos restritos da disposição: somente terá o culpado direito a alimentos do ex-cônjuge se não tiver parentes em condições de prestá-los nem aptidão para o trabalho, e, ainda as-

43 Como notam ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz, *Op. cit.*, p. 871, o parágrafo único do art. 1.704 não guarda qualquer identidade com o *caput*, para servir de dispositivo acessório ou secundário. De melhor técnica legislativa seria o caso de constituir disposição própria, autônoma, por se referir aos chamados “alimentos humanitários”.

44 ZANARDINI, Margareth. Novo Código Civil: evolução filosófica — atraso científico. In: *O Estado do Paraná*. Curitiba, 12/jan./2003. Caderno Direito e Justiça, p. 15.

sim, fixará o Juiz apenas o valor indispensável à sobrevivência do culpado.

Também aqui convém frisar que deve ter aplicação a esta hipótese a explicitação que o Supremo Tribunal Federal fez à Súmula nº. 379, no sentido de só ser possível o pensionamento se o ex-cônjuge não ficou com bens suficientes para se manter por ocasião da separação judicial. Se ficou, ainda que necessitando posteriormente, não terá ele direito ao pensionamento.

Mas aqui não se faz restrição a ex-cônjuges apenas separados judicialmente. Teoricamente, é possível a aplicação deste parágrafo único a ex-cônjuges já divorciados, solução que entendemos dever-se evitar, só se condenando ex-cônjuge já divorciado se for ele realmente a única possibilidade de sobrevivência do outro.

O Projeto de Lei nº. 7.312/02, do Deputado Ricardo Fiúza, pretende acrescentar um segundo parágrafo a este dispositivo, com a seguinte redação: “§ 2º. Na conversão da separação em divórcio, por pedido unilateral, não será alterada a obrigação de alimentos pré-existente e no divórcio, por pedido unilateral, fundamentado em separação de fato por dois anos, poderá ser fixada a pensão alimentícia, sendo um dos cônjuges desprovido de recursos, obedecidos os critérios do art. 1.694”. Ou seja, se aprovado este projeto, criar-se-á uma nova fonte de obrigação alimentar: o divórcio⁴⁵.

Convém anotar ainda que, na Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, pretendeu-se alterar a redação do *caput* do art. 1.704, nestes termos: “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o ex-cônjuge será obrigado a prestá-los, mediante pensão

45 Sobre os alimentos na ação direta de divórcio, vide CARVALHO NETO, Inácio de. *Op. cit.*, item 15.3.5, p. 399-402.

a ser fixada pelo juiz, em valor indispensável à sobrevivência”. Pretendeu-se, ainda, revogar o parágrafo único do art. 1.704.

6. Conclusões.

Em sede de conclusões, podemos afirmar ser regra hoje que cada ex-cônjuge viva às suas expensas, sendo o direito a alimentos entre ex-cônjuges excepcional, e como tal devendo ser encarado.

Assim, a obrigação de um dos cônjuges alimentar o outro após a separação ou o divórcio deve estar expressamente fixada no acordo ou na sentença (no caso de separação litigiosa). Ressalva-se, contudo, a inovação do art. 1.704 do Código Civil de 2002, que permite excepcionalmente a criação de obrigação alimentar pós-separação. Mas este dispositivo não torna a obrigação irrenunciável; se houve renúncia aos alimentos, não se pode falar em pensionamento após a separação, nem mesmo no caso do art. 1.704. E nem pode ele ser aplicado a cônjuges, já divorciados.

Em conseqüência, a Súmula nº. 379 do Supremo Tribunal Federal, que jamais deveria ter vigorado, deve ser tida por revogada, não se podendo falar em pensão alimentícia a quem a renunciou expressamente por ocasião do acordo de separação judicial ou de divórcio consensual, ou mesmo a quem dela não cogitou nessa ocasião (com a ressalva, neste último caso, do *caput* do art. 1.704).

Nesta linha, é boa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que vem se formando em torno da admissão da validade da renúncia à pensão alimentícia entre cônjuges na separação e no divórcio.

Deve-se, ademais, aproveitar a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, em interpretação restritiva à citada súmula, no sentido de que o cônjuge que ficou com bens suficientes para se manter por ocasião da separação judicial não terá direito ao

pensionamento, nem mesmo nas hipóteses em que legalmente ele é admitido.

7. Referências Bibliográficas

- ABREU, José. *O divórcio no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- ALMADA, Ney de Mello. *Direito de família*. São Paulo: Brasiliense, s.d., v. 1.
- ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005.
- BRUNO, Maurizio. *Separazione e divorzio*. 2. ed. Roma: Buffetti, 1991.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CARVALHO NETO, Inacio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Alimentos, dos alimentos no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre*. Curitiba: Juruá, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.
- FONSECA, Gilson; CALANZANI, José João. *Lei do Divórcio anotada*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LEANDRO, Waldemar. *Prática do divórcio*. São Paulo: Leud, 1979.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Dos limites da pensão alimentícia. In: *O Diário do Norte do Paraná*. Maringá, 03./mar./1993.

_____. Os alimentos da cônjuge mulher. In: *O Diário do Norte do Paraná*. Maringá, 24/mar./1993.

_____. *Síntese de direito civil: direito de família*. Curitiba: JM, 1997.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. Alimentos do cônjuge na separação judicial e no divórcio. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 282.

_____. *Desquite amigável: doutrina-legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dola-bela Guimarães. *Novo Código Civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MIRANDA, Darcy Arruda. *A Lei do Divórcio interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1978.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 2.

MOTTA, Márcio Pinheiro Dantas. O divórcio e os alimentos face à nova ordem constitucional. In: *APMP Revista*. Paraná: Associação Paulista do Ministério Público, fev./1997.

PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo 8.

RODRIGUES, Sílvio. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Direito civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 6.

SAMPAIO, Pedro. *Divórcio e separação judicial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2005, v. 2.

ZANARDINI, Margareth. Novo Código Civil: evolução filosófica — atraso científico. In: *O Estado do Paraná*. Curitiba, 12/jan./2003. Caderno Direito e Justiça.