

# Alimentos sem culpa – 2013

Maria Berenice Dias[\[1\]](#)

**Sumário:** 1. [Mirada no tempo](#); 2. [Novas](#) estruturas familiares; 3. Alimentos e sua origem; 4. [Trajetória legal](#); 5. [No tempo atual](#); 6. [Alimentos e](#) parentalidade; 7. [Alimentos e](#) conjugalidade; 8. Alimentos e homoafetividade; 9. Alimentos sem culpa; 10. Referências bibliográficas.

## 1. Mirada no tempo

Com a evolução político-cultural, deixou o Estado de se submeter aos rígidos dogmas da igreja, que atribuía à família uma natureza divina. Esse movimento, denominado secularização ou laicização, é a base da cultura liberal. Conforme Belmiro Pedro Welter, a moral, a contar da separação entre a igreja e o Estado, não é mais um mandato das alturas, não é sacra, e sim profana.[\[2\]](#)

O casamento impunha o regime da comunhão universal de bens, trazendo como consequência a relativização da capacidade da mulher, que nem sequer podia trabalhar, se não tivesse a autorização do marido. Assim, a hierarquização do par estabelecia-se naturalmente. A sociedade fortemente conservadora prestigiava o homem como modelo de virilidade e autoridade, atribuindo-lhe a função de provedor e guardião da família. Para a mulher sobrava o cuidado da casa e a criação dos filhos, atividades sem reconhecimento social.

Sempre houve o engessamento do fato natural da procriação no interior de uma instituição controlada pelo Estado. Com isso, a união entre o homem e a mulher gerava um vínculo indissolúvel. Em virtude do dogma de que a única finalidade da família era a atividade reprodutiva, a prática sexual antes ou fora do casamento era proibida – menos para as mulheres-, como meio de garantir o controle absoluto da origem da filiação. A imposição da manutenção do casamento tinha uma acentuada finalidade patrimonial, para permitir a identidade dos elos de consanguinidade e assegurar a transmissão do patrimônio familiar aos sucessores legítimos do *pater familiae*.

Essa preocupação sempre foi maior em relação à mulher, pois a concepção espúria trazia o filho para o seio da família, sem grande possibilidade de identificação de sua ilegitimidade. Daí, a valorização da virgindade feminina, símbolo de pureza e castidade, demonstrada pela vestimenta branca e o uso de véu, na solenidade do casamento. Outra não era a justificativa para autorizar a anulação do casamento, na hipótese de o marido desconhecer que a noiva não era virgem, o que caracterizava erro essencial sobre a pessoa.

A absoluta aversão à quebra de continuidade na transmissão do patrimônio e sua transição para fora da família, gerou a inviabilidade de reconhecimento da filiação havida fora do casamento. Daí, a rotulação dos filhos com expressões que adquiriram conotações pejorativas, como “ilegítimos”, “espúrios”, “bastardos”, “adulterinos”, “incestuosos”, e o impedimento de serem reconhecidos. Em contrapartida, o só fato de o nascimento ocorrer durante a vigência do casamento gerava (e ainda gera) a presunção de paternidade, a legitimar a filiação. O filho da esposa é por força de lei filho de seu marido. Conforme João Baptista Vilela, foi no dever de “fidelidade” da mulher, e não na sua “fidelidade efetiva”, que se formou a regra do *pater is est quem nuptiae demonstrant*.[\[3\]](#) Assim, se a mulher deve fidelidade ao marido, os filhos que esta gerar têm, presumivelmente, como pai, o marido dela

própria. [\[4\]](#)

Não só os vínculos familiares de consanguinidade eram prestigiados e reconhecidos. O próprio casamento, no qual se admitia de modo exclusivo e legítimo a prática da sexualidade (ao menos para as mulheres), era a única estrutura social aceita. Nem sequer era possível o desfazimento do vínculo matrimonial, pois o que se chamava desquite permitia tão-só a separação de fato, sem qualquer possibilidade de constituição de nova família. Quem, rompendo os preceitos convencionais, ousasse manter relacionamento diferente do modelo oficializado, simplesmente era alvo do repúdio social e ficava à margem do sistema legal.

A falta de visibilidade das uniões e da prole fora dos sagrados laços do matrimônio, no entanto, não foi suficiente para deter o surgimento de novas estruturas de convívio, que acabaram forçando sua inserção social até chegarem ao reconhecimento constitucional. As causas dessa evolução foram muitas: a revolução industrial, o movimento feminista, o surgimento dos métodos contraceptivos, a engenharia genética. Mas a consequência foi uma só: a juridicização do afeto, o que levou à pluralização do conceito de família e à “desbiologização” da paternidade, que, segundo o criador do dessa expressão, é ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, que rasga importantíssimas aberturas sociais. [\[5\]](#)

## 2. Novas estruturas familiares

No Brasil, o evoluir da sociedade ao longo do último século levou a tal transformação da família, que deve ser referida no plural: famílias. Ainda assim, a inserção na Constituição Federal do conceito de entidade familiar não logrou enlaçar a formatação atual da família.

O constituinte se limitou a citar as espécies mais frequentes de família, ou seja, o casamento, a união estável entre um

homem e uma mulher e a família constituída por um dos genitores com sua prole, que recebeu da doutrina o nome de família monoparental. O elenco constitucional é somente exemplificativo e não exaustivo. Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*.[\[6\]](#)

Da ideia sacralizada do casamento, passou-se ao pluralismo das entidades familiares, com alargamento de seu conceito, abrigoando estruturas não convencionais, em que nem sequer o número ou o sexo dos partícipes é determinante para seu reconhecimento. Outra não é a visão de Paulo Lôbo: As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo Direito de Família e jamais pelo Direito das Obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram.[\[7\]](#)

A partir da evolução dos conceitos de família e filiação, com o advento de novas diretrizes constitucionais, determinadas normas legais e certas posturas jurisprudenciais, as classificações doutrinárias referentes à obrigação alimentar não mais prevalecem. Não pode subsistir a esquemática divisão que reconhece a existência do dever de alimentos, o poder familiar, o casamento ou a união estável.

### **3. Alimentos e sua origem**

De forma singela e com finalidade didática, a doutrina classifica a obrigação alimentar em função da origem do encargo. Os alimentos referentes às relações familiares decorrem, dos vínculos de consanguinidade, parentalidade ou conjugalidade. Separada dessas categorias, encontram-se outras: os alimentos voluntários, assumidos espontaneamente por mera declaração de vontade, e os alimentos chamados ex

*delito*, que têm origem na responsabilidade civil pela prática de ato ilícito.[\[8\]](#)

A obrigação dos pais para com os filhos se origina do dever de sustento insito ao poder familiar. Os alimentos decorrentes dos elos de parentesco têm por fundamento a solidariedade que existe – ou deveria existir – entre os membros de uma família. É o dever de mútua assistência, imposto aos cônjuges quando do casamento, que enseja o dever alimentar, cuja exigibilidade surge quando do rompimento da união. Ainda que o ônus assistencial seja recíproco até o advento da EC 66/2010 os alimentos se revestiam de caráter punitivo-indenizatório, pois sua quantificação estava condicionada à causa da separação, e eram impostos como condenação ao cônjuge culpado em favor do consorte inocente.

Essa classificação teve seu âmbito de abrangência dilatado quando da constitucionalização da união estável. As duas leis[\[9\]](#) que regulamentaram o instituto estabeleciam a obrigação alimentar entre os conviventes, independente da apuração de culpas ou identificação de responsabilidades pelo fim da união.

#### 4. Trajetória legal

Quando da edição do Código Civil de 1916, vigorava o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, que só se dissolvia pela morte de um dos cônjuges ou pela anulação do casamento.[\[10\]](#) Havia, porém, a possibilidade de terminar pelo desquite,[\[11\]](#) o que dava ensejo à separação de fato dos cônjuges, dispensava o dever de fidelidade, além de pôr fim ao regime de bens.[\[12\]](#) Ainda assim, mantinha-se inalterado o vínculo matrimonial.

Apesar de ser imposto a ambos os cônjuges o dever de mútua assistência,[\[13\]](#) a lei só previa a obrigação alimentar do marido em favor da mulher inocente e pobre, assim reconhecida

na ação de desquite.[\[14\]](#) Mesmo desquitados, o casamento não se dissolvia, permanecendo o encargo assistencial. Por esse motivo é que o Código Civil pretérito regulamentava exclusivamente os alimentos entre parentes, pois entre cônjuges existia somente a obrigação nessa excepcional hipótese. Nas relações parentais estabelecia a lei a reciprocidade obrigacional entre pais e filhos, encargo extensivo a todos os ascendentes.[\[15\]](#) De forma supletiva era consagrada a obrigação de caráter assistencialista dos descendentes e dos irmãos.[\[16\]](#)

Com o advento da Lei do Divórcio, o ônus do pagamento de alimentos entre os cônjuges passou a ser recíproco, mas imputável somente ao responsável pela separação.[\[17\]](#) Assim, àquele que teve conduta desonrosa ou praticou qualquer ato que importasse em grave violação dos deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum, era imposto o dever de pagar alimentos ao consorte que não teve culpa pelo rompimento do vínculo afetivo. Não previa a lei a possibilidade de impor obrigação de sustento quando não se conseguisse identificar qual dos cônjuges era o culpado, ou, se fosse reconhecida a culpa de ambos pelo fim do casamento. Desta tarefa desincumbiu-se a jurisprudência, admitindo a obrigação mesmo quando não identificadas responsabilidades. Mas não foi além. Reconhecida a culpa recíproca, simplesmente a justiça não cogitava a concessão de alimentos.

Ao contrário do que ocorria na separação que rompia, mas não dissolvia a sociedade conjugal, o divórcio põe fim ao casamento.[\[18\]](#) No entanto, perdura o dever de mútua assistência, uma vez que permanece a obrigação alimentar entre o par depois divórcio. Apesar de nem a Lei do Divórcio e nem o Código Civil dizer isso expressamente, não se pode chegar a outra conclusão. Estabelece a lei que cessa o crédito alimentar somente pelo novo casamento do beneficiário.[\[19\]](#) Como só há a possibilidade de novo casamento após o divórcio, a regra deixa claro que persiste o encargo mesmo estando os

cônjuges divorciados.

## 5. No tempo atual

O Código Civil trouxe algumas alterações importantes. Como bem observa Francisco Cahali, de uma maneira geral, quanto à sua essência, não há significativa modificação no histórico instituto dos alimentos.[\[20\]](#) Entre as novidades surpreendeu o tratamento promíscuo dispensado aos alimentos, independentemente de sua natureza. Quer decorram da relação de parentesco, quer do rompimento do casamento ou da união estável, estão todos regulamentados de forma conjunta.[\[21\]](#) Assim, foi estabelecida também entre os cônjuges a invalidade da renúncia aos alimentos,[\[22\]](#) vedação que existia no Código Civil exclusivamente com referência aos alimentos decorrentes dos laços de parentesco.[\[23\]](#) A possibilidade de dispensa dos alimentos entre os cônjuges era admitida pela doutrina e jurisprudência, que passou a desconsiderar o enunciado da Súmula 379 do STF.[\[24\]](#) De forma ampla, assegurou a transmissibilidade da obrigação alimentar,[\[25\]](#) afastando o tratamento desigualitário que tantos debates ensejou, pois o Código anterior consagrava a intransmissibilidade da obrigação[\[26\]](#) e a Lei do Divórcio afirmava a transmissão do encargo alimentar do autor da herança.[\[27\]](#)

A distinção feita entre alimentos civis para viver de modo compatível com a condição social[\[28\]](#) e alimentos naturais valor indispensável à sobrevivência[\[29\]](#) veio consolidar a diferenciação, sustentada pela doutrina, e que já dispunha de livre trânsito na jurisprudência. A diferenciação se estabelecia ao se quantificarem alimentos devidos aos filhos e alimentos a serem pagos ao ex-cônjuge. Enquanto o encargo decorrente do poder familiar era fixado em valor proporcional às condições econômicas do alimentante, os alimentos com origem nas relações de parentesco destinavam-se a atender à necessidade do ex-cônjuge ou ex-companheiro, de modo a prover sua subsistência com dignidade.

A diferenciação introduzida no Código Civil, no entanto, serviu exclusivamente para limitar os alimentos a favor do culpado pelo surgimento do estado de necessidade. Assim, persistiu a intenção do legislador de punir o responsável pelo surgimento do encargo alimentar. Ainda que sem o rigorismo anterior, continuou sendo penalizado quem ousou se afastar do casamento adotando atitudes inadequadas à vida em comum. Só percebia o quanto bastasse para sobreviver.

Pela redação do artigo 19 da Lei do Divórcio, a única conclusão que se podia extrair era que o culpado pela separação não tinha direito a alimentos, mesmo que deles necessitasse. Era imposta somente ao responsável pela separação a obrigação de pagar alimentos a quem não havia dado causa ao fim do casamento. Exclusivamente o inocente fazia jus à pensão alimentícia. A simples iniciativa judicial em buscar a separação já excluía o direito à pensão. [\[30\]](#)

No regime introduzido pelo Código o culpado pelo surgimento do encargo, adquiriu direito a alimentos, mas em valor restrito a assegurar sua sobrevivência. Assim, nas demandas alimentícias passou a haver a necessidade de perquirir a causa do surgimento da obrigação. Não diferenciando a lei nem a natureza e nem a origem da obrigação para restringir o valor do pensionamento em favor de quem dá ensejo à exigibilidade da obrigação, tornou-se necessário identificar a eventual responsabilidade do credor de alimentos. A penalização atinge todos os beneficiários que, culposamente, deram causa à necessidade. Pelo que está posto na lei, a limitação quantitativa do valor dos alimentos ocorreria até quando o ônus decorre das relações de parentesco. Portanto, poderia haver, em princípio, a limitação do encargo, caso o genitor comprovasse que o filho foi de alguma forma responsável pelo surgimento da obrigação alimentar.

Sempre se questionou dita possibilidade reducionista quando o ônus alimentar decorre do poder familiar. Atribuindo o artigo 1.634 do Código Civil aos pais o dever de criação e educação

da prole, não há como limitar o valor dos alimentos ao *quantum* indispensável à subsistência do filho, mesmo que tenha ele, dado causa ao pensionamento. O parâmetro para a fixação da obrigação alimentar é a capacidade econômica dos genitores, como claramente diz o artigo 1.703 do Código Civil, o que lhes impõe que contribuam para a manutenção dos filhos na proporção de seus ganhos. Assim, ao menos no que diz com os alimentos pagos pelos pais em favor dos filhos, enquanto submetidos ao poder familiar, consagrou-se o entendimento de não incidir a limitação prevista no § 2º do artigo 1.694 do Código Civil. Ultrapassada a menoridade, é que se poderia, eventualmente, questionar culpas pela origem do encargo para a mensuração do valor do pensionamento.

Como a Lei do Divórcio assegurava alimentos somente ao cônjuge inocente, pois o encargo era imposto ao culpado pelo término da sociedade conjugal, a demanda alimentícia necessariamente evolvia a perquirição da causa do rompimento da vida em comum para responsabilizar um a prover o sustento do outro. Já a união estável, em matéria de alimentos, gozava de uma condição privilegiada, se confrontada com o casamento. Quando da regulamentação infraconstitucional do instituto, o direito a alimentos não restou condicionado à postura dos conviventes pelo fim do relacionamento. A ausência do elemento culpa pelo rompimento da união estável limitava, com vantagem, o âmbito de cognição da demanda alimentária, se comparada com a ação decorrente da relação de casamento. Tal incongruência passou a ser encarada pela jurisprudência como nítida afronta ao princípio da isonomia. Como a justiça não consegue conviver com o imponderável, nem dar tratamento diferenciado e mais restritivo a alimentos de igual origem – no caso, uma vinculação afetiva passou a ser dispensada a perquirição da culpa, quando a lide alimentar envolvesse os cônjuges.

## 6. Alimentos e parentalidade

A agilidade da evolução da concepção de família reflete-se inevitavelmente no Direito das Famílias, que deve absorver a dinamicidade de sua abrangência: vai para onde a família for e renova-se com a mesma velocidade. [\[31\]](#)

**O dever de alimentos fundamenta-se no princípio da solidariedade, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de afetividade que ligam as pessoas que constituem uma família, independentemente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, socioafetivas, entre outras.**

Também a filiação passou a identificar-se não só pela verdade biológica ou presumida. Não é a consanguinidade, é a afetividade que vinca as relações parentais. Porém a descoberta do método do DNA permite, com certeza quase absoluta, a identificação da realidade genética o que gera situação paradoxal. Nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas igualmente nunca se desprezou tanto essa verdade para a definição dos vínculos de parentalidade, pois a filiação passou a ser identificada pela verdade socioafetiva. As relações familiares impregnam-se de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade. Todos esses ingredientes constituem a solidariedade familiar, elemento constitutivo da obrigação alimentar.

Filho é o concebido no coração e não o fruto de uma relação sexual. Passou-se a chamar de eudemonista a família pós-

moderna, que não se identifica apenas pela existência da tríade: pai, mãe e filho, mas na imagem bifronte: pai e/ou mãe e filho. Além disso, o vínculo de parentesco genético deve ceder lugar, paulatinamente, à noção de filiação de afeto, de paternidade e maternidade social ou sociológica, o que está desaguando num conceito de felicidade individual em todas as searas jurídicas.[\[32\]](#)

Quando se fala em obrigação alimentar dos pais sempre se pensa no pai registral, que, no entanto, nem sempre é o pai biológico. Em face do prestígio da filiação socioafetiva que, inclusive, prevalece sobre o vínculo jurídico e o genético, tal se reflete no dever de prestar alimentos. Deve alimentos quem desempenha as funções parentais. O filho afetivo tem direito aos alimentos dos pais genéticos não apenas quando ocorre a impossibilidade de alimentação pelos pais afetivos, mas também quando houver necessidade de complementação da verba alimentar.[\[33\]](#)

Existe uma tendência em reconhecer a concorrência da obrigação alimentar do pai registral, do biológico e do pai afetivo. Daí a possibilidade de serem reivindicados alimentos do genitor biológico, diante da impossibilidade econômico-financeira, ou da menor capacidade alimentar do genitor socioafetivo, que não está em condições de cumprir satisfatoriamente com a real necessidade alimentar do filho que acolheu por afeição. Quando o pai socioafetivo tem amor, mas não tem dinheiro.[\[34\]](#)

De outro lado, verificada a existência de paternidades concomitantes, o que acontece especialmente nas chamadas famílias recompostas, quando a criança desenvolve-se e se vincula com “dois pais” ou “duas mães”, este dado da vida social transporta-se para o direito, estabelecendo-se uma pluralidade de vínculos alimentares.[\[35\]](#)

Sob o fundamento de que a responsabilidade alimentar antecede o reconhecimento civil ou judicial da paternidade, moderna corrente doutrinária – sob o nome de paternidade alimentar –

sustenta que a concepção gera dever de prestar alimentos, ainda que o pai biológico não saiba da existência do filho nem de seu nascimento e mesmo que a paternidade tenha sido assumida por terceiros. assumida por terceiros. [\[361\]](#)

## 7. Alimentos e conjugalidade

Muito se entretteve a doutrina na discussão sobre a natureza da obrigação alimentar que persiste mesmo depois de dissolvido o vínculo do casamento pelo divórcio. O encargo sempre foi reconhecido como uma sequela do dever de mútua assistência, obrigação que surge, por imposição legal, no momento das núpcias. A responsabilidade recíproca pela subsistência do cônjuge é um dos efeitos do casamento, dever esse imposto coactam e, independentemente da vontade dos noivos. Se a obrigação tem origem no casamento, solvido o vínculo matrimonial, sempre se questionou qual o fundamento para a continuação do ônus alimentício.

Antes o desquite e posteriormente a separação judicial rompiam o casamento, mas não o dissolviam. Com isso se justificava a perenização do dever de mútua assistência, transformado em alimentos. Com a Lei do Divórcio o encargo alimentar só era imposto a quem havia dado causa ao rompimento do casamento, em benefício de quem não foi responsável pela cessação da união conjugal. A imposição de pagamento dos alimentos revelava nítido caráter punitivo de natureza indenizatória.

No Código Civil a responsabilidade alimentar recebe tratamento único. De modo expresso, o artigo 1.694 prevê a possibilidade de parentes, cônjuges e companheiros pedirem alimentos uns aos outros para viver de modo compatível com a sua condição social. Todos os beneficiários, filhos, pais, parentes, cônjuges, companheiros, enfim, todos os que fazem jus a alimentos têm assegurada a manutenção do mesmo padrão de vida de que desfrutavam.

Ainda que não se possa deixar de reconhecer que a limitação constante do § 2º do artigo 1.694 do Código Civil, referente à culpa do alimentando, também se dirige aos parentes e aos egressos da união estável, os dispositivos legais, que, de forma mais incisiva, restringem a obrigação a simples garantia de subsistência, fazem referência exclusivamente à relação de casamento. Tanto o artigo 1.702 como o artigo 1.704 e seu parágrafo único falam em “separação judicial”, “cônjuge inocente”, “cônjuge separado judicialmente” e “cônjuge declarado culpado”, impondo restrições à postura dos partícipes da relação de casamento.

A Emenda Constitucional 66/2010, ao dar nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF, [\[37\]](#) – com um só golpe alterou o paradigma de todo o Direito das Famílias. A dissolução do casamento sem a necessidade de implemento de prazos ou identificação de culpados dispõe também um efeito simbólico. Deixa o Estado de imiscuir-se na vida das pessoas, tentando impor a manutenção de vínculos jurídicos quando não mais existem vínculos afetivos.

Agora o sistema jurídico conta com uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. O instituto da separação simplesmente desapareceu. Ao ser excluído da Constituição Federal, foram derogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes ao tema. Não é necessário expressamente revogá-los, e nem regulamentar a mudança levada a efeito, eis que o divórcio já se encontra disciplinado.

Com o fim da separação toda a teoria da culpa esvaiu-se, e não mais é possível trazer para o âmbito da justiça qualquer controvérsia sobre a postura dos cônjuges durante o casamento. Sequer remanesceu no âmbito da anulação do casamento ou na quantificação dos alimentos. Talvez não se tenha atentado ainda ao alcance do reconhecimento do direito do cônjuge de obter alimentos mesmo se foi o culpado pela separação.

A alteração também introduziu profundas mudanças no que diz com os direitos e deveres entre os cônjuges. Merece ser

repensada a origem do encargo que sobrevive depois do fim do casamento. Certamente não mais se pode falar em apenamento que tem por pressuposto a culpa. Trata-se de salutar mudança, digna de aplausos.

A culpa também desapareceu em sede de alimentos. Assim, não mais cabe perquir a conduta do autor da ação e sujeitar a limitações o valor do encargo. Agora os alimentos garantem a manutenção da condição de vida do credor e não mais pode ser fixados em montante a permitir-lhe somente o atendimento do mínimo vital. Como nada cabe ser questionado a respeito da postura do credor, os alimentos devem ser fixados de modo a permitir que viva de modo compatível com a condição social que usufruía durante o período de convivência com o devedor.

Sequela outra decorre da reforma constitucional, a impor a releitura de outro dispositivo legal. Afastada a causa prejudicial para a constituição da obrigação alimentar, qual seja, a identificação da responsabilidade pelo fim do casamento, resta esvaziado e sem conteúdo o parágrafo único do artigo 1.704 do Código Civil. Necessidade e possibilidade são os únicos balizadores para estabelecer a obrigação alimentar. Esse direito pode ser reconhecido quando do fim da relação ou em momento posterior, depois de o casal já se encontrar apartado, quer pela separação de fato, quer pelo divórcio, quer pelo término da união estável. Excluído o elemento culpa, não há como subsistir as limitações constantes no referido parágrafo. Se não mais se questiona culpa para a concessão de alimentos, qualquer um do par faz jus a pensão alimentar. Não é possível outra conclusão ao extirpar-se da lei o que ela tem de inconstitucional.

Assim, se basta aferir a necessidade de quem pede e a possibilidade de quem paga, não permanecem os pressupostos limitantes do parágrafo único do artigo 1.704 do Código Civil. Como não se pode mais falar em culpa, não há motivo para repassar o encargo a parentes com condições de prestar os alimentos. Igualmente, a capacidade laborativa do alimentando

não carece ser investigada. Cabe, tão-só, aferir a presença do binômio possibilidade-necessidade. Como necessidade não se confunde com potencialidade para o desempenho de atividade laboral, a existência de condições para o trabalho não veda a concessão de alimentos. Somente a ausência da necessidade, ou seja, a percepção de ganhos capazes de prover a própria subsistência, é que pode liberar o cônjuge ou companheiro do dever de pagar alimentos. Portanto, mesmo sendo culpado, mesmo tendo parentes em boas condições financeiras, mesmo possuindo aptidão para o trabalho, tanto o cônjuge como o companheiro podem pleitear alimentos de quem lhe prometeu amar na pobreza.

As previsões legais que autorizam investigar culpas ou responsabilidades pela situação de necessidade para mensurar o valor dos alimentos, afronta a dignidade humana. Falta razoabilidade a perquirição de culpa para o efeito de fixar alimentos. Tanto parentes como cônjuges e conviventes não estão condicionados à identificação de culpa ou de inocência, quer de quem necessita de alimentos, quer de quem deve pagá-los. É dispensável qualquer referência de ordem motivacional tanto para deferir alimentos, como para quantificar o seu valor. Assim, no casamento, e na união estável, sendo o cônjuge ou o convivente desprovido de recursos, o outro pagará pensão alimentícia, não condicionando a fixação do *quantum* alimentar à conduta do credor.

## **8. Alimentos e homoafetividade**

É indispensável admitir que os vínculos homoafetivos – muito mais do que relações homossexuais – configuram categoria social que não podem mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito. Está na hora de o Estado, que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, reconhecer que todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, direito social de escolha e direito humano à felicidade.

As uniões homoafetivas, embora não positivadas no ordenamento jurídico, são equiparadas à união estável, de forma a tornar exigível obrigação alimentar. Ainda que a legislação infraconstitucional não contenha expresse dispositivo sobre a prestação de alimentos entre casais homossexuais, inexistente razão para discriminá-los e impedir a própria sobrevivência. <sup>[38]</sup>

O dever de prestar alimentos não decorre somente do casamento, do poder familiar ou das relações de parentesco. A expressão “alimentos” vem adquirindo dimensão cada vez mais abrangente. O alargamento do conceito de família e o redimensionamento da obrigação alimentar não permitem que se alegue a falta de previsão legislativa no âmbito das relações homoafetivas. Tanto no casamento como na união estável, a obrigação de sustento decorre do dever de assistência. Como as uniões de pessoas do mesmo sexo têm origem em um vínculo de afetividade, há o mesmo dever de solidariedade mútua. Agora família tem a marca do afeto. <sup>[39]</sup>

A doutrina é amplamente favorável ao reconhecimento da obrigação alimentar nos relacionamentos homoafetivos, que tem por base o afeto e a solidariedade. Tal qual os relacionamentos heterossexuais, não se podem deixar de reconhecer o direito a alimentos em prol de quem realmente necessite. <sup>[40]</sup> Por elementar princípio isonômico indispensável que às uniões entre homossexuais sejam concedidos os mesmos direitos dos companheiros heterossexuais. O dever alimentar entre os parceiros homossexuais parte de uma perspectiva moral, desembocando em um verdadeiro dever de solidariedade, decorrente da própria união. A convivência implica em dever de consciência e um dever social e jurídico de atender ao sustento do convivente. <sup>[41]</sup>

Também há um fundamento de natureza legal. A Lei Maria da Penha, <sup>[42]</sup> que visa coibir a violência doméstica, modo expresse, prevê, como medida protetiva, a prestação de

alimentos provisionais ou provisórios.<sup>[43]</sup> Como a Lei estabelece o conceito de família independente da orientação sexual,<sup>[44]</sup> cabe a imposição de encargo alimentar nas uniões homoafetivas.

O Supremo Tribunal Federal<sup>[45]</sup> concedeu aos casais homoafetivos os mesmos direitos dos casais que vivem em união estável. A partir daí começou a jurisprudência a admitir a conversão da união homoafetiva em casamento, até que o STJ admitiu a habilitação direta para o casamento.<sup>[46]</sup> E, tanto no casamento, como na união estável, ninguém questiona a existência da obrigação alimentar.

É mais atual do que nunca a célebre afirmativa de Virgílio de Sá que, já nos idos de 1923, reconhecia que a família não é criada pelo homem, mas pela natureza: o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera.<sup>[47]</sup> Esta é a nova realidade, contra a qual não adianta se rebelar. Simplesmente não ver o que está diante dos olhos não faz nada desaparecer. Aliás, a omissiva postura do legislador, quando adotada como forma de excluir direitos, nunca surtiu maiores efeitos.

As mudanças, sempre têm início no seio da sociedade, e são absorvidas pela justiça. Os juízes trabalham mais rente aos fatos e, aos que têm mais sensibilidade, resta a missão pioneira de atentar às evoluções e julgar segundo a feição atual da sociedade. A consolidação jurisprudencial de novos paradigmas sociais acaba por forçar sua inserção na lei ou na própria Constituição.

## **9. Alimentos sem culpa**

Parece singelo ou piegas, mas é imperioso repetir o significado da vida e a finalidade do Estado. Se o homem busca a felicidade, cabe ao Estado garantir-lhe esse direito. Quando

o legislador se omite, essa função é exercida pelo Poder Judiciário, que tem o encargo de fazer justiça.

A maneira de o ser humano buscar a felicidade perpassa pelo estabelecimento de elos de afetividade. Há até uma música que diz: *é improvável, é quase impossível, ver alguém feliz de fato sem alguém para amar.* [48] Se as relações se estabelecem da forma não legal ou não convencional, cabe ao juiz identificar a existência de um vínculo familiar para abrigá-las sob o manto da juridicidade. Essa é a única forma de se fazer justiça: enxergar a realidade e flagrar as situações merecedoras de tutela.

Os relacionamentos afetivos geram obrigações mútuas, direitos e deveres de parte a parte. E, quando se fala em afeto e responsabilidade, sempre vem à mente a famosa frase de Saint-Exupéry: *you are responsible for whom you love!* Não se pode deixar de visualizar nesse enunciado a origem do Direito das Famílias. Basta a existência de um comprometimento mútuo para se estar frente a um vínculo familiar. Assim, quem ama, seja quem for, assume deveres, encargos e obrigações. Quem é amado tem direitos. Como o afeto gera ônus e bônus, aí se situa a natureza da obrigação alimentar. Por isso se trata de obrigação recíproca, pois quem tem direitos também tem encargos.

A exigibilidade da obrigação alimentar está condicionada à necessidade. Apenas quando o ser amado não precisa, é que não se lhe deferem alimentos. Às vezes, a necessidade é presumida, como ocorre com os sujeitos ao poder familiar. Fora dessa hipótese, basta alguém comprovar a ausência de possibilidade para prover o próprio sustento para ter o direito de exigir alimentos de quem o amou. Só quem é completamente só, não tem família, não teve um vínculo afetivo, não tem a quem socorrer. Quem não ama ou nem foi amado é que está condenado a sucumbir, pois não dispõe de qualquer vínculo que gere obrigação alimentar.

Diante dessa caleidoscópica realidade, de todo insubsistentes são as classificações para reconhecer a responsabilidade alimentar, que não está limitada, aos vínculos de consanguinidade, nem da conjugalidade. Somente tem por parâmetro a afetividade. Todas as tentativas de estabelecimento de parâmetros estanques acabam esbarrando em situações que refogem ao modelo posto.

Tentar engessar a família ao modelo do casamento é deixar ao desabrigo da juridicidade uma legião de famílias que constituem a sociedade dos dias de hoje. Igualmente, negar reconhecimento aos vínculos de parentalidade, que se estabelecem fora da realidade biológica, ou apegar-se a presunções, é gerar irresponsabilidades e inaceitáveis injustiças, que não mais se conformam com as garantias constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse momento é que surge a missão mais importante do juiz. Não basta procurar a lei que preveja a obrigação alimentar ou condicionar a imposição do encargo à presença de uma situação que retrate paradigmas pré-estabelecidos. A ele cabe identificar a presença de um vínculo de afetividade. Dispensável a certidão de casamento ou o registro de nascimento. A formalização dos relacionamentos é desnecessária para o estabelecimento dos vínculos afetivos e, via de consequência, para o reconhecimento de direitos e imposição de obrigações recíprocas.

Punir quem vive fora dos parâmetros aceitos pela moral conservadora não é função do juiz, nem do Estado, nem de ninguém. A ele compete fazer justiça. Não pode usar a espada que consta do símbolo de sua profissão para podar direitos. Não cabe colocar uma venda nos olhos e não ver as opções de vida e as mais variadas formas de buscar a felicidade.

## **10. Referências bibliográficas**

BARROS, Sérgio Resende de. Ideologia da família e *Vacatio Legis*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Editora Síntese e IBDFAM, v. 3, n. 11, p. 12, out./dez. 2001.

CAHALI, Francisco José. Dos Alimentos. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CAHALI, Yuseef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

COELHO, Helenira Bachi. Da reparação civil dos alimentos. Da possibilidade de ressarcimento frente à paternidade biológica. In: MADALENO, Rolf (coord.). *Ações de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação socioafetiva e alimentos. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das famílias: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 551-563.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Obrigação alimentar. In: DIAS, Maria Berenice. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: RT, 2011. p. 321-334.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: Um caleidoscópio de relações. in GROENINGA, In Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2003.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89-107.

MADALENO, Rolf. Paternidade alimentar. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (coord.). *Direito de família, diversidade e multidisciplinaridade*. Porto Alegre: IBDFAM, 2007. p. 181-197.

MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homossexuales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001.

OFFE, Clauss. O novo poder. *Revista Veja*, ed.1541, ano 31, n. 14, 8 abr. de 1998.

OLIVEIRA, Euclides. *União estável: do concubinato ao casamento. Antes e depois do novo Código Civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2009.

PERRROT, Michelle. O nó e o ninho. In: *Reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993.

SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SKANK. Te ver. Samuel Rosa, Lelo Zanetti, Chico Amaral [Compositores]. In \_\_\_\_\_. Calango. Belo Horizonte: EPIC, 1994. Faixa 7.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. 15.ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais: legislação e jurisprudência*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e supertições. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Editora Síntese e IBDFAM, v. 1, n. 2, jul./set.. 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da união estável*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria tridimensional do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Publicado em 03/04/2013.

[\[1\]](#) Advogada especializada em Direito Homoafetivo, Famílias e Sucessões

Ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do RS

Vice-Presidente Nacional do IBDFAM

[www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)

[\[2\]](#) Belmiro Pedro Welter, Estatuto da união estável, 229.

[\[3\]](#) Em tradução livre: O pai é aquele que as núpcias demonstram.

[\[4\]](#) João Baptista Villela, O modelo constitucional da filiação: verdades e superstições.

[\[5\]](#) Expressão cunhada por João Baptista Villela.

[\[6\]](#) Ibidem, 106.

[\[7\]](#) Paulo Lôbo, Entidades familiares constitucionalizadas..., 106.

[\[8\]](#) Yuseef Said Cahali, Dos alimentos, 14.

[\[9\]](#) Lei 8.971/94, art. 1º e Lei 9.278/96, art. 7º.

[\[10\]](#) Código Civil de 1916, art. 315, parágrafo único.

[\[11\]](#) Código Civil de 1916, art. 515, inc. III.

[\[12\]](#) Código Civil de 1916, art. 322.

[\[13\]](#) Código Civil de 1916, art. 231, inc. III

[\[14\]](#) Código Civil de 1916, art. 320.

[15] Código Civil de 1916, art. 397.

[16] Código Civil de 1916, art. 398.

[17] Lei 6.515/77, art. 19.

[18] Lei 6.515/77, art. 2º.

[19] Lei 6.515/77, art. 29 e Código Civil art. 1.708.

[20] Francisco José Cahali, Dos Alimentos, 226.

[21] Código Civil, art. 1.694 à 1.710.

[22] Código Civil, art. 1.707.

[23] Código Civil de 1916, art. 404.

[24] Súmula 379 do STF: No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.

[25] Código Civil, art.1.700.

[26] Código Civil de 1916, art. 402.

[27] Lei 6.515/77, art. 23.

[28] Código Civil, art. 1.694.

[29] Art. 1.694 § 1º e 1.704, parágrafo único.

[30] Lei 6.515/77, art. 26.

[31] Lourival Serejo, Direito Constitucional da família, 32.

[32] Belmiro Pedro Welter, 32, nota 2.

[33] Belmiro Pedro Welter, Teoria Tridimensional do Direito de Família, 232.

[34] Rolf Madaleno, Paternidade alimentar, 195.

[35] Luiz Edson Fachin e Ana Carla Harmatiuk Matos, *Filiação socioafetiva e alimentos*, 561.

[36] Helenira Bachi Coelho, *Da reparação civil dos alimentos...*, 27.

[37] CF, art. 226, § 6º – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010).

[38] Cláudia Thomé Toni, *Manual de direitos dos homossexuais...*, 71.

[39] Sérgio Resende de Barros, *Ideologia da família e Vacatio Legis*, 12.

[40] Cristiano Chaves de Farias, *Obrigação alimentar*, 329-330.

[41] Graciela Medina, *Uniones de hecho homossexuales*, 239.

[42] .Lei 11.340/2006.

[43] .LMP, art. 22, V.

[44] .LMP, art. 2º e art. 5º, parágrafo único.

[45] STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

[46] STJ, REsp 1.183.378 – RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

[47] Euclides Oliveira, *União estável: do concubinato ao casamento...*, 25.

[48] Skank, *Te ver*.