

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO -
PUC-SP

Patrícia Kiko

**A IRREPETIBILIDADE E A
INCOMPENSABILIDADE DOS ALIMENTOS**

SÃO PAULO - SP

2017

Patrícia Kiko

A IRREPETIBILIDADE E A INCOMPESABILIDADE DOS ALIMENTOS

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Pós Graduação em Direito de Família e Sucessões, sob a orientação da professora Ana Paula Corrêa Patiño.

SÃO PAULO

2017

Patrícia Kiko

A IRREPETIBILIDADE E A INCOMPENSABILIDADE DOS ALIMENTOS

Pós Graduação

Data __/__/__

Banca examinadora

Nome:

Nome:

Nome:

PUC/ SÃO PAULO

2017

DEDICATÓRIA

Aos meus pais e ao meu irmão que, de muitas formas, contribuíram para a conclusão de mais uma etapa da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pela excelente formação proporcionada.

A minha orientadora, professora Ana Paula Corrêa Patiño, não só pela oportunidade e pelo profissionalismo imprescindíveis para a elaboração deste trabalho, mas também por toda a sua presteza.

A todos os meus familiares e amigos que, direta ou indiretamente, contribuíram para o meu crescimento pessoal e profissional.

Por fim, agradeço – porque nunca é demais fazê-lo – a quem dedico essa monografia, aos meus pais, Carlos e Júlia, e ao meu irmão, Daniel.

RESUMO

A presente monografia tem por espoco analisar a irrepitibilidade e a incompensabilidade dos alimentos, sendo o seu objetivo debater a respeito da flexibilização na aplicação dos princípios frente ao instituto do enriquecimento sem causa. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, em que os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais auxiliam na compreensão do tema principal, cujo resultado revela a necessidade de prudência e cautela do magistrado como forma de garantir a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana e evitar o locupletamento ilícito.

Palavras-chaves: Direto de Família. Obrigação alimentar. Alimentos. Princípio da irrepitibilidade. Princípio da incompensabilidade. Enriquecimento sem causa.

ABSTRACT

The purpose of this present work is to analyze the unrepeatability and uncompensability of Alimony, with the purpose of discussing the flexibilization of the application of the principles of law facing the institute of illicit enrichment. For this reason a deductive method is used, in which the doctrinal and jurisprudential understandings help the main theme, whose result reveals the need of prudence and caution of the judge as a way to guarantee the preservation of the principle of the dignity of the human person and to avoid illegal enrichment.

Key Words: Family Law. Maintenance Obligation. Alimony. Principle of Unrepeatability. Principle of Uncompensability. Unjust Enrichment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. ALIMENTOS	10
1.1 Conceito	10
1.2 Princípios constitucionais.....	12
1.3 Pressupostos da obrigação alimentar	18
1.4 Espécies.....	20
1.5 Características gerais	20
2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DO INSTITUTO	29
3. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE	35
3.1 Definição	35
3.2 Enriquecimento sem causa e flexibilização do princípio	36
3.3 Mitigação do princípio da irrepetibilidade em questões específicas	42
a) Alimentos gravídicos	42
b) Constituição de união estável ou casamento após o divórcio	49
4. PRINCÍPIO DA INCOMPENSABILIDADE	53
4.1 Definição	53
4.2 Locupletamento ilícito e flexibilização do princípio da incompensabilidade	54
4.3 Relativização do princípio da incompensabilidade.....	56
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
6. BIBLIOGRAFIA	65

INTRODUÇÃO

A presente monografia abordará o tema dos princípios da irrepetibilidade e da incompensabilidade dos alimentos, tendo em vista todas as controvérsias observadas em diferentes julgados.

Importante salientar que a jurisprudência, por muito tempo, considerou as verbas alimentares impassíveis de devolução e de compensação, fundamentando-se especialmente na questão dos alimentos serem essenciais para a manutenção da vida e, conseqüentemente, para a preservação da dignidade da pessoa humana, Princípio este que corresponde um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em consonância com o artigo 1º inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil.

Dessa forma, o trabalho visa, mediante pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, debater a respeito da possibilidade de mitigação na aplicação dos princípios da irrepetibilidade e da incompensabilidade.

Ademais, em virtude do aspecto patrimonial dos alimentos, a presente monografia também apresentará o paradoxo entre tais princípios e o instituto do enriquecimento sem causa.

Diante do exposto, o trabalho, para abordar o assunto principal, nos primeiros capítulos, versará brevemente a respeito dos aspectos históricos e da evolução legislativa da obrigação alimentar. Indicará também os requisitos para a sua concessão, assim como suas principais espécies e características.

No terceiro capítulo será analisado, especificamente, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos indevidos, para compreender não somente sua definição, como também sua flexibilização frente ao locupletamento ilícito. Além disso, será abordado de maneira geral o instituto do enriquecimento sem causa e serão discutidas as questões específicas referentes à mitigação do princípio.

Já o quarto capítulo, versará a respeito exclusivamente do princípio da incompensabilidade. Apontará também o seu conceito, sua flexibilização diante do enriquecimento sem causa e as questões específicas concernentes à sua relativização.

Por último, o quinto capítulo evidenciará a importância da prudência e da cautela do magistrado como forma não só de preservar a dignidade da pessoa humana, como também evitar o enriquecimento sem causa.

1. ALIMENTOS

1.1 Conceito

Verifica-se que o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.694 §1º¹, apenas apresenta os requisitos para a concessão dos alimentos, no entanto, ficou-se inerte quanto à definição exata do instituto. Diante dessa situação, a doutrina buscou suprir tal omissão.

Nos dizeres de Yussef Said Cahali:

*O ser humano, por sua natureza, é carente desde a sua concepção; como tal, segue o seu fadário até o momento que lhe foi reservado como derradeiro, nessa dilação temporal, mais ou menos prolongada, a sua dependência dos alimentos é uma constante, posta como condição de vida.*²

E prossegue:

Mas, atingindo o ser humano o seu desenvolvimento completo, o adulto assume, em princípio, a responsabilidade por sua subsistência; deveria cessar, então, para ele, o direito de reclamar de quem quer que seja a prestação daquilo que é necessário para a sua manutenção.

Acontece, porém, que se o indivíduo assim desenvolvido deve, em regra, procurar por si a conservação da própria existência, buscando a realização de seu aperfeiçoamento espiritual com os recursos obtidos de seu próprio esforço, sempre se reconheceu que certas circunstâncias, sejam momentâneas, sejam permanentes, como a idade avançada, doenças, inabilitação para o trabalho ou incapacidade de qualquer outra espécie, podem colocar o adulto diante de uma impossibilidade de obter os meios de que necessita

¹ Art. 1.694 §1º. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

² CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 8ª ed. rev. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 15.

*para a sua subsistência; daí, então, o problema da proteção que passa a lhe ser devida.*³

Assim, importante salientar que, via de regra, o indivíduo, sendo capaz, isto é, aquele que apresenta tanto a capacidade de direito (aptidão para aquisição de direitos e deveres) e a capacidade de fato (aptidão para exercer por si os atos da vida civil), deve obter os recursos materiais com o seu próprio trabalho.

Necessário, destarte, antes de mais nada, precisar o sentido da palavra *alimentos*, suscetível de diferentes significações.

Num sentido restrito, o vocábulo abrange somente os gêneros alimentícios, não englobando qualquer necessidade intelectual, moral ou até de recreação.

Já no sentido jurídico, a palavra alimentos diz respeito não só a ideia de obrigação imposta em virtude de uma causa jurídica prevista em lei, como também tudo aquilo que é necessário para a subsistência e conservação humana. Segundo Washington de Barros Monteiro:

*(...) na terminologia jurídica, tem sentido mais lato do que o vigente na linguagem comum, abrangendo não só a alimentação propriamente dita, como também tratamento de saúde, habitação, vestuário e diversões, como, ainda, a instrução e educação.*⁴

Sob o mesmo ponto de vista, esclarece Maria Bereniece Dias:

*A expressão alimento não serve apenas ao controle da fome. Outros itens complementam a necessidade humana, que não alimentam somente o corpo, mas também a alma. No dizer de Gelson Amaro de Souza, o maior alimento da alma é a liberdade, e esta somente se conquista com o estudo, o aprendizado e a fruição existencial necessário ao exercício da cidadania. Sem o exercício da cidadania não há liberdade e sem liberdade não há vida digna.*⁵

Em síntese, consoante Yussef Said Cahali, pode-se concluir que os alimentos são:

³ Ibidem, p. 29-30.

⁴ MONTEIRO, Washington de Barro; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de direito civil, v.2. 42ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 520.

⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.582 – 583.

*(...) prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem como necessária à sua manutenção.*⁶

Diante do exposto, verifica-se que inexistente uma divergência doutrinária considerável no que diz respeito às interpretações quanto ao vocábulo alimentos.

1.2 Princípios constitucionais

Como qualquer ramo do Direito, o Direito de Família tem como norteador os princípios constitucionais.

De acordo com Nehemias Domingos de Melo:

*(...) qualquer dispositivo legal deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais que orientam nosso ordenamento jurídico, sejam os princípios gerais de caráter constitucional, alguns positivados em nossa Constituição Federal, sejam os princípios específicos do ramo do direito estudado (...)*⁷

Ainda sobre essa questão, é preciso considerar também que alguns princípios não estão expressamente previstos na lei. Apesar disso, nada impede sua aplicação.

A respeito da presunção complementa Rodrigo da Cunha Pereira:

Alguns princípios não estão escritos em um texto legal. Eles não necessitam estar escritos porque já são inscritos no espírito ético dos ordenamentos jurídicos, repita-se. Sua inscrição advém de uma fundamentação ética, como um imperativo categórico para possibilitar a vida em sociedade; atualmente, estão intrinsecamente

⁶ CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 8ª ed. rev. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 15-16.

⁷ MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral nas relações de consumo: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. rev. amp., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78-79.

*ligados às noções de cidadania para viabilizar organizações sociais mais justas.*⁸

Dessa forma, as normas relacionadas à obrigação alimentar devem observar alguns princípios constitucionais e específicos, sejam eles implícitos ou explícitos, aplicáveis ao Direito de Família, tais como: dignidade da pessoa humana, isonomia, solidariedade familiar, direito à saúde e ao lazer, paternidade responsável e convivência familiar e comunitária.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito conforme preceitua o artigo 1º inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil.⁹

Como características gerais, importante salientar que o Estado Democrático de Direito reúne princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito.

O Estado de Direito foi uma criação do liberalismo e tinha como características básicas a submissão à lei, a divisão dos poderes e a proteção dos direitos individuais do homem. Por outro lado, o Estado Democrático foi uma resposta aos movimentos sociais da época e tinha como respaldo a soberania popular através da participação efetiva da sociedade.

Conforme José Afonso da Silva:

*O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.*¹⁰

Dentro dessa ótica de submissão à lei e conforme já dito anteriormente, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos

⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.

⁹ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)

III- a dignidade da pessoa humana;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. In Vade Mecum. 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 34º ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 121.

da República Federativa do Brasil, sendo, portanto, o alicerce de todo o ordenamento jurídico vigente. Todavia, em concordância com o princípio da solidariedade familiar, previsto no inciso I do artigo 3º da Constituição da República¹¹, vale ressaltar que a responsabilidade pela promoção das políticas públicas não é somente dever do Estado, mas também de toda a sociedade e da família.

Nessa continuidade, estabelecem os artigos 227 caput e 230 caput da Constituição da República:

*Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*¹²

*Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.*¹³

Ainda nessa linha constata Maria Berenice Dias:

*(...) Parentes, cônjuges e companheiros assumem, por força de lei, a obrigação de prover o sustento uns dos outros, aliviando o Estado e a sociedade desse encargo. Tão acentuado é o interesse público para que essa obrigação seja cumprida que é possível até a **prisão do devedor** de alimentos (CF 5.º LXVII).*¹⁴

O princípio da solidariedade familiar “advém do dever de cuidado ao outro. É resultante da superação do individualismo jurídico como ocorria na sociedade dos

¹¹ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. In Vade Mecum. 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 582.

primeiros séculos da modernidade (...)”¹⁵. Ideia esta evidenciada por Rodrigo da Cunha Pereira.

Conclui Maria Helena Diniz:

*Há uma tendência moderna de impor ao Estado o dever de socorrer os necessitados, através de uma política assistencial e previdenciária, mas com o objetivo de aliviar-se desse encargo, o Estado o transfere, mediante lei, aos parentes daqueles que precisam de meios materiais para sobreviver, pois os laços que unem membros de uma mesma família impõem esse dever moral e jurídico.*¹⁶

Se o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do ordenamento, uma vez que aproxima todos os direitos fundamentais do homem, pode-se concluir que o direito à vida está estreitamente relacionado com esse princípio. Isso porque, de acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco, “a existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição.”¹⁷

Como o direito a alimentos vai ao encontro da preservação da dignidade da pessoa humana, pode-se considerar que os alimentos têm a natureza de direito da personalidade. Dessarte, o direito à vida é reconhecido como um dos direitos e deveres individuais e coletivos previstos no artigo 5º caput da Constituição da República, senão vejamos:

*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade (...) (grifo nosso)*¹⁸

Nesse sentido, corrobora Paulo Gustavo Gonet Branco:

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 230.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 644.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8ª ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 255.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. In Vade Mecum. 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

*O preceito enfatiza a importância do direito à vida e o dever do Estado de agir para preservá-la em si mesma e com determinado grau de qualidade. Dada a capital importância desse direito e em reconhecimento de que deve ser protegido sobretudo nos casos que o seu titular se acha mais vulnerável (...)*¹⁹

Os alimentos são, pois, prestações asseguradas a um indivíduo para que este possa realizar o direito à vida, isto é, obter todos os recursos essenciais a sua manutenção, seja esta física ou intelectual.

Nessa mesma perspectiva de vulnerabilidade, o princípio da isonomia visa à mitigação das desigualdades observadas na sociedade. E é nesse contexto que a Constituição da República e o Código Civil buscam equiparar todos os indivíduos. Lembrando que a Constituição não procura apenas alcançar a igualdade formal, mas também a igualdade material.

A isonomia formal nada mais é que a igualdade perante a lei, ou seja, esta deve tratar todos de forma igualitária. Contudo o conceito de igualdade é relativo, visto que os indivíduos se encontram em posições, econômica ou social, distintas. Assim sendo, a isonomia material ou igualdade na lei, defende aplicação da lei de forma a considerar as diferenças e particularidades de cada indivíduo, possibilitando até mesmo a concretização do princípio da dignidade humana²⁰.

Reforçando essa ideia, Maria Berenice Dias afirma:

*O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a Lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. Em nome do princípio da igualdade, é necessário assegurar direitos a quem a lei ignora.*²¹

Ademais, para garantir a aplicação do princípio da dignidade, é dever do Estado observar também os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição da

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8ª ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 255.

²⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 34º ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 214-215.

²¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 55.

República²², tais como, saúde e lazer. Fato esse que coloca em evidência que a obrigação alimentar, não diz respeito somente aos gêneros alimentícios, mas a tudo aquilo que é necessário para a subsistência física, intelectual ou moral.

Com relação ao princípio da paternidade responsável, este expressa a ideia de responsabilidade, correspondendo a todos os encargos e deveres decorrentes do poder familiar.

Dispõem os artigos 226 §7º e 229 da Constituição da República:

*Art. 226 §7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.*²³

*Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.*²⁴

Ainda nessa linha, registra Rodrigo da Cunha Pereira:

*A paternidade é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com os seus pais. Eles devem assumir o ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não. Tais direitos deixaram de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do filho, principalmente no que tange à convivência familiar*²⁵

Importante ressaltar que a paternidade/maternidade diz respeito à biológica, e à socioafetiva. Ademais, o princípio da paternidade responsável não abrange somente a assistência material, mas também engloba a assistência imaterial, isto é, o afeto.

²² Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. In Vade Mecum. 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

²³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. In Vade Mecum. 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁴ Ibidem.

²⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p.251-252.

A assistência afetiva é um dever jurídico e o seu descumprimento pode configurar um ato ilícito passível de indenização.

Por último, o princípio do direito a convivência familiar e comunitária, corresponde ao direito de toda criança e adolescente de ser criado no seio da família natural. Contudo nada impede a destituição do poder familiar quando os pais deixam, injustificadamente, de cumprir os seus deveres. Lembrando que tal medida é excepcional conforme preceituam os artigos 22 e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.²⁶

Art. 24. A perda e a suspensão do familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.²⁷

1.3 Pressupostos da obrigação alimentar

Preconiza o artigo 1.694 §1º do Código Civil: “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”²⁸

Dispõe o artigo 1.695 do mesmo diploma legal:

São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.²⁹

Nota-se que os artigos ressaltam o binômio necessidade-possibilidade.

Isto posto, conforme Washington de Barros Monteiro, os alimentos são devidos somente quando o reclamante não tenha “recursos próprios e esteja

²⁶ BRASIL. Lei n.8.069, de 13-07-1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁷ Ibidem.

²⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁹ Ibidem.

impossibilitado de obtê-los por menoridade, doença, idade avançada, calamidade pública ou falta de trabalho”³⁰.

Outrossim, demonstrada a necessidade, é imprescindível averiguar a possibilidade do alimentante, para que não haja qualquer desfalque, o qual impossibilite o seu próprio sustento.

Verificada a ausência de um dos requisitos, cessa a obrigação alimentar para o devedor. Contudo, há situações em que não cessam os pressupostos, mas estes apenas se modificam. Nesse caso, o valor estipulado ou arbitrdado pode ser revisto através da propositura da ação revisional de alimentos. É o que preceitua o artigo 1.699 do Código Civil:

*Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.*³¹

Fato esse que evidencia a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Segundo Maria Berenice Dias:

*Tradicionalmente invoca-se o binômio necessidade-possibilidade, perquirindo-se as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante para estabelecer o valor do pensionamento. No entanto, essa mensuração é feita para que se respeite a diretriz da proporcionalidade. Por isso se começa a falar, com mais propriedade, em **trinômio**: proporcionalidade – possibilidade – necessidade. (grifo nosso)*³²

Em síntese, de acordo com o artigo 1.694 caput do Código Civil, os parentes, os cônjuges ou os companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos necessários para a sua subsistência. Em contrapartida, só podem se obrigar a prestar alimentos aqueles cuja possibilidade econômica seja comprovada. Além

³⁰ MONTEIRO, Washington de Barro; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de direito civil, v.2. 42ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 534.

³¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10-01-2002. Código Civil. *In Vade Mecum*. 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

³² DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 629.

disso, é indispensável à análise da proporcionalidade como critério na fixação dos alimentos.

1.4 Espécies

Os alimentos são classificados pela doutrina segundo alguns critérios: quanto à natureza, quanto à causa jurídica, quanto à sua finalidade e quanto ao momento.

Quanto à sua natureza, os alimentos podem ser naturais ou civis. Naturais dizem respeito somente aquilo que é exclusivamente necessário para a subsistência e os civis destinam-se a manutenção da condição social e, portanto, abrangem não só as necessidades intelectuais e morais, como também engloba o direito ao lazer.

Quanto à causa jurídica, os alimentos podem ser legais/legítimos, voluntários/obrigacionais ou indenizatórios. Os primeiros são criados por lei, os segundos resultam de uma declaração de vontade, seja esta um contrato ou uma disposição de última vontade, e os terceiros, derivam da prática de um ato ilícito.

Quanto à sua finalidade, os alimentos podem ser provisionais ou regulares/definitivos. Estes são concedidos por sentença ou formalizados mediante acordo entre as partes interessadas e aqueles são atribuídos no trâmite de um processo, exigindo prova pré-constituída de parentesco, casamento ou união estável.

Já quanto ao momento da prestação, os alimentos podem ser pretéritos, retroativos a propositura da demanda, ou futuros, devidos somente a partir do momento que a sentença é proferida.

Finalmente, quanto à modalidade, a obrigação alimentar pode ser própria (prestação do essencial para a subsistência) ou imprópria (prestação dos meios adequados para a manutenção do indivíduo).

1.5 Características gerais

Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana norteia outros princípios constitucionais e específicos do Direito de Família, o direito personalíssimo é característica fundamental do direito de alimentos. É do direito personalíssimo que decorrem as outras características.

Direito personalíssimo ou também conhecido como direito da personalidade é todo direito inerente à pessoa que visa assegurar a integridade física e moral. Conforme o próprio Código Civil preceitua em seu artigo 2º,³³ a personalidade surge a partir do nascimento com vida e, é nesse momento, que o indivíduo passa a ser sujeito de direitos e deveres.

Para Yussef Said Cahali, o direito personalíssimo é “direito pessoal, no sentido de que sua titularidade não passa a outrem, seja por negócio jurídico, seja por fato jurídico.”³⁴

Prossegue Rolf Madaleno:

*E este caráter pessoal dos alimentos deriva de alguns pontuais aspectos. Em primeiro lugar, é personalíssimo enquanto pessoal o vínculo familiar entre o devedor e credor que compõem os polos da relação obrigacional. O crédito e a dívida são inseparáveis da pessoa, porque estão baseados em determinada qualidade que não é transmissível. Em segundo plano, são pessoais porque surgem de uma situação concreta das possibilidades de um e das necessidades do outro e os alimentos só podem ser reclamados por quem está em estado de necessidade e só são devidos por quem tem meios para atendê-los. Em terceiro lugar, a finalidade dos alimentos não tem caráter patrimonial, pois o seu estabelecimento e sua fixação têm em mira assegurar a conservação da vida, do cônjuge, companheiro ou parente, atendendo suas vindicações de cunho material e espiritual, qual seja a satisfação de uma necessidade essencialmente pessoal.*³⁵

Pode-se dizer também que o direito à prestação de alimentos é recíproco. Fato esse consubstanciado nos artigos 1.696 e 1.697 do Código Civil de 2002.³⁶

³³ Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁴ CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 8ª ed. rev. atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 50.

³⁵ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 4ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 840-841

³⁶ Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe à obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão em faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

Existe reciprocidade porque aquele que presta alimentos também tem o direito de receber alimentos caso fique impossibilitado de obtê-los por recursos próprios, salvo certas circunstâncias, como por exemplo: comportamento indigno e destituição do poder familiar.

Ademais, de acordo com os dispositivos assinalados anteriormente, além da reciprocidade, o direito a alimentos encontra respaldo na proximidade.

Nas palavras de Maria Berenice Dias: “O credor deve buscar alimentos de quem lhe é mais chegado.”³⁷

A obrigação de prestar alimentos recai sobre os graus mais próximos, uns em falta de outros. Logo, o filho deverá pleitear alimentos primeiramente aos pais e, somente na ausência destes, aos seus avós maternos ou paternos, e sucessivamente.

Já na falta de ascendentes a obrigação de prestar alimentos recai sobre os descendentes. O de grau mais próximo preferirá o de grau mais remoto.

Na ausência ou impossibilidade dos filhos, os netos, os bisnetos respondem e, assim, sucessivamente.

Salienta-se que a obrigação alimentar abarca não só o parentesco consanguíneo como o civil. Frisam, respectivamente, os artigos 1.593 e 1.596 do Código Civil de 2002:

*O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.*³⁸

*Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*³⁹

Finalmente, na falta de descendentes, os irmãos bilaterais (filhos da mesma mãe e do mesmo pai) ou unilaterais (filhos de uma mesma mãe ou de um mesmo pai) arcam com a prestação alimentar.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 588.

³⁸ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁹ Ibidem.

Importante salientar que os alimentos estão condicionados ao trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade. Pressupostos da obrigação alimentar já discutidos anteriormente.

Outra característica diz respeito à alternatividade. Segundo o artigo 1.701 do Código Civil de 2002: “a pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.”⁴⁰

A partir dessa disposição legal, verifica-se que a prestação alimentar apresenta dupla modalidade. Os alimentos podem ser pagos tanto em pecúnia como *in natura*, sendo esta referente à prestação direta ao credor dos bens indispensáveis para a manutenção da vida: alimentos propriamente ditos, alojamento, vestimentas, entre outros.

O direito de pedir alimentos é imprescritível, isto é, pode ser exercido a qualquer tempo. No entanto, os alimentos devidos e não pagos prescrevem em dois anos em conformidade com o artigo 206 §2º do Código Civil:

Prescreve:

Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem. ⁴¹

Consoante Rolf Madaleno:

(...) Admitir a prescrição do direito alimentar seria uma forma indireta e ilegal de reconhecer a renúncia alimentar. O fato de o alimentando não ter reclamado os alimentos em um momento pretérito não é obstáculo para deixar de fazê-lo quando entender que precisa, e quando se apresentarem os pressupostos próprios de uma obrigação alimentar. ⁴²

Complementa:

(..) os alimentos futuros não prescrevem pelo transcurso do tempo, porém, as cotas alimentícias já fixadas e atrasadas se perdem pela

⁴⁰ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴¹ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴² MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 4ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 840-841, p. 856.

*prescrição, pois a imprescritibilidade é pertinente exclusivamente ao direito de exigir alimentos, mas não ao de reclamar as pensões já fixadas, vencidas e não pagas, pois não se pode confundir o direito de exigir a obrigação já estipulada com o direito de solicitar os alimentos.*⁴³

Cumpre salientar que, com respaldo no artigo 1.707 do Código Civil de 2002⁴⁴, sobretudo em alimentos decorrentes da relação de parentesco, o direito aos alimentos é irrenunciável. Como tal direito é protegido por normas de ordem pública, é dever do Estado assegurar a vida digna. Ninguém pode renunciar aos alimentos e, conseqüentemente, a vida. Porém, a impossibilidade diz respeito apenas aos alimentos futuros, sendo possível a renúncia das prestações vencidas.

Como o artigo mencionado anteriormente não indica qualquer exceção quanto à sua aplicação, inúmeras são as controvérsias perante a doutrina.

Do mesmo modo, em decorrência do caráter pessoal, o direito não pode ser cedido. Todavia, conforme já mencionado anteriormente:

*Quando se trata, porém de um critério por pensão alimentar em atraso, este não difere de qualquer outro crédito de direito comum, já não prevalecendo a razão adotada quanto aos alimentos futuros, para se impedir a transmissibilidade por cessão, ou a qualquer outro título, do respectivo crédito.*⁴⁵

O direito a alimentos também não é transacionável. Nessa linha, Yussef Said Cahali afirma:

*Da indisponibilidade do direito de alimentos, em direta conexão com a sua índole estritamente pessoal, resultam aqueles reflexos de ordem pública, que se inserem no fundamento e na finalidade do instituto e justificam a limitação da esfera de autonomia privada; da natureza indisponível do direito in genere de obter alimentos devidos por lei se deduz a inadmissibilidade de ser o mesmo objeto de transação; não é permitido fazer-se transação sobre alimentos futuros, para que o alimentário, gasto o que receber por ela, não fique em necessidade (...)*⁴⁶

⁴³ Ibidem, p. 857.

⁴⁴ 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.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁵ Ibidem. p. 82

⁴⁶ CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 8ª ed. rev. atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 92.

Não obstante, conquanto os alimentos sejam indisponíveis, ressalta-se que são válidos os acordos entre as partes com a finalidade de fixação da pensão, seja ela presente ou futura, e o procedimento para o seu cumprimento. Lembrando que nesses casos, as convenções, não afastam o direito tanto do alimentante como do alimentado de reclamar o reajuste necessário sempre que houve qualquer mudança nas condições de fato.

Inadmissível também a penhora da pensão alimentícia haja vista que esta é indispensável para a sobrevivência do devedor. Fato esse que se verifica no artigo 833 inciso IV e §2º do Novo Código de Processo Civil:

São impenhoráveis:

*(...)os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, **as pensões**, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º(...)(grifo nosso)⁴⁷*

Lembrando que a penhora só pode recair sobre a soma dos valores referentes às prestações atrasadas.

Com relação à característica da intransmissibilidade, esta não encontrava qualquer obstáculo eis que encontrava respaldo no artigo 402 do Código Civil de 1.916, *in verbis*: “A obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor”.⁴⁸

Em decorrência do caráter pessoal, tanto o direito de alimentos como a obrigação alimentar não poderiam ser transmitidos, se extinguindo com a morte do alimentante ou do alimentado.

A doutrina não apresentava qualquer divergência considerável quanto à possibilidade de transmissão. Sem embargo, com o advento da Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), a questão se tornou controversa.

⁴⁷ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16-03-2015. Novo Código de Processo Civil. *In Vade Mecum*. 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁸ BRASIL. Lei n. 3.071 de 03-01-1916. Código Civil de 1.916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm.

O artigo 23 da lei citada disciplinou: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796 do Código Civil.”⁴⁹ Já no tocante ao artigo 1.796 do Código Civil, este determinou:

A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte, que na herança lhe coube.

§1º Quando, antes da partilha, for requerido no inventário o pagamento de dívidas constantes de documentos, revestidos de formalidades legais, constituindo prova bastante da obrigação, e houver impugnação, que se não funde na alegação de pagamento, acompanhada de prova valiosa, o juiz mandará reservar, em poder do inventariante, bens suficientes para solução do débito, sobre os quais venha a recair oportunamente a execução.

*§2º No caso figurado no parágrafo antecedente, o credor será obrigado a inicial a ação de cobrança dentro no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de se tornar de nenhum efeito a providência indicada.*⁵⁰

Com efeito, após a introdução da Lei 6.515/1977, a característica da intransmissibilidade tornou-se discutível.

Para alguns doutrinadores o artigo 23 da Lei do Divórcio derogava o artigo 402 do Código Civil de 1.916. Por outro lado, entendimento diametralmente oposto, para alguns doutrinadores, o princípio da intransmissibilidade teria sido preservado em sua integridade, limitando-se apenas para informar a responsabilidade dos herdeiros para com as dívidas vencidas.

Diante das contradições apresentadas anteriormente e muitas outras, era imprescindível que a matéria em questão fosse regulamentada de forma clara e irrefutável. Contudo, o Código Civil de 2002, não colocou fim nas discussões doutrinárias.

Dispõem os artigos 1.700 e 1.694, respectivamente:

*Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.*⁵¹

⁴⁹ BRASIL. Lei 6.515, de 26-12-1977. Lei do Divórcio. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵⁰ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵¹ Ibidem.

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

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

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.⁵²

Ante o exposto, verifica-se que a transmissibilidade da obrigação alimentar torna-se regra geral. O artigo 23 da Lei do Divórcio derroga o artigo 402 do Código Civil de 2002. Assim, consoante Yussef Said Cahali:

(...) o beneficiário a quem o falecido deveria prestar alimentos não estará sempre, e necessariamente, vinculado aos herdeiros legítimos e testamentários do de cujus por uma relação de parentesco ou muito menos conjugal.⁵³

Outra peculiaridade é a divisibilidade da obrigação alimentar prevista no artigo 1.698 do Código Civil de 2002:

Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.⁵⁴

A pensão alimentícia deve ser dividida entre todos os coobrigados, só sendo excluído um devedor caso este não tenha condições econômico-financeiras para suportar a obrigação.

Dessa forma, a obrigação de prestar alimentos não pode ser solidária. Segundo o artigo 265 do Código Civil de 2002,⁵⁵ a solidariedade não se presume, é resultado da lei ou de contrato.

⁵² Ibidem.

⁵³ CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 8ª ed. rev. atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 79.

⁵⁴ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵⁵ Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

Por fim, o direito de alimentos é irrepetível e incompensável. Características essas que serão abordadas de forma mais acentuada nos capítulos posteriores.

Em síntese, constata-se que ambas decorrem do caráter pessoal, pois o direito a alimentos é um direito inerente à pessoa que visa assegurar a integridade física e moral do alimentando. Mas, apesar da importância desses princípios, nota-se que a irrepetibilidade não apresenta qualquer respaldo na legislação vigente. Por outro lado, a incompensabilidade está prevista no artigo 1.707 do Código Civil de 2002⁵⁶.

Pelo princípio da irrepetibilidade, em virtude da própria natureza assistencial, não é possível a restituição dos valores pagos a título de alimentos. Já com relação a incompensabilidade, o devedor não pode compensar a sua dívida com eventual crédito para com o credor.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. *In* Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵⁶ 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.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. *In* Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DO INSTITUTO

Natural que, ao tratarmos de um tema relacionado ao direito de família – e, portanto, a um conjunto de normas que visam regular a relação familiar -, estaremos tratando de um assunto que remonta aos primórdios do próprio direito. Por certo, como já afirmava Hegel, a família é a estrutura social básica, da qual todas as outras mais complexas, como a sociedade civil e o Estado, derivam sua existência.

De um modo natural e, essencialmente, de acordo com o princípio da personalidade, divide-se a família numa multiplicidade de famílias que em geral se comportam como pessoas concretas independentes e têm, por conseguinte, uma relação extrínseca entre si. Noutros termos: os momentos, reunidos na unidade da família como idéia moral objetiva que ainda reside no seu conceito, por este conceito devem ser libertados a fim de adquirirem uma realidade independente. É o grau da diferença; de início expresso abstratamente, confere a determinação à particularidade que tem, no entanto, uma relação com o universal. Mas nessa relação o universal é apenas o fundamento interior e, por conseguinte, só de uma maneira formal, e limitando-se a aparecer, existe no particular (...). A extensão da família, como trânsito a um outro princípio, é, na existência, tanto o simples desenvolvimento num povo, numa nação, que por isso tem uma origem natural comum, como a reunião de coletividades familiares dispersas, seja pela força de um chefe, seja pelo consentimento livre, reunião que é requerida pelas exigências que comunizam ou pela recíproca ação em que elas são satisfeitas.⁵⁷

Encontramos, em culturas tradicionais, antiquíssimos institutos de direito de família, como, por exemplo, o *get* (divórcio), com todas as suas particularidades e previsões – incluindo uma participação da mulher divorciada no patrimônio do marido -, no *halachá* (direito rabínico).

Influente antecedente da lei da *Torah* foi o Código de Hamurabi, datado de 1754 a.c., que também possuía uma diversidade de normas regulando o âmbito doméstico e da família. Podemos elencar, como exemplo, a seguinte norma, tratando do divórcio:

⁵⁷ HEGEL, G.W.F., *Princípios da filosofia do direito*; tradução Orlando Vitorino – São Paulo; Martins Fontes, 1997, p. 165-167.

Art. 142. Se uma mulher brigar com seu marido e disser "Você não é compatível comigo", as razões do desagrado dela para com ele devem ser apresentadas. Caso ela não tiver culpa alguma e não houver erro de conduta no seu comportamento, ela deverá ser eximida de qualquer culpa. Se o marido for negligente, a mulher será eximida de qualquer culpa, e o dote desta mulher deverá ser devolvido, podendo ela voltar para casa de seu pai.⁵⁸

E esta outra, versando sobre direitos sucessórios:

Art. 162. Se um homem casar com uma mulher, e esta lhe der filhos, se esta mulher falecer, então o pai dela não terá direito ao dote desta moça, pois tal dote pertencerá aos filhos dela⁵⁹.

Quanto ao tópico que nos interessa, no entanto, devemos ser mais específicos. Os alimentos gravídicos tem sua origem relevante no direito romano.

O surgimento da obrigação alimentar no contexto da família deu-se no período do Principado, em um momento em que se dava uma maior valorização ao vínculo de sangue, em razão de uma mais aguda afirmação de um conceito de família ligado a essa forma de relação.

Nesse sentido, nos ensina Yussef Cahali:

No direito justinianeu foi seguramente reconhecida uma obrigação alimentar recíproca entre ascendentes e descendentes em linha reta ao infinito, paternos e maternos na família legítima, entre ascendentes maternos, pai e descendentes na família ilegítima, com a exclusão daquela constituída ex nefariis vel incestis vel damnatis complexibus; talvez entre irmãos e irmãs; e muito provavelmente pertence a esse período a extensão da obrigação alimentar à linha colateral.⁶⁰

Sob um enfoque sociológico, percebe-se o paulatino fenômeno de positivação, de transformação de costume em direito, no instituto em análise. As obrigações alimentares eram devidas por força de um imperativo moral, um costume, que, com o passar do tempo, acabou gerando a expectativa desse tipo de comportamento, a tal ponto, que se estabeleceram penas caso tal expectativa se

⁵⁸ Código de Hamurabi. Disponível em <http://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 8ª ed. rev. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.43

frustrasse. Corroborando tal entendimento, segue mais uma conclusão do autor supracitado:

*E aquilo que era simplesmente dever moral acabou se transformando, sob a influência de fatores vários, em obrigação jurídica.*⁶¹

Com o declínio do Império Romano, sua tradição jurídica acabou sendo incorporada e desenvolvida por outros sistemas normativos. Em relação à família e obrigações entre os cônjuges, importante contribuição deu o direito canônico, que tinha uma concepção distinta da família romana, dando uma maior ênfase ao casamento em si.

Voltando nossas atenções para a evolução do instituto em nosso direito pátrio, já nas Ordenações Filipinas podemos encontrar referência explícita às obrigações alimentares de âmbito familiar, mais especificamente no Livro 1, Título LXXXVIII, 15, que diz:

*Se alguns órfãos forem filhos de tais pessoas, que não devam ser dados por soldadas, o Juiz lhes ordenará o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado, e tudo mais em cada um ano. E mandará escrever no inventário, para se levar em conta a seu Tutor, ou Curador. E mandará ensinar a ler e escrever aqueles, que forem para isso, até a idade de 12 anos. E daí em diante lhes ordenará sua vida e ensino, segundo a qualidade de suas pessoas e fazenda*⁶²

Mais tarde, após diversos diplomas normativos esparsos cuidando do tema, o Código Civil de 1916 tentou conferir-lhe sistematização, embora o tratamento do tema tenha sido difuso, vez que inserido em meio aos deveres dos cônjuges. Quanto ao tratamento dado pelo Código de 1916, leciona Maria Berenice Dias:

Com o nítido intuito de proteger a família, o Código Civil de 1916, quando de sua edição, perpetrava uma das maiores atrocidades contra crianças e adolescentes ao não permitir o reconhecimento dos filhos ilegítimos, ou seja, os filhos havidos fora do casamento. Com isso, eles não podiam buscar o reconhecimento da própria identidade

⁶¹ CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 8ª ed. rev. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 44.

⁶² Ordenações Filipinas. Disponível em <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p212.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

e, em consequência nem pleitear alimentos(...). Quanto á obrigação alimentar decorrente do casamento, persistia o perfil conservador e patriarcal da família. O matrimônio era indissolúvel, extinguia-se exclusivamente pela morte ou anulação(...). Como o casamento não se dissolvia, mantinha-se o encargo assistencial, ao menos do homem para com a mulher. Isso porque, apesar de o Código atribuir a ambos os cônjuges o dever de mútua assistência, existia somente a obrigação alimentar do marido em favor da mulher inocente e pobre. Somente não persistia o dever de sustento no caso de abandono do lar sem justo motivo. A preocupação não era com a necessidade, mas com a conduta moral da mulher, pois sua honestidade era condição para obter pensão alimentícia.⁶³

Uma série de leis extravagantes surgiu visando regular a matéria. Temos, a título de exemplo, o decreto-lei 3.200, de 19.04.1941, que, além de bem exemplificar uma regulamentação da matéria, serve também como típica e paradigmática legislação varguista. Trata-se da lei de organização e proteção da família.

Art. 7º. Sempre que o pagamento da pensão alimentícia, fixada por sentença judicial ou por acordo homologado em juízo, não estiver suficientemente assegurado ou não se fizer com inteira regularidade, será ela descontada, a requerimento do interessado e por ordem do juiz, das vantagens pecuniárias do cargo ou função pública ou do emprego em serviço ou empresa particular, que exerça o devedor, e paga diretamente ao beneficiário.

Parágrafo único. Quando não seja aplicável o preceito do presente artigo, ou se verifique a insuficiência das vantagens referidas, poderá ser a pensão cobrada de alugueres de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que o juiz destinará a esse efeito, ressalvados os encargos fiscais e de conservação, e que serão recebidos pelo alimentando diretamente, ou por depositário para isto designado⁶⁴.

Seguiram-se diversas outras leis extravagante criando dispositivos – muitas vezes contraditórios entre si – no tocante às obrigações alimentícias. Podemos citar, ainda, a Lei do Divórcio que, segundo Maria Berenice Dias:

Com a Lei do Divórcio (L 6.515/77), o dever de alimentar entre os cônjuges passou a ser recíproco. Porém, exclusivamente o consorte responsável pela separação é quem pagava alimentos ao inocente. O cônjuge que tivesse conduta desonrosa ou praticasse qualquer ato que violasse os deveres do casamento, tornando insuportável a vida

⁶³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 581.

⁶⁴ BRASIL. Decreto Lei n. 3.200 de 19-01-1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm. Acesso em 12 de setembro de 2017.

*em comum, era condenado a pagar pensão àquele que não teve culpa pelo rompimento do vínculo afetivo. A lei não dava margem para outra interpretação(...). Ou seja, o culpado pela separação não podia pleitear alimentos, pretensão assegurada exclusivamente a quem não havia dado causa ao fim do matrimônio. Só o inocente fazia jus à pensão alimentícia. Assim, a demanda envolvia a perquirição da causa do rompimento da vida em comum. O autor da ação, para ser contemplado com alimentos, precisava provar, além da necessidade, tanto sua inocência como a culpa do réu. Até a simples iniciativa judicial de buscar a separação excluía o direito de pleitear alimentos.*⁶⁵

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 229, aborda, de certa forma, o tema:

*Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.*⁶⁶

Esperava-se que o antecipado Código Civil de 2002 pusesse um fim ao problema. Isso não ocorreu. Nas palavras de Yussef Cahali:

Da miscelânea de princípios que se procurou compor na redação definitiva do projeto convertido em lei, tem-se que algumas inovações se apresentam polêmicas, a merecer análise em local próprio. Assim:

a) define-se o legislador pelo caráter patrimonial da obrigação alimentícia; equipara o cônjuge e o companheiro aos parentes, no direito de pedir alimentos, para fazê-los irrenunciáveis em qualquer caso, e remanescendo a obrigação alimentícia mesmo que dissolvida a sociedade conjugal pela separação judicial, até a benefício do cônjuge responsável pela separação;

*b) provê-se a respeito dos alimentos congruos ('os indispensáveis à subsistência'), quando a situação de necessidade resulta de culpa de quem os pleiteia, ou, tratando-se de ex-cônjuge, foi ele responsável pela separação judicial.*⁶⁷

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 581.

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. In Vade Mecum. 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶⁷ CAHALI, Yussef Said, Dos Alimentos, Revista dos Tribunais. 8ª ed., p. 47

Registre-se que o novo código não fez diferenciações no tocante à origem da obrigação alimentar – seja em razão parentesco, seja em razão do fim do casamento.

Logo após a promulgação da atual carta constitucional, as leis 8.971/94 e 9.278/96, vieram regulamentar o novo *status* da união estável em nosso ordenamento. Devemos notar que, ao contrário do que ocorria com o casamento, inexistia o elemento culpa na aferição da exigibilidade de alimentos quando a união estável chegava ao fim.

Os tribunais, à época, não ignoraram o desnível no tratamento dado a casamento e união estável no que tange a obrigação de alimentos. Em verdade:

Tal incongruência foi reconhecida pela jurisprudência como nítida afronta ao princípio da isonomia: como casamento e união estável têm origem em um vínculo afetivo, nada justifica a distinção. Como a justiça não consegue conviver com o imponderável, nem de dar tratamento diferenciado e mais restritivo a direitos de igual natureza, foi dispensada a perquirição da culpa quando a lide envolvia alimentos ao cônjuge. A partir da EC 66/10, foi eliminado de vez o instituto da culpa quando a lide envolvia alimentos ao cônjuge no âmbito do direito das famílias. O divórcio, como única forma de pôr fim ao casamento, não comporta qualquer referência a causas ou identificações de responsabilidades.⁶⁸

No que tange especificamente aos alimentos gravídicos, o tema só foi devidamente regulado com o advento da Lei nº 11.804 de 2008, que disciplina o *direito de alimentos da mulher gestante e a forma pela qual será exercido* (art. 1º).

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 582.

3. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE

3.1 Definição

Consoante o princípio da irrepetibilidade, as prestações de caráter alimentício não são passíveis de restituição uma vez que são essenciais para a preservação das necessidades vitais do alimentando. Reitera Maria Helena Diniz:

*Os alimentos, uma vez pagos, não mais serão restituídos, qualquer que tenha sido o motivo da cessação do dever de prestá-los. Quem satisfaz obrigação alimentar não desembolsa soma suscetível de reembolso, mesmo que tenha havido extinção da necessidade aos alimentos.*⁶⁹

Os alimentos garantem a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é considerado como fundamento do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, as normas atinentes à obrigação alimentar são consideradas como normas de ordem pública, não podendo ser derogadas pela vontade do particular.

Vale destacar que no direito brasileiro não existe qualquer norma expressa acerca do princípio da irrepetibilidade. Todavia, a aplicação deste princípio encontra respaldo na jurisprudência e na doutrina.

Salienta Maria Berenice Dias:

*Talvez um dos princípios mais significativos que rege o tema dos alimentos seja o da irrepetibilidade. Como se trata de verba que serve para garantir a vida e a aquisição de bens de consumo, inimaginável pretender que sejam devolvidos. Não há como argumentar o óbvio. Provavelmente por esta lógica ser inquestionável é que o legislador não se preocupou sequer em inseri-la na lei. Daí que o princípio da irrepetibilidade é aceito por todos, mesmo não constando do ordenamento jurídico.*⁷⁰

Nesse mesmo sentido, afirma Rolf Madaleno:

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 680-681.

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 591.

*Nenhum dispositivo de lei consigna que os alimentos pagos não podem ser devolvidos; contudo, este tem sido um princípio sedimentado pela tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira, no propósito de proteger o alimentando eventualmente sujeito a ter de devolver prestações alimentícias pagas em duplicidade, ou indevidamente prestadas.*⁷¹

Em resumo, acentua Sérgio Gilberto Porto:

*Os alimentos, quer sejam provisionais, quer definitivos, uma vez fixados judicialmente não são restituíveis. Este é o princípio consagrado no direito brasileiro, embora existam algumas observações sobre a possibilidade de repetição dos alimentos indevidos.*⁷²

Assim, no decorrer do estudo, será demonstrada a possibilidade de devolução dos valores para afastar o instituto do enriquecimento injustificado.

3.2 Enriquecimento sem causa e flexibilização do princípio

Primeiramente, antes de abordar o tema da relativização do princípio da irrepetibilidade é imprescindível versar sobre o instituto do enriquecimento sem causa que se encontra regulado em capítulo próprio nos artigos 884, 885 e 886 do Código Civil de 2002:

*Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.*⁷³

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa

⁷¹ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 4ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 859.

⁷² PORTO, Sérgio Gilberto, Doutrina e práticas dos alimentos. 4ª ed. rev. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

⁷³ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.⁷⁴

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.⁷⁵

Isto posto, de acordo com Washington de Barros Monteiro:

A ação de in rem verso é cabível quando ocorre: a) o enriquecimento do accipiens; b) o empobrecimento do solvens; c) uma relação de causalidade entre os dois fatos; d) a ausência de causa jurídica que os justifique; e) a inexistência de qualquer outra ação que possa socorrer a vítima⁷⁶

Lembrando que o enriquecimento não diz respeito apenas ao acréscimo no patrimônio, mas também pode estar relacionado a qualquer vantagem. Já o empobrecimento corresponde à redução do patrimônio ou ao não recebimento de um valor devido.

O terceiro requisito, o chamado nexos de causalidade, se concretiza quando existe um vínculo entre o enriquecimento e o empobrecimento, sendo ambos resultantes de um mesmo fato.

Frisa-se que, consoante o Código Civil comentado:

Se os valores forem diversos, a indenização será fixada, pela cifra menor. Assim, se a vantagem de quem enriquece é de R\$ 5.000,00, mas o empobrecimento correspondente é de R\$ 3.000,00, esta última importância é que deverá ser paga ao primeiro. É que, no momento em que aquele que empobreceu for indenizado pelo montante de seu prejuízo, seu interesse fundado na ausência de outros danos a reparar desaparecerá, de modo que não poderá receber além do que perdeu.⁷⁷

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, 5: direito das obrigações 2ª parte. São Paulo: Saraiva 2012, p. 563

⁷⁷ Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso – 10ª ed. rev. atual. Barueri: Manole 2016, p. 860

No que concerne à ausência de causa jurídica, segue mais uma conclusão do autor supracitado:

A ausência de causa jurídica é o que configura o enriquecimento sem causa, não se podendo falar em locupletamento injusto se inexistir esse requisito.

O enriquecimento tem como base a lei ou o contrato; se não estiver atrelado a um desses fatores, será considerado sem justa causa.

Assim é natural que em um negócio um dos contratantes lucre e o outro perca, não ocorrendo aí o enriquecimento sem causa, pois houve contrato entre ambos, causa jurídica para o lucro obtido.

Das mesma maneira, a lei permite o enriquecimento do beneficiário da prescrição em detrimento do credor, não ocorrendo também aí o enriquecimento sem causa, pois tal proveito deflui da lei.⁷⁸

Por fim, em virtude do caráter subsidiário, a ação *in rem verso* só é cabível quando não houver qualquer outra ação específica. Não obstante, caso o prazo para a demanda específica prescreva, o autor não poderá se socorrer da ação *in rem verso*.

Vale ressaltar que o ônus da demanda *in rem verso* é de quem voluntariamente pagou o indevido. Contudo, o autor deve, não só provar a realização do pagamento, mas também que o fez por erro. É o que preceitua o artigo 877 do Código Civil de 2002: “Aquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro.”⁷⁹

Sem a comprovação do erro, entende-se que o pagamento foi realizado por mera liberalidade.

Retomando o tema principal, cumpre salientar que o direito como forma de regular as relações sociais nem sempre acompanha a evolução social, histórica e cultural do contexto aonde se aplica. Dada as frequentes transformações, pode-se observar que é frequente o surgimento, das denominadas, lacunas da lei. É o que reconhece Maria Berenice Dias:

(...) A realidade sempre antecede o direito. Atos e fatos tornam-se jurídicos a partir do agir das pessoas de modo reiterado. Ainda que a lei tente prever todas as situações dignas de tutela, as relações

⁷⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, 5: direito das obrigações 2ª parte. São Paulo: Saraiva 2012, p 564

⁷⁹ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016

*sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação. A realidade é dinâmica e a moldura dos valores juridicamente relevantes torna-se demasiado estreita para a riqueza dos fatos concretos. A existência de lacunas do direito é decorrência lógica do sistema e surge no momento da aplicação do direito a um caso sub judice não previsto pela ordem jurídica.*⁸⁰

Como é o caso do princípio da irrepetibilidade dos alimentos indevidos, o qual não apresenta nenhuma norma expressa no ordenamento jurídico. Desse modo, inúmeras são as controvérsias que existem na jurisprudência, sendo, portanto, imprescindível o papel do magistrado como forma de regularizar e suprir a omissão legislativa.

Nos dizeres de Sérgio Gilberto Porto:

*O princípio da irrepetibilidade não apenas sofre críticas (...) como também admite exceções, porém, embora não consagrado expressamente por nosso ordenamento jurídico, encontra, como já dito, amplamente respaldo doutrinário e jurisprudencial e leva por suporte, antes de tudo, o elevado sentido protetivo ao mais frágil, atribuindo, quiçá, ao mais forte, o dever moral de, enquanto pendente determinada lide, pensionar. Com isto, e com teor da lei de alimentos que determina que o juiz fixe, desde logo, alimentos provisionais, o legislador recomenda implicitamente ao Judiciário, cautela e prudência na fixação dos alimentos ad litem, mormente porque perdurarão até a decisão final, ressalvada a hipótese de alteração fática de fortuna.*⁸¹

Evidencia Maria Berenice Dias:

*(...) O fato de não haver previsão legal para situações específicas não significa inexistência de direito. A falta de previsão legislativa não pode servir de justificativa para o juiz negar a prestação jurisdicional ou deixar de reconhecer a existência de direito merecedor da chancela jurídica. O silêncio do legislador deve ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Com essa atividade legiferante ao caso concreto é determinada pela lei, não há que se falar em ativismo judicial sempre que o juiz decide sem que disponha de previsão legal. Aliás, essa é sua missão maior, constitui a função criadora da Justiça.*⁸²

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 36

⁸¹ PORTO, Sérgio Gilberto, Doutrina e práticas dos alimentos. 4ª ed. rev. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 45.

⁸² DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 36.

Verifica-se, portanto, que apesar da omissão legal, não se trata de ativismo judicial quando o magistrado aplica o princípio da irrepetibilidade.

Tal princípio é fundamental para a preservação da dignidade da pessoa humana, pois em virtude da sua natureza assistencial, a prestação alimentar garante a sobrevivência do alimentado. Ademais, prossegue Maria Berenice Dias:

*A irrepetibilidade também se impõe para desestimular o inadimplemento. A exclusão dos alimentos ou a alteração para menor do valor da pensão não dispõe de efeito retroativo. O ingresso da demanda revisional intentada pelo alimentante não pode servir de incentivo para que deixe de pagar os alimentos ou proceda à redução do seu montante do modo que melhor lhe aprouver. Estabelecido novo valor, passa a vigorar tão somente com referência às parcelas vincendas. Ou seja, a redução ou a extinção do encargo alimentar dispõe sempre de eficácia ex nunc, alcança somente as parcelas futuras. Caso assim não fosse, simplesmente deixaria o devedor de proceder ao pagamento na esperança de ver-se desonerado da dívida.*⁸³

Rolf Madaleno também evidencia essa questão:

*Em realidade, o credor de alimentos nunca perde, porque se a sentença reduz o valor liminar, esse montante inicial continua sendo devido até o julgamento do recurso extraordinário, sem precisar devolver qualquer valor recebido a maior, e se a última instância recursal majorar os alimentos há retroação do quantum para a data da citação do réu na demanda alimentar.*⁸⁴

Nesse mesmo raciocínio, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar o tema da irrepetibilidade em demanda de alimentos, por ocasião de oposição de Embargos de Declaração, decidiu que:

São Paulo. Tribunal de Justiça. Embargos de declaração nº 0158696-90.2007.8.26.0002. Ação de exoneração de alimentos movida pelo pai contra o filho, julgada parcialmente procedente, com a redução do valor da pensão- Acórdão que manteve a sentença de primeira instância - Dois recursos - Contradição alegada pelo

⁸³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 591-592.

⁸⁴ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 4ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 860.

alimentante e omissões aventadas pelo alimentando Contradição não configurada Omissão existente quanto ao termo inicial do valor revisado - Retroação do valor à data da citação nos termos do art. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/68 Precedente desta Câmara Súmula 6 deste Tribunal Os alimentos são sempre devidos a partir da citação, mesmo que fixados em ação revisional, quer majorados ou reduzidos, respeitado o princípio da irrepetibilidade Cerceamento de defesa abordado somente neste recurso - Inovação Inadmissibilidade Via inapropriada para atendimento de insatisfação ou fim de prequestionamento Rejeição dos embargos do alimentante e acolhimento parcial dos embargos do alimentando.(v. 11583). Relator: Viviani Nicolau, Data de Julgamento: 02/07/2013, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/07/2013.

(TJ-SP - ED: 01586969020078260002 SP 0158696-90.2007.8.26.0002, Relator: Viviani Nicolau, Data de Julgamento: 02/07/2013, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/07/2013).⁸⁵

Todavia a prática vem demonstrando o quanto pode ser injusto a aplicação incondicional do princípio da irrepetibilidade. É evidente que a proibição da devolução dos alimentos pagos indevidamente gera, sem dúvida, o enriquecimento sem causa do alimentante.

Este é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO. ALIMENTOS. PAGAMENTO DÚPLICE. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE. DEVER DE RESTITUIR. PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA, DA PROTEÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA SOLIDARIEDADE. O princípio da irrepetibilidade encontra guarida na necessidade dos alimentos para a aquisição de bens essenciais e, portanto, não é justificável sua aplicação nos casos de pagamento

⁸⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Embargos de Declaração 01586969020078260002, da 3ª Câmara de Direito Privado. Relatora Viviani Nicolau. São Paulo, 13 de janeiro de 2010. Disponível em http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=6848666&cdForo=0&uuidCaptha=sajcaptcha_c1ce82fdd7e74184917e13c94f1b0bec&v1Captha=PxBt&novoVICaptha=. Acesso em 19 de setembro de 2017.

dúplice, porquanto o primeiro pagamento, por si só, era suficiente para a satisfação das necessidades básicas da alimentada. De igual forma, o Poder Judiciário não pode autorizar que um indivíduo receba, por duas vezes, uma mesma prestação, sob pena de violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Entretanto, os fundamentos mais relevantes para se determinar a devolução da prestação alimentar paga em dobro são a proteção da boa-fé objetiva e o princípio da solidariedade. Em um Direito Civil orientado pelas diretrizes da socialidade e eticidade, seria um contrasenso punir um indivíduo, obrigando-o a pagar em dobro uma prestação, por agir pautado pela solidariedade e boa-fé. Convivemos, na prática forense, com diversas demandas em que os alimentantes, esquecendo do princípio da solidariedade nas relações familiares, buscam incansavelmente exonerar-se de suas obrigações, mesmo que unilateralmente. In casu, o autor, pelo contrário, agiu com extrema boa-fé e solidariedade, uma vez que, sabendo das necessidades de sua ex-esposa, jamais deixou de lhe prestar alimentos, ainda que pudesse imputar o não pagamento a seu órgão pagador. Importante lembrar ainda, que a boa-fé e solidariedade, são princípios que vinculam o atuar de todas as partes de uma relação jurídica e, por isso, a alimentada deveria guardar a mesma probidade que o alimentante. Nesse sentido, quando procurada para devolver os valores pagos em dobro, a ré deveria ter dispensado a mesma boa-fé e solidariedade que o autor, combinando com ele uma forma de devolução do valor pago indevidamente. Ademais, não é correto afirmar que houve liberalidade do autor. Com efeito, uma liberalidade exige um animus de dispor do patrimônio de forma deliberada. No caso, o autor não tinha a intenção de dispor de seu patrimônio, mas sim de adimplir com sua obrigação alimentar, logo os valores depositados após o acordo judicial só podem ser tidos como pagamento da obrigação alimentar. Provimento parcial do recurso.⁸⁶

3.3 Mitigação do princípio da irrepetibilidade em questões específicas

a) Alimentos gravídicos

Os alimentos gravídicos dizem respeito à pensão alimentícia reclamada pela gestante para cobrir todos os gastos adicionais no período da gravidez. Lembrando que as despesas devem estar compreendidas entre a concepção e o parto. Fato

⁸⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 0019332-40.2008.8.19.0204, da 3ª Câmara Cível. Relatora Renata Machado Cotta. Rio de Janeiro, 08 de junho de 2011. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000362BE9A6E15652597EC09CB72BB480A1E98C403053B3E>. Acesso em 19 de setembro de 2017.

esse que encontra respaldo nos artigos 2º do Código Civil de 2002 e 2º da Lei 11.804/2008, senão vejamos:

*Art. 2º do Código Civil. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*⁸⁷

Art. 2º da Lei 11.804/2008. Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

*Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.*⁸⁸

Com os dispositivos acima mencionados fica evidente que o nascituro encontra amparo não só a partir do seu nascimento com vida, mas desde a sua concepção. Consoante Rolf Madaleno:

*A Lei n. 11.804, de 05 de novembro de 2008, dá vida à teoria concepcionista ao reconhecer, agora sim, por expresso texto legal, o direito aos alimentos do nascituro, que fica garantido desde a sua concepção e não apenas condicionado ao seu nascimento com vida, como é a compreensão da teoria natalista, que só confere o direito alimentar com o nascimento do concebido. Venceu, portanto, a evidência do bom senso ao enumerar o art. 1.694 do Código Civil, uma nova modalidade alimentar, consistente no direito alimentar do nascituro, denominado alimentos gravídicos e disciplinado pela Lei n. 11.804/2008. Esta já vinha sendo a tendência jurisprudencial e doutrinária brasileira, porque não haveria como atender ao preceito constitucional do fundamental direito à vida, à saúde, à alimentação, quando todas essas necessidades coincidem com a concepção e não só depois do nascimento com vida do nascituro.*⁸⁹

⁸⁷ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016

⁸⁸ BRASIL. Lei n. 11.804 de 05-11-2008. Lei dos alimentos gravídicos. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

⁸⁹ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 4ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 882-883.

Ideia esta que vai de encontro com o pensamento de Maria Berenice Dias: “A garantia dos alimentos desde a concepção não significa a consagração da teoria concepcionista, até porque os alimentos não são assegurados ao nascituro, mas à gestante.”⁹⁰

Em conformidade com a autora supracitada, verifica-se que a legitimidade ativa para a propositura da demanda é da própria gestante, a qual promove a ação em nome próprio.

Após o nascimento com vida, a verba inicialmente concedida para atender os gastos decorrentes da gravidez é convertida em favor do menor, sendo passível de revisão. Isso porque, apesar da necessidade de análise da possibilidade do alimentante, os alimentos gravídicos não são fixados de acordo com a condição social daquele. Desse modo, com a revisão da pensão, aplica-se o critério da proporcionalidade.

Para fixação da pensão alimentícia o magistrado deve levar em conta os indícios de paternidade, as necessidades da grávida e a possibilidade financeira das partes do processo.

Acerca dos indícios, o magistrado não pode ser muito rigoroso na sua apuração. Até porque em caso de dúvida, dever ser preservada a necessidade da mãe e do nascituro e, conseqüentemente, da proteção da dignidade da pessoa humana, em detrimento da convicção da paternidade.

Fato esse que será demonstrado, conforme as seguintes jurisprudências:

*1- Alimentos gravídicos - **Indícios suficientes** da paternidade - Arbitramento compatível com o disposto no art. 2o, da Lei 11804/2008 (15% dos vencimentos líquidos) - Não provimento.*

(TJSP; Agravo de Instrumento 0290371-17.2009.8.26.0000; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campo Limpo Paulista - 2.VARA DISTRITAL; Data do Julgamento: 13/01/2010; Data de Registro: 01/02/2010 (grifo nosso))⁹¹

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 609.

⁹¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 0290371-17.2009.8.26.0000, da 4ª Câmara de Direito Privado. Relator Enio Zuliani. São Paulo, 13 de janeiro de 2010. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=4294022&cdForo=0>. Acesso em 19 de setembro de 2017.

2- AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. A lei de alimentos gravídicos não exige prova pré-constituída da paternidade, contentando-se com a existência de indícios. Assim, admitindo o agravante haver se relacionado sexualmente com a agravada, em período coincidente com a concepção, suficientemente demonstrados indícios necessários para fixação de alimentos gravídicos. A alegação de que a agravada tem condições para sozinha arcar com as despesas do período de gestação não tem o condão de afastar a obrigação do alegado pai do nascituro, devendo este também contribuir. No caso, ausente prova de que o agravante não tenha condições financeiras para pagar 25% do salário mínimo. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70070371182, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 15/09/2016).

(TJ-RS - AI: 70070371182 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 15/09/2016, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/09/2016 (grifo nosso))⁹²

À vista disso, o ponto que gera maior discussão com relação a esse tema diz respeito aos casos quando a paternidade é afastada. Seria possível a repetição das prestações alimentícias anteriormente pagas?

Segundo Rolf Madaleno:

*Originariamente estava prevista a responsabilidade objetiva da autora da ação pelos danos materiais e morais causados ao réu pelo resultado negativo exame pericial de paternidade, cujo dispositivo foi vetado por se tratar de norma intimidadora, eis que criaria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de a ação dos alimentos gravídicos não ser exitosa, importando, por tanto, na possibilidade de devolução dos valores gravídicos, dentre outras responsabilidades. Contudo, tal veto não descarta ser apurada a responsabilidade subjetiva da autora da ação, uma vez provada o dolo ou a culpa ao apontar o réu indevidamente como sendo o genitor do nascituro.*⁹³

Compartilhando da mesma ideia, afirma Maria Berenice Dias:

Mesmo que os alimentos sejam irrepetíveis, em caso de improcedência da ação cabe identificar a postura da autora.

⁹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravado de Instrumento 70070371182, da 8ª Câmara Cível. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 15 de setembro de 2016. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/386498967/agravo-de-instrumento-ai-70070371182-rs/inteiro-teor-386498984?ref=juris-tabs#>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

⁹³ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 4ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 884.

*Restando comprovado que ela agiu de má-fé ao imputar ao réu a paternidade, tal gera do dever de indenizar, cabendo inclusive, a imposição de danos morais.*⁹⁴

Esse uso abusivo do direito, característica do exercício muitas vezes incommensurável e egocêntrico dos direitos subjetivos, deve ser suprimido mediante a condenação por indenização por danos morais ou até mesmo com a relativização do princípio da irrepetibilidade.

Continua Maria Berenice Dias:

*A boa-fé é princípio consagrado (CC 113), sendo que comete ato ilícito o titular de direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico e social, pela boa-fé ou bons costumes (CC 187). Abuso de direito é uma espécie de ato ilícito, conduta que extrapola o exercício regular de um direito subjetivo.*⁹⁵

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

INDENIZAÇÃO. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONDENAR A RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALSA PATERNIDADE ATRIBUÍDA AO AUTOR. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL EVIDENCIADO. CONDUTA OMISSIVA DA RÉ. OMISSÃO DA VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DO FILHO. Ainda que não seja possível atribuir conduta dolosa à ré, é certo que não há dúvida de que houve evidente omissão em sua conduta. A ré não comunicou ao autor acerca do seu relacionamento extraconjugal que manteve durante o período de convivência conjugal, de modo que ela tinha pleno conhecimento de que a menor poderia ser filha de outra pessoa, sobretudo na hipótese dos autos em que as partes viviam sob o mesmo teto à época do relacionamento da ré com terceiro. O resultado do exame de DNA retirou do autor a paternidade, fato que, sem dúvida, lhe trouxe diversas implicações, pois em um dia se descobriu como pai e em outro lhe foi retirada essa condição. Além disso, tais fatos repercutiram também na honra e na imagem do autor na medida em que a atitude da ré implicou no envolvimento de outras pessoas da família do autor (avós, tios, primos). Não há como afastar o fato de que o cônjuge que omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé. Dano moral caracterizado. Sentença mantida. Recursos não providos.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 613.

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. Alimentos aos bocados. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.34.

(TJ-SP - APL: 10159829620168260577 SP 1015982-96.2016.8.26.0577, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 16/05/2017, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/05/2017⁹⁶

Segue outro entendimento semelhante:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. EXAME DE DNA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO GENÉTICO. PATERNIDADE EXCLUÍDA EM AÇÃO ANULATÓRIA ANTERIOR. ALEGAÇÃO DE QUE O GENITOR SABIA DA POSSIBILIDADE DE NÃO SER O PAI BIOLÓGICO DA CRIANÇA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE. LEALDADE E RESPEITO MÚTUOS. DEVERES MARITAIS. DESCUMPRIMENTO. IMPUTAÇÃO DE MÁ-FÉ. CONDUTA ILÍCITA CONFIGURADA. OFENSA À HONRA. PREJUÍZO PATRIMONIAL. OCORRÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. 1. Para se caracterizar a responsabilidade civil subjetiva, faz-se necessário que seja demonstrada a prática de uma conduta ilícita culposa ou dolosa do ofensor, comissiva ou omissiva, a existência de um dano daí decorrente e o nexo causal entre o demonstrado dano gerado à vítima e a conduta daquele. 2. Pelo contexto probatório que se logrou produzir nos autos, há mais indícios de que o autor de fato tratava a filha como se nada soubesse a respeito da possibilidade de não ser o pai biológico dela do que elementos a confirmar a alegação de que ele sabia que eventualmente poderia não possuir vínculo genético de paternidade com a infante, o que, no mínimo, aponta que teria havido omissão dolosa da sua ex-consorte acerca dos fatos gravosos que aludidos por esta. 3. No caso vertente, tendo a ré deixado de demonstrar que o autor sabia ao menos da possibilidade de não ser o pai da criança, ou que, tendo dúvida a respeito, botou-lhe a par da questão, conjugado aos elementos que indicam que ele agia como se pai legítimo fosse, impõe-se reconhecer que aquela descumpriu o dever de lealdade e respeito que tinha perante este, em grave ofensa a honra do então consorte, o que potencializa a responsabilidade civil dela, a ensejar o cabimento de uma reparação civil na esfera moral e, sendo o caso, também na material. 4. Para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, exige-se a verificação da inobservância de um dever jurídico que, na espécie, consubstancia-se na violação dos deveres de lealdade e respeito recíprocos a serem dispensados pelos companheiros, expressos nos arts. 1.566, I e V, e 1.724 do CC e no art. 2º, I, da Lei nº 9.278/96. 5. Descumpre os deveres de lealdade e respeito o consorte que, interiormente,

⁹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 101598296.2016.8.26.0577, da 10ª Câmara de Direito Privado. Relator Carlos Alberto Garbi. São Paulo, 16 de maio de 2017. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=G10009PK40000>. Acesso em 19 de setembro de 2017.

omite a verdadeira paternidade biológica, ou talvez a existência de dúvida a respeito, do filho gerado na constância da união estável, deixando o companheiro na ignorância do fato. 6. O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico da criança gerada durante a convivência marital atinge a honra subjetiva do companheiro, o que justifica a reparação pelos danos morais por este suportados. 7. A inobservância do dever de fidelidade e o período em que o autor, inadvertidamente, permanecera acreditando que era o pai biológico da criança (3 anos), em razão da omissão da ré sobre a verdadeira paternidade biológica ou, ao menos, sobre a existência de dúvida sobre o vínculo genético da menor, ensejam a responsabilização dela pelos danos morais suportados por aquele no momento em que tomou ciência de que não seria o pai da infante. 8. Para subsidiar o pedido de ressarcimento por danos materiais, exige-se do interessado que os prejuízos suportados sejam efetivamente demonstrados, sendo necessário que as correlatas provas apresentadas no processo demonstrem o aduzido desfalque que ampara o pleito indenizatório. 9. O autor somente assentiu no dever de prestar assistência material à menor porque pensou ser o seu verdadeiro pai. A omissão da ré a respeito da possibilidade de ele não possuir vínculo genético de paternidade com a infante constitui ato ilícito, o qual possui nexo de causalidade com os danos experimentados e provados ao menos em relação ao pagamento de plano de saúde para a suposta filha. 10. Conclui-se que o autor faz jus à restituição dos valores que efetivamente despendeu em decorrência da falsa paternidade, porém desde que eles sejam regularmente comprovados. In casu, resta apurado que apenas os valores referentes ao pagamento de plano de saúde da criança devem ser ressarcidos. 11. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

(TJ-DF - APC: 20130310351834, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 27/05/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 01/06/2015 . Pág.: 220)⁹⁷

Não obstante, como já dito anteriormente, a jurisprudência não é pacífica com relação à aplicação incondicional do princípio da irrepetibilidade. Conforme julgado abaixo, observa-se que decisão em primeira instância consagrou a flexibilização do princípio através da condenação por danos materiais. Não obstante, com a interposição do recurso, o acórdão reformou a sentença, a ver:

⁹⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação 20130310351834, da 13ª Turma Cível. Relator Alfeu Machado. São Paulo, 27 de maio de 2015. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194014367/apelacao-civel-apc-201303103518340>. Acesso em 19 de setembro de 2017.

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS Paternidade do autor afastada em ação de investigação de paternidade Pedido de restituição dos valores pagos à criança a título de alimentos e de indenização por danos morais Autor que em seu recurso não ataca os fundamentos da sentença que levaram à rejeição do pedido de indenização por danos morais Inobservância das regras do artigo 514, II e III, do CPC Apelação inepta - Ré que atribuiu ao autor a paternidade do filho Autor que enquanto acreditava ser pai do menor ofereceu pensão alimentícia - Prevalência do princípio da irrepetibilidade dos alimentos Restituição indevida - Decisão reformada Ação improcedente - RECURSO DO AUTOR NÃO CONHECIDO, PROVIDO O DA RÉ

(TJSP; Apelação 1005043-86.2014.8.26.0008; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/11/2014; Data de Registro: 25/11/2014) ⁹⁸.

Surge que a lei de alimentos gravídicos resguarda a dignidade do nascituro, mas, por outro lado, causa o prejuízo financeiro para aquele que foi erroneamente apontado como genitor.

A face do exposto, conclui-se que, em relação aos alimentos gravídicos, o princípio da irrepetibilidade da obrigação alimentar deve ser relativizado em algumas situações, não só porque o magistrado leva em consideração indícios de paternidade, mas também sob o argumento da possibilidade do enriquecimento sem causa da mulher de má-fé.

Vale ressaltar que a condenação a restituição dos valores pagos, não afasta a indenização por danos morais que por ventura o réu da ação de alimentos gravídicos sofra.

b) Constituição de união estável ou casamento após o divórcio

⁹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1005043-86.2014.8.26.0008, da 3ª Câmara de Direito Privado. Relator Alexandre Marcondes. São Paulo, 25 de novembro de 2017. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8041810&cdForo=0>. Acesso em 19 de setembro de 2017.

Estabelece o inciso III do artigo 1.566 do Código Civil de 2002: “São deveres de ambos os cônjuges: (...) III – mútua assistência.”⁹⁹

Declara Maria Berenice Dias:

*A promessa de amar e respeitar, na alegria e na tristeza, na pobreza e na riqueza, na saúde e na doença feita na cerimônia religiosa do casamento, nada mais significa do que o compromisso, imposto a ambos os cônjuges, de atenderem ao **dever de mútua assistência** (CC 1.566 III) e de mútuo respeito e consideração (CC 1.566 V). (grifo nosso)*¹⁰⁰

É a partir desse dever de mútua assistência que surge a obrigação recíproca entre os cônjuges de prestar alimentos. A responsabilidade pela manutenção da vida e, conseqüentemente, pelo respeito aos princípios da solidariedade e da proteção da dignidade da pessoa humana, advém do casamento e independe da vontade dos cônjuges.

Sublinha-se que, com respaldo no artigo 1.694 do Código Civil de 2002¹⁰¹, o estado civil dos obrigados não impõe qualquer restrição quanto a obrigação alimentar. Assim, os alimentos, mesmo após a dissolução do casamento, são devidos.

A obrigação alimentar só cessa com o reconhecimento do casamento, da união estável ou do concubinato do alimentando em consonância com o artigo 1.708 do Código Civil de 2002.¹⁰²

Cumpra salientar que o namoro por si só não afasta a obrigação de prestar alimentos.

⁹⁹ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de famílias. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 191.

¹⁰¹ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016

¹⁰² Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016

O encargo só pode ser afastado com a propositura da ação exoneratória. Dessa forma, é o alimentante não pode, por conta própria, interromper o pagamento das prestações alimentícias.

O princípio da irrepetibilidade das prestações de caráter alimentício e a boa-fé da parte que as recebeu por força de decisão judicial ou de acordo obstam a devolução das quantias auferidas em razão da proteção da dignidade da pessoa humana. Contudo, a demonstração da omissão por má-fé de posterior casamento ou união estável quando extinto o vínculo conjugal é uma ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, provocando o enriquecimento sem causa do alimentado. Destarte, é imprescindível a flexibilização do princípio da irrepetibilidade.

Nessa perspectiva, decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POSTERIORMENTE AO DIVÓRCIO - ÔMISSÃO DESTA INFORMAÇÃO AO ALIMENTANTE - MÁ-FÉ DEMONSTRADA - PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS RELATIVIZADO - SENTENÇA MANTIDA. 1. A demonstração nos autos de ter a alimentanda, de má-fé, omitido do seu ex-esposo ter estabelecido união estável posteriormente ao divórcio, livrando-o, assim, da obrigação alimentar assumida quando extinto o vínculo conjugal, afronta ao princípio da boa-fé objetiva e implica enriquecimento ilícito. 2. Diante da comprovada má-fé da alimentanda e o pagamento indevido dos alimentos posteriormente o início desta união pelo alimentante, impõe-se relativizar o princípio da irrepetibilidade dos alimentos para condenar aquela a restituir a este os valores indevidamente pagos.

(TJ-MG - AC: 10430120013130002 MG, Relator: Edgard Penna Amorim, Data de Julgamento: 14/05/2015, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/05/2015)¹⁰³

Decisão que vai ao encontro do julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. CASAMENTO OU UNIÃO ESTÁVEL. CAUSA DE EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. CABÍVEL A EXONERAÇÃO. Nos termos do art. 1.708 do CC, o casamento ou união estável do alimentando é

103 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação 10430120013130002, da 8ª Câmara Cível. Relator Edgard Penna Amorim. Monte Belo, 25 de novembro de 2015. Disponível em <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/191269044/apelacao-civel-ac-10430120013130002-mg/inteiro-teor-191269096>. Acesso em 19 de setembro de 2017

causa automática de extinção da obrigação alimentar, regra que pode ser aplicada ao caso das agravantes, que não negaram sua condição de casada. RECURSO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70074061110, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 30/08/2017).

(TJ-RS - AI: 70074061110 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 30/08/2017, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/09/2017)¹⁰⁴

¹⁰⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravado de instrumento 70074061110, da 7ª Câmara Cível. Relator Liselena Schifino Robles Ribeiro, 30 de agosto de 2017. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/495557239/agrado-de-instrumento-ai-70074061110-rs>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

4. PRINCÍPIO DA INCOMPENSABILIDADE

4.1 Definição

Diferente do princípio da irrepetibilidade, o princípio da incompetência encontra-se expressamente previsto no ordenamento brasileiro, senão vejamos:

Artigo 373 inciso I do Código Civil de 2002:

A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto:

(...)

*II - se uma se originar de comodato, depósito ou **alimentos**; (grifo nosso)¹⁰⁵*

Artigo 1.707 do Código Civil de 2002:

*Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, **compensação** ou penhora. (grifo nosso)¹⁰⁶*

Nesse sentido, assinala Yussef Said Cahali:

Ainda em razão do caráter personalíssimo do direito de alimentos, e tendo em vista que estes são concedidos para assegurar ao alimentado os meios indispensáveis à sua manutenção, afirma-se, como princípio geral, que o crédito alimentar não pode ser compensado; pretendendo-se, mesmo, que não se permita a compensação em virtude de um sentimento de humanidade e interesse público; nessas condições, se o devedor da pensão alimentícia se torna credor da pessoa alimentada, não pode opor-lhe, inobstante, o seu crédito, quando exigida aquela obrigação.¹⁰⁷

Diante da natureza assistencial, a qual visa à preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, não é permitido ao devedor proceder à compensação

¹⁰⁵ BRASIL. Lei n. 10.406 de 10-01-2002. Código Civil. In Vade Mecum . 22ª ed. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Cahali, Yussef Said, Dos Alimentos, Revista dos Tribunais. 8ª ed., p. 87-88.

da obrigação alimentar com eventuais créditos para se eximir da obrigação alimentar. Esta só pode ser afastada em virtude de decisão em ação exoneratória.

4.2 Locupletamento ilícito e flexibilização do princípio da incompensabilidade

Os alimentos fixados, sejam provisórios ou definitivos, devem ser adimplidos de forma integral pelo alimentante, sem a escusa de compensação com outros créditos. Segundo Rolf Madaleno:

*Permitir a compensação seria autorizar o devedor a gerir indiretamente a vida e os interesses dos alimentandos, normalmente representados pela ex-esposa, ou tão somente a prole, porque esta possibilidade retiraria dos credores de alimentos a livre-administração da vida econômica-financeira, e de determinarem o âmbito das suas necessidades, para dar espaço a uma intolerável intervenção na autoridade do guardião dos filhos.*¹⁰⁸

O credor tem direito de receber o valor integral da prestação alimentícia sem qualquer tipo de sobressalto com a diminuição do seu orçamento por conta do pagamento *in natura*. Entendimento de alguns, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Execução de alimentos. Impugnação ao cumprimento de sentença. Pretensão do devedor, abrangendo compensação, não pode sobressair, pois os alimentos são irrepetíveis e incompensáveis. Alimentos provisórios que foram fixados em pecúnia, logo, apenas nesta forma deveriam ter sido adimplidos. Agravo desprovido.

*(TJSP; Agravo de Instrumento 0017813-89.2013.8.26.0000; Relator (a): Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 2ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 16/05/2013; Data de Registro: 20/05/2013)*¹⁰⁹

¹⁰⁸ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 4ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 862.

¹⁰⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 0017813-89.2013.8.26.0000, da 4ª Câmara de Direito Privado. Relator Natan Zelinschi de Arruda. São Paulo, 16 de maio de 2013. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/getArquivo.do?cdAcordao=6742214&cdForo=0>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

Sucedese também que, ocasionalmente, o alimentante efetua o pagamento por mera liberalidade e, posteriormente, solicita o desconto no valor da pensão fixada. Fato esse que não justifica a devolução dos valores amortizados:

*ALIMENTOS Pedido do alimentante voltado a obter a compensação de valor pago com despesas de viagem do credor ao exterior Decisão de primeiro grau que indefere o pedido **Conduta de mera liberalidade do alimentante** Impossibilidade de compensação Pretensão de se estender à genitora do menor o dever igualitário de suportar as despesas Controvérsia não submetida ao juízo de primeiro grau e não apreciada pela decisão agravada Agravo não conhecido nessa parte e desprovido na parte conhecida*

(TJSP; Agravo de Instrumento 0242240-06.2012.8.26.0000; Relator (a): Carlos Henrique Miguel Trevisan; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 2ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 04/04/2013; Data de Registro: 08/04/2013) (grifo nosso)¹¹⁰

Importante ressaltar os casos em que o pagamento é realizado de forma reiterada e equivocada, isto é, levando em consideração a aplicação de índice de correção monetária incorreto.

Não obstante, conforme serão observadas adiante, algumas ressalvas têm sido discutidas pela doutrina e pela jurisprudência sobre a compensação dos alimentos. São os casos de abuso do direito do administrador ou credor de alimentos que, muitas vezes, se abstém de realizar o pagamento das dívidas, favorecendo o locupletamento ilícito. Dessa forma, é inevitável a indagação em relação à flexibilização do princípio da incompensabilidade.

Cumprе salientar que a relativização do princípio da incompensabilidade depende do preenchimento de certos requisitos, quais sejam: as dívidas passíveis de compensação devem ser da mesma natureza (no caso em questão, devem ter caráter nitidamente alimentar), a prova da excepcionalidade da causa para o pagamento *in natura* e, principalmente, a exclusão do instituto do enriquecimento sem causa.

¹¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 0242240-06.2012.8.26.0000, da 4ª Câmara de Direito Privado. Relator Carlos Henrique Miguel Trevisan. São Paulo, 04 de abril de 2013. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=6637210&cdForo=0>. Acesso em 20 de setembro de 2017

Lembrando que, conforme informado em capítulo anterior, para a propositura da ação *in rem verso* são necessários os seguintes requisitos: enriquecimento do credor, empobrecimento do devedor, nexo de causalidade entre o locupletamento e a pauperização, ausência de uma causa jurídica como fundamento e ausência de uma ação específica para promover a restituição dos valores.

Isto posto, o rigorismo na aplicação do princípio da incompensabilidade previsto nas normas apontadas anteriormente (artigos 373 inciso III e 1.707 ambos do Código Civil de 2002), deve ser atenuado dependendo do caso concreto. É necessária a análise detalhada para averiguar se o pagamento *in natura* teve como função exclusivamente o adimplemento da obrigação alimentar e, e em consequência, a obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

4.3 Relativização do princípio da incompensabilidade

Consoante demonstrado anteriormente, existem algumas decisões judiciais que impedem a compensação entre o valor pago *in natura* e o valor fixado em pecúnia, pois consideram como ato de mera liberalidade do alimentante o pagamento realizado de forma diferente do estipulado. Sem embargo, atualmente é possível notar significativa flexibilização do princípio da incompensabilidade.

O pagamento a maior pode acarretar o enriquecimento sem causa. Assim, são recorrentes os casos em que a Justiça tem admitido a compensação entre o valor fixado judicialmente e o pagamento de despesas voltadas especificamente para a obrigação alimentar:

APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. Alimentos. Pedido procedente. Valores pagos a maior. Possibilidade de reembolso sem prejuízo do princípio da irrepetibilidade e incompensabilidade das prestações alimentícias. Abrandamento que busca evitar o enriquecimento sem causa. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação 9076447-71.2003.8.26.0000; Relator (a): Percival Nogueira; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de

Bragança Paulista - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 03/11/2011;
Data de Registro: 11/11/2011)¹¹¹

Diferente não é o entendimento do STJ, a saber:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.421.502 - RJ (2013/0380539-3)
RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE : G
L W B ADVOGADOS : MATHEUS BARROS MARZANO - RJ125353
MARIANA ZONENSCHIN E OUTRO (S) - RJ118924 RECORRIDO
: M C B T ADVOGADO : ROSEMARY THEREZA LOPES E OUTRO
(S) - RJ093728 PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL.
EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. POSSIBILIDADE DE
COMPENSAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR A FIM DE EVITAR
O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ALIMENTANDA.
EXCEPCIONALIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. De acordo com a
jurisprudência desta Corte, os valores pagos a título de alimentos, via
de regra, não são suscetíveis de compensação, ressalvadas
hipóteses excepcionais, em que configurado o enriquecimento sem
causa do alimentando. Precedentes. 2. Recurso especial provido.
DECISÃO 1. Trata-se de recurso especial interposto por G L W B
com fundamento no art. 105, III, alínea a e c, da Constituição
Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado
do Rio de Janeiro, assim ementado: AGRADO REGIMENTAL
CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AO AGRADO DE
INSTRUMENTO INTERPOSTO, CASSANDO A DECISÃO
PROFERIDA EM PRIMEIRO GRAU, TENDO EM VISTA A
AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL PARA A COMPENSAÇÃO DE
DÍVIDAS QUANDO QUALQUER DELAS SE ORIGINAR DE
OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.- ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE
DO AGRADO DE INSTRUMENTO.- INTERPOSIÇÃO DE
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO QUE INTERROMPERAM O
PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DO PRESENTE RECURSO -
ARTIGO 538 DO CPC - NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.
Nas razões do especial, alega-se violação dos arts. 368, 373, II, e
1.707 do Código Civil, bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta
que o crédito da recorrida, isto é, composto de valores relativos à
pensão alimentícia que lhe era devida pelo recorrente, cujas
prestações acumulam-se desde 2002, deixou de ter natureza
alimentar em razão do transcurso de tempo. Sendo assim, o crédito
tornou-se pretérito, podendo ser compensado com o crédito do
recorrente. Outrossim, aduz que esta Corte já firmou entendimento
de possibilidade de compensação de crédito alimentar com outro, de
natureza diversa, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito do
alimentando. Contrarrazões às fls. 487/495. Após crivo negativo de

¹¹¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 9076447-71.2003.8.26.0000, da 6ª
Câmara de Direito Privado. Percival Nogueira. Bragança Paulista, 03 de novembro de 2011.
Disponível em
https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=5531463&cdForo=0&uuidCapcha=sajcaptcha_ca5338b0bc53460fa9a372b3fa1ea36f&v1Capcha=Uhde&novoVICapcha=. Acesso
em 19 de setembro de 2017.

admissibilidade na origem (fl. 505/508), subiram os autos a esta Corte por força de provimento dado a agravo de instrumento (fl. 511). Decido. 2. A irresignação merece ser acolhida. Da análise do caso, verifica-se que a sentença de piso deferiu a compensação da dívida da recorrida com a obrigação alimentar devida pelo recorrente, tendo em vista as infrutíferas tentativas deste em garantir seu crédito, bem como a fim de evitar o enriquecimento ilícito da alimentanda. A propósito, colho o seguinte excerto da sentença: "(...) Dispõe o art. 368 do Código Civil que quando duas ou mais pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.". Verifica-se que a executada nestes autos é credora do exeqüente na ação de alimentos. Nada obstante a inaplicabilidade do princípio da não compensação dos valores referentes à pensão alimentícia, como forma de evitar a frustração da finalidade primordial desse crédito, como quer a regra insculpida no art. 1.707 do Código Civil, a jurisprudência vem firmando entendimento por mim comungado, no sentido de que em situações excepcionais, essa regra deve ser flexibilizada, mormente em casos de flagrante enriquecimento sem causa dos alimentandos, como, a meu juízo, é o caso presente. Ademais, por se tratar de um crédito alimentar pretérito, o mesmo perdeu a sua função. A E. Quinta Câmara Cível deste Tribunal, em apelação cível nº 2006.001.09507, assim decidiu: "APELAÇÃO. ALIMENTOS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. COMPENSAÇÃO. HIPÓTESES EM QUE É POSSÍVEL. SE OS PAGAMENTOS A MAIOR DE PENSÃO ALIMENTÍCIA PRETÉRITA NÃO CORRESPONDEM A LIBERALIDADES IDENTIFICÁVEIS, PODEM SER COMPENSADOS, EIS QUE, EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO A OBRIGAÇÃO ASSUME NÍTIDO CARÁTER INDENIZATÓRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (DES. ANTONIO CÉSAR SIQUEIRA - julg. em 09/05/2006) Isto posto, DEFIRO A COMPENSAÇÃO requerida pelo exeqüente, ressalvado os honorários advocatícios, como requerido às fls. 530/537. Oficie-se ao juízo da 12 Vara de Família desta comarca dando ciência da presente decisão." (fls. 356/357) - g.n. Todavia, o Tribunal de Justiça Fluminense houve por bem reformar a decisão do juízo singular, ao entendimento de que não é possível a compensação em hipótese alguma do crédito de natureza alimentar, já que esta previsão decorre dos preceitos instituídos nos arts. 373, II, e 1.707 do Código Civil. Confira-se trecho elucidativo do acórdão recorrido: "(...) Após diversas e infrutíferas tentativas para garantir seu crédito, o Agravado requereu a compensação, com fulcro no artigo 368, do Código Civil, em razão da existência de execução de alimentos que tramita perante a 12ª Vara de Família da Comarca da Capital, entre as mesmas partes, na qual o Autor nesta ação figura como devedor naquela. Neste sentido, entendeu o magistrado a quo que, apesar da inaplicabilidade do princípio da não compensação dos valores referentes à pensão alimentícia, essa regra deve ser flexibilizada a fim de evitar o enriquecimento sem causa dos alimentandos. Por fim, afirmou que trata-se de crédito alimentar pretérito, tendo o mesmo perdido sua função, deferindo a compensação requerida pelo Exequente, ora Agravado. Segundo o regra do artigo 1015, inciso II, do Código Civil de 1.916, reproduzida no artigo 373, inciso II, do novo, a diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto se uma delas se originar de comodato, depósito ou alimentos.

Hipótese em que não contempla a lei qualquer exceção à regra. Em decorrência direta do expresso dispositivo inserto no inciso 11 do artigo 373, do Código Civil, não se aventa a compensação de dívidas quando qualquer delas se originar de obrigação alimentar. Além disso, há outra vedação legal prevista no artigo 1.707, também do Código Civil que assim dispõe: "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." Dessa forma, a decisão ora recorrida afronta expressa disposição legal vigente. Não poderia o magistrado a quo ler deferido a compensação requerida, eis que o ordenamento jurídico não prevê qualquer exceção no que diz respeito à possibilidade de compensação envolvendo dívida originada de obrigação alimentar. Temos ainda, por pesquisa através da INTRANET deste Tribunal de Justiça, que o Juízo da 12ª Vara de Família desta Comarca da Capital, em data de 13/09/2007 já proferiu decisão em uma das Ações de Execução de Alimentos (proc. Nº 2005.0001.140009-0) proposta pela exequente, ora Agravante, negando a possibilidade legal da pretendida compensação, 'in verbis': '1) Não há quer se falar em compensação em matéria de alimentos. Também não é o caso de suspensão do presente feito, tendo sido mantida a decisão de prisão às fls. 231; 2) Recebido nesta data. Rio, 13/09/07' Por tais fundamentos, com fulcro no artigo 557, do Código de Processo Civil, decido no sentido de dar provimento ao presente recurso para cassar a decisão proferida, indeferindo o pedido de compensação requerido pelo Exequente, ora Agravado." (fls. 439/440) - g.n. 3. Nessa esteira de inteligência, constato que o entendimento proferido na origem diverge da jurisprudência desta Corte, que se orienta no sentido de ser impossível, via de regra, a compensação de crédito de natureza alimentar, exceto nos casos em que se verificar o enriquecimento ilícito do alimentando. De fato, como dito, em regra os valores pagos a título de alimentos não são suscetíveis de repetição nem de compensação, haja vista que: A pensão equivale àquela importância necessária para os alimentandos viverem no período em que foi paga. Este o sentido imprimido na fixação. Se expressasse uma obrigação civil comum, não se negaria a compensação. Mas, em se tratando de alimentos, há de se ponderar que os abatimentos pretendidos resultam na insuficiência do valor no mês em que se busca a compensação. Não interessa a quantia a mais paga em período anterior. Não se pode exigir do alimentando o controle dos valores recebidos nos gastos, e reservar uma parte tendo em vista uma possível redução posterior da pensão. (RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família: lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 729) Os arts. 373, II e 1.707 do Código Civil estabelecem tal previsão: Art. 373. A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto: [...] II - se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos; 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. Não obstante, em hipóteses excepcionais, em que configurado o enriquecimento sem causa do beneficiário, torna-se factível a compensabilidade. Cristiano Chaves de Farias fortalece esse entendimento: "É que, em certos casos, com o propósito de evitar o enriquecimento sem causa do credor que recebeu uma determinada parcela alimentícia a maior, é possível a compensação do valor pago

indevidamente nas parcelas vincendas, de modo a obstar acréscimo patrimonial indevido. De igual modo, a jurisprudência admite, em casos específicos e diferenciados, a compensação de verba alimentícia. Todavia, cuida-se de hipótese excepcional, somente tolerada quando demonstrado, a toda evidência, o caráter indevido do pagamento realizado e desde que não comprometa a subsistência do alimentando (ou seja, dê que a compensação no mês seguinte não ultrapasse ao percentual tolerável de descontos em salários de 30%).” (Curso de direito civil: famílias. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013, p. 807) A jurisprudência da Casa não se afasta desse entendimento: PROCESSO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. BASE DE CÁLCULO. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. AVISO PRÉVIO. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. 1. Não houve ofensa ao artigo 535 do CPC, porquanto, embora rejeitados os embargos de declaração, os pontos essenciais ao deslinde da controvérsia foram efetivamente analisados pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão do recorrente. 2. Os alimentos arbitrados em valor fixo devem ser analisados de forma diversa daqueles arbitrados em percentuais sobre "vencimento", "salário", "rendimento", "provento", entre outros ad valorem. No primeiro caso, a dívida consolida-se com a fixação do valor e periodicidade em que deve ser paga, não se levando em consideração nenhuma outra base de cálculo. (REsp 1.091.095/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/04/2013, DJe 25/04/2013). 3. No caso, os descontos realizados sobre o décimo terceiro salário percebido nos anos de 2002 e 2003 ocorreram durante o período em que a obrigação alimentar tinha sido arbitrada no valor fixo de 4,5 salários mínimos (de julho/2002 a maio/2004). Dessarte, tendo o juízo singular fixado o valor da obrigação em montante fixo, sem proceder a ressalva alguma, a dívida alimentar deve necessariamente observar tal diretriz, excluindo-se, portanto, a referida parcela. 4. A desvinculação da participação nos lucros operada pela Constituição da República de 1988, em seu art. 7º, inc. XI, não teve o condão de alterar a essência dessa rubrica a ponto de descaracterizá-la, tendo objetivado primordialmente incentivar a sua utilização pelos empregadores, desonerando-os quanto à integração do seu valor ao salário e ao pagamento de diferenças reflexas em outras parcelas trabalhistas, além dos encargos sociais. 5. Dessarte, a despeito dessas verbas serem desvinculadas do conceito de remuneração, configuram-se como rendimento, porquanto geram acréscimo patrimonial, devendo integrar a base de cálculo dos alimentos. 6. No caso concreto, o montante percebido a título de participação nos lucros sofreu a incidência da pensão alimentícia em janeiro de 2005, quando prevista a pensão em 55% dos rendimentos brutos do recorrente, de modo que absolutamente factível tal desconto, haja vista que essa parcela se encontra encartada no conceito de rendimento; mormente em razão de a decisão da revisional ter determinado como base de cálculo dos alimentos os rendimentos líquidos, com exclusão tão somente dos descontos relativos ao imposto de renda e à previdência social (fl. 356). 7. O aviso prévio consiste, em última

instância, no pagamento efetuado pelo empregador ao empregado pela prestação de serviços durante o restante do contrato de trabalho ou à indenização substitutiva pelo seu não cumprimento por qualquer das partes. Em ambas as hipóteses - natureza salarial ou indenizatória -, trata-se de verba rescisória, razão pela qual não incide o desconto da pensão alimentícia, ressalvada disposição transacional ou judicial em sentido contrário (ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio). 8. No presente feito, houve decisão judicial expressa determinando o desconto de 55% do total das verbas rescisórias, com fundamento na postura recalcitrante do recorrente em pagar a pensão devida. 9. Os valores pagos a título de alimentos, via de regra, não são suscetíveis de compensação, ressalvadas hipóteses excepcionais, em que configurado o enriquecimento sem causa do alimentando, o que não ocorre no presente feito, porquanto o recorrido ostenta condição de saúde especial, realmente necessitando de cuidados extraordinários que demandam despesa consideravelmente maior. 10. In casu, não obstante indevidos os descontos perpetrados sobre o 13º salário, é certa a sua incompensabilidade com prestações posteriores. 11. Ressalva dos Ministros Maria Isabel Gallotti e Raul Araújo quanto à incidência da pensão alimentícia sobre a rubrica denominada participação nos lucros apenas quando comprovada a necessidade do alimentando, o que, no caso dos autos, foi devidamente demonstrada. 12. Recurso especial não provido. (REsp 1332808/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 24/02/2015) - g.n. _____ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO PELA CORTE LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. JULGADO QUE TRAZ FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. COMPENSAÇÃO DE DÍVIDA ALIMENTÍCIA. POSSIBILIDADE APENAS EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 226.350/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 28/02/2014) - g.n. _____ RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA SOB O RITO DO ART. 733 DO CPC - LIMITES DA MATÉRIA DE DEFESA DO EXECUTADO E LIQUÍDEZ DOS CRÉDITOS DESTE - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - COMPENSAÇÃO DE DÍVIDA ALIMENTÍCIA - POSSIBILIDADE APENAS EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, COMO IN CASU - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1. É inviável, em sede de recurso especial, o exame de matéria não prequestionada, conforme súmulas ns. 282 e 356 do STF. 2. Vigora, em nossa legislação civil, o princípio da não compensação dos valores referentes à pensão alimentícia, como forma de evitar a frustração da finalidade primordial desses créditos: a subsistência dos alimentários. 3. Todavia, em situações excepcionalíssimas, essa regra deve ser flexibilizada, mormente em casos de flagrante enriquecimento sem causa dos alimentandos, como na espécie. 4. Recurso especial não conhecido. (REsp 982.857/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 03/10/2008). _____

Alimentos (prestação). Execução. Compensação. No STJ há precedentes pela não-compensação da dívida alimentar: REsp-25.730 e RHC-5.890, DJ's de 1.3.93 e 4.8.97. De acordo com a opinião do Relator, admite-se a compensação em caso excepcional (enriquecimento sem causa da parte do beneficiário). 2. Caso em que não era lícito admitir-se a compensação, à míngua da excepcionalidade. 3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 202179/GO, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/1999, DJ 08/05/2000, p. 90). 3.1 Nesse passo, a luz dos precedentes transcritos, concluo que o acórdão estadual está em confronto com a jurisprudência do STJ, na medida em que, em situações excepcionalíssimas, admite-se a compensação de crédito de natureza diversa com o de natureza alimentar, notadamente, nos casos em que se verificar o enriquecimento ilícito do alimentando, tal qual ocorre na espécie. 3.2 Portanto, o recurso especial merece ser acolhido por afronta aos arts. 368, 373, II, e 1.707 do Código Civil, tendo em vista que, ao contrário do que foi consignado na origem, é possível excepcionalmente a compensação de créditos da recorrida com a obrigação alimentar do recorrente, a fim de evitar o enriquecimento ilícito daquela. 4. Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para restaurar a sentença de fls. 356/357, registrando a possibilidade de compensação defendida pelo recorrente. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 21 de agosto de 2017. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO Relator

(STJ - REsp: 1421502 RJ 2013/0380539-3, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 11/09/2017)¹¹²

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2013/0380539-3, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, 11 setembro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/497285343/recurso-especial-resp-1421502-rj-2013-0380539-3>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano, por sua natureza, depende dos alimentos desde o seu nascimento e, com o seu desenvolvimento completo, assume a responsabilidade pela sua própria subsistência, devendo obter os recursos materiais com o seu próprio esforço.

Dessa forma, verifica-se que os alimentos são imprescindíveis para a manutenção da vida e, por conseguinte, para a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana. Preceito este considerado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Ocorre que, em casos de impossibilidade financeira ou até física, os alimentos tornam-se uma modalidade de assistência imposta por lei, sendo dever não só do Estado, como também da sociedade e da família amparar os que se encontram em posição de vulnerabilidade.

Os alimentos não são de interesse apenas do alimentante, dizem respeito ao interesse público e, portanto, regulados por normas cogentes.

A prestação alimentar deve ser fixada consoante a regra do trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade e é, a partir daí que surge a discussão a respeito da aplicação incondicional dos princípios da irrepetibilidade e da incompensabilidade.

A falta de critérios pré-definidos em lei para aplicação de tais princípios, possibilita um maior subjetivismo nas decisões do juiz, permitindo, assim, deliberações distintas em demandas semelhantes.

Dada à importância do tema alimentos, o desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise da possibilidade de flexibilização do princípio da irrepetibilidade e da incompensabilidade.

Como os alimentos têm como objetivo preservar a vida e, portanto, assegurar a existência do indivíduo, muitos juízes entendem que o princípio da irrepetibilidade obsta a restituição das quantias auferidas. Ademais, nesse mesmo sentido, não seria possível a compensação entre uma dívida do alimentado e um eventual crédito do alimentante.

Sem embargo, a prática vem demonstrando o quanto pode ser injusto o emprego incondicional dos princípios mencionados anteriormente. Logo, algumas ressalvas têm sido objeto de discussão pela doutrina e pela jurisprudência.

A autora que imputa de má-fé a paternidade ao réu, a omissão dolosa de posterior casamento ou união estável e a ausência de compensação nos casos de pagamento *in natura* de caráter nitidamente alimentar gera, sem dúvida, o enriquecimento sem causa do alimentado.

Diante do exposto, é imprescindível a prudência e a cautela do magistrado, como forma desestimular o avanço do instituto do enriquecimento sem causa e o exercício abusivo do direito.

6. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2013/0380539-3**, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, 11 setembro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/497285343/recurso-especial-resp-1421502-rj-2013-0380539-3>. Acesso em 20/09/2017.

BRASIL. Lei n. 3.071 de 03-01-1916. **Código Civil de 1.916**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 8ª ed. rev. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. Lei n.10.406 de 10.01.2002/ coordenador Cezar Peluso. 10ª ed. rev. atual., Barueri: Manole, 2016.

Código de Hamurabi. Disponível em <http://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos aos bocados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 12ª ed. rev. atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação 20130310351834**, da 13ª Turma Cível. Relator Alfeu Machado. São Paulo, 27 de maio de 2015. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194014367/apelacao-civel-apc-201303103518340>. Acesso em 19 de setembro de 2017.

HEGEL, G.W.F., **Princípios da filosofia do direito**; tradução Orlando Vitorino – São Paulo: Martins Fontes, 1997

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2011

MELO, Nehemias Domigos de. **Dano moral nas relações de consumo: doutrina e jurisprudência**. 2ª ed. rev. amp., São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil, v.1**. 42ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de direito civil, v.2**. 42ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v.5**. 39ª ed., São Paulo: Saraiva: 2012.

NUNES, Rizzatto. **Manual de monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese**. 10ª ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES, Bruna Carolino Rodrigues. **Alimentos gravídicos: aspectos históricos e jurídicos**. Disponível em:

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/bruna_nunes.pdf. Acesso em 10 de setembro de 2017.

Ordenações Filipinas. Disponível em <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p212.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016

PORTO, Sérgio Gilberto, **Doutrina e práticas dos alimentos**. 4ª ed. rev. atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 0290371-17.2009.8.26.0000**, da 4ª Câmara de Direito Privado. Relator Enio Zuliani. São Paulo, 13 de janeiro de 2010. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4294022&cdForo=0>. Acesso em 19 de setembro de 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 101598296.2016.8.26.0577**, da 10ª Câmara de Direito Privado. Relator Carlos Alberto Garbi. São Paulo, 16 de maio de 2017. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=G10009PK40000>. Acesso em 19 de setembro de 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 0017813-89.2013.8.26.0000**, da 4ª Câmara de Direito Privado. Relator Natan Zelinschi de Arruda. São Paulo, 16 de maio de 2013. Disponível em

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6742214&cdForo=0>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação 0019332-40.2008.8.19.0204**, da 3ª Câmara Cível. Relatora Renata Machado Cotta. Rio de Janeiro, 08 de junho de 2011. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000362BE9A6E15652597EC09CB72BB480A1E98C403053B3E>. Acesso em 19 de setembro de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 70070371182**, da 8ª Câmara Cível. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 15 de setembro de 2016. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/386498967/agravo-de-instrumento-ai-70070371182-rs/inteiro-teor-386498984?ref=juris-tabs#>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento 70074061110**, da 7ª Câmara Cível. Relator Liselena Schifino Robles Ribeiro, 30 de agosto de 2017. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/495557239/agravo-de-instrumento-ai-70074061110-rs>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

Vade Mecum. 22ª ed. atual. amp., São Paulo: Saraiva 2016.