

## **A SEPARAÇÃO JUDICIAL E A RENÚNCIA A ALIMENTOS**

**Antônio Carlos Mathias Coltro**

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, no qual é Diretor do Centro de Estudos - Prof. de Direito Civil na PUC-SP e na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo Membro da Academia Paulista de Direito, da Academia Paulista de Magistrados, do IBDFAM, do Conselho de Coordenação do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente

### **SUMÁRIO:**

- 1 - Introdução ao tema.
- 2 - A disciplina dos alimentos no Código de 2002.
- 3 - O art. 1.707 do Código Civil.
- 4 - Conclusão.

"Se é no Direito de Família onde mais se faz sentir a necessidade de modernização de nosso ordenamento jurídico, como afirmou Orlando Gomes, é porque exatamente nesse setor do Direito Civil se constata uma árida omissão, um obsessivo ignorar das profundas e irreversíveis modificações sociais, culturais e científicas, mantenedoras de um direito esclerosado, extemporâneo, petrificado num mundo irreal e já inexistente" (Eduardo de Oliveira LEITE ).

### **Introdução ao tema**

Pese a existência de quem, sob o ponto de vista doutrinário, entenda a obrigação alimentar como de reduzida importância, em verdade cuida-se de instituto de altíssimo relevo e ligado, como sua própria denominação indica, a aspecto que tem a ver com a própria manutenção do cidadão durante o curso de sua vida, caracterizando, na escrita de Orlando GOMES, "(...) as prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si" e referindo-se, conforme o mestre, tanto aquilo que se considera como necessarium vitae (alimentos naturais), quanto o que respeita ao necessarium personae (alimentos civis). Assim e se sob o primeiro aspecto concernem os alimentos ao que diga respeito à alimentação, vestuário, habitação e saúde, no tocante ao segundo abrangem o que precisa a pessoa sob a circunstância intelectual, moral e recreativa, tendo-se em conta, aqui, tanto considerações pertinentes à condição do beneficiário, como os deveres do alimentante, na observação de Yussef CAHALI, significando a palavra, na bem lançada referência de Luiz Edson FACHIN, "(...) numa acepção possível, nutrir, não se esgotando no sentido físico quando tomado na acepção jurídica".

Quanto à sua causa, podem derivar da lei, em virtude de determinação expressa do legislador quanto à necessidade de certas pessoas serem por outras mantidas, como se dá no caso do parentesco ou vínculo familiar, além de o próprio casamento, aspectos pertinentes, como se verifica, ao Direito de Família, podendo, no entanto, decorrer a obrigação alimentar da manifestação de vontade das partes envolvidas, conforme se dá, por exemplo, nos atos entre pessoas vivas ou os de última vontade, regulados, assim e respectivamente, pelo direito obrigacional ou pelo das sucessões, advindo, por fim e também de prática ilícita da qual resulta dano a alguém e que acaba por ser indenizado com a fixação judicial da verba alimentar.

Pese, contudo, a diferença dos motivos que a ensejam, as modalidades do dever alimentar, na cuidadosa advertência de CAHALI, seguem regime jurídico que pode ser considerado como parecido ou, conforme Orlando GOMES, com identidade entre o conteúdo da obrigação alimentar decorrente do Direito de Família e as demais referidas, impondo-se, todavia, na ressalva do último autor, com vistas ao exame do tema de que ora se cuida - alimentos decorrentes do casamento e a renúncia a eles - separá-lo dos antes referidos.

### **A disciplina dos alimentos no Código de 2002**

Conforme o art. 1.694 do novo Código Civil, "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", referindo-se o dispositivo, como facilmente se percebe, a obrigação que tem a ver com o que é previsto no art.

1.566, em que se cuida dos deveres de ambos os cônjuges, um dos quais o de mútua assistência (inciso III) durante o casamento e cujo pleito alimentar, em sua constância, serve a indicar a própria precariedade em que a relação se encontra, como pode estender-se a momento ulterior à separação legal entre eles, seja ela consensual ou judicial, conforme se depreende dos arts. 1.702 e 1.704 do mesmo Código.

Nas hipóteses últimas referidas e que têm a ver com a separação entre os cônjuges, a estipulação alimentar tanto pode ser feita de comum acordo, na petição consensual que apresentem e em que a obrigação assume caráter nitidamente contratual, como advir da sentença que julgar a separação litigiosa, assumindo o dever alimentar imposto em benefício do cônjuge que não seja tido como culpado, aqui, natureza mista, conforme Zeno VELOSO, pois, "(...) apresenta um caráter alimentar e um fundamento indenizatório, como indica Yussef Cahali (Dos alimentos, cit., nº 5.20, p. 364)".

Por outro lado e segundo o previsto no § 1º do art. 1.694, afóra a necessidade de os alimentos, - quando se tratar de fixação judicial -, serem compatíveis com a condição social daquele que os pede, haver-se-á considerar, ainda, proporcionalidade entre as necessidades do reclamante e as possibilidades do reclamado, ressaltando o § 2º que serão apenas "os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia", critério que será também adotado em se cuidando de pedido feito ao outro cônjuge, pelo que tenha sido declarado o culpado pela separação e venha a necessitar de alimentos, por não poder trabalhar e nem ter parentes que possa prestá-los, tudo conforme o parágrafo único do art. 1.704.

O art. 1.707 do Código Civil

Sem discrepar do Código de 1.916, no quanto previsto em seu art. 404 e relativamente ao que interessa a este comentário, o de 2.002 determina, no art. 1.707, que, "Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora", surgindo, ainda sob a égide do diploma anterior, o debate a respeito do alcance da regra, já que se alguns a limitavam aos alimentos conseqüentes do parentesco, outros a entendiam como abrangente da obrigação no pertinente aos cônjuges, que não poderiam, assim, renunciar ao direito correspondente a tal verba, sendo a matéria objeto, inclusive, de súmula de nossa Suprema Corte, sob nº 379 e cujo enunciado afirma: "No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que podem ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais".

Essa posição, pese as críticas que muitos contra ela lançavam, prevaleceu até o julgamento, pela mesma Corte, do Recurso Extraordinário de nº 85.019, de São Paulo, em que o Ministro Rodrigues de Alckmin, sensível à variedade de situações que se poderia enfrentar quanto à matéria, sugeriu se revogasse a súmula, sem êxito contudo, ainda que alcançando sua explicitação, de forma a possibilitar-se a renúncia quando a mulher possuisse renda ou bens suficientes a sua subsistência.

No julgado, cuja publicação ocorreu no volume 85 da Revista Trimestral de Jurisprudência, a partir da página 208, desde logo observou seu eminente relator, o Ministro Rodrigues Alckmin, entender como não irrenunciáveis, em desquite, os alimentos, porquanto "(...) o dever de alimentos, no casamento decorre do dever de assistência recíproca. Cessa, cessada a convivência dos cônjuges. Não podem ser tidos, assim, como irrenunciáveis", invocando, mesmo, julgamento outro do Supremo, relatado pelo Ministro Luís Gallotti (R.E. nº 18.265, de São Paulo), com a mesma afirmação, ponderando aquele outro Ministro, mais, com o seguinte: "Outra circunstância de maior tomo existe. No desquite, sendo culpada a mulher, perde o direito a alimentos. Ora, se o desquite amigável é forma de evitar que haja publicidade (tão danosa aos filhos) quanto às razões da desavença do casal, o entendimento da Súmula nº 379 obrigará o marido a propor desquite litigioso, se culpada a mulher, para eximir-se da obrigação alimentar".

Assim pensava, já, João Claudino de Oliveira e CRUZ, afirmando:

"O que é irrenunciável é a obrigação alimentar em virtude do direito de sangue; não podem ser objeto de renúncia os alimentos devidos entre parentes. Não pode haver renúncia de alimentos, propriamente ditos, ou, melhor, quando se trata tão-somente de alimentos. Se, porém, trata-se de alimentos-indenização, ou de alimentos devidos em virtude de acordo, como no caso do desquite amigável, então a renúncia será possível. No desquite communi consensu os alimentos resultam de mero acordo entre os cônjuges (art. 642, IV, do Cód. de Proc.Civil); pode a mulher, livremente, renunciá-los".

Mais à frente, além de invocar, na seqüência e com mesmo ponto de vista, a autoridade de

Planiol, Ripert et Rouast e Josserand, ressaltou o duto magistrado carioca:

"Tratando-se de um direito, o cônjuge inocente não será obrigado a renunciá-lo, nem ninguém poderia sê-lo; se não o faz, poderá exercê-lo a qualquer tempo, não obstante as conseqüências da sua iniciativa, que serão sofridas pelo ex-marido dado o caráter próprio dessa obrigação. Mas, se a mulher, embora inocente, deseja renunciar, expressamente, e isso pede ao juiz, desejando viver à sua custa, nada há que impeça seja homologada a renúncia, obedecidas as formalidades legais e colocando-se ponto final na matéria" .

Esse pensamento, pese a orientação sumular, entende-se como o mais adequado à espécie, principalmente quando se considera que tanto o art. 404 como o 1.707, este do atual Código e aquele do anterior, não indicam, de forma expressa, a inclusão de cônjuges separados na vedação a que se referem, quanto à possibilidade da renúncia a alimentos, sem a possibilidade, por outro lado, de se afirmar parentes o marido e a mulher, tanto que a questão acabou por ser submetida ao Supremo Tribunal Federal e nele, ante sua importância, deliberou-se sobre a conveniência de ser sumulada a matéria.

De se ponderar, como já o fizera Pontes de MIRANDA, que, "O marido e a mulher não foram incluídos nos arts. 396-398. O direito matrimonial é que rege os alimentos entre os cônjuges" , dispositivos esses, que, no Código de 1.916, dispunham a respeito dos alimentos e aos quais, no atual, correspondem, ainda que com alguma ampliação quanto à redação quanto ao primeiro, os arts. 1.694 a 1.697, acrescentando o referido e sempre citado autor, ainda, que, "Não permite a matéria, entretanto, por ser de direito estrito, interpretações analógicas ou extensivas. Cônjuge não é parente. É companheiro, sócio, enquanto perdura a sociedade conjugal. Dissolvida que seja, torna-se um estranho, apenas impedido de casar, por motivos de ordem pública". Continuando, cita acórdão no qual assentou-se, ainda em 1949 (anteriormente, pois, à súmula) e em determinado trecho:

"O direito a alimentos não é irrenunciável por parte da mulher, ao firmar-se o acordo; homologado este, a circunstância de vir a necessitar deles, posteriormente, não lhe confere o direito de exigí-los do ex-marido; a não ser que a renúncia tenha decorrido de erro de parte dela, ou de dolo da parte dele, caso em que é anulável" .

De qualquer forma e em face do enunciado da súmula 397, passou a jurisprudência a evitar sua afronta, orientando-se, de maneira geral, conforme seus exatos termos, ainda que, vez por outra, surgisse conclusão contrária, até que, como visto, adveio sua explicitação, para os fins referidos e mesmo tendo-se em conta que a da L. nº 5.478, de 25.7.68, dispoñdo sobre a ação de alimentos, declarasse, como advertido por Roberto ROSAS, que, "(...) o direito a alimentos é irrenunciável, ainda que possa ser provisoriamente dispensado (art. 23) (v. RF 228/392, João Claudino de Oliveira e Cruz). Essa lei aplica-se à ação ordinária de desquite, hoje separação judicial (art. 13) (RTJ 59/242, 52/26 e 71/547)" .

Criado pela Constituição Federal de 1988 o Superior Tribunal de Justiça e submetido o assunto a seu exame, passou essa Colenda Corte a pronunciar-se em sentido diverso ao entendimento sumular, afirmando um de seus julgados, por exemplo, o a seguir transcrito e que de sua ementa consta:

"Alimentos - Separação judicial - Renúncia.

É válida e eficaz a cláusula de renúncia a alimentos, em separação judicial, não podendo o cônjuge renunciante voltar a pleitear seja pensionado" .

Esse posicionamento foi seguido, inclusive, pela Justiça Estadual, conforme, p.ex., precedente do Tribunal de Justiça gaúcho, em que se admitiu, em hipótese na qual a mulher renunciara à pensão alimentar no acordo de separação judicial, o julgamento antecipado da lide, conforme o disposto no art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil , afirmando outro julgado, da mesma Corte, a impossibilidade jurídica do pedido, em caso que tal .

Embora o Projeto de Código Civil de 1975 adotasse a orientação da súmula 379, inadmitindo a renúncia e compelindo o cônjuge já separado a pensionar o outro que da pensão necessitasse, observando José Olympio de CASTRO Filho , ante a norma do art. 1.121, inciso IV, do Código de Processo Civil, que ela própria já indicava a possibilidade da renúncia, ao determinar a necessidade de ser estipulada a pensão a ser paga pelo separando à separanda, "(...) se esta não possuir bens para se manter", conforme, aliás, veio a orientar-se a Suprema Corte, na explicitação à súmula 379, antes referida.

No Código de 2.002, entretanto e consoante já aludido, não se preocupou o legislador em deixar o assunto devidamente esclarecido, limitando-se, na esteira do quanto mencionado, a reiterar,

no art. 1.707, a regra do Código de 1.916, contida no art. 404, no que e se não adotou aquilo que se propusera no Projeto de 1975, acabou por também não escolher a solução que seria a mais adequada e apta a impedir que persista, na jurisprudência, ainda que parcialmente, o debate que antes já se firmara acerca da possibilidade, ou não da renúncia aos alimentos no acordo da separação, por um ou ambos os cônjuges.

Adequada, assim, a objeção lançada por Zeno VELOSO, para quem, "Nosso art. 1.707 representa, pois, um retrocesso, afronta a jurisprudência dominante e a ampla maioria da doutrina. Não fazendo distinção, estendeu o princípio da irrenunciabilidade de alimentos tanto na obrigação alimentar entre parentes (jus sanguinis) como entre os cônjuges e companheiros.

Não há sentido ou razão para que um cônjuge, pessoa capaz, colocada em plano de igualdade com o outro cônjuge, no acordo de separação amigável, que tem, ainda, de ser homologado pelo juiz, não possa abrir mão de alimentos, fique impedido de rejeitar esse favor, tolhido de renunciar a tal benefício, se possui bens ou rendas suficientes para sua sobrevivência, manutenção, e manter padrão de vida digno, ficando o outro cônjuge a mercê de uma reclamação futura de alimentos, apresentada pelo que, livremente, renunciou à pensão alimentícia, perpetuando-se, numa sociedade conjugal extinta e dissolvida, o dever de mútua assistência que relacionava os consortes durante a convivência matrimonial" .

Aliás e se os cônjuges, na constância da sociedade conjugal, têm, como dever comum a ambos, o da mútua assistência (art. 1.566, inciso III, CC), concorrendo-lhes, na proporção de seus bens e possibilidades, para o sustento da família e educação dos filhos (art. 1.568, CC), sendo iguais, outrossim, os direitos dos homens e das mulheres, a teor do art. 5º, inciso I, da Constituição Federal, não se pode considerar como impossível a renúncia aos alimentos, já que se ambos têm que contribuir para a manutenção dos filhos, seja antes ou depois da separação judicial, nos termos em que o Código estabelece, o mesmo não se dá quanto à pessoa do outro cônjuge, depois de homologada a separação, sendo de advertir-se que mesmo anteriormente à própria Constituição de 1.988, Guilherme Estellita, na qualidade de Desembargador do Tribunal de Justiça da Guanabara, observava, em julgamento de que foi relator:

"Não se compreende mais, realmente, dadas as condições sociais em que vivemos, que abriam à mulher o exercício de toda e qualquer profissão, que se imponha ao marido, após o desquite, a obrigação de sustentá-la, quando é certo que essa obrigação decorre da sociedade conjugal (Código de Processo Civil, art. 233, al. inc. V), a que o desquite põe termo (art. 315, III)" .

O Prof. Álvaro Villaça AZEVEDO, aliás e referindo-se ao novo Código, mencionando, por outro lado, proposta de alteração do dispositivo que ora se comenta, adverte:

"Os cônjuges e os companheiros não são parentes. Os direitos e deveres deles não são 'da personalidade', não são inatos, mas nascem do contrato de casamento ou de união estável. Tanto que esse direito a alimentos pode ser perdido por sentença, o que seria impossível se fosse da personalidade" .

Por outro lado e ainda no tocante ao enunciado do art. 1.707, cumpre apontar-se, que, se não ressalva, de forma expressa, a possibilidade da renúncia aos alimentos por um ou ambos os cônjuges, no acordo da separação, também não impede que sua interpretação se dirija à conclusão positiva, quanto a essa possibilidade, especialmente quando se tem em conta o teor do art. 1.694, em sua primeira parte, asseverando o dever alimentar entre "parentes" e, ainda que o referindo no tocante aos cônjuges ou companheiros, obviamente há que ser entendido, quanto aos últimos, durante o casamento ou a união estável, em consequência, aqui, tanto do que prevê o art. 1.566, inciso III, já citado e que envolve a mútua assistência, quanto da norma contida no art. 1.724, também do Código Civil e que concerne à assistência necessária entre os companheiros.

Separados legalmente os cônjuges ou finda a união estável, não se há mais argumentar com a persistência de tais deveres-direitos, sem que em tal conclusão interfiram os arts. 1.702 e 1.694, no tocante àqueles que se tenham separado ou terminado a união estável, respectivamente.

Em verdade e pese a letra de ambos os dispositivos, nada impede, desde que manifestada por livre e espontânea vontade de quem o faz, a renúncia à pensão alimentícia, sem que se imponha, inclusive, o requisito de haver ficado com bens ou dinheiro suficiente à própria manutenção, por se tratar de questão de foro íntimo e dependente apenas e tão somente da vontade do interessado, que, muitas vezes, até em função do desalento provocado pelo insucesso na vida a dois, quer se desligar de forma total do consorte, fato que não é incomum e para isto, delibera inclusive renunciar à pensão alimentícia, mesmo porque o art. 1.702 pertine à separação litigiosa

e não à consensual, caso em que o juiz deverá fixar, conforme orienta o dispositivo, relativamente ao cônjuge inocente e desprovido de recursos [note-se a condição que a própria lei estabelece, de qualquer forma] a pensão alimentícia a ser prestada pelo outro, observado o que dispõe o art. 1.694. Pondera Silvio de Salvo VENOSA, aliás e apesar da redação do art. 1.707: "Nem por isso nos parece que a corrente majoritária do passado se dará por satisfeita, pois sempre poder-se-á a examinar a natureza diversa dos alimentos entre os cônjuges dos derivados do parentesco estrito. Ainda porque, o temo credor tem significado obrigacional e enquanto não estipulado o direito a alimentos, seu valor e características, não há que se falar, em princípio, em credor".

Aliás e comentando o mesmo artigo do Código, a Profª Maria Helena DINIZ, ao se referir à irrenunciabilidade, observa sobre a existência de "(...) julgado entendendo que, como cônjuge não é parente, pode renunciar o direito aos alimentos sem incidir na proibição do art. 1.707, não mais podendo recobrá-lo...".

Assinale-se, por fim e quanto à hipótese em que a renúncia ocorre e acertam os cônjuges sobre a pensão a ser prestada por um deles ao outro, que a obrigação tem natureza indenizatória e não se confunde com a pensão devida em razão do parentesco ou do dever de mútua assistência, o mesmo ocorrendo quanto a eventual transação que os companheiros realizem quanto termina a união de fato, com o fim de regular seus direitos e no qual se fixe pensão a ser paga por um ao outro.

#### Conclusão

Como corolário do quanto exposto e em função do princípio igualitário contido na Constituição Federal, seja no art. 5º, inciso I, quanto no art. 226, § 5º e pese a omissão havida quanto à expressa exclusão, no art. 1.707 do Código Civil de 2002, quanto a referir-se a renúncia nele mencionada apenas aos parentes, tem-se como de melhor adequação, ante os princípios jurídicos e sociais que norteiam o assunto, o entendimento no sentido de ser possível a um dos cônjuges ou dos companheiros, no acordo da separação judicial ou naquele que ponha fim à união estável, renunciar ao direito à pensão alimentícia, independente de ficar ou não com bens ou pecúnia suficiente a sua manutenção.

Como colocado em julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, aplicável para uma e outra de tais espécies, ante os motivos que o orientam,

"O casamento não é um mero ato de submissão de dois seres com forças desiguais; não mais nos encontramos na infância das legislações, onde o somatório dos direitos matrimoniais se concentrava impiedosamente na mão do mais forte; o progresso da civilização fez apagar o mito da inferioridade feminina e superou a crença medieval da decantada fragilidade da mulher, dando-lhe, à custa de ingentes esforços, um regime de igualdade, como determinam o inc. I do art. 5º e o § 5º do art. 226, ambos da CF; por isso mesmo, a 1a. CC deste Tribunal, na AC 110.774-1 (RJTJSP 120/23), concluiu que "no sistema da igualdade não há razão nenhuma para que o homem deva prosseguir na condição de mantenedor da mulher. A disposição legal invocada, no art. 233, IV, do CC, é uma das que têm que ser relidas à luz do art. 5º, I, da Constituição. Face à igualdade, não há mais obrigação específica em razão do sexo".



