

Alimentos, sexo e afeto

Maria Berenice Dias
www.mbdias.com.br
www.mariaberenice.com.br
www.direitohomoafetivo.com.br

Sumário: 1. Alimentos e sexo; 2. Mirada no tempo; 3. Trajetória legal; 4. No tempo atual; 5. Alimentos e culpa; 6. Novas premissas; 7. Alimentos e afeto; 8. Referências bibliográficas.

1. Alimentos e sexo

De forma singela e com finalidade didática, a doutrina classifica a obrigação alimentar em função da origem do encargo. Os alimentos referentes às relações familiares decorrem, ou dos vínculos de consanguinidade, ou do casamento. Separada dessas duas categorias, encontram-se outras: os alimentos voluntários, assumidos espontaneamente por mera declaração de vontade, e os alimentos chamados *ex delicto*, que têm origem na responsabilidade civil pela prática de ato ilícito¹.

A obrigação dos pais para com os filhos se origina do dever de sustento ínsito ao poder familiar e os alimentos decorrentes dos elos de parentesco têm por fundamento a solidariedade que existe – ou deveria existir – entre os membros de uma família. O dever de mútua assistência, imposto aos cônjuges quando do casamento, é que dá origem à obrigação alimentar, cuja exigibilidade está condicionada ao rompimento do casamento. Mas, ainda que o ônus assistencial seja recíproco, os alimentos revestiam – ao menos até o advento do atual Código Civil – um caráter punitivo-indenizatório, pois eram impostos como condenação ao cônjuge culpado em favor do consorte inocente.

Essa classificação nunca foi questionada e só teve seu âmbito de abrangência dilatado quando da constitucionalização da união estável. As duas

¹ Cf. CAHALI, Yuseef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.22 e PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática de alimentos*. Rio de Janeiro: Aide, 1985. p. 14.

leis² que regulamentaram o instituto estabeleciam a obrigação alimentar entre os conviventes, independente da apuração de culpas ou identificação de responsabilidades pelo fim da união.

2. Mirada no tempo

Com a evolução político-cultural que sucedeu ao absolutismo, deixou o Estado de se submeter aos rígidos dogmas da Igreja, que atribuía à família uma natureza divina. Esse movimento, denominado secularização ou laicização, é a base da cultura liberal. Conforme Belmiro Pedro Welter: *A moral, a contar da separação entre a Igreja e o Estado, não é mais um mandato das alturas, não é sacra, e sim profana*³.

Nitidamente, a preocupação era o engessamento do fato natural da procriação no interior de uma instituição a que se atribuiu a condição de sacramento. Por isso, a união entre o homem e a mulher gerava um vínculo indissolúvel. Em virtude do dogma de que a única finalidade da família era a atividade reprodutiva, a prática sexual antes ou fora do casamento era proscrita, como meio de garantir o controle absoluto da origem da filiação. A sacralização da união tinha uma acentuada finalidade patrimonial, a permitir a identidade dos elos de consanguinidade e assegurar a transmissão do patrimônio familiar aos sucessores legítimos do *pater familiae*. Essa preocupação sempre foi maior em relação à mulher, pois a concepção espúria traz o filho para o seio da família, sem grande possibilidade de identificação de sua ilegitimidade.⁴ Daí, a valorização da virgindade feminina, símbolo de pureza e castidade, que era demonstrada pela vestimenta branca e o uso de véu, na solenidade do casamento, bem como pela exibição pública das manchas de sangue nos lençóis de núpcias. Outra não era a justificativa a autorizar o pedido de anulação do casamento, na hipótese de o marido desconhecer que a noiva não era virgem, o que caracterizava erro essencial sobre a pessoa.

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

² Lei 8.971/94, artigo 1º e Lei 9.278/96 artigo 7º.

³ WELTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da união estável*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 229.

⁴ Essa limitação existia até o advento do método do DNA.

sobrava o cuidado da casa e a criação dos filhos, atividades sem reconhecimento social.

A absoluta aversão à quebra de continuidade na transmissão do patrimônio, mediante sua transição para fora da família, gerou a inviabilidade de reconhecimento da filiação havida fora do casamento. Daí, a rotulação dos filhos com expressões que adquiriram conotações pejorativas, como “ilegítimos”, “espúrios”, “adulterinos”, “incestuosos”, a par do impedimento de serem reconhecidos. Em contrapartida, o só fato de o nascimento ocorrer durante a vigência do casamento gerava (e ainda gera) a presunção de paternidade, a legitimar a filiação. O filho da esposa é por força de lei filho de seu marido. Conforme João Baptista Vilela, *foi no dever de “fidelidade” da mulher, e não na sua “fidelidade efetiva”, que se formou a regra do “pater is est quem nuptiae demonstrant”*⁵ (...) assim, se a mulher deve fidelidade ao marido, os filhos que esta gerar têm, presumivelmente, como pai, o marido dela própria⁶.

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

A falta de visibilidade das uniões e da prole fora dos sagrados laços do matrimônio, no entanto, não foi suficiente para deter o surgimento de novas estruturas de convívio, que acabaram forçando sua inserção social até chegarem ao reconhecimento constitucional. As causas dessa evolução foram muitas: a revolução industrial, o movimento feminista, o surgimento dos métodos contraceptivos, a engenharia genética. Mas a consequência foi uma só: a juridicização do afeto, o que levou à pluralização do conceito de família e à desbiologização da paternidade, que, segundo o criador do dessa expressão, *é ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais*⁷.

⁵ Em tradução livre: O pai é aquele que as núpcias demonstram.

⁶ VILELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades e supertições. *Revista Brasileira de Direito de Família.*, Porto Alegre: Editora Síntese e IBDFAM, v. 1, n. 2, p. 128, jul./set. 1999.

⁷ Expressão cunhada por João Baptista Vilela.

3. Trajetória legal

Quando da edição do Código Civil de 1916, vigorava o princípio da indissolubilidade do casamento, que só se dissolvia pela morte de um dos cônjuges ou pela anulação⁸. Havia, porém, a possibilidade de o matrimônio terminar pelo desquite⁹, o que dava ensejo à separação de fato dos cônjuges, dispensa do dever de fidelidade, além de pôr fim ao regime de bens.¹⁰ Ainda assim, mantinha-se inalterado o vínculo matrimonial.

A lei civil, em sua redação original, apesar de impor a ambos os cônjuges o dever de mútua assistência¹¹, só previa a obrigação alimentar do marido em favor da mulher inocente e pobre, assim reconhecida na ação de desquite¹². Mesmo desquitados, o casamento não se dissolvia, permanecendo o encargo assistencial, ao menos do homem para com a mulher, a depender de sua inocência e necessidade. Por esse motivo é que o Código Civil pretérito regulamentava exclusivamente os alimentos entre parentes, pois entre cônjuges existia somente a obrigação nessa excepcional hipótese. Nas relações parentais estabelecia a lei a reciprocidade obrigacional entre pais e filhos, encargo extensivo a todos os ascendentes¹³. De forma supletiva era consagrada a obrigação de caráter assistencialista dos descendentes e dos irmãos¹⁴.

Com o advento da Lei do Divórcio, o ônus do pagamento de alimentos entre os cônjuges passou a ser recíproco, mas imputável somente ao responsável pela separação¹⁵. Assim, àquele que teve conduta desonrosa ou praticou qualquer ato que tenha importado em grave violação dos deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum, era imposto o dever de pagar alimentos ao consorte que não teve culpa pelo rompimento do vínculo afetivo. Não previa a lei divorcista a possibilidade de impor obrigação de sustento quando não se conseguisse identificar qual dos cônjuges era o culpado, bem como nada era dito, se fosse reconhecida a culpa de ambos pelo fim do casamento. Desta tarefa desencumbiu-se a jurisprudência, admitindo a obrigação mesmo quando não identificadas responsabilidades. Reconhecida a culpa recíproca, simplesmente não se cogitava de alimentos.

⁸ Código Civil de 1916, artigo 315 parágrafo único.

⁹ Código Civil de 1916, artigo 515, inc. III.

¹⁰ Código Civil de 1916, artigo 322.

¹¹ Código Civil de 1916, artigo 231, inc. III

¹² Código Civil de 1916, artigo 320.

¹³ Código Civil de 1916, artigo 397.

¹⁴ Código Civil de 1916, artigo 398.

¹⁵ Lei 6.515/77, artigo 19.

Ao contrário do que ocorre na separação que rompe, mas não dissolve a sociedade conjugal, o divórcio põe fim ao casamento¹⁶. Portanto, mesmo findo de modo definitivo o matrimônio, perdura o dever de mútua assistência, uma vez que permanece a obrigação alimentar entre o par depois divórcio. Apesar de a Lei do Divórcio não dizer isso expressamente, não se pode chegar a outra conclusão. Estabelece a lei que cessa o crédito alimentar somente pelo novo casamento do beneficiário¹⁷. Como só há a possibilidade de novo casamento após o divórcio, tal dispositivo legal deixa claro que persiste o encargo mesmo estando os cônjuges divorciados.

4. No tempo atual

O Código Civil em vigor desde 2003 – e que ainda se costuma chamar de novo – trouxe algumas alterações importantes, mas, como bem observa Francisco Cahali, *de uma maneira geral, quanto à sua essência, não há significativa modificação no histórico instituto dos alimentos*¹⁸. Pontua entre as novidades o ingresso no texto legal da distinção feita na doutrina entre alimentos naturais – como sendo os indispensáveis à subsistência – e alimentos civis – destinados a manter a qualidade de vida do credor. Ressalta o tratamento promíscuo dispensado aos alimentos, independentemente de sua natureza. Quer tenham origem na relação de parentesco, quer decorram do rompimento do casamento ou da união estável, estão todos regulamentados de forma conjunta¹⁹. Assim, foi estabelecida também entre os cônjuges a invalidade da renúncia aos alimentos²⁰, vedação que existia no Código Civil exclusivamente com referência aos alimentos decorrentes dos laços de parentesco²¹. A possibilidade de dispensa dos alimentos entre os cônjuges era admitida pela doutrina e jurisprudência, que passou a desconsiderar o enunciado da Súmula 379 do STF²². O novel diploma, também de forma ampla, assegurou a transmissibilidade da obrigação alimentar²³, afastando o tratamento desigualitário que tantos debates ensejou, pois o Código Civil

¹⁶ Lei 6.515/77, artigo 2º.

¹⁷ Lei 6.515/77, artigo 29.

¹⁸ CAHALI, Francisco José. Dos Alimentos, *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 226.

¹⁹ Artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

²⁰ Artigo 1.707 do Código Civil.

²¹ Artigo 404 do Código Civil de 1916.

²² Súmula 379 do STF: No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.

²³ Artigo 1.700 do Código Civil.

consagrava a intransmissibilidade da obrigação²⁴ e a Lei do Divórcio afirmava a transmissão do encargo alimentar do autor da herança²⁵.

A distinção feita entre alimentos *para viver de modo compatível com a condição social*²⁶ e alimentos em *valor indispensável à sobrevivência*²⁷ veio consolidar a diferenciação entre alimentos civis e naturais, sustentada pela doutrina, mas que já dispunha de livre trânsito na jurisprudência. A diferenciação se estabelecia ao se quantificarem alimentos devidos aos filhos e alimentos a serem pagos ao ex-cônjuge. Enquanto o encargo decorrente do poder familiar era fixado em valor proporcional às condições econômicas do alimentante, os alimentos com origem nas relações de parentesco destinavam-se a atender à necessidade do ex-cônjuge de modo a prover sua subsistência com dignidade.

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

Pela redação do artigo 19 da Lei do Divórcio, a única conclusão que se podia extrair era que o culpado pela separação não tinha direito a alimentos, mesmo que deles necessitasse. Era imposta somente ao responsável pela separação a obrigação de pagar alimentos a quem não havia dado causa ao fim do casamento. Exclusivamente o inocente fazia jus a pensão alimentícia. A simples iniciativa judicial em buscar a separação já excluía o direito à pensão²⁸. Sobre tal dispositivo já tive oportunidade de assim me manifestar:

Essa, com certeza, podia ser considerada a pena mais exacerbada do nosso ordenamento jurídico. Ainda que o inc. XLVII do artigo 5º da Constituição Federal declare não haver “pena de morte, ou de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento”, vedando quaisquer “penas cruéis”, ditas garantias não eram asseguradas

²⁴ Artigo 402 do Código Civil de 1916.

²⁵ Artigo 23 da Lei 6.515/77.

²⁶ Artigo 1.694 do Código Civil.

²⁷ Artigos 1.694 § 1º e 1.704 parágrafo único do Código Civil.

²⁸ Art. 26 da Lei 6.515/77.

*quando a condenação decorria do “crime” de dar causa à separação*²⁹.

Agora, no regime do novo Código, mesmo o culpado pelo nascimento do encargo, ou seja, o culpado pela separação, tem direito a alimentos, mas em valor restrito a assegurar sua sobrevivência. Passou a haver a necessidade de perquirir nas demandas alimentícias de qualquer ordem a causa do surgimento da obrigação alimentar. Não diferencia a lei nem a natureza nem a origem da obrigação para restringir o valor do pensionamento em favor de quem dá ensejo à exigibilidade da obrigação. Tornou-se necessário identificar não só a culpa do cônjuge, pois a eventual responsabilidade de todos os credores de alimentos também precisa ser perquirida. A penalização atinge todos os beneficiários outros, que culposamente deram causa à necessidade, sem que se consiga figurar alguma hipótese de incidência dessa restrição. Pelo que está posto na lei, a limitação quantitativa do valor dos alimentos ocorre até quando o ônus decorre das relações de parentesco. Portanto, poderia haver, em princípio, a limitação do encargo, caso o genitor comprovasse que o filho de alguma forma foi responsável pelo surgimento da obrigação alimentar, por exemplo, em se afastando do lar.

Cabe questionar se dita possibilidade reducionista dos alimentos existe mesmo quando o ônus decorre do poder familiar. Atribuindo o artigo 1.634 do Código Civil aos pais o dever de criação e educação da prole, não há como limitar o valor dos alimentos ao *quantum* indispensável à subsistência do filho, mesmo que tenha ele, de alguma forma, dado causa ao pensionamento. O parâmetro para a fixação da obrigação alimentar é a capacidade econômica dos genitores, como claramente diz o artigo 1.703 do Código Civil, o que lhes impõe que contribuam para a manutenção dos filhos na proporção de seus ganhos, tal como já vem sendo consagrado pela justiça. Assim, ao menos no que diz com os alimentos pagos pelos pais em favor dos filhos, enquanto submetidos ao poder familiar, não incide a limitação prevista no § 2º do artigo 1.694 do Código Civil. Ultrapassada a menoridade, é que se poderia, eventualmente, questionar culpas pela origem do encargo para a mensuração do valor do pensionamento.

A Lei do Divórcio assegurava alimentos somente ao cônjuge inocente, pois era encargo imposto ao culpado pelo término da sociedade conjugal. Assim, a demanda alimentícia necessariamente evoluía a perquirição da causa

²⁹ DIAS, Maria Berenice. Da Separação e do Divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 226.

do rompimento da vida em comum para responsabilizar um a prover o sustento do outro.

A união estável, em matéria de alimentos, gozava de uma condição privilegiada, se confrontada com o casamento³⁰. Quando da regulamentação infraconstitucional do novo instituto, o direito a alimentos não restou condicionado à postura dos conviventes pelo fim do relacionamento. A ausência do elemento culpa pelo rompimento da união estável limitava, com vantagem, o âmbito de cognição da demanda alimentaria, se comparada com a ação decorrente da relação de casamento. Tal incongruência passou a ser encarada pela jurisprudência como nítida afronta ao princípio da isonomia. Como a justiça não consegue conviver com o imponderável, nem dar tratamento diferenciado e mais restritivo a alimentos de igual origem, isto é, originários de uma vinculação afetiva, passou a ser dispensada a perquirição da culpa, quando a lide alimentar envolvesse os cônjuges.

5. Alimentos e culpa

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

Antes o desquite e posteriormente a separação judicial rompiam o casamento, mas não o dissolviam. Com isso se justificava a perenização do dever de mútua assistência, transformado em alimentos. Com a Lei do Divórcio, que introduziu a dissolubilidade do vínculo matrimonial, ainda assim o encargo alimentar só era imposto a quem deu causa ao rompimento do casamento, em benefício de quem não foi responsável pela cessação da união

³⁰ Não se pode deixar de consignar o injustificável tratamento discriminatório conferido à união estável no atual Código Civil em sede de direito sucessório. Mais do que injusto são inconstitucionais as diferenciações introduzidas. Assim se manifestam Euclides de Oliveira (OLIVEIRA, Euclides de. *União estável: do concubinato ao casamento. Antes e depois do novo Código Civil*. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 213) e Zeno Veloso, que afirma ter havido *um recuo notável. O panorama foi alterado, radicalmente. Deu-se um grande salto para trás. Colocou-se o companheiro em posição infinitamente inferior com relação à que ostenta o cônjuge*. (VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 286).

conjugal. Aqui a imposição de pagamento dos alimentos revelava nítido caráter punitivo de natureza indenizatória. Agora, pela nova codificação, o dever existe e persiste mesmo sem esse viés de penalização.

Talvez não se tenha atentado ainda ao alcance do reconhecimento do direito do cônjuge de obter alimentos mesmo se foi o culpado pela separação. A alteração promovida pelo atual estatuto civil, desvinculando a responsabilidade alimentar da causa da separação, isto é, prevendo a possibilidade de também o responsável pelo fim do casamento pleitear alimentos, introduz profundas mudanças no que diz com os direitos e deveres entre os cônjuges. Merece ser repensada a origem do encargo que sobrevive depois do fim do casamento e pode onerar um inocente, impondo-lhe o dever de pagar alimentos em favor do culpado pelo desenlace do vínculo matrimonial. Certamente não mais se pode falar em apenamento que tem por pressuposto a culpa. Trata-se de salutar mudança, digna de aplausos, merecendo, para melhor compreensão, ser confrontada com a união estável. A atual lei civil albergou no seu bojo a união estável³¹. Antes, a estrutura familiar introduzida pela Constituição Federal era disciplinada por duas leis de modo singelo e acanhado³².

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

Ainda que não se possa deixar de reconhecer que a limitação constante do § 2º do artigo 1.694 do Código Civil, referente à culpa do alimentando, também se dirige aos parentes e aos egressos da união estável, os dispositivos legais, que, de forma mais incisiva, restringem a obrigação a simples garantia de subsistência, fazem referência exclusivamente à relação de casamento. Tanto o artigo 1.702 como o artigo 1.704 e seu parágrafo único falam em “separação judicial”, “cônjuge inocente”, “cônjuge separado judicialmente” e “cônjuge declarado culpado”, impondo restrições à postura dos partícipes da relação de casamento. Somente quando buscados alimentos entre cônjuges é que se perquire a conduta do autor da ação no desenlace da convivência marital, em face da possibilidade de o valor do encargo sofrer limitações. Ao

³¹ Infelizmente persistem limitações bem mais sérias comprometendo a eficácia de vários regramentos por consagrar flagrantes inconstitucionalidades.

³² Leis 8.971/94 e 9.278/96.

invés de os alimentos garantirem a manutenção da condição de vida do ex-cônjuge, podem ser fixados em montante a permitir-lhe somente o atendimento do mínimo vital. No entanto, quando a origem do encargo alimentar decorre de um relacionamento estável, não há dita limitação. O convivente, ao acionar o ex-companheiro, não está sujeito a questionamentos sobre sua eventual culpa pelo fim da união de fato. Assim, somente o cônjuge estaria sujeito ao risco de sofrer achatamento do valor dos alimentos e os ver limitados a assegurar sua sobrevivência. Na união estável, como nada é questionado a respeito da postura dos conviventes, os alimentos sempre seriam fixados de modo a permitir que o ex-parceiro viva de modo compatível com a condição social que usufruía durante a vida em comum.

Não há como não visualizar afronta ao princípio da isonomia e impositivo é acabar com esta distinção, que não se coaduna com o sistema jurídico. Faltando razoabilidade à diferenciação levada a efeito pela lei, mister eliminar a perquirição de culpa para o efeito de fixar alimentos ao cônjuge. A postura jurisprudencial necessita continuar com a mesma orientação. O raciocínio, que prevaleceu em face das distinções discriminatórias entre as leis reguladoras do divórcio e da união estável, precisa ser novamente invocado. Descabe diferenciar cônjuges e conviventes, casamento e união estável.

Tais previsões legais, por ensejarem redução dos alimentos, sendo excludentes de direitos, merecem interpretação restritiva. Como a lei não impõe limitações quantitativas ao valor dos alimentos na união estável, não pode estar sujeita a tais restrições a obrigação decorrente da relação de casamento. Tanto os cônjuges como os conviventes não estão condicionados à identificação de culpa ou de inocência, quer de quem necessita de alimentos, quer de quem deve pagar alimentos. É necessário subtrair toda e qualquer referência de ordem motivacional sobre o desenlace do vínculo afetivo, tanto para deferir alimentos, como para quantificar o seu valor. Assim, no casamento, como na união estável, sendo o cônjuge ou o convivente desprovido de recursos, o outro pagar-lhe-á pensão alimentícia. Mais uma vez, a solução é invocar os princípios da igualdade e simplesmente não condicionar o *quantum* alimentar à conduta culposa do cônjuge.

Imperioso é ressaltar que somente a restrição quanto à culpabilidade é que cabe ser afastada. No referente ao que o “caput” do artigo 1.704 tem de vantajoso, ou seja, agregar benefícios em favor da relação de casamento, é necessário estender seu âmbito de incidência à união estável, sob pena de se infringir mais uma vez o dogma da igualdade. Via de consequência, cônjuges e companheiros têm direito a alimentos, mesmo depois de cessada a vida em comum. Mais ainda: como os alimentos são irrenunciáveis, ainda que tenha

havido renúncia, desistência ou mera dispensa na separação, no divórcio ou na dissolução (contratual ou judicial) da união estável, qualquer dos cônjuges ou conviventes pode a qualquer tempo pleitear alimentos. Basta exsurgir a necessidade.

Mesmo depois de separados, se um dos cônjuges ou conviventes vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los. Esta é a única leitura que se pode fazer dos artigos 1.702 e 1.704 do Código Civil. Outro não pode ser o raciocínio, sob pena de se afrontar a principiologia constitucional que sustenta o sistema jurídico.

Sequela outra decorre dessa releitura de tais dispositivos legais. Afastada a causa prejudicial para a constituição da obrigação alimentar, qual seja, a identificação da responsabilidade pelo fim do casamento, resta esvaziado e sem conteúdo o parágrafo único do artigo 1.704 do Código Civil. Necessidade e possibilidade são os únicos balizadores para estabelecer a obrigação alimentar. Esse direito pode ser reconhecido quando do fim da relação ou em momento posterior, depois de o par já se encontrar apartado, quer pela separação judicial, quer pelo divórcio, quer pelo término da união estável. Descabido dar tratamento diferenciado a cônjuges e conviventes. Excluído o elemento culpa, não há como subsistirem as limitações constantes no referido parágrafo. Se não mais se questiona culpa para a concessão de alimentos, o culpado faz jus à pensão alimentar. Não é possível outra conclusão ao extirpar-se da lei o que ela tem de inconstitucional. Assim, se basta aferir a necessidade de quem pede e a possibilidade do outro, para ser imposto o dever de alimentos, não permanecem os pressupostos limitantes do parágrafo único do artigo 1.704 do Código Civil. Como não se pode mais falar em culpa, não há motivo para repassar o encargo a parentes com condições de prestar os alimentos. Igualmente, a capacidade laborativa do alimentando não carece ser investigada. Cabe, tão-só, aferir a presença do binômio possibilidade-necessidade. Como necessidade não se confunde com potencialidade para o desempenho de atividade laboral, a existência de condições para o trabalho não veda a concessão de alimentos. Somente a ausência da necessidade, ou seja, a percepção de ganhos capazes de prover a própria subsistência, é que pode liberar o cônjuge ou companheiro do dever de pagar alimentos. Portanto, mesmo sendo culpado, mesmo tendo parentes em boas condições financeiras, mesmo possuindo aptidão para o trabalho, tanto o cônjuge como o companheiro podem pleitear alimentos do ex-parceiro.

6. Novas premissas

A partir da evolução dos conceitos de família e filiação e do advento de novas diretrizes constitucionais, determinadas normas legais e certas posturas jurisprudenciais, bem como as classificações doutrinárias referentes à obrigação alimentar, não mais prevalecem. Não pode subsistir a esquemática divisão que reconhece a existência do dever de alimentos como decorrente, ou dos vínculos de consanguinidade, ou da relação matrimonial.

No Brasil, o evoluir da sociedade ao longo do último século levou a tal transformação da família, que não mais pode ela ser referida a não ser no plural: famílias. A inserção na Constituição Federal do conceito de entidade familiar não logrou enlaçar a formatação atual da família, mas, como afirma Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho:

Um Estado que se quer democrático, onde a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de fundamento da república, não pode, sob pena de contrariar frontalmente o ordenamento constitucional, partir de uma perspectiva de exclusão de arranjos familiares, entenda-se, tecnicamente, entidades familiares não mencionadas expressamente pela CF, a que denominamos entidades familiares implicitamente constitucionalizadas³³.

Da idéia sacralizada do casamento, passou-se ao pluralismo das entidades familiares, para enlaçar estruturas não convencionais, em que nem sequer o número ou o sexo dos partícipes é determinante para seu reconhecimento. Ocorreu o alargamento conceitual da própria família. Outra não é a visão de Paulo Lôbo:

As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo Direito de Família e jamais pelo Direito das Obrigações,

³³ ALBUQUERQUE Fº, Carlos Cavalcanti de. Famílias Simultâneas e Concubinato Adulterino. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a *Vacatio Legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 150.

*cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram.*³⁴

O constituinte se limitou a citar as espécies mais frequentes de família, ou seja, a união estável entre um homem e uma mulher e a família constituída por um dos genitores com sua prole, que recebeu da doutrina o nome de família monoparental. O elenco constitucional é somente exemplificativo e não exaustivo. *Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram ‘numerus clausus’*³⁵.

O conceito de família migrou para a identificação de um elo de afetividade. Agora família *tem a marca do afeto*, para usar a expressão de Sérgio Resende de Barros,³⁶ que pontifica: *é o afeto conjugal que define a família*. Filho é o concebido no coração e não o fruto de uma relação sexual. Passou-se a chamar de eudemonista a família pós-moderna, que *não se identifica apenas pela existência da face tríade: pai, mãe e filho, mas na imagem bifronte: pai e/ou mãe e filho. Além disso, o vínculo e parentesco genético devem ceder lugar, paulatinamente, “à noção de filiação de afeto, de paternidade e maternidade social ou sociológica”, o que está desaguando num “conceito de felicidade individual em todas as searas jurídicas”*³⁷.

Essas mudanças, sempre têm origem no seio da sociedade, e acabam sendo absorvidas pela justiça. Os juízes trabalham mais rente aos fatos e, aos que têm mais sensibilidade, resta a missão pioneira de atentar às evoluções e julgar segundo a feição atual da sociedade. A consolidação jurisprudencial de novos paradigmas sociais acaba por forçar sua inserção na lei ou na própria Constituição, tal como aconteceu com as uniões extraconjugais. Depois de reconhecidas pela justiça como sociedades de fato, que determinou a partição do matrimônio amealhado durante sua vigência, com o nome de união estável, as estruturas extramatrimoniais foram recepcionadas pela Constituição de 1988. O passo seguinte também foi do legislador. Consolidou o conceito da união estável como família, ao inseri-la no âmbito do Direito de Família, ou direito das famílias, assegurando os mesmos direitos deferidos à família matrimonializada. Nessa trilha seguiu a jurisprudência que, de forma vanguardista, esgarçou ainda mais o conceito de entidade familiar, reconhecendo que alberga não somente os modelos referidos pelo constituinte.

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a *Vacatio Legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 106.

³⁵ *Ibid.*, p. 106.

³⁶ BARROS, Sérgio Resende de. Ideologia da família e *Vacatio Legis*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Editora Síntese e IBDFAM, v. 3, n. 11, p. 12, out./dez. 2001.

³⁷ WELTER, op. cit., p. 32, nota 2.

Dentro dessa concepção mais abrangente, passaram a ser reconhecidas como entidade familiar tanto a convivência entre irmãos, como a dos avós ou tios com netos ou sobrinhos. Igualmente, a união entre pessoas do mesmo sexo, com a denominação de união homoafetiva³⁸, vem sendo tratadas como união estável. Invocando os princípios constitucionais da isonomia e da liberdade, em face da ausência de regulamentação legal e por aplicação analógica, a homoafetividade está migrando para o âmbito do Direito de Família e do Direito das Sucessões.³⁹

7. Alimentos e afeto

Agora família não mais está atrelada à idéia de casamento, sexo e procriação. Como bem afirma Giselle Groeninga, tornou-se um *caleidoscópio de relações que muda no tempo, se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração*⁴⁰.

O modelo nuclear de família foi superado, fazendo o Relatório Hite uma previsão crítica:

*Deveríamos abandonar a nossa noção ultrapassada de que as únicas famílias aceitáveis são as nucleares. Uma visão histórica mais profunda do que está acontecendo é necessária. Deveríamos ver a nova sociedade que surgiu nos últimos quarenta anos como ela é por si mesma, não como um desastre por não ser como a passada.*⁴¹

Ao analisar a nova tendência da família moderna, marcada pela individualidade, pela busca do bem-estar de cada um, isoladamente, Michele Perrot pergunta: “Isso significa que a família está morta?” Sua resposta é esclarecedora:

Certamente não. Para começar, de uns anos para cá, ela dá sinais de estabilização. Além disso, a crise econômica, de um lado, e a Aids, de outro, são fatores de consolidação

³⁸ Expressão cunhada em minha obra *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

³⁹ As decisões pioneiras consagrando este entendimento são do Rio Grande do Sul e foram por mim colacionadas na obra *Homoafetividade: o que diz a Justiça!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁴⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. *Família: Um caleidoscópio de relações* in GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2003. p. 125.

⁴¹ HITE, Shere. *Relatório Hite sobre a família*. São Paulo: Bertrand Brasil, 1987, p. 388.

*das famílias e dos casais. Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho.*⁴²

Qualquer que seja a família do futuro, suas características já estão presentes na grande maioria das famílias atuais: tendência desinstitucionalizante e despatrimonializante, valorização dos aspectos afetivos da convivência familiar, igualdade dos filhos e desbiologização do conceito de paternidade. Alvin Tofler traça as seguintes linhas da família do futuro: a) alta variedade de estruturas familiares; b) pessoas traçando trajetórias personalizadas e sob medida; c) sistema familiar desmassificado; d) uniões com maior amor (prazer sexual e psicológico, mais inteligência, responsabilidade, autodisciplina, trabalho); e) família eletrônica expandida. (...) *isto não significa a eliminação total ou a 'morte' da família nuclear. Significa simplesmente que, de agora em diante, a família nuclear será apenas uma das muitas formas socialmente aceitas e aprovadas*⁴³.

O sociólogo alemão Clauss Offe, vê uma função política da família na formação de um novo pacto que atue junto ao Estado para superar as suas deficiências, em tempo de neoliberalismo: *a família, os vizinhos, a comunidade em que cada um vive é a reserva moral da sociedade. É lá que o cidadão vai encontrar a solidariedade sem interesse*⁴⁴.

A agilidade da evolução da concepção de família reflete-se inevitavelmente no Direito de Família, que deve absorver a dinamicidade de sua abrangência. *O Direito de Família vai para onde a família for e renova-se com a mesma velocidade.*⁴⁵

Com a evolução do pensamento científico, a compreensão da subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos, a ordem passa a ser a consideração do sujeito na relação e não mais o objeto da relação. Em outras palavras (...) o olhar do Direito passa a ser prioritariamente para o sujeito na relação, sem se preocupar com o objeto da relação jurídica, ainda que isto

⁴² PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: *Reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993, p. 81.

⁴³ TOFLER, Alvin. *A terceira onda*. 15.ed. Rio de Janeiro: Recordo, 1980., p. 219.

⁴⁴ OFFE, Clauss. *O novo poder*. Revista Veja, ed.1541, ano 31, n. 14, 8 abr. de 1998.

⁴⁵ SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 32/34.

*signifique contradizer o princípio jurídico ordenador da monogomia*⁴⁶.

De outro lado, também a filiação passou a identificar-se não só pela verdade biológica ou presumida. Não é a consanguinidade, é a afetividade que vinca as relações parentais. A descoberta do método do DNA permite, com certeza quase absoluta, a identificação da realidade genética. De outro lado, os avanços científicos na área da concepção assistida – que concede a quase todos o sonho de ter filhos – fazem gerar situação paradoxal. Nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas igualmente nunca se desprezou tanto essa verdade para a definição dos vínculos de parentalidade, pois a filiação passou a ser identificada pela verdade sócio-afetiva.

É mais atual do que nunca a célebre afirmativa de Virgílio de Sá que, já nos idos de 1923, reconhecia que a família não é criada pelo homem, mas pela natureza: *o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera*⁴⁷. Esta é a nova realidade, contra a qual não adianta se rebelar. Simplesmente não ver o que está diante dos olhos não faz nada desaparecer. Aliás, a omissiva postura do legislador, quando adotada como forma de excluir direitos, até agora não surtiu maiores efeitos. Pertinente, aqui, a máxima de Ripert: *quando o direito ignora a realidade, a realidade se volta contra o direito, ignorando o direito*.

Tentar engessar a família pelo elo do casamento ou pela diversidade do sexo do par é singelamente deixar ao desabrigo da juridicidade uma legião de famílias que constituem a sociedade dos dias de hoje. Igualmente, negar reconhecimento aos vínculos de parentalidade, que se estabelecem fora da realidade biológica, ou apegar-se a presunções, é gerar irresponsabilidades e inaceitáveis injustiças, que não mais se conformam com as garantias constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana. No momento em que se passou ao primado dos direitos humanos, cai por terra qualquer tentativa de caráter punitivo a limitar o direito do cidadão.⁴⁸

Condenar à invisibilidade sempre foi a atitude do legislador na tentativa de reprovocar situações que não quer ver. Buscou impedir o surgimento de vínculos extramatrimoniais, simplesmente lhes negando juridicidade, como se deixar de reconhecer situações existentes desestimulasse seu aparecimento.

⁴⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União Estável de acordo com o novo Código Civil. *Revista de Direito Renovar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 64/65

⁴⁷ in OLIVEIRA, Euclides. *União estável: do concubinato ao casamento*. Antes e depois do novo Código Civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 25.

⁴⁸ Por todos, BARROS, Sérgio Resende. *Direitos humanos da família: Dos individuais aos operacionais. Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2003.

Também para preservar a família negou a lei o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento. A jurisprudência, de forma amplamente majoritária, costuma adotar a mesma técnica. Negar a existência de fatos ou situações que estão a sua frente é atitude que merece ser chamada, no mínimo, de vingativa. Dizer que relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são meras sociedades de fato, ou que relacionamentos simultâneos não existem, chamando-os de concubinatos adulterinos, subtraindo em ambos os casos a condição de entidade familiar, é fechar os olhos. Da mesma forma, dizer que alguém não pode ter dois pais ou duas mães tem um viés ainda mais perverso. Negar ao filho os direitos decorrentes de uma filiação que se estabeleceu independente da sua vontade, é deixar ao desamparo quem tem a posse do estado de filho. Essa atitude omissiva gera a irresponsabilidade dos que idealizaram esta situação, ou seja, dos membros do par que optou por um filho e o quer proteger.

Parece singelo ou piegas, mas é imperioso repetir o significado da vida e a finalidade do Estado. Se o homem busca a felicidade, cabe ao Estado garantir-lhe esse direito. Essa função primordial se materializa por meio do Poder Judiciário, que tem o encargo de fazer justiça e assegurar a paz e a felicidade dos cidadãos.

A maneira de o ser humano buscar a felicidade perpassa pelo estabelecimento de elos de afetividade. Afinal, há até uma música que diz: *é improvável, é quase impossível, ver alguém feliz de fato sem alguém para amar*⁴⁹. Se as relações se estabelecem da forma não legal ou não convencional, cabe ao juiz identificar a existência de um vínculo familiar para abrigá-las sob o manto da juridicidade. Essa é a única forma de se fazer justiça: enxergar a realidade e flagrar as situações merecedoras de tutela.

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

⁴⁹ SKANK. Te ver. Samuel Rosa, Lelo Zanetti, Chico Amaral [Compositores]. In _____. **Calango**. Belo Horizonte: EPIC, 1994. Faixa 7.

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

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

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

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

8. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE Fº, Carlos Cavalcanti de. Famílias Simultâneas e Concubinato Adulterino. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e cidadania. O novo CCB e a Vacatio Legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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

_____. Direitos humanos da família: Dos individuais aos operacionais. *In* *Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2003.

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

CAHALI, Yuseef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DIAS, Maria Berenice. Da Separação e do Divórcio. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

HITE, Shere. *Relatório Hite sobre a família*. São Paulo: Bertrand Brasil, 1987.

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

OLIVEIRA, Euclides. *União estável: do concubinato ao casamento*. Antes e depois do novo Código Civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável de acordo com o novo Código Civil*. Revista de Direito Renovar. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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

PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática de alimentos*. 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

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

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

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