

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

JARDEL MEDEIROS FILHO

**A IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS FRENTE AO
ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – ARTIGOS 884 A 886 DA LEI N.
10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL)**

CRICIÚMA, NOVEMBRO 2010

JARDEL MEDEIROS FILHO

**A IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS FRENTE AO
ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – ARTIGOS 884 A 886 DA LEI N.
10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL)**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Marcus Vinicius Almada
Fernandes

CRICIÚMA, NOVEMBRO DE 2010

JARDEL MEDEIROS FILHO

**A IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS FRENTE AO
ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – ARTIGOS 884 A 886 DA LEI N.
10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL)**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Privado.

Criciúma, 10 de dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marcus Vinicius Almada Fernandes – Especialista – UNESC – Orientador

Prof^a. Rosângela Del Moro – Especialista – UNESC

Prof. Vladimir de Carvalho Luz – Doutor – UNESC

Aos meus pais e irmã.

AGRADECIMENTOS

De início, agradeço meus pais, João Augusto Medeiros e Marlene Lurdes dos Santos, pelo constante incentivo à minha formação intelectual e profissional, despendendo todo o amor, carinho e compreensão nos momentos em que tais sentimentos se faziam necessários.

À Ayame pela compreensão, apoio e afeto dispensado, os quais certamente me impulsionaram à elaboração não só do presente trabalho, mas da minha formação instrutória, que até hoje me vêm sendo necessários.

Agradeço, igualmente, meu orientador, Marcus Vinicius Almada Fernandes, por todo o acervo material que ensejou a construção do presente trabalho monográfico, não se olvidando da assombrosa facilidade com que lida com o tema, sempre prático, objetivo e eficaz em sua atividade instrutória, indo além do campo jurídico atinente ao direito de família, como de costume.

Aos membros da banca, Rosângela Del Moro e Vladimir de Carvalho Luz, por terem aceitado de plano meu convite, agraciando-me com suas presenças nesta ocasião especial, não se esquecendo, quanto à primeira, da forma clara, objetiva e amorosa que sempre dispensou em suas aulas, prendendo a atenção daqueles que mereciam suas lições; e, quanto ao segundo, por toda a nossa relação de mestre e aprendiz, construída ao longo do meu caminho universitário, hoje elevada a nível de amizade, no sentido verdadeiro da palavra.

Aos demais professores da UNESC que ministraram suas aulas de forma responsável e dedicada.

Finalmente, estendo meus sinceros agradecimentos aos meus colegas do Curso de Direito, hoje verdadeiros amigos, com quem tive o privilégio de conviver durante esses valiosos anos.

“O mistério da vida me causa a mais forte emoção. É o sentimento que suscita a beleza e a verdade, cria a arte e a ciência. Se alguém não conhece esta sensação ou não pode mais experimentar espanto ou surpresa, já é um morto-vivo e seus olhos se cegaram”.

Albert Einstein

RESUMO

O presente trabalho consiste em conceituar objetivamente o tema alimentos, precisando sua base principiológica e suas normas daí positivadas, com preferencial atenção ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos, fazendo um contraponto com o instituto do enriquecimento sem causa, previsto no art. 884 a 886, da Lei n. 10.406/2002, Código Civil. De início, realizar-se-á de forma ampla, porém objetiva, a conceituação dos alimentos e suas particularidades, para, posteriormente, também com respaldo na praticidade, significar juridicamente o enriquecimento sem causa. Por fim, serão expostos alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, visando permitir um posicionamento sobre o mesmo. A pesquisa deu-se por bibliografia e jurisprudência, de modo qualitativo e descritivo, tendo como método o dedutivo.

Palavras-chave: Alimentos, irrepetibilidade, enriquecimento sem causa.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 2 ALIMENTOS..... | 11 |
| 2.1 Breve visão histórica a partir do Código Civil de 1.916 e da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988..... | 11 |
| 2.2 Conceito..... | 16 |
| 2.2.1 Naturais e Civis..... | 20 |
| 2.2.2 Cômputos e Necessários..... | 22 |
| 2.2.3 Gravídicos..... | 23 |
| 2.3 Características..... | 24 |
| 2.4 Obrigação alimentar..... | 27 |
| 2.4.1 Pressupostos da obrigação alimentar..... | 29 |
| 3 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA..... | 33 |
| 3.1 Direito Restituidório..... | 33 |
| 3.2 Evolução da obrigação jurídica..... | 36 |
| 3.3 Obrigação jurídica..... | 38 |
| 3.3.1 Enriquecimento sem causa e Pagamento indevido..... | 40 |
| 4. IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS..... | 50 |
| 4.1 Razões da doutrina..... | 50 |
| 4.2 Razões jurisprudenciais selecionadas – STJ, TJRS e TJSC..... | 53 |
| 4.3 Flexibilização da irrepetibilidade dos alimentos no caso concreto..... | 58 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 64 |

1 INTRODUÇÃO

O primeiro contato que tive com o tema alimentos, em sua práxis jurídica, sucedeu quando do início do meu estágio na Vara da Família, unidade judiciária pertencente à comarca de Criciúma/SC, local onde desempenhei tal função por aproximadamente três anos, que muito me foi útil, quiçá indispensável, não só para a construção do presente trabalho, mas também para a minha atual postura como operador do direito, em constante evolução e aprendizado.

Na desenvoltura do meu caminho acadêmico, passei pela cátedra de Direito de Família, onde pude aprofundar não só o tema alimentar, mas todos os aspectos respeitantes ao âmbito familiar, juridicamente falando. Daí a possibilidade de convergir teoria e prática, pois quando da condição de discente alimentava o intelecto, para aplicá-lo de forma auxiliar na resolução de conflitos submetidos ao órgão judicante no qual atuei como estagiário.

A experiência teórica e prática, com base, inclusive, na doutrina pertinente, auxiliou-me na formulação do primeiro e terceiro capítulos, onde se faz uma abordagem da área alimentar, definindo aí sua natureza jurídica, espécies, obrigação alimentar, características, relegando ao final um estudo minucioso do princípio da irrepetibilidade dos alimentos e os argumentos jurisprudenciais e doutrinários que o abrigam nos casos concretos.

O ponto reflexivo que ensejou a construção do presente trabalho monográfico surgiu quando do estudo dos caracteres que revestem os alimentos, ainda no campo da matéria supracitada, destacando-se aquele que prevê a impossibilidade de restituição da importância alimentar, o da irrepetibilidade.

Por ter já passado pelo estudo do direito das obrigações, no decorrer da academia, ocorreu-me o intento de produzir o presente trabalho, inclusive por ter o docente à época da matéria de direito de família assim incentivado, haja vista que com respaldo na rememoração veio-me à tona o instituto do enriquecimento sem causa, tema tratado no segundo capítulo, com definição de obrigação jurídica e as particularidades daí derivadas.

Tendo em vista o caráter patrimonial dos alimentos, abordado objetivamente no decorrer da monografia, surgiu a ideia à produção do presente

estudo, de forma a expor o paradoxo entre o princípio da irrepetibilidade da verba alimentar e o instituto do enriquecimento sem causa, para reclamar, por derradeiro, a aplicação flexibilizada daquele nos casos submetidos à jurisdição, comportando, em harmonia ao princípio da isonomia estampado na Constituição Federal de 1.988, art. 5º, *caput*, a restituição da verba alimentar quando conveniente.

2 ALIMENTOS

2.1 Breve visão histórica a partir do Código Civil de 1.916 e da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O Código Civil de 1.916 sofreu forte influência do contexto histórico quando da sua formulação, mais especificamente do dogma do absolutismo constante do Código Civil francês, conhecido como “Código Napoleônico”, datado de 1.804, o qual preconizava a ideia de previsibilidade dos reclames da sociedade numa codificação (DIAS, 2007, p. 28/31).

Em tal contexto, tradições de cunho liberal, tais como: direito à propriedade, à herança, à produção, etc., a família como base da sociedade ainda baseava-se no patriarcalismo, prevendo uma hierarquia entre o mantenedor do seio familiar e seus súditos (esposa e filhos), o denominado *pater familias* advindo da tradição romana (DIAS, 2007, p. 27/28).

O Código Civil de 1.916 não destoou totalmente dessa concepção de família, nem tampouco se desligou do liberalismo da época, sendo claramente perceptível o caráter patriarcal de sua normatização (conforme se verifica da denominação “chefe da sociedade conjugal”, prevista no artigo 233 da legislação pretérita), voltado à supervalorização do patrimônio, já que a família como célula unitária produzia e acumulava bens, possuindo respaldo jurídico mormente pelo caráter patrimonial (DIAS, 2007, p. 28).

Nesse sentido dispunham os artigos 233 e 234 do CC/1916:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

Compete-lhe:

I - a representação legal da família;(Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311);(Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

III - o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

IV - Inciso suprimido pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962:

Texto original: O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, II, 242, VII, 243 a 245, II e 247, III)

IV - prover a manutenção da família, guardada as disposições dos arts. 275 e 277. (Inciso V renumerado e alterado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

Art. 234. A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ela abandona sem justo motivo a habitação conjugal, e a esta recusa voltar. Neste caso, o juiz pode, segundo as circunstâncias, ordenar, em proveito do marido e dos filhos, o seqüestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher.

O princípio da solidariedade da família encontrada no bojo do Código Civil de 1.916 em seu instituto familiar, principalmente quanto à regulamentação dos alimentos, adveio do dever moral da época, cujo respaldo era percebido no direito natural como “superior direito de ser nutrido pelos responsáveis por sua geração” conforme preceitua Yussef Said Cahali, ainda com reflexos no liberalismo (2009, p. 29). Como exemplo, tem-se o direito sucessório, amparado no princípio da *saisine*, cuja tradição dos bens de família à próxima geração era veemente defendida, mais precisamente resguardada ao filho homem (DIAS, 2007, p. 62/63).

É nesse cenário que começa a emergir estudiosos atentos às modificações sócio-culturais, principalmente no que respeita às relações humanas e transmutações dos valores morais, cujo ideário reclamava o abandono ou pelo menos o brando da sobreposição do direito patrimonial sobre a pessoa humana. Denotou-se, portanto, a importância em revisar o entendimento principiológico do direito da época.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1.988 percebe-se claramente a intenção do legislador constituinte na revisão dos valores jurídicos da época, conforme se observa em inúmeros de seus dispositivos (artigos 3º, inciso I, 201, incisos II, IV e V, 203, incisos I e V, 226, *caput* e §§ 1º, 3º e 4º, 229 e 230, entre outros), afastando as distinções entre homem e mulher, reconhecendo uniões extrajudiciais equiparadas ao casamento, tendo, inclusive, igualado os filhos, havidos ou não do casamento, para fins de garantir-lhes

tratamento igualitário no dever de sustento, cuidado e educação (DIAS, 2007, p. 36/37).

Elucida-se com a transcrição dos dispositivos acima mencionados, respectivamente:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

[...]

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

[...]

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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.

O Código Civil de 1.916, por outro lado, tratava as relações familiares, principalmente aquelas que refletiam no direito alimentar, de forma defasada aos reclames da sociedade, sobretudo nas questões atinentes aos parentes e cônjuges, encontrando-se inclusive em capítulos distintos de tal codificação (Cap. VII – Dos alimentos entre parentes e Cap. III – Dos direitos e deveres da mulher) (DIAS, 2007, p. 447/448).

Percebe-se de forma lúcida o preconceito e a discriminação que revestiam a legislação civilista remota, a qual permitia o vínculo afetivo apenas através do casamento, sendo omissa quanto às relações familiares que frequentemente constituíam-se de forma extrajudicial, que com veemência eram tratadas de forma exclusiva, principalmente quanto ao direito alimentar aos filhos concebidos de tais enlaces amorosos despidos de matrimônios oficiais. Essas uniões foram posteriormente reconhecidas com a promulgação da CRFB de 1.988, como se depreende da transcrição do supracitado artigo 226, §3º, tendo como denominação “união estável” (DIAS, 2007, p. 157).

Nesse sentido, consigna Maria Berenice Dias (2010, p.30):

O Código Civil anterior [...] regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo **matrimônio**. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua **dissolução**, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos **vínculos extramatrimoniais** e aos **filhos ilegítimos** eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, numa vã tentativa de preservação do casamento.

Conforme leciona Maria Berenice Dias (2007, p. 30/33), no vigor da legislação civilista de 1.916, a disciplina atinente à matéria alimentícia era restrita aos casos de consanguinidade (parentesco ligado ao *jus sanguinis*) ou solidariedade (afeto), além de outras normas arcaicas que não comportavam mais a realidade da época, o que fez emergir legislações esparsas, cuja intenção era suprir as lacunas existentes, destacando-se: o Estatuto da Mulher Casada, Lei de n. 4.121/1962, a Lei de n. 5.478/1968 dispondendo sobre a ação de alimentos, a Lei do Divórcio de n. 6.515/1977, a Lei de n. 8.560/1992 que regulou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, a Lei da União Estável de n. 8.971/1994 e a Lei de n. 9.278/1996, responsável pela alteração do disposto no §6º do artigo 226 da Carta Magna de 1.988.

Quanto ao último dispositivo acima mencionado, para fins de esclarecimento, vale ressaltar que fora recentemente alterado pela Emenda Constitucional n. 66/2010, cuja vigência deu-se a partir do dia 13 de julho do ano de 2010, passando a possuir a seguinte redação: “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Apesar da divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à subsistência do instituto da separação após a promulgação de tal emenda constitucional, certo é, como salientado, que o casamento só se dissolve com o divórcio doravante.

A emergência de tais legislações surge no intento de regulamentar o instituto alimentar de forma a suprir omissões do Código Civil transato, destacando-se: os alimentos entre companheiros, o direito alimentar ao filho havido fora do casamento, os alimentos oriundos do dever de mútua assistência entre os cônjuges à luz da culpa pelo término do convívio marital.

Em tal cenário, complementa Maria Berenice Dias (2010, p. 30) que tanto a jurisprudência como a doutrina dominante na época esforçaram-se na expectativa de alertar o legislador infraconstitucional da relevância na formulação de uma legislação civil adaptada às novas realidades, no intento de centrar o tema alimentar, definindo claramente questões sobre sua natureza nos casos distintos em que se manifestava.

No ano de 1.972 fora apresentado sob autoria de Miguel Reale o anteprojeto do Código Civil, ora vigente, sendo seu projeto original datado de 1.975. Entretanto, fora aprovado somente em 2002, iniciando sua vigência no ano de 2003 (VENOSA, 2006, p. 17).

Como sua formulação iniciou-se antes da promulgação da Constituição Federal de 1.988, que alterou substancialmente a forma como o direito vinha sendo aplicado, encarando os casos submetidos à jurisdição à luz dos preceitos fundamentais e princípios constitucionais, o Código Civil ora vigente não acompanhou tal evolução, havendo descompasso na hermenêutica de seu regramento sob o crivo constitucional que se estabeleceu.

Daí o porquê de ter sido bombardeado por inúmeros remendos e emendas constitucionais, tendo em vista sua desarmonia com o sistema jurídico pós 1.988, não havendo clareza em seu texto para que regesse a sociedade atual (DIAS, 2010, p. 31).

Como lembra Maria Berenice Dias (2010, p. 31/32): “[...] o “novo” Código, embora bem-vindo, chegou velho [...] não se pode dizer que é um novo código – é um código antigo com um novo texto”.

Apesar da frustração, merece destaque alguns pontos alterados pelo codificador da legislação civilista vigente quanto ao abandono do caráter obrigatório na exclusão do sobrenome do marido do nome da mulher, após a dissolução da

sociedade ou do vínculo conjugal. Não mais manteve, inclusive, a forma sancionatória aplicável ao cônjuge responsável pela separação que perderia seu direito à percepção de alimentos, apesar de comprovado seu estado de necessidade (DIAS, 2007, p. 32/33).

No mesmo sentido evolutivo, em atendimento ao novo norte estabelecido pela Constituição Federal de 1.988, não houve distinção no Código Civil de 2.002 quanto aos filhos havidos ou não do casamento, reproduzindo em seu artigo 1.596 o que a referida Constituição havia prescrito (artigo 227, §6º). Possuem, tais normas, idênticas redações, senão veja-se:

Art. 1.596. 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.

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.

[...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Observa-se, entretanto, uma sensível distinção preconceituosa que ainda persiste, apesar de reiteradamente inexistir eficácia prática, sobretudo pela incontestável afronta aos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei n. 8.069/1990), notadamente no artigo 1.611 da referida lei civil, ao dispor que: “O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro”.

2.2 Conceito

Os alimentos, em sentido amplo, caracterizam-se por sua indispensabilidade ao desenvolvimento do ser humano, já que este desde a sua concepção deles necessita por ser carente e dependente por lapso temporal mais ou

menos longo de seu semelhante. Daí o porquê de englobarem uma gama de fatores que se demonstram alimentares, pois garantem as estruturas capazes de proporcionar ao indivíduo sua desenvoltura e inserção no contexto social do qual faz parte (CAHALI, 2006, p. 15).

Dessarte, para que o indivíduo possa manter-se no convívio em sociedade, necessário se faz a prestação alimentar a que faz jus, quer por imposição legal, quer pelo dever moral, que lhe garanta o sustento quando por si só não pode prover, tanto de ordem física como intelectual.

A garantia de sustento e convívio em sociedade incumbe ao Estado, o qual, por sua vez, relega tal responsabilidade aos parentes, estes compreendidos *lato sensu*, com amparo no fundamento de que os alimentos são matéria de ordem pública, limitando-se, portanto, a prestar assistencialismo e disponibilizar os meios para a satisfação alimentar através do mercado de trabalho. É que, como esclarece Marco Aurélio S. Viana (1994 *apud* MADALENO, 1998, p. 48):

[...] o Estado toma a si a assistência social, respondendo, e sabido que com grande deficiência, pelo serviço de saúde e velando também pela administração política, para que não falte trabalho e meio de vida para todos.

Contudo, o dever de solidariedade entre os seres humanos trafega pelo círculo familiar e comete aos parentes o dever de socorro que se devem entre si, nas contingências da vida [...].

Ainda nessa linha, registra Sílvio Rodrigues (2006, p. 373/374):

A tendência moderna é a de impor ao Estado o dever de socorro dos necessitados, tarefa que ele se desincumbe, ou deve desincumbir-se, por meio de sua atividade assistencial. Mas, no intuito de aliviar-se desse encargo, ou na inviabilidade de cumpri-lo, o Estado o transfere, por determinação legal, aos parentes, cônjuge ou companheiro do necessitado, cada vez que aqueles possam atender a tal incumbência. [...] O interesse do Estado, na estrita observância dessa norma, é direto de ordem pública, pois a inobservância a seus termos aumenta o número dos desprotegidos, ou seja, das pessoas que ele, Poder Público, deve socorrer.

Deduz-se, nesse norte, o surgimento do caráter sancionatório ao inadimplente do crédito alimentício, tendo sob forma coercitiva a prisão civil do devedor, do qual se utiliza o Estado para afastar-se do encargo que lhe compete (sustentar) e relegar tal prerrogativa aos particulares (parentes).

Com essa transferência, emerge o dever legal da prestação alimentar, dotando o credor dos alimentos de um aparato judicial que somente o Estado detém, caracterizado pelo ceifamento da liberdade do devedor de tal crédito, regulando-se pelo disposto no artigo 19 da Lei n. 5.478/1968 (Lei de Alimentos), possuindo, inclusive, capítulo próprio na legislação civil instrumental (CPC/1973), nos artigos 732 a 735 (VENOSA, 2006, p. 403), cujas disposições seguem transcritas respectivamente:

Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.

CAPÍTULO V DA EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

Art. 732. A execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título.

Parágrafo único. Recaindo a penhora em dinheiro, o oferecimento de embargos não obsta a que o exeqüente levante mensalmente a importância da prestação.

Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas ou vincendas; mas o juiz não lhe imporá segunda pena, ainda que haja inadimplemento posterior.

§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977)

§ 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Art. 734. Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia.

Parágrafo único. A comunicação será feita à autoridade, à empresa ou ao empregador por ofício, de que constarão os nomes do credor, do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração.

Art. 735. Se o devedor não pagar os alimentos provisionais a que foi condenado, pode o credor promover a execução da sentença, observando-se o procedimento estabelecido no Capítulo IV deste Título.

Alimentos segundo Ozéias J. Santos (2005, p. 11): “[...] são as prestações que devem atender as necessidades vitais atuais ou futuras da pessoa que não pode prover a si mesma, compreendendo o sustento, habitação, vestuário, saúde e educação”.

Complementa:

ALIMENTOS – Pensões, ordenados, ou outras quaisquer quantias concedidas ou dadas, a título de provisão, assistência ou manutenção, a uma pessoa por uma outra que, por força de lei, é obrigada a prover às suas necessidades alimentícias e de habitação.

Em regra, os alimentos são prestados por uma soma em dinheiro; mas, excepcionalmente, podem ser prestados in natura, isto é, no próprio fornecimento dos gêneros alimentícios e de outras utilidades indispensáveis ao alimentado (SANTOS, 2005, p. 13).

A normatização da matéria alimentar, diante de um dos objetivos inerentes ao direito (preencher as lacunas decorrentes de situações fáticas adstritas ao relacionamento e convívio humanos através de regulamentação), surgiu com o frequente agir das pessoas de modo reiterado no intento de constituir família, da qual geralmente advém prole, denominando-se “alimentos” o conteúdo de tal pretensão, para designar “tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida” (CAHALI, 2009, p. 15). A relação entre os familiares, quer por parentesco, quer por afinidade, decorre do convívio familiar.

Parte-se, de regra, da noção de solidariedade entre os parentes ou afins para regulamentar a matéria alimentícia, buscando tanto sua garantia como sua satisfação forçada, nos casos aplicáveis. Como exceção, tem-se casos de responsabilidade civil oriunda de ato ilícito, que enseja o dever de ressarcir, cuja natureza é indenizatória e concerne ao campo das obrigações da legislação civilista.

“Ainda no plano jurídico, tanto em lei como na doutrina, tem-se atribuído à palavra “alimentos” uma acepção plúrima, para nela compreender não apenas a obrigação de prestá-los, como também os componentes da obrigação a ser prestada” (CAHALI, 2009, p. 16).

O Código Civil/2002 ficou-se inerte em conceituar precisamente a palavra alimentos, aproximando-se do conceito doutrinário. Entretanto, o disposto no artigo 1.920 da mesma legislação civilista ao regular o legado de alimentos dispõe:

“O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”.

Registra Arnaldo Rizzardo (2008, p. 724/725): “[...] Visa a prestação alimentícia justamente suprir as carências que impedem a geração de recursos próprios, com fundamento num princípio de solidariedade familiar ou parental que deve dominar entre as pessoas. Ou socorrer o membro da família que se encontra em situação de não prover a própria subsistência”.

Não se encontra divergência quanto ao campo de incidência dos alimentos, seja na doutrina, seja na jurisprudência, considerando-se no mínimo aqueles destinados ao vestuário, educação, lazer, alimentação e moradia.

Regula-se ainda através do Direito, que deve estabelecer suas diretrizes de forma acessível e objetiva, os componentes da obrigação alimentar (possibilidade, necessidade e proporcionalidade), que serão objeto de análise no decorrer do estudo.

2.2.1 Naturais e Civis

O tema alimentar comporta divisão quanto à sua natureza, distinguindo-se em naturais e civis, respectivamente delineados a seguir, sendo tal distinção matéria recente, pois constante apenas do Código Civil vigente, não havendo previsão na legislação civil anterior (CAHALI, 2006, p. 18 e 20).

Têm-se por alimentos naturais à subsistência humana aqueles que possibilitam o desenvolvimento da estrutura biológica do indivíduo, que lhe garantam uma desenvoltura saudável, ou seja, nos dizeres de Pontes de Miranda “o que serve à subsistência animal” (1974 *apud* CAHALI, 2009, p. 15). Abarca-se, neste subtema, o vestuário, a habitação, a medicação e a alimentação, encontrando previsão legal na disposição do §2º do artigo 1.694, CC/2002, pois:

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.
[...]

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

Yussef Said Cahali (2002, p. 18), compreendendo tanto os alimentos naturais como os civis, leciona:

Quando se pretende identificar como alimentos aquilo que é estritamente necessário para a manutenção da vida de uma pessoa, compreendendo tão-somente a alimentação, a cura, o vestuário, a habitação, nos limites assim do *necessarium vitae*, diz-se que são *alimentos naturais*; todavia, se abrangentes de outras necessidades, intelectuais ou morais, inclusive recreação do beneficiário, compreendendo assim o *necessarium personae* e fixados segundo a qualidade do alimentando e os deveres da pessoa obrigada, diz-se que são *alimentos civis*.

Os alimentos civis, por outro lado, considerados também como necessários, enquadram-se naqueles de ordem intelectual que, não menos importantes que os naturais, possibilitam ao recebedor da importância alimentícia sua evolução cognitiva e participação nas experiências mundanas, visando sua inserção no contexto social que se encontra (DIAS, 2007, p. 457).

Pretende-se, dessa forma, satisfazer as necessidades de instrução do indivíduo (educação) e de distração, para que haja, nesta última, um desenvolvimento mental salutar com a garantia também ao ócio (leia-se criatividade, lazer, recreação).

Preceitua Maria Berenice Dias (2009, p. 460): “Alimentos civis destinam-se a manter a qualidade de vida do credor, de modo a preservar o mesmo padrão e *status* social do alimentante”.

Ainda no que se refere aos alimentos civis, suscita-se que sua satisfação condiciona-se ao sopesamento da dualidade necessidade/possibilidade, da mesma forma quando se busca adequar os alimentos naturais ao caso submetido à jurisdição (artigo 1.694, §1º, CC/2002), funcionando de modo que se alcance o meio termo entre a possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentando, sem favorecer um ou outro.

Tal procedimento objetiva a adequada satisfação do crédito alimentício com respeito às limitações de ordem financeira do devedor, ao dispor que: “Art.

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

2.2.2 Cômruos e Necessários

Yussef Said Cahali (2009, p. 18), aprofundando o tema, tem uma visão mais minuciosa quanto à natureza dos alimentos, comportando outra distinção, que define e destaca alimentos cômruos e alimentos necessários.

Alimentos cômruos, da mesma forma que os alimentos necessários, destinam-se à satisfação por parte do obrigado das necessidades com vestuário, alimentação, habitação, enfrentadas pelo beneficiário. O que os distingue é o critério de fixação utilizado para se chegar num importe alimentar adequado, uma vez que os alimentos necessários não levam em conta o padrão de vida ostentado pelo alimentante, mas, sim, a importância mínima conveniente para que o alimentado tenha suas necessidades básicas e essenciais satisfeitas (CAHALI, 2006, p. 18).

No caso dos alimentos cômruos, de outra banda, a importância alimentícia a ser prestada visa assegurar ao alimentando um padrão de vida compatível com as possibilidades do alimentante, de modo que haja uma certa proporcionalidade, o que caracteriza, neste e em outros casos, o binômio necessidade/possibilidade (CAHALI, 2006, p. 18).

Tal cisão, segundo Yussef Said Cahali, citando Ribas (1879 *apud* 2009, p. 19), deriva desde as Ordenações, pois:

Observava Ribas que as Ordenações (Liv. I, Tít. 88) cuidavam dos alimentos naturais no § 10, vb. - crias de leite e de toda outra criação – e no § 15, vb. - mantimento, vestido, calçado e todo o mais; e dos alimentos civis, no § 15, vb. - ler, escrever, ordenar a sua vida e ensino, segundo a qualidade de sua pessoa e fazenda -, e no § 16, vb. - serão postos a aprender os ofícios de seus pais, os outros, para que mais pertencentes sejam, ou mais proveitosos, segundo sua disposição e inclinações.

Nessa esteira, encontra-se o texto legal reproduzido (arts. 1.694, §§ 1º e 2º, e 1.695, ambos do CC/2002), o qual adveio da interpretação que se fez dos valores morais, culturais e históricos da época, claramente perceptíveis em suas

disposições, transcrevendo-se oportunamente apenas a do artigo 1.695, à vista da transcrição dos demais já ter sido exposta linhas atrás: “Art. 1.695. 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”.

2.2.3 Gravídicos

Fundado no que vem se chamando de paternidade responsável, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, inclusive pela própria disposição do art. 2º do CC/2002, que prescreve o reguardo dos direitos do nascituro desde a concepção, a lei n. 11.804 de 2008 foi instituída para também por a salvo o direito ao recebimento dos alimentos (DIAS, 2009, p. 480).

A obrigação alimentar, todavia, não se dá pela comprovação do parentesco, porquanto inexistente até então, mas sim no decorrer da lide em que se pleiteia alimentos, legitimando-se a gestante para requerê-los em nome do nascituro (DIAS, 2009, p. 480).

O convencimento do julgador para fixação dos alimentos, portanto, dá-se pelos indícios de paternidade que revestem o caso concreto. Tal possibilidade de arbitramento do *quantum* alimentar já vinha sendo efetivada em casos de ação investigatória de paternidade cumulada com alimentos, conforme exposição de Maria Berenice Dias (2009, p. 480).

Sem embargo, é que:

[...] a Constituição garante o direito à vida (CF 5.º). Também impõe à família, com absoluta prioridade, o dever de assegurar aos filhos o direito à vida, à saúde, à alimentação (CF 227), encargos a serem exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (CF 226 § 5º). Além disso, o Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC 2º) [...] (DIAS, 2009, p. 481).

Os alimentos, nesse caso, preceitua Maria Berenice Dias (2009, p. 481), devem atender despesas existentes entre a concepção ao parto, abarcando aí aquelas atinentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames

complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis a critério do médico, não sendo tal rol exaustivo.

2.3 Características

Apesar do conceito amplo da palavra alimentos no meio jurídico, na doutrina não se encontra divergência quanto ao seu conteúdo, possuindo, para fins de orientar seu aspecto legal, segundo Sílvio Salvo Venosa (2006, p. 382/386), as seguintes características:

- Personalíssimo: apesar de se tratar de matéria pública, o titular do crédito alimentício não poderá transferi-lo, somente invocando seu direito alimentar em nome próprio, salvo casos de representação ou assistência processual;

- Intransferível: embora subjacente esta característica, a qual se encontrava estampada no artigo 402 do CC/1916, a polêmica redação do artigo 23 da Lei n. 6.515/1977 (Lei do Divórcio) veio à tona para garantir a transmissão do encargo alimentar aos herdeiros do devedor, tendo o Código Civil em vigor reproduzido tal disposição em seu artigo 1.700. A seguir, separadamente reproduz-se o semelhante teor de cada artigo, respeitando-se a ordem em que dispostos acima:

Art. 402. A obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor.

Art 23 - A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.796 do Código Civil.¹

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

- Irrenunciável: faculta-se ao credor o exercício do direito aos alimentos, contudo, sua renúncia é inadmissível, sobretudo em se tratando de alimentos decorrentes da relação de parentesco, havendo controvérsia doutrinária e

1 - A disposição do citado artigo consta da legislação civil de 1.916, *in verbis*: “Art. 1.796. 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 lhes coube”.

jurisprudencial acerca da possibilidade de renúncia em casos de separação ou divórcio. Fundamenta-se no disposto no artigo 1.707 do CC/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”.

- Incompensável: esta característica encontra respaldo legal na disposição do artigo 373, II, CC/2002, donde se extrai que o crédito alimentício não se compensa com qualquer outra dívida ou débito que possua seu titular, tendo em vista que tal verba destina-se ao sustento do necessitado. Com reflexos na disposição do artigo 1.707 do CC/2002, é o que dispõe a supracitada norma: “Art. 373. A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto: [...] II - se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos; [...]”.

- Impenhorável: com o mesmo fundamento de que o direito aos alimentos visam garantir a manutenção do credor, a penhora não se compatibiliza com o crédito alimentar, portanto, insuscetível de procedimento expropriatório, conforme prevê o artigo 649, IV, CPC/1973:

São absolutamente impenhoráveis: [...] IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; [...].

Por outro lado, o § 2º do mesmo artigo permite a possibilidade de penhora para satisfação do crédito alimentar, não sendo este, como acima se viu, passível de gravame judicial. Aliás transcreve-se: “§ 2º O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia”.

- Inegociável: embora sejam os alimentos direito privado, sua matéria, como já visto, trata-se de interesse público, comportando transação apenas quanto à importância a ser fixada, não sendo admitido, assemelhando-se à irrenunciabilidade, sua negociação. É o que prescreve o artigo 841 do CC/2002: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”

- Imprescritível: o direito aos alimentos não prescreve, dada a situação de necessidade que pode emergir de forma imprevisível. Entretanto, fixada a importância alimentícia através de provimento judicial, inicia-se o biênio prescricional para a cobrança da prestação alimentar, expresso no artigo 206, §2º, CC/2002:

“Prescreve: [...] § 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem”.

- Variável: fundamenta-se no instituto da coisa julgada, não fazendo, contudo, em casos de natureza alimentar, coisa julgada material, mas sim formal. Daí a possibilidade de se rever a importância alimentar a qualquer tempo, desde que haja consonância às circunstâncias do artigo 1.699 do CC/2002: “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”.

- Periodicidade: a prestação alimentar resumida em valores monetários, em pecúnia, resume-se na mais frequente modalidade de sustentar o alimentando, através de pensionamento alimentício mensal, trimestral, semestral ou quinzenal (CAHALI, 2006, p. 113). Comporta um certo controle entre o valor repassado e as necessidades satisfeitas com tal verba, considerando que o *quantum* alimentício já tenha passado pelo crivo da dualidade necessidade/possibilidade.

– Divisível: não havendo como se proceder na cobrança dos alimentos devidos pelo primeiro obrigado (genitor), há a divisibilidade da importância a ser satisfeita entre os parentes em linha reta, ascendentes ou descendentes, facultando-se ao credor, inclusive, acionar os de grau diverso e remoto. Há concorrência entre os devedores/parentes, não sendo admitido que apenas um deles, por ser abastado, satisfaça exclusivamente a verba alimentar em benefício do alimentando. Em tal sentido, é a disposição dos arts. 1.696 a 1.698 do CC/2002:

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

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

Art. 1.698. 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.

– Irrepetível: os alimentos uma vez prestados não comportam restituição. Tanto a jurisprudência como a doutrina entendem o caráter irrepetível da verba alimentar, exceto nos casos em que há flagrante enriquecimento ilícito do alimentário, ocasião em que conveniente a repetição de indébito, consoante explanação de Yussef Said Cahali (2006, p. 105).

2.4 Obrigação alimentar

A pretensão do ser humano em exigir de outrem seu próprio sustento, como visto acima, no âmbito jurídico, denomina-se “alimentos”, o que deixa de ser mero dever moral amparado no princípio da solidariedade, para revestir-se de conteúdo legal, de obrigação alimentar.

A obrigação alimentar advinda do poder familiar alcança os filhos incapazes, compreendidos também os relativamente incapazes, os quais por si só não conseguem prover a própria manutenção, exsurgindo o dever dos pais com o sustento de sua prole (CAHALI, 2006, p. 348/349).

Existem casos, não menos frequentes, de obrigação alimentar que ultrapassa o poder familiar, atingindo os filhos maiores ou emancipados que, todavia, não possuem condições físicas, psicológicas ou financeiras, para manterem a própria subsistência. A incapacidade para a própria manutenção, nestes casos, depende de comprovação da necessidade, a ser balanceada com as possibilidades do alimentante (CAHALI, 2006, p. 349).

Em tais situações, o dever alimentar é característico da relação de parentesco, destoando quanto ao poder familiar no que atine às necessidades do alimentando ao recebimento da verba alimentar, pois neste instituto não se exige a justificativa para o reclamo dos alimentos, dada a sua presunção diante da faixa etária do alimentando, com despesas das mais variáveis possíveis com vestuário, educação, lazer, dentre outros (CAHALI, 2006, p. 349).

Os alimentos decorrem da relação de parentesco (consanguinidade ou afetividade entre os membros do seio familiar), da afinidade (convenções, testamentos) ou do delito (indenização decorrente de ato ilícito). A primeira reveste-se de ato jurídico, a segunda de conveniência e a terceira de cunho indenizatório,

tendo em vista a culpa do autor do delito em fazer surgir à vítima um estado de necessidade até então inexistente.

Complementa Roberto di Ruggiero (1999 *apud* PORTO, 2003, p. 20): “[...] a obrigação alimentar pode nascer entre estranhos, por virtude de convenção ou de disposição testamentária ou por efeito de um delito, ou por virtude da lei entre pessoas ligadas por um determinado vínculo de parentesco ou de afinidade”.

A obrigação de prestar alimentos, como abordado superficialmente acima, decorre da lei, da sentença judicial ou da vontade humana.

A natureza da verba alimentar quando revestida de cunho indenizatório em razão da impossibilidade, temporária ou definitiva, do mantenedor do(s) necessitado(s) em garantir-lhe o sustento, exsurge em casos de aposentadoria por invalidez, de pensão por morte, sendo prestadas pelo Poder Público, e naquelas oriundas de ato ilícito.

Respalda-se na disposição do artigo 948, II, CC/2002, que assim preceitua: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: [...] II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

O dever de alimentar que depende de uma decisão interlocutória que arbitra alimentos provisórios ou de uma sentença que os torna definitivos, caracteriza a obrigação alimentar pendente de prestação jurisdicional.

Revela-se nos casos de relação de parentesco e de mútua assistência, cujo regulamento baseia-se, respectivamente, no caráter consanguíneo (artigo 1.696 a 1.698 do Código Civil em vigor, já transcritos linhas atrás para conferência), que prescreve alimentos entre os parentes em linha reta, compreendendo ascendentes e descendentes a depender do estado de necessidade, inclusive pela relação parental civil, como ocorre nos casos de adoção.

No aspecto recíproco da obrigação alimentar, por outro lado, verificam-se os alimentos entre cônjuges ou conviventes, com amparo no dever de mútua assistência prescrito pelo artigo 1.566, III, do Código Civil de 2002, que subsiste mesmo em casos de dissolução da sociedade conjugal, sendo minoritário o entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de se estender tal benefício após a cessação do vínculo marital através do divórcio. Neste último caso, o campo de incidência da obrigação alimentícia denota-se restritivamente nas uniões

conjugais e no regime de união estável, dispondo o citado artigo que: “São deveres de ambos os cônjuges: [...] III - mútua assistência; [...]”

Preceitua Ozéias J. Santos (2005, p. 17): “**PARENTE** – Derivado do latim *parens, parentis*, no sentido jurídico é tido na mesma significação vulgar: entende-se a pessoa que está ligada a outra por laços de consanguinidade ou de afinidade. É o que pertence à mesma família ou está ligado a ela”.

Elucida-se, oportunamente, que o direito alimentar exsurge em casos de relação de parentesco pelo caráter consanguíneo ou pelo dever de assistência recíproca, como acima se viu, o que não acontece nas situações de relação por afinidade, a qual não gera direito à percepção da verba alimentícia, nem tampouco sua legitimidade para reclamá-la (CAHALI, 2006, p. 494).

Os alimentos prestados através de mera conveniência e comodidade ocorre nas situações de doação, contrato a título gratuito ou oneroso, ou nas de legado através de testamento, onde “os alimentos, com a mesma compreensão básica, podem decorrer da vontade, serem instituídos em contrato gratuito ou oneroso e por testamento, bem como derivar de sentença condenatória decorrente de responsabilidade civil aquiliana” (VENOSA, 2007, p. 342).

Em todo o caso, somente os alimentos oriundos de obrigação legal, compreendido como alimentos legítimos, adentram na esfera do Direito de Família, relegando os demais institutos de matéria alimentar ao campo das obrigações e do direito sucessório (CAHALI, 2009, p. 20).

2.4.1 Pressupostos da obrigação alimentar

Apura-se a obrigação alimentar com base em três pressupostos: a necessidade do alimentando, a possibilidade do alimentante e a proporcionalidade.

Quanto à necessidade do alimentando (primeira parte do artigo 1.695 do CC/2002), não obstante advenha da relação de parentesco consanguínea, o que se observa é o estado de necessidade. Assim, o preenchimento de tal requisito condiciona-se à comprovação da condição de incapacidade para a própria manutenção, quando os bens ou o patrimônio do indivíduo não lhe renderem frutos que o permitam solitariamente prover seu sustento.

À necessidade, normalmente temporária, os alimentos servirão como fonte subsidiária até que cesse o estado de necessidade daquele que os pleiteia, impulsionando-o à inserção no meio econômico-social para que consiga manter-se de forma independente. Pondera-se, dessarte, a qualificação profissional do cidadão, sua experiência laboral, sua idade, dentre outros fatores pertinentes.

Existem casos em que o estado de necessidade persiste além de qualquer outro fator extrínseco ao indivíduo, estando ligado à sua aptidão física ou mental, como nos casos de pessoas com deficiência, que por período geralmente longo, quiçá permanente, necessitam de auxílio do alimentante para a própria subsistência.

Assim:

A regra tradicional é que cada pessoa deve prover-se segundo suas próprias forças ou seus próprios bens: a obrigação de prestar alimentos é, assim, subsidiária, no sentido de que só nasce quando o próprio indivíduo não pode cumprir esse mezinho dever com a sua pessoa, que é o de alimentar-se a si próprio, com o produto do seu trabalho e rendimentos [...]. O pressuposto da necessidade do alimentando somente se descaracteriza se referidos bens de que é titular se mostram hábeis para ministrar-lhe rendimento suficiente a sua manutenção; ou não se mostra razoável exigir-lhe a conversão de tais bens em valores monetários capazes de atender aos reclamos vitais do possuidor (CAHALI, 2006, p. 510).

A possibilidade do alimentante, como outro fator interligado à obrigação alimentar, conforme a segunda parte do artigo 1.695 do CC/2002, revela-se de certa forma condicionada, já que para que o devedor seja compelido à prestar alimentos ao credor, deve aquele possuir bens ou rendimentos capazes de permitir-lhe o próprio sustento e o de outrem.

Incongruente a obrigação alimentar quando aquele que deve alimentos não possui sequer o mínimo necessário para a própria manutenção. Caso contrário, segundo Lourenço Prunes “ter-se-ia uma partilha de misérias” (1978 *apud* CAHALI, 2006, p. 516). Como forma de solucionar casos como tais, positivou-se a regra do artigo 1.698 do CC/2002, donde se extrai o caráter divisível da obrigação alimentar, pois a disposição de tal comando assim preceitua:

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.

A proporcionalidade entre a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante se demonstra nessa incógnita, legada pelo legislador, em alcançar o patamar adequado da prestação alimentar no caso concreto.

Busca-se, destarte, um equilíbrio entre os dois bens jurídicos, comumente denominado binômio necessidade/possibilidade, onde o juiz os sopesará para que adeque a situação levada à jurisdição, sempre à luz da equanimidade, de modo que não favoreça um ou outro.

Abarca-se, neste pressuposto, os alimentos devidos à prole, onde se considera tanto as condições sociais do alimentante como as necessidades vitais do alimentando, sem prejuízo da análise acerca da competência de ambos os cônjuges na contribuição proporcional para a manutenção do rebento, conforme a disposição dos artigos 1.566, inciso IV, e 1.703, ambos do Código Civil vigente:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
[...]
IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.

Estende-se, inclusive, porém de forma distinta, os alimentos prestados ao cônjuge ou ao companheiro separado, onde se leva em conta o *quantum* adequado para que mantenha o mesmo padrão de vida, ou equivalente, que possuía quando do convívio marital.

Logicamente, diante das frequentes transformações sociais e inconstâncias no mercado de trabalho, os alimentos ao ex-cônjuge ou ao ex-companheiro possuem caráter transitório, pois buscam adequar o necessitado à uma nova etapa da vida, auxiliando-o para que, por período mais ou menos prolongado, adapte-se a essa nova condição de modo que consiga prover a própria subsistência.

Nesse sentido, orienta VENOSA (2006, p. 378):

Não podemos pretender que o fornecedor de alimentos fique entregue à necessidade, nem que o necessitado se locuplete a sua custa. Cabe ao juiz

ponderar os dois valores de ordem axiológica em destaque. Destarte, só pode reclamar alimentos quem comprovar que não pode sustentar-se com seu próprio esforço. Não podem os alimentos converter-se em prêmio para os néscios e descomprometidos com a vida. Se, no entanto, o alimentando encontra-se em situação de penúria, ainda que por ele causada, poderá pedir alimentos. Do lado do alimentante, como vimos, importa que ele tenha meios de fornecê-los: não pode o Estado, ao vestir um santo, desnudar outro. Não há que se exigir sacrifício do alimentante.

Complementa Yussef Said Cahali (2006, p. 517/518):

[...] na determinação do *quantum*, há de se ter em conta as condições sociais da pessoa que tem direito aos alimentos, a sua idade, saúde e outras circunstâncias particulares de tempo e de lugar, que influem na própria medida; tratando-se de descendente, as aptidões, preparação e escolha de uma profissão, atendendo-se ainda que a obrigação de sustentar a prole compete a ambos os genitores; com relação à esposa, preconiza-se a concessão de alimentos, na quantidade necessária a manter a sua situação econômica e social equivalente àquela que mantinha por ocasião da vida em comum, e o padrão de vida da sociedade conjugal que se desconstituiu, embora se tenha de reconhecer que, na atualidade, “em razão da separação do casal, a mulher terá de entender dever se adaptar a uma nova realidade, não podendo exigir permanência do *status quo ante*, com o mesmo padrão de vida que suportaria se separado não fosse do cônjuge [...].

Com a sutil inovação do Código Civil em vigor, verifica-se o afastamento da questão da culpa pela ruptura da união conjugal, garantindo ao cônjuge ou ao companheiro, inobstante culpado, o direito à percepção de alimentos. É o que se extrai do disposto no artigo 1.704 do CC/2002, sobretudo, no seu parágrafo único:

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

3 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

3.1 Direito restituidório

Como uma das vertentes do direito obrigacional, o direito restituidório sofreu profundas modificações, tanto de ordem principiológica como de caráter distintivo das fontes do direito das obrigações, com a aprovação no Congresso Nacional e sanção presidencial da Lei n. 10.406 de 2.002, que instituiu o Código Civil em vigor, cuja vigência iniciou-se no dia 11 de janeiro do ano de 2.003 (MICHELON JR., 2006, p. 15)

Na vigência do Código Civil de 1.916, mais precisamente em seu Título VI, cujo título fora denominado “Das obrigações por declaração unilateral de vontade”, o direito obrigacional encontrava-se regulado nos arts. 1.505 a 1.517, possuindo fontes e princípios diversos daquele que posteriormente fora aprovado.

Assim dispunham os artigos supra consignados, em seus respectivos capítulos:

CAPÍTULO I DOS TÍTULOS AO PORTADOR

Art. 1.505. O detentor de um título ao portador, quando dele autorizado a dispor, pode reclamar do respectivo subscritor ou emissor a prestação devida. O subscritor, ou emissor, porém, exonera-se, pagando a qualquer detentor, esteja ou não autorizado a dispor do título.

Art. 1.506. A obrigação do emissor subsiste, ainda que o título tenha entrado em circulação contra a sua vontade.

Art. 1.507. Ao portador de boa-fé, o subscritor, ou o emissor não poderá opor outra defesa, além da que assente em nulidade interna ou externa do título, ou em direito pessoal ao emissor, ou subscritor, contra o portador.

Art. 1.508. O subscritor, ou emissor, não será obrigado a pagar senão à vista do título, salvo se este for declarado nulo.

Art. 1.509. A pessoa, injustamente desapossada de títulos ao portador, só mediante intervenção judicial poderá impedir que ao ilegítimo detentor se pague a importância do capital, ou seu interesse.

Parágrafo único. Se, citado o detentor desses títulos, não forem apresentados em 3 (três) anos dessa data, poderá o juiz declará-los caducos, ordenando ao devedor que lave outros, em substituição ao reclamado.

Art. 1.510. Se o título, com o nome do credor, trazer a cláusula de poder ser paga a prestação ao portador, embolsando a este, o devedor exonerar-se-á validamente; mas poderá exigir dele que justifique o seu direito, ou preste caução. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

Aquele cujo nome se acha inscrito no título, presume-se dono, e pode reivindicá-lo de quem quer que injustamente o detenha.

Art. 1.511. É nulo o título, em que o signatário, ou emissor, se obrigue, sem autorização de lei federal, a pagar ao portador quantia certa em dinheiro.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às obrigações emitidas pelos Estados ou pelos Municípios, as quais continuarão a ser regidas por lei especial.

CAPÍTULO II DA PROMESSA DE RECOMPENSA

Art. 1.512. Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de fazer o prometido.

Art. 1.513. Quem quer que, nos termos do artigo antecedente, fizer o dito serviço, ou satisfizer a dita condição, ainda que não pelo interesse da promessa, poderá exigir a recompensa estipulada.

Art. 1.514. Antes de prestado o serviço, ou preenchida a condição, pode o promitente revogar a promessa, contanto que o faça com a mesma publicidade.

Se, porém, houver assinado prazo à execução da tarefa, entender-se-á que renuncia o arbítrio de retirar, durante ele, a oferta.

Art. 1.515. Se o ato contemplado na promessa for praticado por mais de um indivíduo, terá direito à recompensa o que primeiro o executou.

§ 1o Sendo simultânea a execução, a cada um tocará quinhão igual na recompensa.

§ 2o Se essa não for divisível, conferir-se-á por sorteio.

Art. 1.516. Nos concursos que se abrirem com promessa pública de recompensa, é condição essencial, para valerem, a fixação de um prazo, observadas também as disposições dos parágrafos seguintes:

§ 1o A decisão da pessoa nomeada, nos anúncios, como juiz, obriga os interessados.

§ 2o Em falta de pessoa designada julgar o mérito dos trabalhos, que se apresentarem, entender-se-á que o promitente se reservou essa função.

§ 3o Se os trabalhos tiverem mérito igual, proceder-se-á de acordo com o artigo antecedente.

Art. 1.517. As obras premiadas, nos concursos de que trata o artigo anterior, só ficarão pertencendo ao promitente, se tal cláusula estipular na publicação da promessa.

Ademais, a própria estrutura positiva do direito das obrigações sofreu alteração, visto que na legislação civilista remota constavam dois capítulos regulando a matéria, Capítulo I – Dos Títulos ao Portador e Capítulo II – Da Promessa de Recompensa, tendo apenas este permanecido após a vigência do Código Civil de 2.002, sendo aquele suprimido e relegado ao título VIII desta legislação infraconstitucional (MICHELON JR., 2006, p. 16).

Com a inovação do codificador de 2.002, acresceu-se ao campo das obrigações outros três institutos, Capítulo II – Da Gestão de Negócios, Capítulo III – Do Pagamento Indevido e Capítulo IV – Do Enriquecimento Sem Causa, alterando sutilmente aquele que permaneceu.

Registra Cláudio Michelin Jr. (2006, p. 16):

[...] houve a inclusão de outros três institutos no Título VII. São incluídas, ao lado da regulamentação da promessa de recompensa, as regulamentações da gestão de negócios, do pagamento indevido e do enriquecimento sem causa.

Os diferentes agrupamentos de institutos preferidos pelo legislador de 1916 e pelo legislador de 2002 refletem uma radical diferença entre duas concepções da estrutura conceitual e principiológica subjacente ao direito das obrigações.

Salienta Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 47):

[...] nosso Código reconhecia, expressamente, três fontes de obrigações: o contrato, a declaração unilateral da vontade e o ato ilícito. O presente Código, mantendo a mesma orientação, menciona os contratos, os atos unilaterais e o ato ilícito. Deve ser lembrado, também, que esse diploma traz disposições expressas a respeito do enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886) e do abuso de direito (art. 187), equiparando-o ao ato ilícito.

Tal novidade na forma de pensar o direito obrigacional caracteriza-se, principalmente, pela desnecessidade de se limitar à declaração de vontade para fazer nascer o direito à restituição, como ocorria na vigência da legislação civil anterior. Três fontes do direito das obrigações, que constam do novo Código Civil, ensejam a restituição, são elas: as declarações de vontade, a ocorrência de danos imputáveis e a migração injustificada de bens ou direitos de um patrimônio a outro (MICHELON JR., 2006, p. 15).

3.2 Evolução da obrigação jurídica

A obrigação no Direito Romano, considerando a primordial forma de pensar o direito através da *civil law*, era vista como um direito pessoal, pelo que o credor era dotado de poder sobre o devedor, quando não solvida a prestação contraída por este perante aquele, afetando-lhe inclusive sua própria liberdade. A prerrogativa do credor consubstanciava-se na possibilidade de sujeitar o devedor a trabalhos forçados ou até mesmo expô-lo ao mercado como objeto, para que servisse à escravidão (LISBOA, 2004, p. 65/66).

É nesse sentido que se preceitua o brocardo jurídico *vinculum iuris quod necessitate adstringimur alicujus solvendae rei*, transcrito por Roberto Senise Lisboa (2004, p. 65).

Dotada de pessoalidade, e não de patrimonialidade, o devedor responderia, como visto acima, pela obrigação por si contraída e não prestada com sua própria liberdade, sendo sujeitado, inclusive, à escravidão. Atualmente, o direito não mais se utiliza de tal forma para lidar com as situações obrigacionais, pois “o direito obrigacional é, na realidade, atualmente um direito sobre o patrimônio e não sobre as pessoas (LISBOA, 2004, p. 66).

A sanção oriunda da inadimplência de uma obrigação, na atualidade consolida-se através de ordem patrimonial, por meio de multas ou indenizações em favor do credor, já que ao longo dos anos houve uma despersonalização atinente ao cumprimento de uma obrigação (LISBOA, 2004, p. 66).

Com isso, admite-se a liberação do devedor originário da satisfação dos interesses do credor, ou seja, do vínculo obrigacional que os une, permitindo-se que terceiro(s) o faça(m), quando assume este, perante o devedor originário, a figura de credor. Nessa linha, complementa Roberto Senise Lisboa (2004, p. 66): “[...] Beneficiou-se o que liberou o devedor efetuando a prestação no seu lugar com a *cessão de crédito*, instituto que lhe permitiu assumir a posição jurídica do credor para poder exigir do devedor o pagamento, com alguma vantagem em relação ao direito que o credor anterior possuía”.

O surgimento de uma terceira pessoa beneficiada ou prejudicada com conflito oriundo do vínculo obrigacional entre dois sujeitos, credor e devedor,

denomina-se obrigação complexa. Tem-se, dentre outras, a seguinte situação citada por Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 5): “[...] Quando o pagamento dos aluguéis pelo locatário está, por exemplo, garantido por fiança prestada por dois amigos, na obrigação que vincula locador e fiadores, no pólo passivo encontram-se mais de um sujeito de direito”.

Apesar de demonstrado que o caráter pessoal vinculado ao não cumprimento de uma obrigação, quando então o devedor sofrerá sanção não apenas patrimonial, mas com sua própria liberdade, encontra respaldo tão somente nos casos de inadimplência de prestação alimentícia, cuja previsão legal é indispensável (LISBOA, 2004, p. 66).

Cabe mencionar que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXVII, prevê expressamente: “[...] não haverá prisão civil por dívida, **salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;**[...]”. (Grifou-se).

Entretanto:

Há uma tendência universal de se promover a abolição das penas corporais no direito privado pós-moderno, dada a sua natureza degradante e, por vezes, meramente intimidativa e sem maiores reflexos positivos sobre o patrimônio do credor.

O direito patrimonial pós-moderno não se coaduna com a pena civil de restrição de liberdade. Por essa razão, a admissibilidade da prisão civil é de natureza excepcional e se justifica tão somente pela sua previsão constitucional (LISBOA, 2004, p. 66).

Foi com esse presságio doutrinário que fora acolhida e aprovada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia dezesseis de dezembro do ano de 2009, a Súmula Vinculante n. 25, que, após ser editada, dispôs: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (BRASÍLIA, 2009).

É que a disposição do artigo 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é país signatário, preceitua: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (Comissão..., 2010).

Com essa dicção legal oriunda de tratado internacional – Pacto de São José da Costa Rica, que a Suprema Corte entendeu que dita convenção possui

caráter suprallegal, acima portanto da lei ordinária e submissa à Carta Magna de 1988, derogando as demais normas contrárias a tal disposição. Colhe-se do informativo número 531 do STF:

Prisão Civil e Depositário Infiel - 3

Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu habeas corpus em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de suprallegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expendido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento (BRASÍLIA, 2009).

Subsiste atualmente, portanto, apenas a prisão civil decorrente do não cumprimento do pagamento da prestação alimentar, pelos princípios adstritos a esta modalidade de obrigação, bem como pela expressa previsão legal que ainda permanece na norma constitucional supra exposta.

3.3 Obrigação jurídica

A existência de um contrato celebrado entre os interessados, não obstante sua forma, pode decorrer de um fato, de um ato ou de um negócio jurídico, que se revela como uma das fontes do direito obrigacional, dentre outras existentes na matéria civil. Nas palavras de Roberto Senise Lisboa (2004, p. 62): “A obrigação decorre da necessidade de satisfação de um direito pessoal, previsto em lei ou firmado pela vontade humana”.

Ainda, citando o autor acima (2004, p. 61), tem-se por obrigação jurídica “[...] um vínculo de direito de natureza transitória que necessariamente compele alguém a solver aquilo a que se comprometeu, garantindo o devedor que pagará a prestação economicamente apreciável, seja por meio do seu próprio patrimônio ou de outrem”.

Como validade de qualquer obrigação, há que se demonstrar, segundo Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 187), os seguintes caracteres considerados essenciais: 1) a figura do credor; 2) a figura do devedor; e 3) o vínculo psicológico ou jurídico que os une para perfectibilizar a obrigação convencionada.

Possui a bipolaridade como característica, à medida que a obrigação deve ser satisfeita mediante o cumprimento pelo sujeito passivo (devedor) da obrigação de dar, fazer e não fazer, conforme o objeto que caracterize a prestação convencionada, cuja atividade revela-se na satisfação dos interesses do sujeito ativo (credor). Entretanto, não significa dizer que o vínculo jurídico da obrigação constituída limita-se às duas figuras supracitadas (credor e devedor), havendo casos em que o objeto a ser cumprido através de pagamento, ação ou abstenção, exigirá a intervenção de terceiro favorecido ou prejudicado (LISBOA, 2004, p. 62).

Quanto à prestação, objeto da obrigação adstrita à conduta do devedor perante o credor, oportuno registrar que sua validade jurídica condiciona-se às características de licitude, possibilidade e determinação. A ideia de licitude significa afirmar que a obrigação estipulada não deve ofender norma jurídica imperativa, tendo como consequência, acaso fira, uma sanção civil ou criminal; a possibilidade adstringe-se aos fatos juridicamente possíveis, não tendo, como visto no aspecto anterior, o pressuposto de punibilidade, mas apenas que seu exercício tenha eficácia no mundo fático e jurídico (LISBOA, 2004, p. 63/64).

Antes de adentrar-se no conceito de determinação, suscita-se que quanto ao último requisito delineado, da possibilidade, sua ausência permite-se somente nos casos de impossibilidade absoluta, e não parcial, pois a parcialidade não obsta o cumprimento do possível remanescente; de impossibilidade originária, já conhecida ao tempo em que foi constituída a obrigação, podendo ser, contudo, superveniente, quando haverá modificação ou extinção do vínculo obrigacional, a depender dos efeitos da lei ou do negócio jurídico celebrado; de impossibilidade objetiva, quando seu cumprimento considera-se impossível para todos, destoando do critério

subjetivo, pois este dificulta o pagamento da obrigação, não obstaculizando, todavia, a efetiva satisfação dos interesses do credor (LISBOA, 2004, p. 64).

A determinação, último caractere que deve revestir o objeto da prestação, segundo conceito de Roberto Senise Lisboa (2004, p. 64), exprime que o objeto da obrigação deve ser, ao menos, determinável quanto ao gênero, cabendo ao devedor, como regra, sua especificidade, ou nas palavras do citado autor, sua concentração. Deverá o sujeito passivo, dessarte, proceder na escolha de uma das espécies do objeto a ser prestado, extraídas do gênero determinado, para satisfazer o sujeito ativo.

Atinente às obrigações de fazer e não fazer, classificou-as Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 12), na ordem em que expostas, como prestações positivas ou negativas, à vista de no primeiro caso o sujeito passivo ter se comprometido perante o credor a fazer ou dar-lhe algo como cumprimento da obrigação, e no segundo quando assume uma postura de abstenção, não praticando determinado ato.

Para fins didáticos, vale transcrever alguns exemplos práticos e comuns que elucidam o tema em apreço, citados por Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 3):

[...] Locador e locatário estão unidos por uma obrigação, em virtude da qual o primeiro pode exigir do segundo o pagamento do aluguel pelo uso do bem locado. Entre alimentante e alimentado há um vínculo obrigacional que faz deste credor dos alimentos em face daquele. Quem sofre danos causados culposamente por outra pessoa titulariza perante esta o direito ao ressarcimento dos prejuízos. A Prefeitura pode cobrar do proprietário de bem imóvel situado em área urbana o IPTU (imposto predial e territorial urbano). Em todos esses casos, e em muitos outros, um sujeito (locador, alimentado, vítima, Prefeitura etc.) é titular do direito de receber uma prestação de outro (locatário, alimentante, causador do dano, proprietário imobiliário etc.). [...].

Embora os exemplos supracitados tenham dado ênfase ao sujeito ativo – credor, nada impede que se demonstre o vínculo obrigacional a partir do sujeito passivo – devedor, bastando para isso compreender que a “[...] obrigação é definida como o vínculo que faz de um sujeito de direito *devedor* de outro” (COELHO, 2005, p. 3).

3.3.1 Enriquecimento sem causa e Pagamento indevido

Comumente se observa em grande parte das tratativas cambiais entre as pessoas, as quais visam a comercialização de bens ou de serviços a atender seus respectivos interesses, o enriquecimento de uma em detrimento da outra decorre logicamente da satisfação da obrigação estipulada, desde que revestida de ato jurídico válido.

Como assinala Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 243):

O enriquecimento, em si, nada tem de imoral ou ilegal. Ao contrário, quando fundado em causa jurídica legítima, é sempre objeto de proteção pelo direito. A vítima de danos morais, ao ser indenizada, experimenta necessariamente um enriquecimento patrimonial, já que o dinheiro recebido não repõe nenhuma perda de bem; destina-se, isto sim, a atenuar a dor causada por acidente ou conduta culposa de outrem. Nada há de reprovável nesse enriquecimento, nem no resultante de trabalho honesto e dedicado, de rendimento de valores mobiliários ou investimentos, de prêmios lotéricos etc. A juridicidade da causa torna o enriquecimento digno de amparo na ordem jurídica [...].

Ocorre que em algumas situações, não raras, há o aumento patrimonial injustificado que gera, por consequência, prejuízo a um dos sujeitos da relação obrigacional – credor, não havendo validade no ato jurídico levado a efeito, pelo que emerge o instituto do enriquecimento sem causa, com seus consectários pertinentes oriundos do direito obrigacional, gerando a obrigação de restituir. É o que ocorre em casos como pagamento de dívida inexistente ou satisfação de crédito a quem não é seu devido titular (VENOSA, 2007, p. 186).

Quanto ao aumento patrimonial injustificável, quer sob à luz do Direito, quer sob o prisma consuetudinário, oportuno registrar que:

[...] pode ocorrer que esse enriquecimento, ora decantado, opere-se sem fundamento, sem causa jurídica, desprovido de conteúdo jurígeno, ou, para se aplicar a terminologia do direito tributário, sem fato gerador. [...] Nas situações sob enfoque, é curial que ocorra um desequilíbrio patrimonial. Um patrimônio aumentou em detrimento de outro, sem base jurídica. A função primordial do direito é justamente manter o equilíbrio social, como fenômeno de adequação social (VENOSA, 2007, p. 186/187).

Não se trata o enriquecimento sem causa de uma questão moral, embora tenha esta inegável influência no sujeito que indevidamente enriquece, pois se

sustenta “[...] com vistas à adequada distribuição de riquezas e recursos em sociedade”, consoante assinalou Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 244).

Sob à luz da tradição romano-canônica, cuja influência é inegável quando verificadas as estruturas do ordenamento jurídico brasileiro, a instituição do enriquecimento sem causa já era tratado no Direito Romano, como visto linhas atrás. Inspirado em regras de equidade, aquele que recebesse o que não lhe era devido ou quando não cessada a condição para cumprimento da obrigação, possuía no enriquecimento sem causa a garantia para reaver coisa de sua propriedade (LISBOA, 2004, p. 66).

Como se pode perceber, o instituto objetiva equiparar situações em que a obrigação equivocadamente fora cumprida, pelas situações que acima se viu, reparando-a à medida que busca eficácia do brocardo jurídico *pacta sunt servanda*, compreendido em seu sentido amplo, já que assegura o fiel cumprimento da satisfação ou meios equivalentes de fazer valer o objeto da obrigação.

Objetivamente afirmou Caio Mário da Silva Pereira (1993 *apud* GAGLIANO, 2005, p. 378) que o enriquecimento sem causa aplica-se às ações pelas quais:

[...] devia aquele que se locupletasse com a coisa alheia restituí-la a seu dono – ‘iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletioem’. Todas as hipóteses conhecidas eram envolvidas na epígrafe ampla das ‘condiciones sine causa’, denominação que permitiu aos juristas modernos generalizar, dizendo: quando alguém recebia indevidamente alguma coisa, ou quando cessava a razão justificativa de tê-la recebido ou quando a aquisição provinha de furto ou de um motivo imoral, não tinha o direito de retê-la, por lhe faltar uma causa. Esta, porém, não era elementar na ‘obligatio’, que se contraía independentemente de seu conceito, porém necessária a que o adquirente conservasse a propriedade ou a posse da coisa recebida.

Positivado no Código Civil/2002, o instituto do enriquecimento sem causa encontra-se regulado pela disposição do artigo 884 de tal legislação, quando se fala em inexistência de causa para o enriquecimento, e respalda-se, também, no que preceitua o artigo 885, para complementar as situações em que mesmo existente causa para o locupletamento, esta deixa de existir. São as respectivas normas:

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.

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

Percebe-se, claramente, o relevo do instituto quando na prática as questões que o envolvem ocorrem de forma constante, merecendo amparo jurídico quando injustificado o enriquecimento que deveria ser comum, como forma de cumprimento da relação obrigacional. Caso contrário, ou seja, destoando da logicidade adstrita aos interesses dos sujeitos de uma obrigação, “[...] O enriquecimento indevido importa a obrigação para o sujeito que auferiu a vantagem patrimonial infundada (enriquecido) de compensar o sujeito às custas de quem aumentou seu patrimônio (prejudicado)” (COELHO, 2005, p. 243).

Ademais, o enriquecimento sem causa serve como fundamento para outras situações em que implicitamente desvela-se, como por exemplo:

[...] o preceito que impõe ao inadimplente a obrigação de pagar correção monetária do valor devido (CC, art. 389) pode ser, sem dificuldade, descrito como modalidade de repressão ao enriquecimento sem causa. Se o inadimplente não pagasse a correção monetária, em razão da perda do poder aquisitivo da moeda, ele despenderia menos do que teria despendido se tivesse sido pontual, e, por sua vez, o credor receberia menos do que teria recebido na hipótese de adimplemento tempestivo da obrigação. [...] a dívida de jogo não pode ser judicialmente cobrada, no direito brasileiro (CC, art. 814, *caput*, primeira parte), porque não há causa jurídica para o enriquecimento do jogador vitorioso e o empobrecimento do perdedor. A mera sorte não é considerada, para o nosso direito, fundamento jurídico suficiente à transferência forçada do valor em jogo do patrimônio deste para o daquele (COELHO, 2005, p. 244).

São as disposições dos artigos supracitados nos exemplos:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 814. **As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento;** mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdedor é menor ou interdito. (Grifou-se).

Como gênero, segundo Pablo Stolze Gagliano (2005, p. 377), o enriquecimento sem causa caracteriza-se como princípio basilar e geral do campo

das obrigações, do qual se extrai a espécie do pagamento indevido, cujo regulamento consta do artigo 876 do CC/2002, ao dispor que: “Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição”.

Depende, dessa feita, da implementação da condição para que o pagamento da prestação não se considere indevido, pois caso contrário “[...] o *accipiens*, ao recebê-lo antes desta, tem o que não lhe é ainda devido – e, talvez, nunca venha a ser, caso a condição não ocorra. Por isso, deve restituir ao *solvens* o indébito” (COELHO, 2005, p. 242).

Por outro lado, considerando a satisfação antecipada da obrigação, ou seja, a realização do pagamento antes do vencimento, não exsurge o instituto do pagamento indevido para resguardar o sujeito passivo (devedor), já que, consoante lição de Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 242), “[...] o transcurso do tempo é um fato jurídico irresistível”.

O pagamento indevido, embora a disposição legal acima transcrita dispense maiores minúcias para fins de compreensão, significa dizer que a prestação foi solvida a quem não era seu devido titular. Por exemplo elucidada Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 240): “[...] Se *Hebe*, por equívoco, paga a *Irene* os R\$ 10.000,00 que devia, na verdade, a *João*, ela realiza pagamento indevido. Do negócio jurídico de *Hebe* (o pagamento) decorre a alter-obrigação para *Irene* de restituir-lhe aquela quantia”.

No intento de possibilitar o enriquecimento através de causas lícitas, o codificador da legislação civil vigente, no dispositivo citado, remete-se às obrigações pendentes de condição para cumprimento, determinando a restituição da coisa prestada quando, **ainda**, não era devida.

Neste sentido, urge salientar, inclusive, que quando da aposição de uma condição num contrato, tanto sua eficácia jurídica, no que concerne à exigibilidade do cumprimento da obrigação, como os direitos e deveres que revestem o negócio, ficam suspensos, até que se verifique a satisfação do prévio condicionamento (GAGLIANO, 2005, p. 379). É a dicção do artigo 125 do CC/2002: “Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”.

O ônus da prova numa eventual demanda em que se busca a restituição do pagamento indevido, como registra Pablo Stolze Gagliano (2005, p. 380), “Por

força do art. 877 do CC-02 (art. 965 do CC-16), quem voluntariamente pagou o indevido deve provar não somente ter realizado o pagamento, mas também que o fez por erro, pois a ausência de tal comprovação leva a se presumir que se trata de uma liberalidade”.

Transcreve-se respectivamente as normas supracitadas, atendendo a ordem cronológica de suas instituições: “Art. 965. Ao que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro”, repetindo-se igual teor na disposição do artigo 877 do CC/2002: “Àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro”.

Novamente, dando maior praticidade à forma pela qual se realiza a restituição numa demanda fundada no pagamento indevido, tem-se o exemplo criado por Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 240), em continuidade ao caso imaginário antes transcrito: “[...] Se *Hebe* pretende ter de volta o dinheiro entregue a *Irene*, deve provar que o fez por erro ou coação, que imaginava, por exemplo, ser *Irene* procuradora de *João* (erro) ou que tivera sido forçada a fazer-lhe o pagamento, mesmo sabendo não ser ela a real credora (coação)”.

Entretanto, tais pressupostos (erro ou coação) são dispensados quando se fala em indevido objetivo, pois neste caso há a satisfação de obrigação considerada nula, absolutamente inválida. Exurgindo, destarte, o direito à restituição da coisa objeto da relação obrigacional, em virtude da nulidade demonstrada (COELHO, 2005, p. 240).

Como consignado alhures, não havendo forma prática à satisfação da obrigação nos termos originários do negócio celebrado, o cumprimento através de meios equivalentes é procedimento a se adotar, consoante preconiza o artigo 881 do CC/2002: “Se o pagamento indevido tiver consistido no desempenho de obrigação de fazer ou para eximir-se da obrigação de não fazer, aquele que recebeu a prestação fica na obrigação de indenizar o que a cumpriu, na medida do lucro obtido”.

A obrigação nem sempre é satisfeita mediante prestação pecuniária, como exposto anteriormente, havendo casos em que o objeto do vínculo obrigacional revela-se por ação – obrigação de fazer, ou omissão – obrigação de não fazer, situações essas que não se consideram menos importantes que aquela modalidade em pecúnia. Razão pela qual a lei civil igualmente tutela o interesse do

sujeito lesionado, impondo o respectivo ressarcimento na ordem em que correspondeu seu prejuízo. É o exemplo:

[...] Considere que *Orlando*, segurança particular, havia se comprometido a cuidar da casa de *Patrícia*. Errou, contudo, a localização da moradia da contratante dos serviços e acabou zelando pela segurança de bem imóvel pertencente a *Queiroz*. Enquanto estava guardando a propriedade, ocorreu uma tentativa de furto que *Orlando* diligentemente frustrou. O serviço objeto de pagamento indevido, claro está, não comporta restituição. *Queiroz*, porém, é obrigado a indenizar *Orlando*, na medida em do proveito que teve, por lhe terem sido úteis os serviços do segurança. As consequências do pagamento indevido de obrigação de fazer ou não fazer aproximam-se do enriquecimento sem causa (COELHO, 2005, p. 242).

No que concerne ao pagamento indevido, classifica-o Pablo Stolze Gagliano (2005, p. 381) em duas subdivisões:

- a) *Pagamento Objetivamente Indevido*: quando há erro quanto à existência ou extensão da obrigação. É o caso, v. g., do pagamento realizado enquanto pendente condição suspensiva (débito inexistente) ou quando paga quantia superior à efetivamente devida (débito inferior ao pagamento realizado). [...]
- b) *Pagamento Subjetivamente Indevido*: quando realizado por alguém que não é devedor ou feito a alguém que não é credor. Embora o brocardo de “*quem paga mal, paga duas vezes*” seja válido, isso não afasta o direito do pagador reaver a prestação adimplida indevidamente.

O ato cognitivo do sujeito, sua conduta psíquica quando da celebração do pacto até o cumprimento da obrigação estipulada, abrigada pelo ordenamento jurídico como situações de má-fé ou de boa-fé, possuem igualmente consideração em alguns dos temas até então abordados, visto que a ocorrência de um tipo de conduta acarreta consequências jurídicas diversas.

A subjetividade, ou seja, a conduta do suposto sujeito ativo que indevidamente percebeu coisa que a si não pertencia, prescinde da caracterização de má-fé ou de boa-fé, para que nasça ao sujeito passivo o direito à restituição, porquanto inafastável. Por outro lado, a relevância do pressuposto subjetivo na relação obrigacional surgirá nas hipóteses de perda ou deterioração da coisa objeto da solvência, segundo preceito de Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 241).

Na hipótese supracitada, onde se considera o caráter subjetivo da obrigação, atinente é a disposição do art. 878 do CC/2002: “Aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido,

aplica-se o disposto neste Código sobre o possuidor de boa-fé ou de má-fé, conforme o caso”.

Há reflexos, inclusive, nos termos do artigo 879 do referido código civil, que analogicamente se amoldam ao presente estudo, onde claramente se percebe os consectários decorrentes da má-fé ou da boa-fé, afetando terceiros, inclusive, em determinadas situações.

Assim dispõe citado artigo: “Se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos”.

Suscita-se, na continuidade do critério subjetivo eventualmente efetivo à solução de conflito no campo obrigacional, que:

[...] se o *accipiens* estava de boa-fé e a coisa se perdeu ou se deteriorou por fortuito, está liberado da obrigação de restituir (CC, art. 1.217); ainda, se recebeu o pagamento de boa-fé e agregou à coisa recebida alguma benfeitoria necessária ou útil, terá direito à indenização (CC, art. 1.219); se estava de má-fé e a coisa se deteriorou ou se perdeu por fortuito, responderá pela indenização dos danos do *solvens*, salvo provando que a deterioração ou perda teriam acontecido mesmo que ela não lhe tivesse sido entregue (CC, art. 1.218) [...] (COELHO, 2005, p. 241).

Facilitando a constatação acima, oportuno reproduzir o teor das normas supracitadas:

Art. 1.217. O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa.

Art. 1.218. O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante.

Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Há situações previstas na lei civil (artigos 882 e 883 do CC/2002) em que não se aplica o conteúdo restitutivo para a solução de conflitos oriundos da relação obrigacional, nas especificidades ora abordadas – enriquecimento sem causa e

pagamento indevido, consoante se depreende das circunstâncias constantes de tais dispositivos:

Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

Roberto Senise Lisboa (2004, p. 145), classificando as situações excepcionais acima positivadas, ao tratar da repetição do indébito, afirma que o pedido restitutivo de tal demanda não caberá nas seguintes circunstâncias: 1) pelo recebimento de dívida verdadeira, cujo título tenha sido inutilizado; 2) pela entrega de coisa, para alcançar fim ilícito; 3) quando a dívida estiver prescrita; e 4) quando se tenha cumprido obrigação natural.

Quanto ao fim ilícito, tem-se a seguinte circunstância fictícia: “[...] Se *Luiz* havia vendido maconha a *Maria*, mas acabou entregando a droga a *Nair*, irmã gêmea da compradora, porque as confundiu, não terá direito à restituição”, conforme exemplo mencionado por Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 241).

Concebida como pretensão indenizatória, a ação pertinente para o sujeito lesado em seu patrimônio reaver o que pagou em erro, em excesso, ou sob circunstância inexistente, denomina-se *actio in rem verso*, comumente conhecida por ação de repetição de indébito, cujo procedimento adequa-se às vias ordinárias do CPC/1973. A tal raciocínio, acrescenta Pablo Stolze Gagliano (2005, p. 386) que: “[...] a ação de repetição de indébito é a principal modalidade de *actio in rem verso*, embora não esgote essa categoria. Todas as vezes que se identificar um enriquecimento sem causa, mesmo na hipótese de não ter havido propriamente pagamento indevido, é cabível a ação de *in rem verso* [...]”.

Como fundamento da ação de repetição de indébito, segundo classificação de Pablo Stolze Gagliano (2005, 384/385), certos pressupostos devem ser preenchidos, são eles: 1) Enriquecimento do réu, abrangendo-se não somente o aspecto patrimonial, mas outrossim qualquer tipo vantagem; 2) Empobrecimento do autor, que se explica quando invertida a explanação anterior; 3) Nexo causal, o liame entre enriquecimento e empobrecimento, sem o qual não haveria a justificativa para

o reclame jurisdicional, porquanto dependentes e essenciais; 4) ausência de causa jurídica a ensejar o enriquecimento, posto que sua inexistência não encontra validade no campo obrigacional, sendo o requisito mais importante para ações desta natureza, e, por último; 5) Inexistência de outra via processual, pois o cabimento da ação em apreço exsurge quando ausente outro meio a sanar o problema.

4 IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS

4.1 Razões da doutrina

No direito brasileiro inexistente conteúdo normativo acerca do princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Daí decorre a lacuna legal pertinente à restituição, que fora sendo preenchida pelos entendimentos doutrinários relacionados ao tema, cujos argumentos paulatinamente são utilizados pela jurisprudência para solução de conflitos oriundos da indagação: restituir ou não?

Parte doutrina eleva o princípio da irrepetibilidade dos alimentos a um patamar intangível, afirmando que por revestir-se de uma dualidade lógica, consubstanciada em prestar para sustentar, garantir a vida, a subsistência, os alimentos pagos não comportam restituição. É por essa linha que Maria Berenice Dias (2009, p. 463/464) assevera:

Talvez um dos mais salientes princípios que rege o tema dos alimentos seja o da irrepetibilidade. Como se trata de verba que serve para garantir a vida, destina-se à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência. Assim, inimaginável pretender que sejam devolvidos. [...] Provavelmente por esta lógica inquestionável é que o legislador não se preocupou sequer em inseri-la na lei. Daí que o princípio da irrepetibilidade é por todos aceito mesmo não constando do ordenamento jurídico.

E prossegue:

A irrepetibilidade também se impõe para desestimular o inadimplemento. A exclusão dos alimentos ou 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 a deixar de pagar os alimentos ou a proceder à redução do seu valor do modo que melhor lhe aprouver. [...] a redução ou a extinção do encargo alimentar dispõe sempre de eficácia *ex nunc*, ou seja, alcança somente as parcelas futuras. Mesmo vindo a ser desconstituído o vínculo da paternidade, pela procedência de ação **negatória de paternidade**, descabe a restituição dos alimentos (DIAS, 2007, p. 455/456).

Ao tratar-se da questão, tem-se como exemplo: “O pai vem pagando uma pensão ao filho, e, atingindo este a maioridade, há, em princípio, razão extintiva do

dever alimentar. **Pelo tempo em que efetuou pagamento das prestações a mais não terá o alimentante direito à restituição**” (ALMADA, 1978 *apud* CAHALI, 2009, p. 108). (Grifou-se).

É partindo do caso supracitado que se compreende o motivo pelo qual Nelson Nery Jr (2008, p. 714). equiparou a prestação alimentar à obrigação natural, cunhada de dever moral, para defender o princípio que veda a restituição dos alimentos. Registra:

A doutrina concebe a obrigação natural como sendo aquela que não dota o credor de ação para exigir-lhe o cumprimento. Entretanto, caso a obrigação seja cumprida, não se considera tenha havido liberalidade do devedor, mas cumprimento de um dever moral. [...] Não há, portanto, enriquecimento ilícito de quem a recebe, nem direito à repetição a quem pagou. Na mesma ordem de tratamento estão: a) as dívidas prescritas; b) as dívidas provenientes de jogo ou aposta; c) os casos de doação remuneratória; **d) prestações de alimentos efetuadas em favor de pessoas que não tinham razões para exigí-las.** (Grifou-se).

Por obrigação natural entende-se o vínculo que adstringe os sujeitos, ativo e passivo, havendo definição de seu objeto, de sua prestação, faltando-lhe, entretanto, um dos requisitos atinentes às demais obrigações: garantia jurídica. Não há respaldo jurídico para satisfazer a pretensão do credor, submetendo forçosamente o devedor ao cumprimento do que fora estipulado (NERY, 2008, p. 714).

Ademais:

A obrigação natural confere hoje juridicidade à obrigação moral e ao dever de consciência reconhecidos e cumpridos pelo devedor que, posteriormente, não pode reaver o pagamento feito conscientemente. Essa orientação é a dominante no direito contemporâneo e explica a fecundidade e a importância da noção de obrigação natural em nossos tempos (WALD, 1995, p. 118).

Na análise do princípio da intransmissibilidade ou intransferibilidade dos alimentos, que dá origem a outro princípio: o da não compensação, assenta Roberto Senise Lisboa (2006, p. 67): “[...] uma vez tendo sido efetuado o pagamento de alimentos, não cabe *repetição do indébito* a qualquer título. Pouco importa se os alimentos foram fixados em caráter provisório, provisional ou definitivo”.

Ao contra-argumentar razões de Arnaldo Wald, que defende a ideia de restituição dos alimentos quando pagos por pessoa que não os devia, Roberto Senise Lisboa (2006, p. 67) assevera que tal entendimento vai de encontro ao que preceituam jurisprudências e entendimentos doutrinários aplicáveis ao caso, “[...] pois considera-se que o alimentando não pode, diante de sua frágil situação, ser compelido à devolução da importância recebida”.

É o que reconhece, igualmente, Maria Helena Diniz (2005, p. 547 e 560), ao elencar os caracteres dos alimentos, especialmente quanto à irrepetibilidade:

[...] uma vez pagos, os alimentos não devem ser devolvidos, mesmo que a ação do beneficiário seja julgada improcedente. [...] 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.

Yussef Said Cahali (2009, p. 108), por sua vez, também compulsando a possibilidade de restituição dos alimentos, quando prestados erroneamente, segundo supracitado argumento exposto por Arnaldo Wald, ressalta que:

[...] mesmo recebidos *por erro* na forma assim pretendida, não caberia a restituição pelo alimentário, eis que faltou o pressuposto do enriquecimento sem causa; e quanto à pretendida sub-rogação do terceiro prestante em erro, no direito do alimentário contra o obrigado, a tese apresenta-se discutível.

Yussef Said Cahali (2009, p. 105), aprofundando o tema, prescreve: “Os alimentos provisionais ou definitivos, uma vez prestados, são irrepetíveis”.

Embora inexistam no ordenamento jurídico brasileiro, como já salientado linhas atrás, norma expressa no sentido de salvaguardar a irrepetibilidade dos alimentos, como ocorre no Código Civil português, em seu artigo 2.002, ao dispor que “não há lugar, em caso algum, à restituição dos alimentos provisórios recebidos”, “[...] considera-se pacífica na jurisprudência de nossos tribunais a irrepetibilidade das pensões ou de parcelas pagas pelo obrigado” (CAHALI, 2009, p. 106).

Pontes de Miranda (1974 *apud* CAHALI, 2009, p. 107), ao tratar do tema, citou como exemplo: “ainda que se preste durante a sociedade conjugal em

casamento nulo ou anulável, são irrepetíveis os alimentos prestados pelo marido ou pela mulher, por se tratar de um dever moral [...]”.

4.2 Razões jurisprudenciais selecionadas - STJ, TJRS e TJSC

Por ocasião do julgamento de embargos de divergência em Recurso Especial de n. 612.101, o Superior Tribunal de Justiça ao analisar o pedido do embargante em ver-se ressarcido pelos valores indevidamente repassados ao embargado, servidor público daquele, alterou seu próprio precedente para afastar a restituição de tais importâncias pecuniárias quando recebidas de boa-fé. Analogicamente, o Excelentíssimo Senhor Ministro Paulo Medina, relator do presente caso, utilizou-se do princípio da irrepetibilidade dos alimentos para embasar seu entendimento, quando prescreve que tais valores repassados ao agente de forma indevida serviram para subsídio deste e de sua família, não comportando enriquecimento sem causa. É o trecho extraído do inteiro teor do acórdão:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. SERVIDORES PÚBLICOS. ERRÔNEA INTERPRETAÇÃO LEGAL POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO. DEVOLUÇÃO. VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE.

Firmou-se o entendimento, a partir do julgamento do REsp 488.905/RS por esta Quinta Turma, no sentido da inviabilidade de restituição dos valores pagos erroneamente pela Administração em virtude de desacerto na interpretação ou má aplicação da lei, quando verificada a boa-fé dos servidores beneficiados.

Agravo regimental desprovido.

[...]

O exame da matéria impõe, outrossim, a seguinte consideração: os valores recebidos indevidamente pelo servidor, a título de vencimento ou de remuneração, não servem de fonte de enriquecimento, mas de subsídio dele e de sua família.

Logo, não há que se falar em obrigação de restituição pelo servidor público de quantias recebidas indevidamente do erário, a título de vencimento ou vantagens pecuniárias, seja em virtude de erro da Administração, como no caso, seja em razão de sentença ou decisão judicial.

Posto isso, REJEITO OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, para manter o acórdão da Quinta Turma do STJ e pacificar o entendimento de que não devem ser devolvidos valores recebidos indevidamente, a título de vencimento ou de vantagem pecuniária, por servidor público de boa-fé. (BRASÍLIA, 2006).

Foi com essa mudança de posicionamento que igualmente fora concedida a segurança do *mandamus* de n. 10.740, em que o Ministério Público Federal, ao manifestar-se, assentou:

[...] Recente entendimento desse Colendo Superior Tribunal de Justiça afasta a possibilidade de desconto em folha de pagamento, a título de reposição ao erário, na hipótese de percepção de boa-fé de valores pagos indevidamente pela Administração.

Não há nos autos provas de que a Impetrante contribuiu ou induziu a Administração em erro, quanto à percepção dos valores referentes ao adicional por tempo de serviço, no período de julho de 1991 a novembro de 2002, cujo percentual foi corrigido em dezembro de 2002.

Resta, portanto, caracterizada a boa-fé da Impetrante, o que impede o desconto em seus proventos das diferenças recebidas, **especialmente considerada a natureza alimentar desses valores**, e torna inaplicável o disposto no Súmula 235, do Tribunal de Contas da União." (fl. 66). (BRASÍLIA, 2006). (Grifou-se).

Ainda, da Relatoria do Ministro Paulo Medina, em Mandado de Segurança de n. 18.121, assentou-se:

[...] Valendo, por analogia, do entendimento desta Corte, acerca do recebimento indevido, porém de boa-fé, de benefício previdenciário, a gratificação não poderá ser restituída, mesmo que o recebimento tenha se dado em virtude de decisão judicial, dada a indubitável natureza alimentar dos vencimentos do servidor.

A restituição desses valores implica em inafastável prejuízo ao sustento do Recorrente e de sua família.

[...] tendo em vista a aplicação do princípio da boa-fé, a teoria da aparência da situação de fato como situação jurídica e o caráter alimentar da gratificação em tela, tenho que não cabe a repetição dos valores recebidos pelo Recorrente.(BRASÍLIA, 2005).

Ao decidir embate acerca da retroação da verba alimentar definitivamente arbitrada em importe inferior ao fixado sob pálio provisório, se alcançaria a data da citação ou a partir do trânsito em julgado, entendeu o Excelentíssimo Senhor Ministro Aldir Passarinho Junior, em agravo regimental no Agravo de Instrumento de n. 982.233, que:

[...] Com efeito, compulsando-se os autos, verifico tratar-se de ação de alimentos, e, não, ação de revisão ou exoneração de alimentos, conforme erroneamente constou na decisão objurgada. A redução do valor dos alimentos se deu em sede de apelação, conforme acórdão de fl. 186, reivindicando o recorrente no especial que a redução ocorrida retroaja até a data da citação.

É entendimento desse colendo Superior Tribunal de Justiça que, na ação de alimentos, em caso de alteração do encargo, o novo valor fixado retroage à data da citação, ressalvadas as parcelas quitadas, em razão da irrepetibilidade.[...] (BRASÍLIA, 2007).

Ainda da Colenda Corte – STJ, da lavra da Ministra Nancy Andrighi, em Recurso Especial de n. 985.061, tem-se ao confrontar o interesse de agir na ação de prestação de contas e a disposição do art. 1.589² do CC/2002:

[...] que o objetivo da ação de prestação de contas é o de fixar, com exatidão, no tocante ao aspecto econômico de relacionamento jurídico havido entre as partes, a existência ou não de um saldo, para estabelecer, desde logo, o seu valor, com a respectiva condenação judicial da parte considerada devedora.

Sob essa ótica, é certo que o recorrente, tal como consta da fundamentação do acórdão impugnado, não detém interesse processual para ajuizar a ação de prestação de contas em face da recorrida, mãe da alimentada, porquanto ausente a utilidade do provimento jurisdicional invocado, notadamente porque quaisquer valores que sejam porventura apurados em favor do alimentante, estarão cobertos pelo manto do princípio da irrepetibilidade dos alimentos já pagos.

Ora, a situação jurídica trazida a discussão não permite que o Poder Judiciário preste qualquer tutela à pretensão do alimentante, porque da alegação de que a pensão por ele prestada não está sendo utilizada pela mãe em verdadeiro proveito à alimentada, não subjaz qualquer vantagem para o pleiteante. A uma, ante a já referenciada irrepetibilidade dos alimentos, que não permite o surgimento, em favor do recorrente, de eventual crédito. A duas, porque não há como se eximir, o alimentante, pela via da ação de prestação de contas, do pagamento dos alimentos assim como definidos em provimento jurisdicional, que somente pode ser modificado mediante outros meios processuais, próprios para tal finalidade [...] (BRASÍLIA, 2008).

Entretanto, tratando-se de demanda que objetive apenas a fiscalização dos alimentos prestados, entende o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nas razões expostas pelo Desembargador Fernando Carioni, que:

[...] os alimentos, após prestados pelo obrigado, são tidos como presumidamente consumidos, o que, por si só, afasta a possibilidade de devolução. Porém, a irrepetibilidade dos alimentos não acarreta a impossibilidade jurídica do pedido de fiscalização de contas da pensão alimentícia, de modo que o procedimento se encerrará na primeira fase.

Assim, o procedimento tem por finalidade única fiscalizar a gestão dos alimentos, ou seja, perquirir a forma como a guardiã emprega os recursos destinados ao sustento dos filhos menores [...]. (Apelação Cível n. 2010.014907-3). (SANTA CATARINA, 2010).

2 - Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao apreciar o tema da irrepetibilidade em demanda executiva de alimentos, por ocasião de Embargos de Declaração opostos (n. 70037010410), decidiu que:

[...] Quanto ao tema, estou em que a solução que melhor se amolda é aquela que reconhece a irrepetibilidade apenas dos alimentos pagos a maior antes da propositura da presente execução.
Após o ajuizamento da execução não há mais falar em irrepetibilidade da prestação alimentar, porquanto todo e qualquer pagamento efetuado pelo devedor não se presta a ser abatido de uma ou outra parcela, mas do total que permanece impago.
Nesse contexto, devem ser abatidos na execução a totalidade dos valores pagos após a sua propositura sem, contudo, abater aquelas que já haviam sido pagas antes da propositura da execução. [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Em outro caso, também oriundo do egrégio Tribunal de Justiça gaúcho, em Agravo de Instrumento de n. 70028769016, utilizou-se o alimentante/recorrente, atendendo o pressuposto subjetivo do interesse recursal, dos seguintes argumentos:

[...] O agravante impugnou os cálculos apresentados porque o valor da pensão alimentícia foi fixado em 20% sobre o salário do agravante, fixando-se R\$ 3.000,00 (três mil reais) como base para este cálculo. Assim, refere que se nos meses em que esteve desempregado, percebendo remuneração apenas do seguro desemprego, pagou pensão alimentícia de acordo com os R\$ 3.000,00 (três mil reais), não deve valor a maior em razão do posterior aumento de salário.
Nessa linha, argumenta que ao menos os valores pagos a maior durante o seguro desemprego devem servir para compensação da dívida [...].

Todavia, pelo que se extrai do voto do Desembargador Alzir Felipe Schmitz, relator do caso, inexistente razão a respaldar o pleito do recorrente/alimentante, pois:

[...] Conforme se depreende dos termos da decisão judicial que fixou a pensão alimentícia, restou determinado que o agravante deve pagar 20% (vinte por cento) dos seus rendimentos líquidos, ou seja, descontando-se para a base de cálculo apenas os valores devidos à previdência social e ao imposto de renda.
Assim, esse é o parâmetro para a pensão alimentícia – 20% sobre os rendimentos líquidos - e não o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), que serviu apenas como base para ilustrar a situação que se apresentava à época.
Logo, sempre que o agravante obtiver aumento ou redução nos seus rendimentos, assim ocorrerá com a pensão alimentícia de modo automático,

dependendo qualquer outra forma de alteração de nova demanda, permitindo-se nova avaliação do binômio necessidade-possibilidades.

Desse modo, estão corretos os valores apresentados pela agravada, de acordo com o aumento da remuneração do agravante.

Outrossim, no que pertine ao alegado excesso de pensionamento nos meses em que o agravante recebeu apenas seguro desemprego, friso que diante da irrepitibilidade dos alimentos, não há falar em devolução dos valores, tampouco compensação. [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

Outrossim, mesmo em casos em que a satisfação do pensionamento alimentar se dê de forma indevida, por erro, em quantia além daquela convencionada ou arbitrada, descabe o pedido de restituição frente ao princípio da irrepitibilidade, pois, segundo consta do voto do Desembargador Nelson Schaefer Martins, em Apelação Cível de n. 2007.040994-8, oriunda do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, “Os valores pagos a título de pensão alimentícia respeitam a regra da irrepitibilidade, não sendo admitida a devolução ao alimentante que pagou por erro ou em favor de quem não fazia *jus* ao seu recebimento” (SANTA CATARINA, 2010).

À compreensão do entendimento jurisprudencial acima exposto, oportuno transcrever os principais pontos que nortearam o supracitado aplicador da lei, após a dialética jurídica:

[...] O apelante pretende a reforma da sentença sob o argumento de que houve erro no cálculo da pensão alimentícia por ele paga ao seu filho menor Aksel e à criança Juliano Paes acolhida em sua residência (fl. 11). Apontou que o equívoco fora causado pela Sra. Escrivã Judicial quando da remessa de ofício ao INSS para desconto mensal em seus proventos de aposentadoria.

A pensão alimentícia devida pelo apelante aos dependentes menores foi definida nos autos da ação de separação judicial litigiosa n. 078.97.000976-0 movida contra ele por sua ex-esposa, Maria Salete Teixeira Zaccaron. A ação foi transformada em separação consensual e em audiência realizada em 07.04.1998 o apelante comprometeu-se a pagar “a título de prestação alimentar aos filhos menores importância equivalente R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) que deverá ser depositado até os dias dez de cada mês em conta corrente bancária em nome da separanda, estabelecendo-se a livre visitação destes” (fl. 31).

Em 29.06.1998 a apelada peticionou naqueles autos de separação requerendo a expedição de ofício ao INSS para desconto na folha de pagamento do ora apelante os alimentos devidos na quantia correspondente a 1,5 salário mínimo (fl. 38).

O ofício n. 1741/98, de 22.10.1998, subscrito pela Escrivã Judicial e remetido ao INSS para efetivação do desconto da pensão alimentícia sobre a aposentadoria do apelante apontou o valor de “um salário mínimo e meio” (fl. 40).

Posteriormente, em 08.02.1999, João Laert Zaccaron promoveu ação de revisão de alimentos n. 078.99.000359-8 em face de seu filho Aksel Zaccaron, em que postulava a redefinição dos alimentos devidos para 15% de seus rendimentos como aposentado (fls. 45/48). Argumentou que estaria doente e que o filho atingira a maioridade, com condição física para o trabalho superior à do pai. O réu foi citado em 10.03.1999 (fl. 75-verso). A sentença prolatada em 16.02.2001 julgou procedente o pedido para exonerar o autor do dever de pagar alimentos ao seu filho Aksel Zaccaron, condenando este último no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios estipulados em R\$ 500,00, com ordem de expedição de ofício ao INSS (fls. 108/112).

Expedido ofício (fl. 113), o desconto da pensão alimentícia sobre a aposentadoria do ora apelante deixou de ser efetuado a partir do mês de março de 2001 (fls. 119/134). O trânsito em julgado da sentença de exoneração operou-se em 26.09.2001 (fl. 114).

Apesar de constatado o equívoco no ofício remetido ao INSS e no desconto mensal da pensão alimentícia em quantia equivalente a 1,5 salário mínimo sobre os rendimentos do alimentante, tendo em vista que não correspondia ao valor certo que foi objeto do acordo judicial na ação de separação R\$ 180,00, não merece prosperar a pretensão recursal.

Os valores pagos a título de pensão alimentícia respeitam a regra da irrepetibilidade, não sendo admitida a devolução ao alimentante que pagou por erro ou em favor de quem não fazia *jus* ao seu recebimento [...].

4.3 Flexibilização da irrepetibilidade dos alimentos no caso concreto

O direito como forma de regular as relações sociais, nem sempre harmoniosas, acompanha o desenvolvimento social, histórico e cultural do contexto aonde se aplica. Dada a frequente transmutação dos valores éticos e morais, necessita atualizar-se de modo a atender os reclames da sociedade, preenchendo lacunas que casualmente surgem, destoando daquela antiga concepção ultrapassada de previsibilidade dos conflitos oriundos de uma sociedade.

Um princípio que pondera, que flexibiliza a aplicação da norma ao caso concreto, levando em conta as particularidades de cada litígio ou conflito, parâmetro este a orientar tanto o aplicador da lei – juiz, como o legislador, demonstra aspecto evolutivo na relação direito e sociedade. É que: “[...] o Direito só pode funcionar como sistema social de superação dos conflitos de interesses se as normas que orientam as decisões judiciais puderem ser aplicadas com flexibilidade” (COELHO, 2005, p. 36/37).

Fazendo um comparativo entre o Código Beviláqua, de 1916, e o Código Reale, de 2002, ambos atinentes à matéria civilista, denota-se um certo avanço nessa concepção de flexibilidade, sobretudo no campo de incidência do direito das

obrigações, à medida que a Lei n. 10.406/2002, responsável por instituir o Código Civil hoje vigente, estruturou-se pautada em princípios como os da eticidade, da boa-fé, da função social dos contratos, dentre outros (COELHO, 2005, p. 38).

O novo aspecto a encarar o direito, que gradativamente vem ganhando vulto, não se estabelece mais no caráter submisso da relação obrigacional, sujeitando o devedor ao credor, maneira esta ultrapassada e arcaica para solução de conflito entre ambas figuras do vínculo obrigacional, mas se funda numa forma cooperativa de satisfazer a prestação que delinea a obrigação (COELHO, 2005, p. 38).

O que se espera não é uma fuga total da letra da lei, onde o seu aplicador possa desvirtuar-se do ditame legal para de forma discricionária resolver a lide posta sob juízo, mas que nela contenha, na própria norma, “[...] a alternativa da decisão flexibilizada”, conforme registra Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 39).

E prossegue:

A obrigação tem sido vista, também, não como vínculo de sujeição do devedor ao credor, mas como uma relação de cooperação. Como o atendimento do direito de uma parte depende da conduta da outra, a inter-relação implicaria a necessidade de cada uma delas atentar aos interesses da outra.

Para alguma doutrina, o Código Reale teria adotado esta concepção da obrigação, em função de seus princípios básicos (eticidade, boa-fé, função social etc.).

Esta concepção é importante porque fornece recursos tecnológicos indispensáveis à flexibilização das normas do direito obrigacional (COELHO, 2005, p. 38).

É essa teoria da flexibilização, que reclama uma ideia de superação da noção de submissão comumente exposta no campo obrigacional, para que se alcance o ideal de cooperação ao fim convencionado, que deve adentrar, inclusive, na matéria familiar atinente aos alimentos.

Contribuindo ao tema, Arnaldo Wald (2000 *apud* LISBOA, 2006, p. 67) defende a restituição dos alimentos quando prestados indevidamente, desde que o devedor equivocado faça prova que a obrigação alimentar por si prestada incumbia a terceiro.

Dessarte, indo ao encontro do que prescreve o direito das obrigações, ao devedor equivocado que prestou obrigação que a si não competia, como forma de assegurar a subsistência do credor/alimentando, resguarda-se o direito de reaver o

que pagou indevidamente diretamente de quem era efetivamente o devedor da prestação alimentícia, “[...] porque assumiu a posição jurídica do inadimplente, como *assunção de dívida* (e não simples gestão de negócios). A pretensão creditícia ao reembolso, portanto, é, segundo Yussef Cahali, de direito obrigacional e não de direito de família; porém, remanesce a competência do juiz de família para apreciar a causa” (LISBOA, 2006, p. 67).

Enfatizando o didatismo do presente trabalho, transcreve-se o trecho de de um caso submetido à Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, quanto à competência para apreciação de eventual repetição dos alimentos:

Trata-se de ação em que o pai, porque lhe foi deferida a guarda do filho, antes com a mãe, quer a repetição de prestações alimentares em dinheiro, que esta recebeu indevidamente. Se é indisputável que as ações de alimentos são de competência da Vara da Família, se-lo-á também aquela que estabelece sobre o serem devidos ou não os alimentos já pagos (CAHALI, 2009, p. 109).

A apreciação, pelo julgador, do ato cognitivo que levou o credor dos alimentos, sujeito passivo em demanda de repetição de indébito, a invocar a prestação jurisdicional para obtê-los judicialmente, caracterizado entre as duas grandezas (boa-fé e má-fé) que norteiam não só o campo obrigacional, mas, como exposto linhas atrás, toda a matéria civil, merece especial consideração, pois:

Admite-se a devolução exclusivamente quando comprovado que houve **má-fé** ou postura maliciosa do credor. Em nome da irrepetibilidade, não se pode dar ensejo ao enriquecimento injustificado. É o que se vem chamando de **relatividade** da não restituição. Conforme Rolf Madaleno, soa sobremaneira injusto não restituir alimentos claramente indevidos, em notória infração ao princípio do não enriquecimento sem causa (1999 *apud* DIAS, 2007, p. 456).

A relatividade do princípio sob análise, na situação acima consignada, ensejou o julgamento da Apelação Cível n. 2004.034220-9, em acórdão da relatoria do Desembargador Monteiro Rocha, que assim dispôs:

[...] Tendo a requerida, após o casamento desfeito, instaurada nova sociedade afetiva, impõe-se a exoneração alimentar do devedor para com a alimentada, a teor do art. 1.708 do CC. Se os princípios da boa-fé e da eticidade subjugam a relação pós-matrimônio entre ex-cônjuges, a alimentada tem obrigação de comunicar ao alimentante a cessação de seu crédito alimentício, sob pena de pagamento indevido do devedor para a credora através de ardil que leva ao

locupletamento ilícito.
Ausente a licitude na conduta da credora, deve ela restituir ao suposto devedor a verba alimentar indevida e ilicitamente recebida ao longo do tempo, a partir da sociedade afetiva que o ex-cônjuge desconhecia [...] (SANTA CATARINA, 2008).

Comunga do entendimento jurisprudencial acima o Tribunal de Justiça gaúcho, relativizando o princípio da irrepitibilidade dos alimentos quando constatado desvirtuamento do princípio da boa-fé, já que: “[...] A irrepitibilidade é uma das características da obrigação alimentar, de modo que o beneficiário da pensão, que por algum motivo recebeu mais que o devido não tem obrigação de reembolsar o alimentante, **salvante a hipótese de litigância de má-fé**, inócurre aqui. [...]” (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Da autoria de Rolf Hanssen Madaleno (1998 *apud* PORTO, 2003, p. 37), ao compulsar o instituto do enriquecimento sem causa e o princípio da irrepitibilidade à guisa dos alimentos entre pais e filhos maiores, ao qual reclama flexibilização, tem-se:

[...] o enriquecimento ilícito gera a obrigação de restituir o acréscimo patrimonial indevido no acervo de alguém à custa do sacrifício de outrem. Decorre o dever de restituir, àquele que recebeu o que não lhe era devido, ou, se existente a dívida, esta se tornou extinta, tal qual sucede na exoneração alimentar pela maioria civil, ausente de qualquer das suas exceções. [...] No pertinente aos alimentos, resolve-se pelas perdas e danos, com a reposição atualizada dos valores monetários indevidamente auferidos pelo alimentário que se locupletou à custa de uma obrigação que sabia estar legalmente extinta.

A irrepitibilidade dos alimentos muitas vezes possibilita ao credor/alimentando, numa ação exoneratória de alimentos, por exemplo, procrastinar a demanda, apesar de já implementado a maioria civil que afasta a obrigação alimentar decorrente do poder familiar, possuindo, ademais, condições de sozinho prover a própria subsistência, necessidade esta não mais presumível, amparado no princípio sob exame. Isso porque:

[...] o devedor pensional, pagando alimentos que já não deve pela cessação do pátrio poder e deles sendo indevidamente beneficiado o filho que sabe serem irrestituíveis os alimentos, e que cuida de procrastinar a demanda exoneratória, pois não guarda em seu favor qualquer das causas motivadoras da continuidade do liame alimentar. A matéria sempre mostra-se delicada aos juízos familiares que podem numa ação exoneratória desonerar o devedor liminarmente, provado o mero

implemento da maioria civil, muitas vezes já motivados por prova antecipada de exercício de alguma atividade laboral pelo alimentando, livrando o obrigado alimentar, destarte, do encargo irrestituível de uma demorada ação de exoneração de pensão, que se agrava pela continuação de uma obrigação alimentícia que a própria lei presume extinta com o fim do pátrio poder.

Todavia, os decisores têm preferido sacrificar o devedor que compromete somente uma percentagem dos seus rendimentos, ao invés do credor [...]

Dessa maneira o julgador prolonga, não somente os alimentos, mas, também, a presunção de necessidade que o legislador considerou absoluta no correr do pátrio poder, mas que fez cessar com o advento da maioria civil (MADALENO, 1998, p. 54).

O argumento consiste na frágil situação do alimentando que alcança a maioria civil, fragilidade esta característica do iniciante à faina, perquirindo por si próprio seu espaço no mercado laboral. Tendo, de outro lado, o alimentante, experiência no mercado de trabalho, que lhe assegura certas facilidades, privilégios ou oportunidades, quando não já estabilizado financeiramente (MADALENO, 1998, p. 54/55).

Sabe-se que a matéria alimentar é de ordem pública, condicionando-se portanto seu afastamento ao crivo judicial, quando prestada a devida jurisdição, visando por fim à incerteza da existência ou não do estado de necessidade, quando não presumido. Ocorre, como esposado linhas atrás, que não raras vezes o credor da verba alimentária, conhecedor da irrestituição dos alimentos, utiliza-se do ardil para procrastinar demanda exoneratória, por exemplo. Daí caracterizando seu enriquecimento sem causa, conforme registra Rolf Madaleno (1998, p. 56).

É com tal raciocínio lógico que o supracitado autor traçou a relatividade do princípio da não restituição dos alimentos, não mais o vendo como absoluto ao argumento de outros doutrinadores, que assentaram a irrepetibilidade dos alimentos até mesmo quando julgada improcedente a demanda sobre tal matéria versada. Como ilação:

[...] se ao fim da ação de exoneração restar patente que o alimentando detinha recursos próprios, ou mesmo sem eles, somente se manteve omisso ao dever social de lograr por seu esforço o seu sustento, não cursando faculdade e muito menos sendo portador de enfermidade grave, ou adversidade assemelhada, parece lógica e inafastável a *relatividade* da não restituição (MADALENO, 1998, p. 57).

Yussef Said Cahali (1986 *apud* MADALENO, 1998, p. 57), no compulso de outro princípio alimentar – o da incompensabilidade, reclama ponderação ao caso

concreto, como forma de evitar o locupletamento indevido, amparado no instituto do enriquecimento sem causa.

O que não destoa Edgar de Moura Bittencourt (1986 *apud* MADALENO, 1998, p. 57) ao lembrar que “[...] a mulher, vencida na separação, deve computar os alimentos pagos indevidamente, compensando-os com a partilha [...]”, suscitando, dessarte, uma maneira de restituir o obrigado alimentar.

Norteia:

Penso que no enalço da verdadeira solução processual capaz de impedir lesões pecuniárias do devedor ou do credor alimentar em ação exoneratória de alimentos, enquanto o decisor apura onde reside o direito, está na proposição de uma ação de exoneração cumulada com pedido expresso de restituição das pensões pagas a contar da citação, com fulcro no enriquecimento sem causa (MADALENO, 1998, p. 58).

O emprego do princípio em comento de forma inflexível, quando não mais presente a necessidade do alimentário, constitui “afronta a moral jurídica deixar de impor a devolução do pagamento indevido, por quem deixou de ser credor”, segundo Washington de Barros Monteiro, parafraseado por Rolf Madaleno (1998, p. 58).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como obrigação moral, jurídica ou dever social fundado no aspecto solidário, os alimentos são prestados pelo crivo da proporcionalidade, consoante reza o binômio da necessidade/possibilidade. É através desse raciocínio jurídico dialético que se apura o *quantum* satisfatório para saciar as necessidades sem defalcar as possibilidades.

É daí que surge a inconveniência de tomar como absoluto o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, porquanto exista a possibilidade de o juiz apurar a inexistência da necessidade daquele que os pleiteia ou os quer prosseguir, não havendo, após a prolatação da sentença, como repetir o que foi prestado no decorrer da lide, sob pálio provisório ou no cumprimento de uma ordem judicial fundada em título anterior.

Já exposto alhures que o princípio da não compensabilidade dos alimentos outrora foi tido como absoluto, entendendo os operadores do direito, na atualidade, pela sua relativização no caso concreto, apesar de perdurar divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da sua flexibilização até os dias de hoje.

Nada mais lúdimo, juridicamente falando, que tomar a relativização dos alimentos também ao princípio da irrepetibilidade, pois aquele que os presta, além de privar-se de parte de suas possibilidades, fá-lo em benefício daquele que deles necessita, não sendo justo que o conteúdo por si prestado encontre óbice no absolutismo, equivocadamente, que reveste tal preceito.

Pois, preenchidos os pressupostos à caracterização do instituto do enriquecimento sem causa (empobrecimento de um lado, enriquecimento injustificado de outro e nexos de causalidade entre ambos), aquele que num primeiro momento alega necessitar e após verifica-se a ausência de tal necessidade, tem um aumento patrimonial indevido, em detrimento do obrigado, situação à qual o direito deve ter minuciosa ponderação, de maneira a não dar guarida ao ardil e desabrigar o correto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 5 out. 2010.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 6 out. 2010.

_____. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>> Acesso em: 8 out. 2010.

_____. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962 – DOU DE 3/9/62. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1962/4121.htm>> Acesso em: 4 ago. 2010.

_____. Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. **Dispõe sobre a ação de alimentos e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L5478.htm>> Acesso em: 4 ago. 2010.

_____. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6515.htm>> Acesso em: 4 ago. 2010.

_____. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. **Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm> Acesso em: 4 ago. 2010.

_____. Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. **Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8971.htm>> Acesso em: 4 ago. 2010.

_____. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. **Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm> Acesso em: 4 ago. 2010

_____. Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010. **Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação**

judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>

Acesso em: 25 out. 2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em REsp n. 612.101 – RN, Terceira Turma, Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, DF, disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>, acessado em 09/11/2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 18.121 – RS, Terceira Turma, Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, DF, disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>, acessado em 09/11/2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 10.740 – DF, Terceira Turma, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>, acessado em 09/11/2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no Agravo de Instrumento n. 982.233 – PR, Quarta Turma, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>, acessado em 09/11/2010.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 985.061 – DF, Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>, acessado em 09/11/2010.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. 5. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2**. 2. ed. rev. - São Paulo : Saraiva, 2005.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.cidh.org>> Acesso em 22/11/2010

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 5º volume : direito de família.** - 20. ed. Rev. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. - São Paulo : Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume II : obrigações /** Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 9 ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2008.

_____. **Novo curso de direito civil : (contém análise comparativa dos Códigos de 1916 e 2002)** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - São Paulo : Saraiva, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, volume 2 : obrigações e responsabilidade civil.** 3 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Manual de direito civil, volume 5 : direito de família e das sucessões.** 4. ed. rev. r atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MADALENO, Rolf. **Direito de família: aspectos polêmicos.** - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MICHELON Jr., Cláudio. **Direito restitutivo : enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios.** - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NERY Jr., Nelson. **Código Civil comentado.** 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e prática dos alimentos.** 3. ed. rev. r atual. de acordo com o novo código civil. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração n. 70037010410, Oitava Câmara Cível, Relator: Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre, RS, disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>, acessado em 09/11/2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70028769016, Oitava Câmara Cível, Relator:

Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, RS, disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>, acessado em 09/11/2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70015349970, Sétima Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>, acesso em 10/11/2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei n° 10.406, de 10.01.2002.** - Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil : direito de família : volume 6.** - 28. ed. Rev. E atual. Por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). - São Paulo : Saraiva, 2006.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível de n. 2007.040994-8, Segunda Câmara de Direito Civil, Relator: Desembargador Nelson Schaefer Martins. Florianópolis, SC, disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>, acessado em 09/11/2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.014907-3, Terceira Câmara de Direito Civil, Relator: Desembargador Fernando Carioni. Florianópolis, SC, disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>, acessado em 09/11/2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2004.034220, Quarta Câmara de Direito Civil, Relator: Desembargador Monteiro Rocha. Florianópolis, SC, disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>, acesso em 10/11/2010.

SANTOS, Ozéias J.. **Alimentos no novo código civil: doutrina, legislação, jurisprudência e prática.** - São Paulo : Editora Vale do Mogi, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 7. ed. - São Paulo: Atlas, 2007.

_____. 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos.** - 12. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 1988 e o Código do Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.