

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE SÃO MATEUS
CURSO DE DIREITO

PENSÃO ALIMENTÍCIA PARA O CÔNJUGE CULPADO

IVANIA MARIA ZOTELLE BATISTA

São Mateus - ES

2007

IVANIA MARIA ZOTELLE BATISTA

PENSÃO ALIMENTÍCIA PARA O CÔNJUGE CULPADO

Monografia apresentada à Faculdade São Mateus, como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do Prof. Samuel Davi Garcia Mendonça.

São Mateus – ES

Agradeço a Deus por tornar realidade àquilo que um dia foi simplesmente um sonho. Agradeço-lhe Senhor, pois nos momentos mais difíceis em minha vida, carregou-me em seus braços.

Aos meus familiares pela compreensão, carinho e confiança depositados em mim. Desculpem-me por minha ausência durante estes cinco anos.

Ao Mestre Samuel Davi Garcia Mendonça pela indicação desse tema e por fazer com que me apaixonasse pelo Direito de Família.

A todos os meus queridos professores que ao longo desta caminhada se empenharam na minha formação acadêmica e também de certa forma contribuíram para o meu amadurecimento pessoal.

Aos verdadeiros amigos que durante esta longa trajetória estiveram ao meu lado, dando-me força,

apoio e o incentivo para que eu pudesse vencer todos os empecilhos enfrentados no decorrer do curso. Obrigada pela grande torcida!

Aos Mantenedores desta Faculdade o meu apreço pela corajosa iniciativa de implantar tão esperado Curso de Direito.

A Novaretti que torceu muito para que eu passasse no vestibular.

A meu amigo Claudir (*in memoriam*), por ter acreditado tanto que eu conseguiria vencer os percalços da minha vida.

A você, meu amigo Silvaes, todo o meu respeito e consideração, por ter me amparado nos muitos momentos difíceis pelos quais passei. Obrigada!

A meu esposo Dondoco, mais conhecido como Major Marcos, a minha filha Flayna (Doquinha), a meu filho Franco (Bebezinho da mamãe), pois vocês são o meu porto seguro.

A meu pai Norberto (*in memoriam*) que muito me alegrava quando me chamava de “Chimbiquinha”.

A minha mãe Teresa, exemplo de humildade e perseverança.

Aos meus irmãos: Ivanilde, Irineu, Tadeu e Ednilson. Aos cunhados: Fernando, Mamá, Nina e Rose. Aos sobrinhos e sobrinhas: Sarita, Adeli, Bárbara, Dudu, Isabela, Ayrton, Júlia e Lívia. A vitória é nossa!

A Luzia minha amiga e colaboradora, por ter me ajudado nos momentos em que mais precisei.

A Bibinha, minha cachorrinha, pois foi à grande companheirinha que tive nos momentos de grande solidão.

A mim mesma, pois tive que ser guerreira para concluir esse tão objetivado curso.

“O amor é paciente, o amor é bondoso. Não tem inveja. O amor não é orgulhoso. Não é arrogante. Nem escandaloso. Não busca os seus próprios interesses, não se irrita, não guarda rancor. Não se alegra com a injustiça, mas se rejubila com a verdade. Tudo desculpa, tudo crê, tudo espera, tudo suporta”.

(I Coríntios 13:4-5)

RESUMO

O atualizado Código Civil restaurou a disposição do direito alimentar, ao introduzir num inusitado dispositivo a obrigação de proporcionar alimentos, quer entre parentes, cônjuges ou companheiros.

No entanto, o legislador optou em cerrar os olhos ao clamor social, doutrinário e jurisprudencial, persistindo em abraçar na maior parte das demandas, os posicionamentos passados, já recalcados em muitos aspectos.

Esperava-se que o novel Código Civil introduzisse novidades a respeito da separação judicial litigiosa. Alguns acreditavam que haveria modificações apenas no rol das hipóteses de concessão da separação, compreendendo, entre elas, o simples fim do amor.

A finalidade do presente trabalho é investigar a necessidade, hodiernamente, da exigência legal de se comprovar a culpa para que o casal consiga a separação judicial litigiosa. É evidenciar como a compilação de leis brasileiras disciplina a atribuição da culpa quando da intenção dos cônjuges de dissipar a sociedade conjugal.

Todavia, é de extraordinário valor, perante o crescente número de separações no país, acreditarem que a sociedade conjugal se rompe por ausência de afabilidade, por desprezo, por desamor, e não meramente porque um dos cônjuges inadimpliu com seus deveres conjugais. Exigir a prova da culpa nas separações litigiosas não é a solução, o recurso mais adequado.

PALAVRAS-CHAVES: Família, Alimentos, Cônjuge Culpado.

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
INTRODUÇÃO.....	11
1 - A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA AO LONGO DOS TEMPOS.....	14
1.1 - Conceito de Família.....	14
1.2 - O Direito Canônico.....	22
1.3 - Direito Comparado.....	28
1.4 - No Direito Brasileiro.....	30
1.4.1 - O direito brasileiro pré codificado.....	30
1.4.2 - O Código Civil de 1916.....	31
2 - DOS ALIMENTOS.....	35
2.1 - Origem Histórica.....	35
2.2 - Conceito.....	38
3 - DOS ALIMENTOS EM GERAL.....	41
3.1 - Espécies de Alimentos.....	41
3.1.1 - Quanto à natureza: alimentos naturais e civis.....	41
3.1.2 - Quanto à causa jurídica: a lei, a vontade, o delito.....	41
3.1.3 - Quanto à finalidade: provisionais e regulares.....	42
3.1.4 - Quanto ao momento da prestação: futura ou <i>praeterita</i>	43
3.1.5 - Quanto à modalidade de prestação: obrigação alimentar própria e imprópria.....	43
4 - CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO LEGAL DE ALIMENTOS.....	44
4.1 - Personalíssimo.....	44
4.2 - Irrenunciável.....	44

4.3 - Transmissível.....	44
4.4 - Incessível.....	45
4.5 - Imprescritível.....	45
4.6 - Impenhorável.....	45
4.7 - Incompensável.....	45
4.8 - Intransacionável.....	46
4.9 - Atual.....	46
4.10 - Irrestituível.....	46
4.11 - Variável.....	46
4.12 - Divisível.....	47
5 - CONDIÇÕES OBJETIVAS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.....	48
5.1 - A Regra Fundamental.....	48
5.2 - Das Necessidades do Alimentando.....	49
5.3 - Das Possibilidades do alimentante.....	49
5.4 - Proporcionalidade da Pensão Alimentícia e seus Elementos Componentes.....	50
6 - OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E CASAMENTO.....	53
6.1 - O Casamento.....	53
6.2 - Natureza Jurídica do Casamento.....	55
6.3 - Dever Recíproco de Assistência e Obrigação de Sustento.....	56
6.4 - Regime de Bens e Dever de Sustento.....	57
7 - DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL.....	59
7.1 - Da Dissolução.....	59
7.2 - Separação Judicial.....	60

7.2.1 - Separação judicial consensual ou por mútuo consentimento.....	63
7.2.2 - Separação judicial litigiosa ou não consensual.....	64
8 - ALIMENTOS E SEPARAÇÃO JUDICIAL COM CULPA.....	66
8.1 - Hipóteses Culposas na Separação Judicial, Conforme o Código Civil de 2002.....	66
8.2 - Pensão Alimentícia para o Cônjuge Considerado Culpado.....	70
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo se propõe a discutir as mudanças que ocorreram na seara do Direito de Família, com relação ao instituto dos alimentos. Com o advento do novo Código Civil, o legislador concedeu mesmo ao culpado pela origem do encargo, ou seja, o culpado pela separação, o direito a alimentos.

No tocante ao assunto, mostrou-se que com a possibilidade de não somente o cônjuge inocente, mas também o responsável pelo fim do casamento pleitear alimentos introduziu profundas mudanças na obrigação alimentar.

Este trabalho procurou indagar a necessidade na atualidade da exigência legal de se provar à culpa ou não para que um cônjuge venha a obter o direito a uma pensão alimentícia. De igual modo, buscou-se analisar se a culpa é ou não indispensável para o direito do cônjuge de obter alimentos, mesmo se foi o culpado pela separação.

No decorrer da pesquisa, apontou-se os principais pontos de divergências entre a interpretação de cada legislação, posições diversas sobre essa matéria, onde verificou-se inúmeras possibilidades aceitáveis de interpretação do artigo posto em evidência, verificando se o legislador logrou êxito ao restringir, para o cônjuge culpado, somente os alimentos aos valores indispensáveis à sua subsistência.

O presente estudo objetivou uma postura crítica perante a questão da exigibilidade de pensão alimentícia para o cônjuge culpado. Observe-se que o tema é muito interessante e com muita complexidade, pois não bastará apenas sondar a opinião quanto aos aspectos jurídicos, mas também é necessário enfocar questões de ordem histórica e psicológica, pois não há como separar da

psicologia problemas de ordem afetiva e sentimental. Desta forma, evidenciou-se o caráter de sobrevivência que é inerente ao tema, estando umbilicalmente ligado à vida da pessoa, destacando o Princípio da dignidade da Pessoa Humana, bem este tutelado diretamente pelo ordenamento jurídico pátrio.

A presente monografia foi desenvolvida a partir do método hermenêutico com ampla pesquisa bibliográfica através de lei, doutrinas e jurisprudências, que serviram de auxílio no estudo do tema referido, a fim de se fortalecer a fundamentação teórica da pesquisa, tendo por fim, um estudo minucioso sobre a questão em apreço, mostrando comparativamente as divergências existentes entre os doutrinadores e estudiosos deste tão importante tema.

Para analisar a questão e poder se chegar a uma conclusão foi necessário a elaboração nos dois primeiros capítulos da evolução do conceito de família, partindo do Direito Romano à família contemporânea, tecendo também considerações sobre a origem histórica dos alimentos e o seu conceito.

Os terceiro e quarto capítulos abordam as espécies de alimentos e as características da obrigação legal dos alimentos.

Destaca-se, também, a importância do estudo no quinto capítulo sobre condições objetivas da obrigação alimentar, abordando as necessidades do alimentando, as possibilidades do alimentante e a proporcionalidade da pensão alimentícia e seus elementos componentes.

O sexto capítulo enfoca o tema casamento, sua natureza jurídica, o dever recíproco de assistência e obrigação de sustento, regime de bens e dever de sustento entre os cônjuges.

No sétimo capítulo efetua-se a análise dos motivos ensejadores da dissolução da sociedade conjugal e da separação judicial.

No oitavo e último capítulo são expostas as hipóteses culposas na separação judicial, conforme o Código Civil de 2002, bem como a relação culpa x desamor e a pensão alimentícia para o cônjuge considerado culpado.

1 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA AO LONGO DOS TEMPOS

1.1 Conceito de Família

No curso das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar.

Segundo Venosa *apud* Friedrich Engels (2005, p.19), em sua obra sobre a origem da família, editada no século XIX, no estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia). Disso decorria que sempre a mãe era conhecida, mas se desconhecia o pai, o que permite afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, porque a criança ficava sempre junto à mãe, que a alimentava e a educava. Venosa *apud* Caio Mário da Silva Pereira (2005, p.19) aponta que essa posição antropológica que sustenta a promiscuidade não é isenta de dúvidas, entendendo ser pouco provável que essa estrutura fosse homogênea em todos os povos. Posteriormente, na vida primitiva, as guerras, a carência de mulheres e talvez uma inclinação natural levasse os homens a buscar relações com mulheres de outras tribos, antes do que em seu próprio grupo. Os historiadores fixam nesse fenômeno a primeira manifestação contra o incesto no meio social (exogamia). Nesse diapasão, no curso da história, o homem marcha para relações individuais, com caráter de exclusividade, embora algumas civilizações mantivessem

concomitantemente situações de poligamia, como ocorre até o presente. Desse modo, atinge-se a organização atual de inspiração monogâmica.

A monogamia desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno. A família monogâmica converte-se, portanto, em um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase exclusivamente aos interiores dos lares, nos quais existem pequenas oficinas. Essa situação vai-se reverter somente com a Revolução Industrial, que faz surgir um novo modelo de família. Com a industrialização, a família perde sua característica de unidade de produção. Perdendo seu papel econômico, sua função relevante transfere-se ao âmbito espiritual, fazendo-se da família a instituição na qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros (VENOSA apud BOSSERT-ZANNONI, 2005, p. 20).

Na Babilônia, por exemplo, a família fundava-se no casamento monogâmico, mas o direito, sob influência semítica, autorizava esposas secundárias. O marido podia, por exemplo, procurar uma segunda esposa, se a primeira não pudesse conceber um filho ou em caso de doença grave. Com a devida mitigação, essa permissão não difere muito do que hoje se admite para a procriação, como fecundação de proveta e úteros de aluguel. Naquela época histórica, a procriação surge como a finalidade principal do casamento. Geralmente, são eles que dão a noiva em matrimônio, como ainda ocorre em algumas culturas do planeta.

A família surgiu como fato natural, com o objetivo de perpetuação da espécie, que nasceu do impulso biológico que originariamente uniu o homem à mulher.

A idéia de família é um tanto quanto complexa, uma vez que variável no tempo e no espaço. Em outras palavras, cada povo tem sua idéia de família, dependendo do momento histórico vivenciado,

No Ocidente, a família e tudo o que gira em torno dela nem sempre foram como hoje. Para traçar parâmetro, devemos retroagir no tempo em busca de nossas raízes greco-romanas. Tanto na cultura grega quanto em sua continuadora, a cultura romana, a idéia de família era bastante diferente da atual.

Para nossos antepassados culturais, a família era corpo que ia muito além dos pais e dos filhos. Sob a liderança do pai, a família era o conglomerado composto da esposa, dos filhos, das filhas solteiras, das noras, dos netos e demais descendentes, além dos escravos e clientes. As filhas e netas que se casassem se transferiam para o poder do marido ou do sogro, se fosse vivo.

Em Roma, o *pater familias* possuía o *domus* (domínio) do seu grupo familiar, que assim era considerado: a mulher casada sob o *manus* (os poderes do *pater familias* sobre as pessoas a ele submetidas); os filhos nascidos do casamento do *pater* ou por ele adotado; os descendentes e a mulher destes, se casada *cum manus* e os escravos. O *pater-familias* era, assim, senhor absoluto da *domus*. Era o sacerdote que presidia o culto aos antepassados; era o juiz que julgava seus subordinados; era o administrador que comandava os negócios da família.

Os poderes do *pater familias* iam além. O domínio que o ele exercia sobre seus filhos era quase o mesmo do que tinha sobre seus escravos, cabendo-lhe rejeitar os recém-nascidos e abandona-los, sem que, no entanto, pudesse matá-los, eis que contrariava a Lei das XII Tábuas. Também lhe era dado, ainda, o direito de vender seus filhos, escolher com quem iriam se casar, obrigá-los a

divorciar e vendê-los até duas vezes, pois segundo a Lei retro mencionada, com a terceira o filho se tornava independente em relação ao *pater*.

Na civilização romana, a mulher devia subordinação ao *pater*, porém, com o casamento era possível escolher a qual 'família' queria pertencer. Se tivesse a preferência de continuar vivendo sob a autoridade do seu chefe, o casamento deveria ser sem *manus*; se escolhesse passar a integrar a família do marido, o casamento era com *manus*. Não lhe era assegurada a permissão de pertencer conjuntamente às duas famílias. Não lhe era assegurado o direito de possuir o pátrio poder.

Os membros da família não tinham qualquer importância perante o Estado, pois eram dominados pelo chefe (membro mais velho da família), o qual tinha a autoridade sobre a mesma.

O patrimônio da família ficava concentrado nas mãos do chefe, podendo ele dispor, por testamento, da totalidade de seus bens, ainda que em prejuízo de seus herdeiros. Os filhos legítimos ou adotados do *pater* não possuíam sequer personalidade jurídica para praticarem atos da vida civil, sendo impedidos até mesmo de serem proprietários.

Por muito tempo na história, inclusive durante a Idade Média, nas classes nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica. Várias civilizações do passado incentivavam o casamento da viúva, sem filhos, com o parente mais próximo de seu marido, e o filho dessa união era considerado filho do falecido. O nascimento de filha não preenchia a necessidade, pois ela não poderia ser continuadora do culto de seu pai, quando contraísse núpcias. Reside nesse aspecto a origem histórica dos direitos mais amplos, inclusive em

legislações mais modernas, atribuídos ao filho e em especial ao primogênito, a quem incumbiria manter unido o patrimônio em prol da unidade religioso-familiar.

[...] O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto [...] (VENOSA *apud* COULANGES, 2005, p. 21).

Podiam ser encontrados diferentes tipos de união. Os casamentos legalizados, sob as justas núpcias, só ocorriam entre romanos, não se aplicando nem aos latinos e nem aos peregrinos existentes naquela época. Para eles existiam as modalidades do *concupinatus*, do *matrimonium sine connubio* e do *contubernium*, que constituíam uniões não legítimas.

Era chamado de *concupinatus* o nome dado a união entre o homem e a mulher, que por motivos políticos, não podiam contrair matrimônio. Esta união, inicialmente, não tinha o poder de colocar em um mesmo patamar social o homem e a mulher, de modo que nem sequer os filhos eram colocados sobre o *pater potestas* do pai. Essa mera união não tinha qualquer conseqüência jurídica. Este instituto, porém, passou por grande evolução em Roma, no sentido de tornar, através da *Lex Iulia de adulteris* (de 18 a. C.) união legítima, embora ainda sem produzir efeitos no mundo jurídico. No Baixo Império, o concubinato era considerado, pelo Código *Teodosiano*, um casamento entre pessoas de condições sociais distintas (casamento inferior), mas que, além de legal, trazia conseqüências. Os efeitos jurídicos se produziam entre os cônjuges, no que tange ao dever de fidelidade e entre os pais e os filhos naturais, de tal sorte que os

filhos havidos pelo concubinato eram considerados quase como indignos, não podendo ser adotados pelo pai. No direito justiniano, deixam de ser crime a relação extraconjugal com mulher ingênua e de categoria social elevada. Além de se admitirem, doações à concubina e aos *liberi naturales*, estão estes sujeitos a regime especial no que diz respeito às relações entre pai e filhos. Com Justiniano, em 539, receberam estes filhos, o direito na sucessão do pai, caso não houvesse outros, legítimos, compelindo, também, o pai a prestar alimentos aos seus filhos naturais.

Apesar desse tratamento jurídico, o concubinato, no direito *justiniano*, não chega a transformar-se em matrimônio de grau inferior.

O matrimônio *sine conubium* era a união de romanos e peregrinos ou mesmo de peregrinos com peregrinos, sendo regulado ou pelo direito dos povos (*ius gentium*) ou pelo direito vigente na cidade a que pertenciam os cônjuges.

Já o *contubernium* era uma simples união de fato que ocorria entre escravos ou entre os escravos e as pessoas livres, desprovida de conseqüências jurídicas. Alguns efeitos acerca de parentesco só advieram posteriormente com o direito *justiniano*.

A evolução da família romana veio no sentido de retirar do chefe tamanha influência sobre a vida dos familiares. Passava-se a dar mais valor às relações consangüíneas (parentescos cognatícios).

Com o advento do Império, a autoridade do *pater famílias* passa a ser limitada pelo Estado. As pessoas *alieni júris* antes submetidas apenas à justiça do *pater famílias* passam a ter direito de recorrer ao magistrado em casos de abusos cometidos pelo *pater*. Na época do Império o pai não mais podia realizar a venda de seus filhos, cabendo a este, ainda, lhes aplicar penas moderadas (*módica*

castigatio). A mulher começou, então, a ganhar espaço na sociedade, mesmo que de forma bem restrita. Nesse momento, era permitido à mãe substituir o pai, ficando com a guarda dos filhos. Começou a possuir, também, em virtude do *Senatus-consulto Tertuliano*, direito à herança do filho, caso não houvesse descendentes ou irmãos consangüíneos do morto. Igualmente, diante do *Senatus-consulto Orfitiano*, os filhos começaram a ser herdeiros da mãe. A partir do período da República, a figura que mais predominou, a título de união, na sociedade romana *sine manu* (sem *manus*), que constituía em um matrimônio em que a mulher continuava sofrendo o pátrio poder do ascendente e, na ausência de antepassados masculinos, submetia-se à tutela de um agnado, ou seja, àquela pessoa submetida a um mesmo *pater*.

O casamento que antes obrigatoriamente sujeitava a mulher à autoridade do marido passa a se subdividir em duas modalidades, quais sejam o casamento com *manus*, em que a mulher colocava-se sob o poder marital, e o casamento sem *manus*, em que a mulher permanecia sob a autoridade paterna. Isso, ao mesmo tempo em que restringe os poderes absolutos do chefe da família, passa a conceder maior autonomia à mulher que finalmente, passou a gozar plenamente de seus direitos sociais e políticos, não mais se contentando com a vida exclusivamente familiar, de submissão, de modo que se tornaram constantes o adultério e o divórcio.

Com relação ao casamento no direito romano, tem-se que a sua dissolução era plenamente aceita e se realizava por ato de vontade das partes.

Além da dissolução voluntária do casamento pelo divórcio, que se realizava por acordo entre as partes e, portanto, podia ser entendido como um ato privado, o casamento acabava também por ato unilateral do marido – *repudium*,

pela perda de liberdade de um dos cônjuges – *capitis deminutio máxima*, pela perda de cidadania – *capitis deminutio medi* – e, é claro, pela morte de um dos cônjuges. (GOMES, 1998: 39).

Com as leis demográficas de Augusto, as mulheres que possuísem três ou mais filhos ficavam livres do poder de tutela. Avanço maior se deu na época de Hadriano, onde ficou estabelecido a desnecessidades da assistência de um tutor para a mulher praticar atos jurídicos.

Segundo os ideais romanos o casamento deveria manter viva a figura da *affectio*, sem a qual perderia sua finalidade. Insta frisar que em Roma o divórcio não era regulado pelo Estado, sendo mero ato de vontade entre as partes (*divortium*) ou até mesmo por ato unilateral de um dos cônjuges (*repudium*). Diante do casamento *cum manus*, o que se rompe é o vínculo de poder que há do marido sobre a mulher. A *diffarreatio* desmancha a *confarreatio* e a *emancipatio* dissolve a *coemptio* e a *usus*. No casamento *sine manus*, o que fazia o divórcio era o dissenso, já que o enlace se dava pelo consenso.

A primeira intervenção estatal direta sobre o divórcio ocorreu na época de Diocleciano, através da constituição imperial, que dispunha acerca da guarda dos filhos.

Constantino, em seu reinado, especificava, casuisticamente, os casos de repúdio e os motivos a serem invocados, que, diga-se de passagem, eram muito mais a favor do marido do que da mulher.

Teodósio II e Valentiano III, no ao de 449, só fizeram aumentar o rol firmado pelo imperador Constantino.

Justiniano, por sua vez, fixou quatro tipos de divórcio, a saber: divórcio por mútuo consentimento; divórcio *bona gratia*; *repúdio ex causa justa* e o repúdio

sine justa causa. Eram estabelecidas, ainda, penas pecuniárias ou corporais ao cônjuge culpado que fora repudiado legitimamente e ao cônjuge que repudiou, indiscriminadamente, o outro, inocente.

Com base nessas informações, conclui-se, portanto, que a concepção de família no direito romano foi de uma organização fundada sobre base patriarcal e aristocrática, em que o princípio da autoridade era o que regia todas as relações familiares. (PEREIRA, 2002: 18 - 19).

No Direito Romano clássico, a concepção de alimentos não era conhecida. Não há precisão histórica para definir quando a noção alimentícia passou a ser conhecida.

1.2 O Direito Canônico

Com o advento do catolicismo, a concepção romana de família se altera e passa a ser entendida a luz dos ensinamentos da doutrina cristã. Nas palavras de Fiúza (2004:34), “a moral católica, aliada a outros fatores, afasta a Idade Média dos paradigmas da Antiguidade”, introduzindo-se o modelo de casamento indissolúvel com a consagração da família monogâmica.

No Direito Canônico se construiu juridicamente o instituto do casamento. Partiu-se, evidentemente, do Direito Romano, que era o exemplo técnico de que dispunham os canonistas.

O direito canônico, ou sob inspiração canônica, que regulou a família até o século XVIII e inspirou as leis civis que se seguiram, não era um direito civil na acepção técnica do termo. O direito de família canônico era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca.

Era composta por cânones, regras de convivência impostas aos membros da família e sancionadas com penalidades rigorosas. O casamento, segundo os cânones, era a pedra fundamental, ordenado e comandado pelo marido:

“O pai/marido transforma-se assim, numa verdadeira fonte de criação de Direito, de normas de organização interna da família que se impõem aos dependentes. A vontade do pai é lei”. Diogo Leite de Campos.
(VENOSA *apud* TEIXEIRA, 2005, p. 26).

A família sob a influência do direito canônico foi reduzida ao grupo familiar de pais e filhos, deixando-se de ser ilimitada aos descendentes como era na família romana, consagrando-se como essencialmente conjugal, uma vez que só era reconhecida como tal a advinda do matrimônio. Por essa razão, reconhece-se que a concepção de família assume, com o direito canônico, cunho sacramental e se consolida como monogâmica, sendo que, na Idade Média do Século X ao XV, apenas o casamento religioso tem validade.

Segundo o Direito Canônico, o casamento era mais do que um contrato, acordo de vontades. Considerava-o um sacramento indissolúvel, sob o argumento de que “o que Deus uniu o homem não pode separar”. Tanto é assim que no Velho e no Novo testamento encontramos o pensamento de que homem e mulher constituem uma só carne.

O casamento, nesses preceitos, tinha caráter de perpetuidade com o dogma da indissolubilidade do vínculo, tendo como finalidade a procriação e criação dos filhos.

Segundo esta filosofia, o divórcio somente podia ser reconhecido, tornando o matrimônio solúvel, em relação aos infiéis, cujo matrimônio não está envolvido sob o manto sagrado.

Necessário se faz relatar, que numa primeira fase, até mesmo na própria Igreja muito se discutiu acerca da indissolubilidade do vínculo matrimonial. Isto porque o Evangelho de São Mateus admitia o divórcio em caso de adultério da mulher e os textos de São Marcos e São Lucas eram contrários a esse entendimento, firmando opinião no sentido de que o casamento não poderia ser rompido, seja qual fosse o motivo.

Diante da divergência gerada, a doutrina canônica sentiu a necessidade de pronunciar a esse respeito, firmando o entendimento de que o divórcio mencionado por São Mateus queria expressar, na realidade, a separação de corpos sem o direito de convolar novas núpcias. A indissolubilidade somente restou pacificada com o Concílio Tridentino, ocorrido de 1545 a 1563, ficando autorizada tão somente à separação.

O Direito Canônico também foi o responsável pela construção da doutrina dos impedimentos matrimoniais e a distinção entre impedimentos dirimentes absolutos e impedimentos dirimentes relativos. Portanto, criou os princípios e noções essenciais da teoria das nulidades do casamento, a qual foi adotada, com alterações, pela legislação civil de países ocidentais ainda vigentes.

Ressalta-se que a Igreja atribuía uma enorme importância às relações sexuais no casamento, reconhecendo como requisito de validade para o casamento o consenso dos noivos e relações sexual voluntárias, desprestigiando a exigência do consentimento paterno, que ainda permanecia no Direito Civil leigo, como requisito essencial para realização e validade do casamento. Este deveria ser realizado sob o consenso dos nubentes, que deveriam declinar sua vontade em público e na presença de um sacerdote, tornando-se perfeito no momento da cópula carnal.

Mas dá-se logo um deslocamento capital no que diz respeito à doutrina do *consensus*, o *consensus* romano : a *affectio maritalis* era continuada. Exigia-se que existisse, enquanto perdurasse o matrimônio, e, desde o momento em que faltasse, faltava ao matrimônio sua base. Completamente oposta é a doutrina do canonista sobre o *consensus*. Só lhe importa o momento inicial. Se no momento inicial ele existe, é suficiente, para que o matrimônio se opere, e, daí por diante, não se cogita mais de *consensus*.

Nota-se a importância dada às relações sexuais, o casamento poderia ser dissolvido se não fosse seguido da cópula, em casos excepcionais. Essa era também uma forma de garantir o atendimento a interesses econômicos e políticos de determinadas famílias.

Diante desse ponto, convém exaltar que a concepção católica de família deve ser diferenciada da concepção medieval da família, pelo fato que durante o sistema feudal, predominou o elemento político e econômico em relação ao matrimônio e a própria família, a qual era vista como um organismo em que se acrescentavam pessoas, ainda na dependência da vontade do chefe de família, que tinham despesas comuns e atendiam aos interesses diversos que determinaram a união conjugal.

Verifica-se, portanto, que tanto a família sob a concepção medieval, como a família do Direito Canônico, conservaram uma característica da família romana, qual seja, a estrutura desse organismo sob a autoridade de um chefe, ou melhor, do marido-pai. É certo que a autoridade do chefe de família nessas duas concepções não equivale a todo poderio que detinha o *pater familias* romano, mas a importância e dominação do chefe de família se mantiveram para

estruturação e organização do grupo familiar, continuando, então, o modelo patriarcal.

Ainda com o passar dos anos o divórcio se manteve rejeitado pela Igreja. Nem mesmo em caso de adultério, de ausência ou de cativo o casamento poderia ser anulado, podendo ser, no entanto, suprimida a sociedade conjugal, através da teoria das nulidades e da regulamentação da separação de corpos.

Essa separação de corpos constituiu-se em um “ato judiciário da autoridade religiosa”, em que era necessária autorização do bispo e só era admitido em casos excepcionais como, por exemplo, a heresia e o adultério. Essa característica de separação de corpos, admitida no direito canônico, a diferencia do divórcio consagrado do Direito Romano, pois este tinha caráter essencialmente privado, uma vez que as partes só recorriam à autoridade caso se sentissem prejudicadas e não para realização do próprio ato em condições de normalidade. (WALD, 1999: 35).

Declarada a separação ocorria à extinção do dever de coabitação, mantendo-se o dever de fidelidade recíproca e, de fornecimento de alimentos entre os separados.

A Igreja manteve forte sua autoridade no que diz respeito ao casamento e seus efeitos até o fim da Idade Média.

Com a Reforma Protestante, o caráter sagrado do casamento e a indissolubilidade do mesmo passam a ser questionados, sendo que se começa a defender o casamento apenas como um contrato natural, um ato da vida que deve decorrer e terminar de acordo com a vontade das partes, ou melhor, dos

cônjuges. Visavam transferir para o Estado, a competência para ditar as regras do matrimônio.

A Igreja Católica, em resposta a essa reação de protestantes realiza o Concílio de Trento (*Concílio Tridentino*) que reafirma a competência da mesma instituição para celebração e nulificação do casamento, consagrando mais uma vez o seu cunho sacramental, estabelecendo-se, ainda, o caráter solene da sua realização e a necessidade de ser o ato precedido de publicidade e presenciado por testemunhas, características essas que se mantiveram até os dias atuais e foram acionadas como exigência da legislação civil para validade do casamento.

De fato, as decisões tomadas por este Concílio tiveram grande repercussão nos países católicos, como Portugal, que ordenou o cumprimento, em seu território, dos mandamentos definidos. Até mesmo em França, onde as deliberações canônicas eram rejeitadas pelos legisladores, provocou a criação de uma lei civil, nos moldes das leis da Igreja.

Apenas com o começo do Renascimento é que os ideais romanos voltaram à tona, de modo a trazer para o Estado a autoridade para julgar as questões referentes ao Direito de Família. O maior descontentamento da sociedade contra as leis da Igreja estava no fato de não ter sido decidido, naquele *Concílio Tridentino*, a questão da autorização dos pais para a legitimidade do casamento.

No ano de 1767 o Estado admitiu ao lado do casamento religioso, o casamento civil, para combater a ilegalidade do casamento, problema referente a uma minoria não católica. Aos poucos, no entanto, a autoridade civil absorveu a autoridade eclesiástica, tanto no que tange à competência quanto na qualidade de tribunal, onde as partes podiam recorrer das decisões da Igreja. Foi então. Que se

desvencilhou do Estado à competência para concretizar o casamento religioso, tornando unicamente das autoridades eclesiásticas, ficando o ente estatal responsável somente por aquilo que relacionar ao casamento civil.

Embora a criação pelos países de suas próprias regras de família, os conceitos básicos da doutrina canônica continuaram a ser observados, sendo encontrados, ainda hoje, no próprio direito pátrio.

1.3 Direito Comparado

O ano de 1900 marca com o Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Paris, o momento de sua aparição oficial no cenário jurídico mundial.

Entretanto, na Antigüidade tivemos com Aristóteles o estudo comparativo das constituições gregas, depois com Montesquieu, o das instituições políticas inglesas. Os estudos etnológicos de Bachofen, Post e Summer Maine, no terreno das organizações jurídicas-sociais dos povos arcaicos, podem ser considerados também como de direito comparado. Porém, foi com a obra de Lambert – *La Fonction du Droit Civil Comparé* -, aparecida em 1903, portanto, depois do Congresso de Paris, que se iniciou, na França, como nos demais países europeus, uma série de estudos metodologicamente rigorosos, comparativos do direito.

O Direito Comparado tem por objeto o estudo comparativo de ordenamentos jurídicos de diferentes Estados, dentro do propósito de revelar as novas conquistas alcançadas em determinado ramo da árvore jurídica e que podem orientar legisladores. Tal estudo não pode prender-se apenas às leis e aos

códigos. É imperioso que, paralelamente ao exame das instituições jurídicas, se analisem os fatos culturais e políticos que serviram de suporte ao ordenamento jurídico. Ao empreender essa ordem de estudos, o especialista deve selecionar as legislações mais avançadas no ramo a que tem interesse, pois só assim poderá obter resultados positivos.

O reflexo final do Direito comparado é o aproveitamento, por um Estado, da Experiência jurídica de outro. Tal hipótese, contudo, para ocorrer, exige perfeita adequação do novo conjunto normativo á realidade social a que se destina. Nenhum sentimento nacionalista, por outro lado, deve criar resistência às contribuições do Direito Comparado, de vez que a ciência não possui nacionalidade e é uma propriedade do gênero humano.

Conforme disciplina Cahali (2007, p. 42):

As legislações dos países civilizados cuidam da obrigação por alimentos em extensões variáveis, seja quanto à sua natureza (côngruos ou necessários), seja quanto às pessoas que a ela estariam vinculadas.

Disciplinando, cada sistema jurídico, o instituto alimentar, segundo regras mais condizentes com as suas tradições e costumes, e em razão de valores próprios que entende por bem tutelar, não há interesse aqui na reprodução do direito alienígena, seja em sua fase atual, seja em seus precedentes históricos; a colação é de ser feita apenas na medida do necessário à análise ou melhor compreensão do direito pátrio.

O Direito Comparado pode ser investigação científica pura, destinada a facilitar a obra de intérpretes e juristas que pretenderem ter conhecimento mais vasto do direito. “Todos os dias”, escreve Paulo Ferreira da Cunha (*Direito*, porto, 1990, p. 94), “sucede que, para fazer ou alterar legislação, se vai consultar a de outros países, em busca de exemplo e inspiração” sem abandonar, entretanto, a

tradição jurídica (obra citada, p. 94) de cada país. (GUSMÃO *apud* FERREIRA, 1990, p. 13-14).

1.4 No Direito Brasileiro

1.4.1 O direito brasileiro pré-codificado

A partir do ano de 1603 começaram a vigorar as Ordenações Filipinas, que permaneceram como regramento de Direito Civil, além de outros campos, até a chegada do código de 1916.

Nas Ordenações Filipinas, o texto mais expressivo a respeito da obrigação alimentar (pelo menos o mais citado na doutrina) encontra-se no Liv. 1, Tít. LXXXVIII, 15, na medida em que, embora provendo sobre a proteção orfanológica, traz a indicação dos elementos que comporiam a obrigação: “Se alguns órfãos forem filhos de tais pessoas, que não devam ser dados por soldadas, o Juiz lhes ordenará o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado, e tudo mais em cada um ano. E mandará escrever no inventário, para se levar em conta a seu Tutor, ou Curador. E mandará ensinar a ler e escrever aqueles, que forem para isso, até a idade de 12 anos. E daí em diante lhes ordenará sua vida e ensino, segundo a qualidade de suas pessoas e fazenda”. (CAHALI, 2007, p.42).

O documento mais importante nessa fase foi representado pelo *Assento* de 09.04.1772, o qual anunciava que cada um tem o dever de alimentar e sustentar a si mesmo, ressaltando algumas exceções a esse princípio em determinados casos de descendentes legítimos e ilegítimos; ascendentes,

transversais, irmãos legítimos e irmãos ilegítimos, primos e outros consangüíneos legítimos, primos e outros consangüíneos ilegítimos.

Entretanto, o referido *Assento*, que recebera força e autoridade de lei através do Alvará de 29.08.1776, revelava-se meticoloso e detalhista, porém, hoje, faz parte apenas de um documento histórico. Contudo, as normas que se continham no Assento de 1772, ainda são reproduzidas por alguns doutrinadores.

1.4.2 O Código Civil de 1916

Acompanhando o fluxo da história, verifica-se que no ano 1916 foi constituído o primeiro Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, por interferência da Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916, e seguindo a tradição das legislações anteriores coube ao marido a qualificação de chefe da família, reafirmando o velho Código Filipino, reconhecido e legitimado pelo artigo 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”. Vê-se que sobre a família brasileira dita moderna, tem-se que o Código Civil de 1916, apesar de não estabelecer o poder marital aos padrões do direito romano, consagrou a chefia da família ao cônjuge varão, permanecendo a mulher sem qualquer participação na condução do grupo familiar, não possuindo poder de decisão, inclusive, sobre assuntos relacionados à sucessão comum, tendo sido incluída no rol de pessoas relativamente incapazes, estando sujeitas, deste modo, ao marido, para agir e até para poder exercer qualquer atividade profissional.

A mulher não podia optar por colocar ou não o patronímico do marido quando da realização do casamento, sendo imperiosa tal adoção. Caso a mulher

ficasse viúva e contraísse novo matrimônio corria o risco de ver o próprio pátrio poder sobre os filhos perdido.

Nota-se que a família moderna, se manteve patriarcal, monogâmica e matrimonial, pois somente era reconhecida como família e, conseqüentemente, só tinha o amparo e regulamentação do Estado, a ocorrência do casamento. Todos os agrupamentos de pessoas que fugissem a essa regra eram marginalizados.

O referido Código refletiu um ponto de vista de família ultrapassada para a época, mas que equivale à concepção moderna de família contemplada pelo Código de Napoleão. Tal fato é explicado por alguns autores, por ter sido elaborado em 1899 e por ser o país, à época, basicamente rural, sem ter vivenciado o processo de industrialização que foi marcante para o histórico da família no mundo e que será iniciado por volta das décadas de 40 e 50.

Sensíveis abrandamentos nas correlações entre pais e filhos alcançaram no citado código o pátrio poder. O instituto despontou como um complexo de direitos conferidos ao pai sobre a pessoa e bens dos filhos, conforme podemos verificar na doutrina de Clóvis Bevilacqua, que conceitua o pátrio poder como: “O conjunto de direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados, naturais, reconhecidos ou adotivos”. Não querendo dar conotação de direitos preponderantes do pai em relação ao filho, Clóvis Bevilacqua segundo Bittencourt, com notável sensibilidade salienta que: “[...] **No direito moderno esse conjunto de direitos é apenas tutelar, no sentido de que a sua organização visa mais o interesse do filho, que, por sua idade, necessita de um guia e protetor, do que o interesse do pai, como no antigo direito**”.

Citando a Maria Helena Diniz segundo Bittencourt, excelente e reconhecida jurista, sobre o mesmo instituto “[...].**O pátrio poder consiste num conjunto de direitos e obrigações , quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, , para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe,tendo em vista o interesse e proteção dos filhos.[...]**” .

Com essa nova concepção, o pátrio poder passa a ser mais um dever em benefício do filho, ou seja, um “conjunto de deveres e direitos que ao pai, e, na sua falta, ou impedimento, à mãe, competem à pessoa e os bens dos filhos menores”. Existe uma visível preocupação em relacionar os deveres/direitos do pai com o bem estar do filho.

Verifica-se que uma característica marcante no código Civil de 1916 é a hierarquia patriarcal. A mulher somente tinha a prevalência do pátrio poder em casos como pronuncia o artigo 383 “O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor”.

O mesmo Código consagra a presunção, advinda do direito romano, de que a criança concebida na constância de um matrimônio seja filho dos pais casados (*pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*). Diante disso, constata-se que a família retratada no Código Civil de 1916, além de matrimonializada, hierárquica e discriminatória, privilegiava o que é chamado hodiernamente de paternidade jurídica.

A concepção moderna de família vai se modificando de acordo com o progresso da própria sociedade, e, conseqüência disso, leis posteriores ao

Código Civil de 1916 vai alterando os direitos de família, o que tem início a partir da década de 30.

2 DOS ALIMENTOS

2.1 Origem Histórica

Não é recente a figura dos alimentos. Constitui-se um autêntico exemplo social oriundo do princípio primário da integração entre os componentes do gregário. Vê-se que sua definição reflete a idéia de que os membros de uma mesma família devem amparo recíproco aos demais, surgindo, assim, naturalmente na consciência humana, como uma forma de preservação do próprio grupo, cuja existência é de fundamental importância para todo o ser humano, evidenciando a sua característica de animal social.

Segundo Walter Brasil Mujalli (2006, p. 13 – 14)

Relata a história universal que os hebreus, já anteviam o dever de solidariedade entre parentes. Na Bíblia, no livro de Gênesis, lê-se que José, após apresentar seu pai ao Faraó e instalá-lo numa propriedade do Egito, “fornecerá víveres a seu pai, a seus irmãos e a toda a sua família, segundo o número de filhos”.

O Eclesiástico nos traz ainda, a seguinte recomendação “Meu filho, ajuda a velhice de teu pai, não o desgoste durante a sua vida. Se seu espírito desfalecer, sê indulgente, não o desprezes por que te sentes forte, pois a tua caridade para com o teu pai não será esquecida”.

(Versículo 3.12, do Livro “O Eclesiástico”).

Em realidade, a doutrina mostra-se uniforme no sentido de que a obrigação alimentícia fundada sobre as relações de família não é mencionada nos primeiros momentos da legislação romana, pois a concepção de alimentos não era conhecida no Direito Romano clássico, cuja omissão seria reflexo da própria estrutura da família romana, pois a mesma vivia sob a direção do *pater família*, o

qual tendo sob o seu manto e retendo em suas mãos todos os direitos, conduzia a todos os membros, sem que qualquer dever o obrigasse aos seus dependentes.

Conforme observa *Yussef Said Cahali* (2007, p. 38):

[...] a teor daquela estrutura, o *pater familias* concentrava em suas mãos todos os direitos, sem que qualquer obrigação o vinculasse aos seus dependentes, sobre os quais, aliás, tinha, o *ius vitae et necis*; gravitando à sua volta, tais dependentes não poderiam exercitar contra o titular da *patria potestas* nenhuma pretensão de caráter patrimonial, como a derivada dos alimentos, [...].

Argumenta *Yussef Said Cahali* que foi a partir do principado, em concomitância com a progressiva afirmação de um conceito de família, que o vínculo de sangue adquire uma maior importância.

Dispõe *Yussef Said Cahali*, no Direito Justiniano (2007, p. 40-41):

No direito justiniano foi seguramente reconhecida uma obrigação alimentar recíproca entre ascendentes e descendentes em linha reta ao infinito, paternos e maternos na família legítima, entre ascendentes maternos, pai e descendentes na família ilegítima [...].

No período Justiniano a obrigação alimentar representa o ponto de partida para a reelaboração desse instituto, resultando na determinação do círculo da obrigação no âmbito familiar, compreendendo os cônjuges, ascendentes e descendentes, irmãos e irmãs.

Entretanto, no Direito Canônico, primordialmente, a Igreja ampliou substancialmente o instituto das obrigações alimentares, inclusive na esfera das relações extrafamiliares. Sobre a análise da disciplina da Igreja observa *Yussef Said Cahali* (2007, p. 41):

[...] um texto, que em realidade se referia aos *liberi naturales* do direito justiniano, inexatamente interpretado, terá sido o ponto de partida para o reconhecimento do direito de alimentos também aos filhos espúrios em relação ao companheiro da mãe durante o período de gravidez, sem que se pudesse invocar, para excluí-lo, a *exceptio plurium concumbentium*; a obrigação alimentar poderia originar-se, para além do vínculo de sangue, de outras relações “quase religiosas”, como o clericalato, o monastério e o patronato; a Igreja teria obrigação de dar alimentos ao asilado; questionava-se entre os canonistas se haveria uma obrigação alimentar entre tio e sobrinho, ou entre o padrinho e o afilhado, em razão do vínculo espiritual; [...].

No direito brasileiro pré-codificado o documento mais importante foi representado pelo Assento de 09.04.1772, que tratava do dever de cada um alimentar e sustentar a si mesmo, estabelecendo algumas exceções. Relata, ainda *Yussef Said Cahali*, que Teixeira de Freitas articulou em vários dispositivos o dever de sustento dos filhos, os direitos recíprocos de alimentos entre pais e filhos, e entre parentes.

O Código Civil de 1916 disciplinou a obrigação alimentar como efeito jurídico do casamento. Nesse sentido, doutrina Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 376-377):

Nosso Código Civil anterior originalmente disciplinara a obrigação alimentar dentre os efeitos do casamento, inserido-a como um dos deveres dos cônjuges (“*mútua assistência*”, art. 231, III e “*sustento, guarda e educação dos filhos*”, art. 231, IV), bem como mencionando competir ao marido, como chefe da sociedade conjugal, “*prover a manutenção*” (art. 233, IV), além de fazer a obrigação derivar do parentesco (arts. 396 ss).

No ano de 1992, foi editada a **Lei nº 8.560 de 29 de dezembro**, regulando a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, prevendo em seu **artigo 7º**, a concessão pela sentença de procedência da ação

de alimentos provisionais ou definitivos aos reconhecidos que viessem a necessitá-los.

Também fora editado a **Lei nº 8.971 de 29 de dezembro**, regulando o direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão. Em seguida editaram a **Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996**, que “regula o § 3º do artigo 226 da constituição Federal”, e que também dispõe a respeito da obrigação alimentar entre conviventes. Manifestando-se o conflito entre os dois diplomas legais, já se noticiavam a tramitação de um novo projeto de lei visando à superação de suas antinomias. Já o Novo Código Civil apresentou algumas inovações, conforme dispõe *Yussef Said Cahali* (2007, p. 44):

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

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

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

2.2 Conceito

Os alimentos tratam sobre um instituto de direito de família que tem por objetivo dar apoio material a quem não tem meios de arcar com seu próprio sustento. Consolida-se não apenas no direito à vida e à integridade física da

pessoa, mas, principalmente, à realização da dignidade humana, oferecendo ao necessitado condições materiais de sobrevivência. O conteúdo dos alimentos está claramente atrelado à tutela da pessoa e à satisfação de suas necessidades fundamentais.

Todo e qualquer ser humano, necessita de alimentos para sobreviver. Portanto, como mencionado, entende-se por alimentos tudo aquilo que é indispensável e necessário à sobrevivência humana, ponderando também a existência de alguma relação de parentesco, a possibilidade do obrigado e a necessidade do alimentando.

Leciona Cahali *apud* Lopes da Costa (2007, p. 16) que “alimentos é expressão que compreende não só os gêneros alimentícios, os materiais necessários a manter a dupla troca orgânica que constitui a vida vegetativa (cibaria), como também habitação (*habitatio*), o vestuário (*vestiarium*), os remédios (*corporis curandi impendia*)”. (1966, p. 110).

De acordo com Rodrigues (2007, p. 374), alimentos, em direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida.

No tocante ao termo alimentos, em direito, os doutrinadores são unânimes ao afirmar que, existe uma definição técnica, com mais ampla extensão do que a da linguagem comum, ou seja, que tem um significado muito mais extenso que no sentido utilizado rotineiramente pela maioria das pessoas, pois envolve tudo que é indispensável à vida: sustento, habitação, vestuário, educação e até mesmo o tratamento de moléstias. De fato, a prestação de alimentos não se destina apenas à vida e a integridade física da pessoa, mas, como já mencionado anteriormente, ela se reserva principalmente, à efetivação da dignidade humana

proporcionando ao necessitado condições materiais de manter sua existência. Já na linguagem corriqueira, limita-se tão somente ao necessário à alimentação.

Baseado nesse entendimento verifica-se que alimentos em sua acepção vulgar, é tudo aquilo que é imperioso à conservação do ser humano com vida, e em seu sentido amplo, é a contribuição da prestação periódica assegurada ao necessitado, por um título de direito, para exigí-la de outrem, como necessário ao seu sustento e sobrevivência.

Em resumo, no mundo jurídico a obrigação alimentar deve ser atendida verificando-se as necessidades de sustento.

Como pode se observar, a conceituação de alimentos não é controversa entre os doutrinadores e a jurisprudência, ao contrário *sensu*, se acrescentam. Ademais, verifica-se que os alimentos têm conteúdo econômico e visam garantir a subsistência do necessitado, podendo ser prestados *in natura* ou em dinheiro. Portanto, os alimentos são condições essenciais à própria existência e ao desenvolvimento físico e psíquico, acatados os seus padrões sociais. Os Alimentos constituem uma importante forma de garantir o direito à vida. É também de relevante interesse social que integram a Constituição Federal como princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

3 DOS ALIMENTOS EM GERAL

3.1 Espécies de Alimentos

Os alimentos são classificados pela doutrina segundo vários critérios. Podemos assim classificar as várias espécies de alimentos: **I – quanto à natureza; II – quanto à causa jurídica; III – quanto à finalidade; IV – quanto ao momento da prestação; V – quanto à modalidade da prestação.**

3.1.1 Quanto à natureza: alimentos naturais e civis.

Os alimentos naturais ou necessários são aqueles que compreendem tão-somente o estritamente necessário à subsistência do alimentando, ou seja, destinados exclusivamente para a manutenção da vida, alimentação, remédios, vestuário, habitação, limitando-se assim do *necessarium vitae*. Possuem alcance limitado.

Os alimentos civis ou cômmodos se concernem a outras necessidades, como as intelectuais e morais, ou seja, educação, instrução, assistência, recreação. Destinam-se ao status da pessoa. Asseguram à pessoa subsistir em equivalência com a sua posição social, compreendendo assim o *necessarium personae*.

3.1.2 Quanto à causa jurídica: a lei, à vontade, o delito.

A obrigação alimentícia ou deriva diretamente da lei, ou resulta de uma atividade do homem, podendo ser voluntários, ressarcitórios e legítimos.

Como legítimos, qualificam-se aqueles impostos por lei em virtude do fato de existir entre as pessoas um vínculo de família. São aqueles alimentos disciplinados pelo Direito de Família. A lei que o estabelece. Os alimentos legais decorrem do casamento, parentesco ou entidade familiar. Ex: os alimentos entre ex-cônjuges (em decorrência do casamento).

Os alimentos voluntários são os resultantes de uma declaração de vontade, prestados voluntariamente, sem qualquer obrigação para com aquela pessoa, *inter vivos* (a pessoa se obriga em vida a prestar alimentos a uma pessoa) ou *mortis causa* (a pessoa faz um testamento deixando uma prestação voluntária após a sua morte para determinada pessoa). Prestam-se em razão de contrato ou de disposição de última vontade. Inserem-se no Direito das Obrigações ou no Direito das Sucessões, onde se regulam os negócios jurídicos que lhes servem de fundamento. Ex: na separação judicial consensual, marido convencionou pensão a ser dada à mulher.

Os alimentos ressarcitórios ou indenizatórios são aqueles destinados a indenizar vítima de ato ilícito. Quanto se tem a condenação de prestar alimentos a uma determinada pessoa decorrente de um ato ilícito ou responsabilidade civil, estar-se-á prestando alimentos não por força do Direito de Família, mas por força do Direito Obrigacional.

3.1.3 Quanto à finalidade: provisionais e regulares.

Dizem-se provisionais, provisórios ou *in litem* os alimentos que antecedendo ou concomitantemente à ação de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento, de investigação de paternidade, ou ainda à

própria ação de alimentos, são concedidos para a manutenção do suplicante, ou deste e de sua prole, na pendência do processo, envolvendo também o necessário para cobrir as despesas da lide.

Os alimentos regulares ou definitivos são aqueles estabelecidos pelo juiz ou mediante acordo das próprias partes (no caso de separação judicial consensual), com prestações periódicas, de caráter permanente, ainda que sujeitas a eventual revisão.

3.1.4 Quanto ao momento da prestação: futura ou *praeterita*.

Alimenta futura são os alimentos que se proporcionam em virtude de decisão judicial ou de acordo, e a partir dela.

Alimenta praeterita são os anteriores a qualquer desses momentos.

A distinção tem relevância na determinação do termo a quo a partir do qual os alimentos se tornam exigíveis.

3.1.5 Quanto à modalidade da prestação: obrigação alimentar própria e imprópria.

A obrigação alimentar própria tem como conteúdo a prestação daquilo que é diretamente necessário à manutenção da pessoa.

A obrigação alimentar imprópria tem o conteúdo o abastecimento dos meios idôneos à aquisição de bens indispensáveis à subsistência. Satisfaz-se mediante o fornecimento da prestação, sob forma de pensão, dos meios para aquisição do necessário à vida, garante-se ao alimentando um direito de crédito, que encontra garantia genérica no patrimônio do obrigado.

4 CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO LEGAL DE ALIMENTOS

4.1 Personalíssimo

É personalíssimo, já que representa um direito inato tendente a assegurar a subsistência e a integridade física do ser humano, pois embora de natureza pública, visa a preservar a vida do necessitado. Sua titularidade não passa a outrem.

4.2 Irrenunciável

É irrenunciável, uma vez que pode deixar de ser exercido, mas não pode ser renunciado, podendo o credor abdicar o exercício, mas legalmente lhe é vedado renunciar seu direito a alimentos.

4.3 Transmissível

É transmissível, pois pela nova norma o credor dos alimentos poderá requerê-los dos herdeiros do devedor se este falecer, transmitindo a obrigação alimentar, passando, assim, os alimentos a ser considerados como dívida do falecido, cabendo aos seus herdeiros a respectiva solução até as forças da herança (CC, artigo 1792 c/c os artigos 1821 e 1997), no limite do quinhão que a cada um deles couber.

4.4 Incessível

É incessível em relação ao credor, porque o crédito não pode ser cedido à outra pessoa, por ser inseparável da pessoa do credor (CC, artigo 1707, *in fine*). Não pode ser cedido o direito quanto às prestações vincendas, mas no tocante às vencidas, como constituem dívida comum, nada obsta sua cessão a outrem, pois o artigo 286 do Código Civil a ela não opõe.

4.5 Imprescritível

É imprescritível, haja vista, que a qualquer momento na vida da pessoa pode esta a vir a necessitar de alimentos.

4.6 Impenhorável

É impenhorável, pois a ação de alimentos é isenta de penhora devido a sua função de dar sobrevivência a quem necessita de alimentos, ficando assim de fora das dívidas do alimentante. As prestações alimentícias são impenhoráveis, uma vez que se dispõe a manter o mínimo indispensável e imprescindível à vida do necessitado.

4.7 Incompensável

É incompensável, já que não se admite a renúncia ao direito de alimentos. Também não se admite a sua transação, prevalecendo o caráter personalíssimo do direito a alimentos.

4.8 Intransacionável

É intransacionável, já que não se admite a renúncia ao direito de alimentos. Também não se admite a sua transação, prevalecendo o caráter personalíssimo do direito a alimentos.

4.9 Atual

É atual não podendo ser utilizado para compensar dificuldades havidas no passado, pois visa a satisfazer necessidades atuais ou futuras, nunca no passado.

4.10 Irrestituível

É irrestituível, pois não pode ser devolvida, mesmo que no futuro a ação do beneficiário seja julgada improcedente. No entanto, nos casos de dolo (ex-cônjuge que oculta novo casamento ou havendo erro no pagamento de alimentos) poderá haver a restituição.

4.11 Variável

É variável, uma vez que permite revisão, redução, majoração ou exoneração da obrigação alimentar, conforme modificadas as situações econômicas e as necessidades das partes.

4.12 Divisível

É divisível já que cabe a divisão da obrigação de alimentar entre os parentes do necessitado encarregados da prestação alimentícia. Desse modo vários parentes poderão a vir contribuir com uma quota para os alimentos de acordo com sua capacidade econômica, salvo, se o alimentando for idoso.

5 CONDIÇÕES OBJETIVAS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

5.1 A Regra Fundamental

A obrigação alimentar de proporcionar alimentos não carece ser confundida com os deveres familiares de sustento, assistência e socorro que, por exemplo, tem os pais para com os filhos menores, pois seus pressupostos são desiguais. A obrigação alimentar é mútua, dependendo das possibilidades do devedor, e só é exigível se o credor potencial se encontrar necessitado, ao passo que os deveres familiares não apresentam o caráter de reciprocidade por consistir em unilaterais e devem ser exercidos incondicionalmente. A obrigação alimentar pode perdurar a vida toda e até ser transmitida *causa mortis* e o dever de sustento cessa, em regra, *ipso iure*, com a maioridade dos filhos sem a obrigação de ajuizamento pelo devedor de ação exoneratória.

De acordo com o artigo 1695 do Código Civil:

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, não pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Observa-se que o instituto dos alimentos foi criado para socorrer os necessitados, e não para fomentar ociosidade ou estimular o parasitismo. Aquele que apenas tem com que se manter não pode ser obrigado a sustentar outrem. É o que dispõe o § 1º do artigo 1694 do Código Civil, *in verbis*:

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

5.2 Das Necessidades do Alimentando

Quanto a exigibilidade da prestação alimentar, pressupõe-se que o titular do direito, além de não possuir bens, não possa manter a própria subsistência, com seu próprio esforço.

Encontrando-se o alimentando em situação de penúria, ainda que por ele causada, poderá pedir alimentos, ficando ao arbítrio do magistrado a verificação das justificativas de seu pedido, levando em conta, para apurar a mendigância do alimentando, suas condições sociais, idade, saúde e outros fatores que influenciaram na própria medida.

Sob esse aspecto, o Código Civil de 2002 introduziu importante inovação em nosso direito, ao estabelecer, em seu artigo 1.694, § 2º:

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

5.3 Das Possibilidades do Alimentante

Para que haja obrigação alimentar será imperioso que a pessoa de quem se reclamam os alimentos possa fornecê-los sem que falte do necessário ao seu sustento.

É necessário que exista uma proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades do alimentando e os recursos econômicos financeiros do alimentante. Dever-se-á verificar a renda líquida e real do obrigado.

Recomenda-se ter em vista o rendimento e não o valor dos bens do alimentante, pois mesmo possuindo significativo patrimônio imobiliário, poderá ser baixa a sua rentabilidade, já que tais bens não lhe proporcionam grandes rendas.

5.4 Proporcionalidade da Pensão Alimentícia e seus Elementos Componentes

Com respaldo no § 1º do artigo 1694 do Código Civil, os alimentos devem ser fixados de acordo com a necessidade do alimentando e as possibilidades do alimentante. Deverá existir um balanceamento entre esses dois vetores: necessidade e possibilidade, levando-se em conta a condição social das pessoas envolvidas.

O dispositivo “não significa que, considerando essas duas grandezas (necessidade e possibilidade), se deva inexoravelmente tirar uma resultante aritmética, como, por exemplo, fixando sempre os alimentos em um terço ou em dois quintos dos ganhos do alimentante. Tais ganhos, bem como as necessidades do alimentado, são parâmetros onde se inspirará o Juiz para fixar a pensão alimentícia. O legislador quis deliberadamente ser vago, fixado apenas um *standard* jurídico, abrindo ao Juiz um extenso campo de ação, capaz de possibilitar-lhe o enquadramento dos mais variados casos”. (CAHALI *apud* RODRIGUES, 2007, p.517).

O Código Civil determina que os alimentos devam ser fixados na extensão das necessidades do alimentando e dos recursos da pessoa obrigada, deixando ao sensato discernimento do Juiz o cálculo do valor a ser pago.

O alimentante não tem a obrigação de repartir sua fortuna com o necessitado, pois não é esse o espírito da obrigação alimentar. Será periódico o pagamento da obrigação alimentar, haja vista, ser essa a sua natureza.

Não será fácil para o Juiz apurar as condições de fortuna do indicado alimentante, pois é comum, por exemplo, que o marido ou pai, ciente que poderá se envolver nessa ação disfarce seu patrimônio, ocultando bens e se apresente a juízo como um pobre eremita. Será essencial comprovar o ganho real do alimentante.

Afirma-se que a prestação deve ser fixada em valor que se aproxime da realidade econômica do alimentante, se aleatório o valor mensal de sua rentabilidade, por receber ganhos oriundos de comissões de venda ou de atividade liberal. Assim, deve o magistrado, ao fixar a prestação dos alimentos, examinar as possibilidades financeiras do alimentante, não apenas ao lucro admitido pelo profissional liberal, mas levar em conta também os sinais exteriores de riqueza.

O Juiz necessitará reger-se de maneira cuidadosa, na verificação de tais informações, valendo-se do seu saber notório e de seu bom senso, apreciando as condições de quem pede e a necessidade de quem os solicita.

A qualquer tempo a prestação alimentícia poderá ser alterada, como também será atualizada segundo índice oficial, conforme preceitua o artigo 1710 do código civil.

As prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido.

Assim, a proporcionalidade, na sua fixação, entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico-financeiros do alimentante, deverá ser feita em cada caso concreto, levando-se em consideração que os alimentos são concedidos *ad necessitatem*.

6 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E CASAMENTO

6.1 O Casamento

Antes de adentrar ao tema separação judicial, vê-se que é imperioso abordarmos, em primeira mão a instituição “casamento”, determinando, de maneira clara, os seus principais aspectos.

Várias são as definições de casamento, instituto que admite divagações históricas, políticas e sociológicas. Não há por resultado, uniformidade nas legislações e na doutrina.

O casamento é uma instituição antiga, advinda dos costumes, impulsionada pelo sentimento moral e religioso, os quais foram totalmente incorporados pelo direito pátrio. À luz do Direito Romano, ainda no século III, Modestino foi o primeiro a conceituar o casamento: “*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, comsortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”. – As núpcias são a união do marido e da mulher em consórcio para toda a vida, pelo direito humano e pelo direito divino. (Digesto, 23, II, fr. I). Tal significado enfatiza o costume religioso e a perenidade da união. Ao longo do tempo, se rompeu a menção à divindade e perante a imposição de novos costumes, o matrimônio deixou de caminhar junto com a divindade, deixando de ser um instituto eterno, passando a ser uma instituição perene, acrescida pela interferência e imposição de novos costumes.

Têm-se, ainda pelo Direito Romano, num segundo momento, uma nova concepção de casamento, provavelmente de Ulpiano, na qual prevaleciam as

idéias de relação jurídica, da vida em comunhão e do *affectio maritalis*. Esta conceituação foi incorporada pelo Direito Canônico.

Com o aparecimento do cristianismo, o casamento passa a representar a reunião entre Jesus Cristo e a Igreja. O matrimônio caracteriza-se pela união entre o homem e a mulher, sob as bênçãos do céu, tornando-se um só corpo e um só espírito. A Igreja exercia grande influência sobre o Estado quando o assunto era casamento.

No entendimento de Venosa *apud* Guillermo Borda (2005, p.43), o casamento “é a união do homem e da mulher para o estabelecimento de uma plena comunidade de vida”.

Washington de Barros Monteiro (2007, p. 22) conceitua o matrimônio como sendo “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”.

Já Sílvio Rodrigues (2007, p.19), define: “Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Fazendo uma apreciação dessas definições, verifica-se que o conceito de casamento não pode ser imutável, já que deve corresponder à evolução da sociedade, que se transforma no tempo e no espaço.

Preceitua o artigo 1511 do novo Código Civil:

O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Disciplina o artigo 1565 do Código Civil:

Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

No mesmo diploma legal ficou estabelecido que “a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”. (Artigo 1567, caput).

Aproveitou o legislador para igualar o homem e a mulher, de modo que ambos possuem, na esfera conjugal e familiar, os mesmos direitos e obrigações, diversamente daquela longínqua civilização romana, já abordada.

6.2 Natureza Jurídica do Casamento

A natureza jurídica do casamento é ainda assunto que ocasiona muita discussão jurídica entre os doutrinadores.

O Direito Canônico considera o casamento como sendo um sacramento e também um contrato natural, decorrente da natureza humana. Estão fixados por sua natureza os direitos e deveres que dele emanam, não podendo ser distorcidos pelas partes nem pela autoridade, possuindo o caráter de perpetuidade e de indissolubilidade.

Com o surgimento do casamento de Direito Civil, diversas foram as opiniões, preponderando o caráter contratualista dessa relação. Divergem, ainda, os doutrinadores que ora tendem pelo contrato ora asseguram que o casamento é uma instituição. (Teoria desenvolvida na França a partir do século XX).

Hodiernamente, o entendimento é que o casamento tem feições de negócio jurídico bilateral, na teoria geral dos atos jurídicos, possuindo as características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos. Desse modo, por expansão, o conceito de negócio jurídico bilateral de direito de família é uma especificação do conceito de contrato. A celebração, indiscutivelmente, possui caráter contratual.

Sob o ponto de vista da vida em comum, direitos e deveres dos cônjuges, assistência recíproca, educação dos filhos, ressalta-se ao casamento o aspecto de uma instituição.

Poder-se-á concluir, assim, que se trata, na verdade, de um negócio complexo, que ora apresenta característica de negócio jurídico ora de instituição.

Modernamente, o posicionamento pacificado é que o casamento-ato é um negócio jurídico e o casamento-estado é uma instituição.

6.3 Dever Recíproco de Assistência e Obrigação de Sustento

A mútua assistência é dever de ambos os cônjuges (artigo 1566, III, Código Civil), devendo na constância do casamento, abranger um sentido mais vasto, do que o significado alimentar. A mútua assistência também compreende os cuidados devotados por um esposo ao outro, em todas as precisões e infelicidades da vida, compatível com comunidade de interesses e identidade de afeições, presentes no campo material, moral, afetivo e nos aspectos da saúde. Está incluída como um dos deveres do casamento. É o traço característico entre o direito pensional das pessoas unidas por graus de parentesco e entre os

cônjuges, que não são parentes e que de forma recíproca devem alimentos uns aos outros.

Assim, preconiza o artigo 1694 do Código civil:

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

Dever-se-á levar em conta que um dos fins primários do casamento incide exatamente no *mutuum adjutorium* – seja nos momentos de paz e tranqüilidade, seja nos momentos de transe – como sendo a mais respeitável obrigação que decorre do matrimônio.

Deste modo, os direitos e deveres que duas pessoas, unidas em matrimônio, adquirem entre si devem obedecer essencialmente ao fim adequado da sociedade conjugal, e porque este fim versa na constituição entre os cônjuges de uma comunhão de vida e na colaboração de ambos para dar aos filhos essência, para cultivá-la e aperfeiçoá-la, não só sob a aparência material como também no plano moral, daí resultam os vínculos mútuos de direitos e obrigações que confirmam a lei efetiva da sociedade doméstica.

6.4 Regime de Bens e Dever de Sustento

No anterior Código Civil competia ao marido, como chefe da sociedade conjugal promover a manutenção da família. Embora tais preceitos não tenham se repetido no atual Código Civil, eles ainda conservam sua atualidade, agora tendo

se ampliado a obrigação da mulher de também promover o sustento da família, acabando com qualquer tipo de discriminação entre os cônjuges.

Pelo novel Código Civil independente do regime de bens caberá a ambos os cônjuges o dever de sustento da família e a educação dos filhos guardada da devida proporção de bens e dos respectivos rendimentos de seus trabalhos.

Daí a norma implantada no artigo 1568 do atual código Civil:

Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

Garantido o princípio constitucional da igualdade de direitos e deveres que decorrem do casamento, foi-se solidificando o entendimento na acepção de desatrear a obrigação de manutenção e sustento da família da qualidade do cônjuge, se marido ou mulher.

7 DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

7.1 Da Dissolução

A dissolução da sociedade conjugal tende a se dissolver quando os deveres do casamento são desobedecidos, de modo a intervir na própria contingência humana.

No artigo 1571 do atual Código Civil, repetindo o artigo 2º da Lei n. 6615/77, apresenta:

A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

Leciona Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 153):

Os antigos já diziam que a morte põe termo a todas as relações jurídicas – *mors omnia solvit* – o que até certo ponto é verdade, mas não de todo, pois que às vezes os sucessores do defunto prosseguem nelas ou suportam as que foram constituídas pelo *de cuius*. O vínculo matrimonial, entretanto, termina pela morte, e com ele obviamente a sociedade conjugal.

Perante essa norma, constata-se que a separação judicial finaliza a sociedade conjugal, porém, o vínculo do casamento somente termina pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, produzindo nesses casos a possibilidade de contraírem novas núpcias.

Segundo nos ensina Maria Helena Diniz (2001, p. 199):

A separação judicial dissolve a sociedade conjugal, mas conserva íntegro o vínculo, impedindo os cônjuges de convolar novas núpcias, pois o vínculo matrimonial, se válido, só termina com a morte de um deles ou com o divórcio.

A ação de separação judicial poderá ser proposta por qualquer dos cônjuges, cuja sentença implicará em separação de corpos e partilha dos bens.

Os cônjuges poderão restituir a sociedade conjugal, mediante ato regular em juízo, não importando qual foi à causa da separação judicial e a maneira como foi feita.

Passado um ano do trânsito em julgado da sentença que houver determinado a separação judicial ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer cônjuge possuirá a faculdade de solicitar sua conversão em divórcio. Do mesmo modo a constatação da separação de fato por mais de dois anos oferece a qualquer dos cônjuges o direito a requerer o divórcio.

7.2 Separação judicial

A separação judicial tem por escopo a dissolução da sociedade conjugal, conservando intacto o vínculo matrimonial. Não suprime, portanto, o casamento em sua inteireza, evitando, assim, o separado de contrair novo casamento, estabelecendo-se, também, de uma medida preparatória do divórcio.

Nosso sistema, anteriormente, aceitava excepcionalmente o divórcio a *thoro et mensal*, ou seja, o divórcio permitido pelo Direito Canônico, sob a qualificação de desquite à luz do Código Civil de 1916, separação de corpos pelo

direito estrangeiro e, de modo recente, diante do novo direito de Família, separação judicial.

A separação e o divórcio, estatuídos remotamente na nossa legislação, tendo em vista as oposições da Igreja católica e a tradição eminentemente cristã de nosso povo, são dois institutos que, além de colocarem termo à sociedade conjugal, anulam a comunhão universal de bens.

Faz-se necessário informar que a ação de separação é personalíssima, ou seja, atende a um caráter privativo do cônjuge, não admitindo que terceiros dela participem, nem mesmo os filhos.

Excepcionalmente, no caso de incapacidade civil, quando o cônjuge não tem condições legais para dispor sobre os atos da vida civil é que poderá ser representado por curador, ascendente ou irmão.

A separação judicial foi inserida juntamente com o divórcio pela Lei n. 6515/77, em substituição do antigo desquite. A referida lei manteve a separação judicial, como forma para terminar a sociedade conjugal. Assim dispõe o caput do artigo 3º:

A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens, como se o casamento fosse dissolvido.

Com o advento da atual Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 7841/89, ocorreu à conversão em divórcio da separação judicial, após um ano desta ou no divórcio direto após dois anos de separação de fato, iniciada a qualquer tempo.

Verifica-se que a sociedade conjugal é um instituto jurídico que conduz, apenas, o regime matrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho ou

indústria de ambos os consortes ou de cada um deles. Portanto, não se pode confundir o vínculo matrimonial com a sociedade conjugal.

Segundo nos ensina Orlando Gomes (2001, p. 212), “a separação judicial não rompe o vínculo matrimonial, mas dissolve a sociedade conjugal. Consiste na separação dos cônjuges *quod thorum et habitationem*, permanecendo intacto o vínculo conjugal – o que impede novo casamento do separado”.

Ressalta-se que a desconstituição do matrimônio e a dissolução do vínculo conjugal apenas podem acontecer mediante intervenção do Estado, via Poder Judiciário. Com base na pretensão das partes, o juiz poderá homologar a separação judicial, entretanto, para a decretação do divórcio há necessidade que o Estado participe, permita, examine o processo e confira se os requisitos legais estão atendidos. Só então, transcorrido o prazo que a lei estabelece é que será concedido o divórcio.

Cumpra-se atentar para as diferenças existentes entre os dois institutos, pois, enquanto, o divórcio desfaz a vida em comum dos cônjuges, pondo termo ao casamento e, conseqüentemente, aos efeitos civis por ele gerados, a separação judicial somente isenta os cônjuges das obrigações inerentes ao matrimônio, tais como o dever de coabitação e de fidelidade recíproca.

Dever-se-á observar que a separação judicial tem o poder de rescindir a sociedade conjugal e interromper os seus efeitos civis, no entanto não é suficiente para dissolver o casamento, por isso, quem está separado judicialmente não tem deveres conjugais com o outro cônjuge, mas também não poderá casar-se novamente sem que requeira o divórcio.

Na separação judicial, seja qual for o motivo, os cônjuges poderão a qualquer tempo restabelecer a sociedade conjugal, por uma simples petição anexada aos autos. No divórcio tal medida não será cabível, haja vista, que para os cônjuges reativarem a união que possuíam, necessário se faz a realização de novo casamento.

Antes do Código Civil de 2002, fazia-se também a ressalva de que a vida conjugal podia ser readmitida nos casos de separação judicial, desde que fossem obedecidas as mesmas regras do matrimônio. Hoje, o legislador retirou essa restrição. Estabelece o **Artigo 1577, caput do atual Código Civil**:

Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.

As modalidades de separação judicial, segundo a Lei n. 6515/77 são a separação consensual ou por mútuo consentimento e a separação judicial litigiosa ou não consensual.

7.2.1 Separação judicial consensual ou por mútuo consentimento

A separação judicial será consensual se ambos os cônjuges quiserem se separar amigavelmente. Entretanto, só poderá ser requerida após um ano da celebração do casamento. Possui previsão legal no artigo 1574, caput do novel Código Civil. Vale transcrever:

Art. 1574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

Os cônjuges apresentarão ao juiz uma convenção de separação, em que ficarão consignados seus direitos e deveres em relação a si mesmos e aos filhos, bem como a partilha dos bens.

O juiz não decretará a separação se verificar que a convenção elaborada pelos cônjuges não preserva adequadamente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

7.2.2 Separação judicial litigiosa ou não consensual

A separação judicial litigiosa já estava inserida no nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 6515/77, que atualmente, encontra-se derogada, em seus aspectos de direito material. O legislador preferiu ao editar as normas do novo Código Civil, manter este instituto, fazendo leves alterações em seu texto.

A separação judicial litigiosa é aquela em que o casal não entra num acordo. Um deles não quer se separar ou não aceita os termos da separação sugerida pelo outro. É postulada por qualquer dos cônjuges a qualquer tempo ante as causas previstas em lei, atribuindo ao outro uma conduta ou um fato que importe em grave violação dos deveres do matrimônio, de modo que a vida em comum tenha se tornado insustentável e, seguirá o procedimento ordinário. Baseia-se na culpa de um dos cônjuges.

Essa modalidade de separação possui base legal no artigo 1572, caput do novo Código Civil, que preceitua:

Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

Para a fundamentação do pedido de separação judicial litigiosa será imprescindível apontar a própria torpeza, a auto-acusação de grave violação das obrigações conjugais. O que se soma a outra razão mencionada no caput do artigo 5º da Lei n. 6515/77, que a separação judicial litigiosa só poderá ser requerida por um dos cônjuges, ou seja, por aquele que se sente injustiçado frente à conduta desonrosa ou à grave violação dos deveres do casamento, imputados ao outro cônjuge, o culpado.

Caberá ao juiz, em cada caso concreto fazer verificação dos fatos alegados, averiguar se existe o descumprimento dos deveres inerentes ao matrimônio, os seus efeitos e conseqüências na vida do casal.

8 ALIMENTOS E SEPARAÇÃO JUDICIAL COM CULPA

8.1 Hipóteses Culposas na Separação Judicial, Conforme o Código Civil de 2002

Juntamente com o matrimônio advêm várias obrigações, deveres e mudanças comportamentais para os cônjuges que são de fundamental importância para a manutenção da sociedade conjugal. Tais mudanças são necessárias também com relação quando do convívio com terceiros, a fim de manter em bom nível as relações inter-sociais imprescindíveis também para que exista uma boa imagem sobre a conduta moral e social dos cônjuges.

O legislador de 2002, como anteriormente afirmado, optou por, novamente, taxar os motivos ensejadores da separação judicial, inserindo, para tanto, o artigo 1.573, no novo Código Civil, que assim, estabelece:

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

- I - adultério;
- II – tentativa de morte;
- III – sevícia ou injúria grave;
- IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
- V – condenação por crime infamante;
- VI – conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Os deveres mútuos do casamento quando descumpridos pode gerar separação dos consortes.

O dever primordial do matrimônio é o da fidelidade recíproca, podendo afirmar que tais deveres estão intimamente ligados com a honra dos cônjuges.

A conduta desonrosa é o comportamento imoral, ilícito ou anti-social de um dos cônjuges que ao infringir qualquer um dos princípios basilares do matrimônio provoca imediatamente uma situação de constrangimento, humilhação ou desprestígio moral ou social ao outro cônjuge. Tal conduta representa os atos atentatórios á boa fama, à dignidade ou o bom nome, não só do outro cônjuge, como da própria família.

Assim relata Washington de Barros Monteiro (2007, p. 255):

A conduta desonrosa também importa em descumprimento do dever de respeito ao cônjuge, como injúria grave indireta. A honra pode ser ultrajada de várias formas. Inúmeras são realmente as vias pelas quais o indivíduo se afasta das leis da honra: pela corrupção ou torpeza, pela vida desregrada ou criminosa, pelo vício da embriaguez ou pelo uso de entorpecentes, pelos atentados à moral e aos bons costumes, pela ociosidade, de mil maneiras, enfim, pode traduzir-se a conduta desonrosa, que autoriza o outro cônjuge a reclamar a separação judicial. Como escreveu BOILEAU, a honra é como uma ilha escarpada e sem margens, a que não mais se pode regressar, desde que dela se tenha ausentado.

Outra causa de separação judicial é a violação dos deveres matrimoniais que além da fidelidade recíproca engloba também o dever de coabitação, mútua assistência e dever de assistência aos filhos, pois a insuportabilidade da vida em comum exigida pelo ordenamento jurídico tem por razão não a intolerância entre os cônjuges, mas sim, na gravidade da ilicitude praticada.

No dever de coabitação implica que o casal tenha uma vida em comum, sob o mesmo teto, de modo que, quando desobedecido, caracteriza o

abandono voluntário do lar, mostrando, assim, o ânimo, a intenção, a vontade de efetivamente não mais regressar ao lar comum. Na coabitação o relacionamento sexual deverá ser mantido pelos cônjuges.

O dever de mútua assistência advém da comunhão da vida, em que o marido e a mulher, dentro das funções que lhes são próprias e de acordo com a profissão desempenhada, devem tratar dos interesses econômicos do grupo familiar. A assistência também compreende outros aspectos que não os materiais, como os morais, afetivos e psicológicos.

No que tange a assistência dos filhos é uma obrigação natural, instintiva, inderrogável atribuída aos pais. Não se resume no mero sustento material, compreendendo a constante presença dos pais no processo de formação e desenvolvimento físico e mental dos filhos.

Existem também as causas objetivas, isto é, causas que podem ocasionar a separação sem imputação de culpa. São elas: a separação fundada na ruptura da vida em comum e a separação decorrente de doença mental.

Para que ocorra tal causa de separação, é preciso que realmente se tenha verificado a ruptura da vida em comum, que a ruptura tenha se prolongado por mais de um ano consecutivo e que não exista possibilidade de sua reconstituição.

De acordo com Washington de Barros Monteiro (2007, p. 263):

Não importa a razão da ruptura. Seja qual for a sua determinante, desde que se estenda por tempo suficiente, sem nenhuma possibilidade de recomposição, assiste ao cônjuge o direito de pedir a separação judicial, a fim de legalizar-se a separação de fato.

Mantendo a previsão contida na Lei do Divórcio, o novo Código Civil autoriza a separação judicial quando um dos cônjuges é portador de doença mental, dependendo do concurso dos requisitos seguintes: a) estar o outro cônjuge acometido de doença mental grave; b) se essa doença manifestou-se depois do casamento; c) que a doença torne a vida em comum impossível; d) finalmente, se, após o período de dois anos, verificou-se ser improvável a cura.

O legislador, que permitiu a separação em função da grave enfermidade de um dos cônjuges, toma uma posição de relativa reserva, procurando abrandar os efeitos daquela destemida decisão. Assim estabelece o § 3º do artigo 1.572:

No caso do § 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

Verifica-se a tomada de posição do legislador em duplo sentido, que é de um lado desencorajar o cônjuge a solicitar a separação e de outro de proteger aquele cônjuge enfermo.

Destarte, relata Silvio Rodrigues (2007, p. 230):

O cônjuge que solicita dissolução da sociedade conjugal por seu consorte se encontrar acometido de grave doença mental está, sem dúvida, fugindo ao dever de caridade, talvez mesmo ao dever de mútua assistência, em relação ao seu consorte. A lei em vista o seu interesse na separação judicial, que é o passo inicial do divórcio e do novo casamento. Mas cria um sistema de proteção ao enfermo, dando-lhe, além de sua meação, tudo o que remanescer dos bens que trouxe para o casamento.

Com relação à impossibilidade da vida em comum estabelecida pelo ordenamento jurídico, não se trata de requerer a separação pelo simples fato de que o casal não mais se tolera. Baseia-se na questão que é tão ilícito ou vulnerador das obrigações que não mais podem os cônjuges permanecerem juntos, portanto, deve estar a insuportabilidade combinada às causas de separação previstas.

Não depende de prova a intolerabilidade. Deriva da presunção. Bastará analisar certos fatos para inferir que não pode o cônjuge-vítima suportar a vida conjugal, o que se dá a toda evidência, diante de situações tais como o adultério, a tentativa de morte, a prática de atos obscenos, as constantes sevícias, a negativa em contribuir para o sustento do lar, além de outras condutas.

Caberá ao magistrado, em cada caso concreto, definir se houve conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do matrimônio. Porém, em qualquer das hipóteses, deverá também estar comprovado que os fatos tornaram insuportáveis a vida em comum.

8.2 Pensão Alimentícia para o Cônjuge Considerado Culpado.

É notória a influência exercida pela Igreja em nosso direito nos dias de hoje, da mesma forma que é grande o legado por ela deixado. Verifica-se a grande influência do Direito Canônico no Direito de Família.

Em matéria de casamento, a autoridade do Direito Canônico foi mantida até a lei de 1890, que estabeleceu o casamento civil. Com relação a repulsa, permaneceu a praticar, indiretamente, grande influência. Repetiu várias regras do Direito Canônico, a lei civil. Determinadas instituições eclesiásticas se

transformam em instituições seculares, como aconteceu, de regra, nos países católicos sob influências religiosas, por exemplo, sustenta-se o Princípio da indissolubilidade de dissolução da Sociedade Conjugal. O apartamento da Igreja do Estado instituiu precauções contra o casamento religioso, contudo, foi restaurada sua eficácia, uma vez observadas certas exigências.

A Constituição Federal de 2002 alterou radicalmente o paradigma da entidade familiar. O ordenamento constitucional pátrio reconhece a família como base da sociedade, estabelecendo entre os consortes a igualdade de exercício de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. A nossa lei civil traz como deveres de ambos os cônjuges: a fidelidade recíproca; a vida em comum, no domicílio conjugal; a mútua assistência; o sustento, guarda e educação dos filhos; e o respeito e consideração mútuos.

Com o código Civil de 2.002, o Direito de Família aumentou a proteção às pessoas, que precisam ser sempre o foco das soluções dadas em um conflito, onde o Poder Judiciário tenha que dar a palavra final. No tocante à pensão alimentar, as alterações originadas pelo novo Código, estão, em sua maioria, de acordo com as disposições que já haviam sido inseridas pela entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

O novo Código Civil ao mesmo tempo antecipa a possibilidade de parentes, cônjuges ou conviventes pleitearem pensão alimentícia quando dela carecerem. É certo que parte dessa previsão já se encontrava presente no Código Civil antigo, em seu artigo 399. Somente a disposição alusiva aos alimentos devidos aos conviventes foi introduzida expressamente no novel preceito civil.

Ao passo que a legislação antiga previa que a mulher tinha o direito de pleitear alimentos, o novo Código dispõe que os “cônjuges ou companheiros”

possuem a faculdade de solicitar alimentos uns aos outros, quando necessitam, compreendendo, deste modo, a probabilidade de o homem exigi-los.

Antes a entrada em vigor da constituição Federal de 1988, essa reciprocidade do direito a alimentos já vinha sendo adotada pelos tribunais pátrios. Portanto é de se observar que, nesse aspecto, o Código não inovou, mas somente transformou em lei o que a jurisprudência já vinha acolhendo desde 1988.

Saliente acrescer, contudo, que com a edição do Código Civil de 2002, passou-se a apreciar a suposição de pensionamento do cônjuge declarado culpado, admitindo-se, assim, que venha ele a se favorecer de concessão feita com esse desígnio. O parágrafo único do artigo 1.704 considera expressa previsão nesse sentido, recordando, no entanto, devam ser acatadas e respeitadas algumas condições exclusivas com tal finalidade.

Dispõe o artigo 1.704 do novo Código civil;

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro abrigado 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 á sobrevivência.

Acolhendo esta probabilidade expressa aceitar que os valores principais da ordem constitucional vigente, como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida privada e à intimidade, o direito à solidariedade social e à igualdade substancial, pudessem ser desprezados por força de norma infraconstitucional.

Tornou-se um exercício ineficaz e inconveniente, inquirir a culpa, posteriormente a publicação da Magna Carta de 1988, embora tenha acontecido transgressão de deveres matrimoniais por um dos cônjuges, por ferir frontalmente às garantias constitucionais da pessoa humana.

Descreve-se que um cônjuge é culpado quando viola os deveres essenciais ao matrimônio, expostos pelo legislador civil.

Andar pelo caminho apontado será simples entender que a discussão sobre a culpa é imprópria, delirante e atentatória dos direitos humanos.

Nessa modalidade de separação a discussão aplica-se na conduta de um dos cônjuges – a busca da culpa e suas conseqüências.

Especialmente agora pelo novo Código, insuficientes são, porém, as repercussões da responsabilidade de um dos cônjuges pela quebra de relações do casamento. O que anteriormente induzia à obrigação de uma sanção rígida (perda dos alimentos, da guarda dos filhos e do patronímico conjugal), hoje em dia tem uma limitada significação, pois, como se verá em parágrafos próprios, a responsabilidade pela separação é irrelevante para a guarda dos filhos; aceita, ainda deste modo, a fixação de alimentos designados à sobrevivência do faltoso e, em circunstâncias especiais, nem sequer evita a sustentação pelo culpado do sobrenome de casado.

Além disso, ante a visão social pretérita, aquele que aspirasse separar carregava sempre a marca de culpado, sendo alvo de preconceito pela sociedade, por estar vivendo à margem das relações familiares. O dogma da indissolubilidade era tão forte que anular um vínculo matrimonial era analisado, na época, imoral e vergonhoso. Por isso, muitos casais viviam aparentemente casados e infelizes para que não fossem discriminados pela sociedade.

Verificam-se os motivos com relação às rígidas críticas feitas pela doutrina na preservação da separação com culpa, quando caminha o moderno Direito, à luz da legislação estrangeira, em extrair do ordenamento a discussão dela na separação judicial.

Além disso, eram escassas as separações nessa modalidade que atingiam seu fim sem uma conciliação no curso da lide, inclusive pela complexidade da discussão e prova da responsabilidade na separação. Com o novo modelo, a intenção consiste, queremos acreditar, amortizar ainda mais o número desses processos litigiosos. Quem sabe assim, bem estabelecidas à doutrina e a jurisprudência na nova plataforma, venha a dissipar absolutamente a separação com base na culpa, tornando letra morta a sua previsão no Código.

Assim, relata Silvio Rodrigues (2004, p. 388-389):

E uma das principais preocupações para quem assim se posiciona é a exagerada punição ao “culpado”, de se ver “condenado” a perder a assistência material, mesmo quando sua responsabilidade se tenha limitado à busca da felicidade sem ferir ou violar as obrigações conjugais. De maneira mais arrojada, a assistência material ao desprovido de recursos seria o aluguel da sua tolerância conjugal, mesmo falido de fato o casamento e ausente a afeição recíproca.

O novel legislador, ao reconstruir esta sanção ao culpado, passa a fazer críticas tenha sido ela requerida expressamente pelo inocente e, ainda mais, permite a manutenção do nome ao cônjuge reconhecido como responsável na separação, se a alteração acarretar: “I – evidente prejuízo para a sua identificação; II – manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida; III – dano grave reconhecido em decisão judicial”. (CC, artigo 1.578).

Inocente o cônjuge, este tem o direito de manter o patronímico conjugal na separação judicial, e mesmo após o divórcio (CC, artigo 1.578, § 1º c/c o artigo 1.571, § 2º), podendo, a qualquer momento, e a seu exclusivo critério, retornar ao nome que possuía antes das núpcias. E também assim se faz nas demais causas em que não se discute a culpa na separação (CC, artigo 1.578, §2º).

A nova lei civil manteve a opção do legislador passado em identificar, na separação litigiosa, um culpado pela falência do matrimônio. Critica-se, ainda, que a legitimidade para propor a ação de separação é exclusiva do cônjuge que se diz inocente.

É totalmente dispensável e descabido o Estado coagir as pessoas a divulgar suas intimidades, mostrando-as publicamente para abrirem sua vida conjugal, revelando fatos de interesse privado, somente para que, ao fim, atribua a pecha de culpado a um dos cônjuges. E se tratando de sentimentos dificilmente se consegue instituir a correta causa do fim, eis que a fala dos consortes é contaminado de emoção e de subjetividade.

Segundo Cristiano Chaves de Farias em memorável passagem, consolidando entendimento esposado de há muito pela melhor doutrina brasileira, a 7ª Câmara Cível do vanguardista Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por unanimidade, no julgamento da Apelação Cível nº70005834916 – de Porto Alegre, relatado pelo eminente Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, afastou definitivamente a discussão da culpa na separação judicial.

O acórdão, lavrado em 02 de abril de 2003, proclamando ideais de cidadania, é o sinal definitivo e peremptório de uma nova orientação jurisprudencial, sepultando a culpa como elemento de relevo jurídico, apesar das referências do novo Código Civil.

Enfim, é verdadeira carta de alforria das relações afetivas, pois impede que se discuta a culpa pela falta de amor, pela negativa de afeto.

Veja-se a ementa do brilhante aresto:

“Separação judicial litigiosa. Violação dos deveres conjugais. Culpa. Prova. Descabimento. Dano moral. Impossibilidade, embora admitido pelo sistema jurídico.

É remansoso o entendimento de que descabe a discussão da culpa para a investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal.

A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo por que difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é autor da fragilização do afeto.

A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional.

Embora o sistema jurídico não seja avesso à possibilidade de reparação por danos morais na separação ou no divórcio, a pretensão encontra óbice quando se expurga a discussão da culpa pelo dissídio, e quando os acontecimentos apontados como desabonatórios aconteceram depois da separação fática, requisito que dissolve os deveres do casamento, entre os quais o da fidelidade.

Não há dor, aflição ou angústia para indenizar quando não se perquire a culpa ou se define o responsável pelo abalo do edifício conjugal.

Apelação desprovida”.

(TJ/RS, Ac.7ªCâm.Cív., Ap.Cív.70005834916 – Porto Alegre, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, v.u., j.02.04.2003)

Cogitou-se, na ocasião de ação de separação judicial na qual tentou um dos separando embutir ao outro consorte a culpa pela separação judicial, afirmando ter acontecido grave violação de deveres do casamento.

A distinta Corte gaúcha, no entanto, em abrasadoras palavras, garantiu ser “absolutamente inadequada a discussão sobre a culpa na erosão da arquitetura familiar, mesmo sob os augúrios da atual legislação civil”. Portanto, o insucesso das empreitadas amorosas não mais poderá servir como elemento elaborador de efeitos jurídicos.

À primeira vista, numa fria leitura do texto legal, a probabilidade de o culpado ter direitos a alimentos, poderia parecer uma situação injusta. Entretanto, tendo em vista toda a problemática existente acerca da forma, comparada com a outrora existente, afigura-se mais admissível.

Com relação ao direito aos alimentos, o ideal seria sua completa desvinculação da questão da culpa. A obrigação necessitaria ser tratada, observando-se a idade dos cônjuges à época da dissolução da sociedade conjugal, o tempo que ficaram casados, o patrimônio que possuíam à época em que se casaram, aquilo que pouparam durante a vida em comum, o que compete a cada um em razão da partilha, o projeto de vida em comum esquematizado pelo casal, a desenvolvimento educacional de cada um, o trabalho por eles desempenhado, a existência de filhos em comum, o tempo que aquele que ficará com a guarda terá que empregar à educação e à criação dos filhos e as desvantagens econômicas que padecerá em razão disto.

Verifica-se que são muito mais justos os critérios ora levantados do que a verificação de quem foi o culpado pela separação, ainda mais com toda a problemática, já exposta, da própria inocuidade do critério baseado na culpa.

A apuração da culpa como motivo da separação agride o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Não pode o Estado determinar que os cônjuges debatam sua vida pessoal em juízo num processo cujo fim é certo.

Segundo Flávio Tartuce com relação à aplicação da dignidade humana em sede de Direito de Família, podemos citar a tendência doutrinária e jurisprudencial de relativização ou mitigação da culpa nas ações de separação judicial. A título de exemplo, podemos transcrever:

“SEPARAÇÃO JUDICIAL – PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER – DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES – ADMISSIBILIDADE. A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal. Hipótese em que da decretação da separação judicial não surtem conseqüências jurídicas relevantes. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados” (STJ, EREsp 466.329/RS, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 14/09/2005, DJ 01/02/2006, p. 427).

É justamente essa também a lição de Luiz Edson Fachin (1999, p. 180):

Tradicionalmente, se um cônjuge imputa ao outro a culpa pela dissolução do matrimônio, diante de grave violação de um dos deveres conjugais ou por uma conduta desonrosa, ao cônjuge inocente é permitido postular em juízo a dissolução da sociedade conjugal. É por isso que neste caso se volve em separação-sanção. A questão que torna vencido esse posicionamento é simples: na falta dessa imputação, bloqueia-se o exercício do direito de não permanecer casado? Se a separação independe de motivação subjetiva, somente uma formação desviada pode manter nos litígios, esse debate ultrapassado.

A exata causa da culpa, numa abordagem psicológica, é subjetiva e se estabelece, quase sempre, com a participação de ambos os cônjuges. A falência de um casamento não se dá de uma hora para outra. Vê-se ao longo do tempo a ajuda dos parceiros com suas dificuldades individuais. Destarte, seria insensato

atribuir ao um dos cônjuges a superficial culpa por uma conduta que pode ser o espelho da atitude do outro ou a projeção de um problema do outro.

Com a relevância dada à dignidade da pessoa humana enfocada cada vez mais no Direito, não compete mais nos inquietarmos com a culpa conjugal, mas sim, com a felicidade e o bem-estar da família.

Segundo Wesley Souza de Andrade (2006, p. 37):

Desaparecendo os laços afetivos e de respeito mútuo que uniram o casal, em questão de tempo o vínculo comum perde o sentido. A discórdia, de exceção, passa a ser a linguagem do relacionamento. O lar não será mais o mesmo. A cada dia a união ganhará traços de desunião. A vida sob o mesmo teto e a comunhão de interesses tornam-se impossíveis. Somente por hipocrisia se mantém algo que de fato já não existe.

A maior parte dos deveres do casamento resultante de sua concepção moral está ligada ao direito à dignidade, à personalidade dos cônjuges: à honra e à liberdade. Ignorar o desamor insinua, além disso, num ato inconstitucional. Deste modo, o fim do casamento, com o desamor, enseja frustrações, desilusões, induzindo o casal a procurar no Judiciário o cumprimento dos deveres inerentes à condição de casados. Apenas quando o liame afetivo se rompe é que os cônjuges vão aos tribunais. O Judiciário deveria simplesmente resolver as pendências de cunho econômico, uma vez que os direitos e deveres não cumpridos na constância da união, assolada pelo desamor, perdem o relevo jurídico.

9 CONCLUSÃO

A análise da culpa conjugal se ancora no Direito Canônico, quando este preponderava sobre diversas formas jurídicas, amparando-se no realce da moralidade e da ordem pública, daí o casamento indissolúvel e a vedação ao divórcio.

Nesta época, as separações somente se produziam por motivos rigorosos, muito graves, incapazes de agüentar a estrutura familiar, dentre os quais o adultério, delito que é o que mais facilmente se suspeita e, ao mesmo tempo, o mais complicado de provar.

Ponderando os motivos objetivos da separação judicial, averigua-se que o desamor está presente em todas elas, excedendo o domínio do descumprimento da assistência mútua imaterial. É uma causa individual que penetra na normatização dos deveres.

O desamor é que vem ganhando força tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência como sendo o grande e verdadeiro culpado pelo fim das uniões. Não existe como sustentar um casamento manchado pela deficiência de amor e afeto, uma vez que é exatamente estes elementos que produzem força à união e que fazem um cônjuge aturar as intolerâncias do outro. Não acaba do nada, ou por nada, o relacionamento afetivo, ambos os cônjuges colaboram para o seu fim, por ato ou omissão.

O Código Civil de 2002 trouxe algumas inovações no tocante à pensão quanto das separações, dando direitos a ambos os cônjuges, abrindo, assim, a possibilidade do cônjuge considerado culpado a ser beneficiado com direitos a alimentos.

O legislador poderia conceder a separação meramente pela ausência de amor e de afeto, ao invés de disciplinar todas aquelas hipóteses do artigo 1.573 do novel Código. Recrimina-se, ardentemente, a constância no ordenamento jurídico em sustentar, a título de punição a culpa. Conservou-se obediente o legislador civil com relação ao princípio da culpa e, acabou por se divorciar do progresso e anseios da sociedade, optando se coligar ao comodismo das soluções do passado. Lastima-se a chance que não foi aproveitada pelo Legislativo para inovar no Direito de Família.

Não cabem ao Judiciário as questões subjetivas de afeto e de amor. Deve-se reduzir ao plano patrimonial e na preservação dos interesses dos filhos dos separandos o papel do Estado na separação dos cônjuges.

Nas palavras de Wesley Souza de Andrade (2006, p. 41):

A liberdade real de que gozam homem e mulher no casamento nos tempos modernos faz com que ambos reflitam mais acerca de suas vidas, dos rumos tomados pela união. Só eles, diante de suas individualidades, saberão quando o casamento faliu. E se batem às portas do Judiciário, após o lapso de tempo fixado em lei, é porque já estão convictos do caminho a seguir. Não se trata de pregar a cultura divorcista entre nós, mas, de deixar de lado a hipocrisia. Cabe, assim, ao Judiciário buscar a conciliação, agilizar a prestação jurisdicional para evitar maiores dissabores entre o casal, enfim, jamais servir de obstáculo, no desejo antiquado de forçar uma reconciliação ou inibir o divórcio.

Os extraordinariamente motivos que induzem o casal a pleitear a dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial não se encontram na lei, mas estão no sentimento e no coração. Determina-se muito antes a ruptura, cuja verdadeira responsabilidade, quando exista, é dificilmente apurável pelo juiz. Não obstante, aguardamos dos estudiosos, da doutrina e da jurisprudência, explanações que contribuam para promover a solução dos conflitos, já que, na

veracidade, sabemos que quando os cônjuges chegam a buscar o Poder Judiciário para uma separação judicial ou divórcio é porque o lar já está inteiramente desestruturado – está desfeito.

A proteção da dignidade do ser humano e a prevenção de sua felicidade devem ser preservadas pelo ordenamento jurídico. A discussão da culpa com relação à dissolução do casamento deverá ser extirpada do direito positivo, atendendo a um único fundamento: a vontade do cônjuge.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira, **Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ANDRADE, Wesley Souza de. **Revista Prática Jurídica**. Ano V. nº 55. 31 de outubro de 2006.

DANTAS, San Tiago, **Direitos de Família e das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson, **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FIUZA, Cezar, **Direito Civil: curso completo**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GOMES, Orlando, **Direito de Família**. 11. ed. ver. e atual. Por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____, **Direito de Família**. 14. ed. ver. e atual. Por Humberto Theodoro Júnior Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUSMÃO, Paulo Dourado, **Introdução ao Estudo do Direito**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros, **Curso de Direito Civil, v. 2:** direito de família. 38. ed., ver. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2007.

MUJALLI, Walter Brasil, **Ação de Alimentos**, São Paulo: Imperium Editora e Distribuidora, 2006.

NADER, Paulo, **Introdução ao Estudo do Direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** direito de família: volume 6. 28. ed. Ver. e atual. Por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil:** direito de família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnold, **Curso de Direito Civil Brasileiro:** O novo direito de família. 12. ed. Ver. e atual. São Paulo: RT, 1999.

FARIAS, Cristiano chaves de. **A Proclamação da Liberdade de Não Permanecer Casado.** Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Cristiano_artculpa.doc. Acessado em 13 nov 2007.

LIMA, Sarah Penido Souza **A Análise da Culpa na Separação Litigiosa.** Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/jornal/dir/anterior/ed001/monografias/SARAH-MONOGRAFIA.pdf>. Acessado em: 08 nov 2007.

NAMUR, Samir. **A Irrelevância da Culpa para o Fim do Casamento**. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Discente/Samir.pdf>. Acessado em 13 nov 2007.

REIS, Luís Eduardo Bittencourt dos. **A Guarda dos Filhos**. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81011-aguardadosfilhos.htm>. Acessado em 08 nov 2007.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_princfam.doc. Acessado em 13 nov 2007.