

O NOVO DIVÓRCIO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO A ALIMENTOS

THE NEW DIVORCE AND ITS EFFECTS ON THE RIGHT TO FOOD

RODOLFO PAMPLONA FILHO*
LUIZ CARLOS DE ASSIS JR.**

RESUMO

A promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, que criou o divórcio verdadeiramente direto ao alterar o art. 226, §6º, da CF, promoveu uma revolução silenciosa no direito de família, com inúmeros reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre os reflexos desta nova ordem constitucional, destacam-se aqueles relativos ao direito a alimentos. Objetivando investigar estes reflexos no direito de alimentos, o presente artigo se pauta em um estudo bibliográfico e, especialmente, documental, ao realizar a

ABSTRACT

The Constitutional Amendment No 66/2010, which established the unconditional right to divorce by changing the art. 226, §6º, of CF, caused a quiet revolution in family law, with many reflections in the Brazilian legal. Among the consequences of this new constitutional order, are the ones concerning the right to food. In order to investigate these reflections on the right to food, this article uses method of bibliographical study and, especially, documental study, analyzing paradigmatic decisions of the Superior Court of Justice and the Supreme Court. It will be seen that

* Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA.
E-mail: rpamplonafilho@uol.com.br

** Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); Especialista em Processo Civil; Professor da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia (ESDEP); Professor de Direito Civil e Processo Civil da Faculdade do Sul da Bahia (FASB) e da Faculdade Pitágora de Teixeira de Freitas; Professor convidado da Escola Superior de Advocacia (ESAD); Professor colaborador dos cursos de Pós-graduação da UNIFACS; Professor Substituto de Processo Civil na UFBA (2010/2011); Defensor Público do Estado da Bahia.
E-mail: luizcaj@ymail.com

análise de decisões paradigmáticas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Será visto que a repercussão da EC nº 66/2010 no direito a alimentos ocorre especialmente no que tange à forma de fixação dos alimentos, em que se afasta qualquer critério baseado na culpa para dar lugar apenas ao binômio necessidade de quem pede e possibilidade de quem presta.

PALAVRAS-CHAVE: Emenda constitucional nº 66/2010. Novo divórcio. Supressão da separação. Extinção da culpa. Reflexos no direito a alimentos.

the impact of Constitutional Amendment n. 66/2010 on the right to food occurs especially regarding the fixation of food, which removes any criterion based on fault to give rise only to the binomial *the necessity of the person requesting and the possibility of the person providing*.

KEYWORDS: *Constitutional amendment no. 66/2010. New divorce. Elimination of legal separation. Extinction of the fault. Reflections on the right to food.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DO NOVO DIVÓRCIO NO BRASIL; 3 A EXTINÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL; 4 A SUPRESSÃO DA DISCUSSÃO DA CULPA NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA; 5 OS REFLEXOS DO NOVO DIVÓRCIO NO DIREITO A ALIMENTOS; 6 CONCLUSÕES

1 INTRODUÇÃO

Por meio deste artigo, visa-se investigar os reflexos do novo divórcio no Brasil – inaugurado pela Emenda Constitucional nº 66/2010 – no direito a alimentos. Inicialmente, cumpre advertir que o objeto de investigação é limitado aos alimentos entre os cônjuges, sendo indubitoso que o regime do dever alimentar dos pais para com os filhos e entre parentes permanece inalterado com a referida emenda.

No primeiro tópico, faz-se breve análise dos fatos históricos, desde o período pré-republicano, que desencadearam na atual forma de dissolução do vínculo matrimonial, o divórcio verdadeiramente direto e incondicionado.

Em seguida, a pesquisa aponta para a supressão da separação judicial no Brasil, como decorrência da imediata

eficácia das normas constitucionais. A Emenda Constitucional nº 66/2010 alterou o art. 226, §6º, suprimindo a expressão *após prévia separação judicial*, de modo que o divórcio passa a prescindir deste requisito e, conseqüentemente, todas as normas infraconstitucionais acerca da separação judicial restaram revogadas pela alteração constitucional.

Essa conclusão é muito importante para se entender o ponto seguinte do artigo, em que se verifica a supressão da discussão da culpa nas relações de família. Trata-se de decorrência lógica da revogação da separação judicial e artigos correlatos, uma vez que a culpa sempre vinha atrelada à separação judicial e questões colaterais.

Finalmente, tomando como premissa a supressão da separação judicial do ordenamento jurídico e a extinção da discussão da culpa nas relações de família – que compõem a face do novo divórcio – passa-se à última parte do artigo, na qual se investiga as conseqüências disso para o direito a alimentos entre cônjuges. Dentre as questões abordadas, destacam-se o fundamento do direito a alimentos, os parâmetros objetivos com base nos quais devem ser fixados os alimentos e renunciabilidade desse direito.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DO NOVO DIVÓRCIO NO BRASIL

Para entender os reflexos do atual regime jurídico do divórcio em matéria de alimentos, faz-se imprescindível, ainda que brevemente, a análise dos fatos históricos que desencadearam na mais recente forma de extinção do vínculo matrimonial no Brasil, após a Emenda Constitucional nº 66/2010.

Historicamente, o casamento sempre sofreu influência da religião, qualquer que seja ela. Essa influência é percebida no ordenamento de cada país direta ou indiretamente, a depender da institucionalização da religião ou de seu estado laico. Dada

sua influência na história da civilização humana, a Igreja Católica é especialmente lembrada em se tratando de constituição e dissolução do vínculo matrimonial.

Sob o prisma católico, o casamento tem origem na união celebrada por Deus entre Adão e Eva¹, em razão da inviabilidade da vida solitária, sentida pelo homem e reconhecida pela divindade. Como algo *criado* por Deus, o casamento seria sagrado e sua dissolução jamais poderia ocorrer pelas mãos do homem. Por isso mesmo, o casamento foi usualmente um ato religioso, apenas se incorporando aos atos civis após a ascensão do Estado em relação à Igreja.

No Brasil, o casamento se tornou um ato civil a partir de 1889, após a proclamação da República e a separação entre Estado e Igreja². Isso, porém, não suprimiu a influência da Igreja na legislação pátria, uma vez que, por longos anos, o casamento permaneceu como um ato indissolúvel e, só em 1977, se passou a admitir o divórcio no Brasil.

Yussef Said Cahali³ assinala que nos primeiros séculos do Cristianismo o divórcio e a separação foram consentidos, mas a Igreja desde logo reagiu para suprimi-los, sob o manto da parábola *não separe o homem o que Deus uniu*. A partir do século VIII, a tese da indissolubilidade do vínculo matrimonial passa a ser defendida com vigor e, no século XVII, o divórcio foi definitivamente proibido: a unidade e a indissolubilidade do matrimônio passariam a ser compreendidas como características ínsitas ao casamento⁴.

1 CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 8.ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 27

2 CARVALHO NETO, Inácio de. *Ibid.* p. 28.

3 CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 27-28.

4 Para amenizar os infortúnios que naturalmente decorrem de qualquer relação obrigatória entre duas pessoas, permitiu-se a separação dos corpos, isto é, faticamente, o casal se separava, mas o matrimônio permanecia. Atualmente, o Código Canônico

Em razão da ascensão histórica do poder espiritual sobre o poder temporal, até 1861 o casamento apenas era regulado pela Igreja, de modo que os não-católicos restavam desamparados em relação ao matrimônio. Com a edição do Decreto 1.144⁵, naquele ano, o Estado brasileiro passou a regular os casamentos não-católicos, dando-lhes efeitos civis, mas ainda assim lhes estendia o princípio da indissolubilidade do vínculo, permitindo apenas a separação dos corpos com a manutenção vincular. Esse decreto marcou o início do fim do monopólio do casamento pela Igreja.

Já em 1890, após a laicização do Estado brasileiro, poder secular avocou para si o domínio sobre a regulação do casamento ao promulgar o Decreto 181/1890⁶, o qual previa em seu artigo 1º que “o casamento civil, único válido [...], precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto” sob pena de o ministro de confissão que celebrá-lo ser punido com seis meses de prisão e multa.

consente a separação perpétua e a separação temporária. Enquanto a separação perpétua decorre do adultério, que deve ser certo, não consentido nem perdoado e nem compensado pelo cônjuge traído, quaisquer outras causas apenas podem ensejar a separação temporária, quer perdura enquanto durar sua causa. CAHALI, Yussef Said. *Ibid.* p. 28.

- 5 Decreto 1.144/1861. “Art. 1º. Os efeitos civis dos casamentos celebrados na forma das Leis do Império serão extensivos: 1º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados fora do Império segundo os ritos ou as Leis a que os contraentes estejam sujeito. 2º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados no Império, antes da publicação da presente Lei segundo o costume ou as prescrições das Religiões respectivas, provadas por certidões nas quais verifique-se a celebração do ato religioso. 3º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado, que da data da presente Lei em diante forem celebrados no Império, segundo o costume ou as prescrições das Religiões respectivas, contanto que a celebração do ato religioso seja provado pelo competente registro, e na forma que determinado for em Regulamento[...]”. (*in* CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 8.ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 37).
- 6 Decreto 1.181/1890. “Art. 1º. O casamento civil, único válido nos termos do art. 108 do Decreto 181 de 24 de janeiro ultimo, precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejem solenizá-los os nubentes. Art. 2º O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, será punido com seis meses de prisão e multa correspondente à metade do tempo [...]”. (*Apud* CARVALHO NETO, 2007. p. 38).

Apesar do rompimento do Estado com a Igreja em 1889, a influência dos dogmas católicos sobre o ordenamento brasileiro sempre foi notória. Tentou-se em 1893, em 1896, em 1899 e em 1900 a aprovação de projetos legislativos de divórcio vincular, mas em nenhuma delas se obteve sucesso⁷.

Na fase de elaboração e discussão do Código Civil de 1916 a matéria foi amplamente debatida, com defensores fervorosos tanto da criação do divórcio ao lado da mera separação, como da manutenção apenas desta. Ao final, “prevaleceu a orientação ditada pela tradição cristã do nosso povo”⁸, com a permanência da separação de corpos, que tinha como causas taxativas o adultério, a tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal por dois anos contínuos. Para designar essa separação, foi introduzida a palavra *desquite* no ordenamento jurídico brasileiro.

O desquite não punha fim ao vínculo matrimonial, mas tão somente à sociedade conjugal, autorizando a separação dos corpos e pondo termo ao regime de bens. O casamento não estava ao arbítrio dos cônjuges, mas do Estado: era à sustentação deste que aquele servia, por isso, se o casal se separasse, passariam os cônjuges a estarem não-quentes com o Estado, ou seja, desquites.

A indissolubilidade do vínculo matrimonial perdurou por longo tempo, e contou, inclusive, com a constitucionalização da proteção da família. Essa constitucionalização da proteção da família veio no artigo 144⁹ da Constituição de 1934, que solidificou o princípio da indissolubilidade do vínculo

7 CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 41.

8 CAHALI, Yussef Said. *Ibid.* p. 41-42.

9 Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio , com efeito suspensivo. In BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 23 fev 2010.

matrimonial. No mesmo sentido, foram as constituições de 1937, artigo 124¹⁰, de 1946, artigo 163¹¹, e de 1967, artigo 167, §1º¹².

Relata Yussef Cahali¹³ que durante a vigência da Constituição de 1946 se tentou ferrenhamente modificar o ordenamento para a introdução do divórcio. Recorreu-se, inclusive, ao *divórcio disfarçado*, “consistente na incompatibilidade invencível entre os cônjuges, com prova de que, após decorridos cinco anos da decretação ou homologação do desquite, o casal não restabelecer a vida conjugal”. Mas a indissolubilidade prevaleceria até o ano de 1977, tendo sido necessária verdadeira manobra política para que pudesse ser instituído o divórcio.

Em abril de 1977, após decretar recesso parlamentar com base no AI 5, o Executivo promulgou a EC nº 8/1977, que reduziu o *quorum* necessário para a aprovação de emendas constitucionais de dois terços para a maioria dos congressistas. Assim, os adeptos do divórcio apresentaram nova Proposta de Emenda Constitucional, que culminou na EC nº 9/1977, a qual foi aprovada em primeira sessão por 219 votos e em sessão final pro 226 votos¹⁴.

Com isso, a dissolução do matrimônio passou a ser permitida nos casos previstos em lei, condicionada á prévia

10 Constituição de 1937. Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 fev 2010.

11 Constituição de 1946. Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 fev 2010.

12 Constituição de 1967. Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 fev 2010.

13 CAHALI, Yussef Said. Op. cit. p. 42.

14 CAHALI, Yussef Said. Ibid. p. 43.

separação judicial¹⁵, por mais de três anos, ou separação de fato caso o casal tivesse mais de cinco anos de separação na data da entrada em vigor da EC 9/1977, conforme regulamentação dada pela Lei 6.515/1977, conhecida como a lei do divórcio. Esta lei também aboliu a palavra *desquite*¹⁶ e acolheu a designação de *separação* para a mera dissolução da sociedade conjugal. Essa Lei, proclamou Áurea Pimentel Pereira, constituiu “verdadeiro avanço de uma sociedade aberta e compreensiva, que já não podia continuar convivendo com [...] a inexistência, em nossa legislação, de solução adequada para os irreversíveis problemas de divergências conjugais”¹⁷.

Ao contrário de previsões pessimistas por parte dos opositores do divórcio, a família não se extinguiu e tampouco mergulhou no vão da promiscuidade. A lei demonstrou que a sociedade brasileira já era madura o bastante para fomentar as relações familiares realmente sólidas e desfazer as relações inviáveis, mas a real dissolução do vínculo em vida ainda estava condicionada à prévia separação judicial por mais de três anos, e não poderia se fazer a conversão desta em divórcio, nos termos

15 Por curiosidade, é oportuna a passagem de Roberto Ruggiero acerca da separação no Código Civil italiano, quando ainda não era permitido o divórcio naquele ordenamento: “O nosso código regula o estado de separação, baseando-se em dois conceitos fundamentais. Um é que por ela não há suspensão de todos os deveres conjugais, mas apenas daqueles que são mais irreconciliáveis com a inimizade criada entre os cônjuges, isto é, o dever da coabitação, da recíproca dedicação sexual, da assistência mútua”. (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito de família, direitos reais e posse*. v.2. Trad.: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999. p. 249)

16 A palavra *desquite*, no entanto, estava bastante enraizada, afinal, de criação brasileira, e, por isso, a mudança foi bastante criticada por parcela autorizada da doutrina (Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito civil: direito de família*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 1989; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1978). Mas, conforme aduz Inácio de Carvalho Neto, o abandono do termo *desquite* teve um objetivo maior, retirar a carga pejorativa da separação judicial, a fim de que informasse nada mais que um estado civil. CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 93.

17 PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial: comentários à Lei 6.515/1977 à luz da Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p.13.

do artigo 31 da Lei 6.515/77, sem a decisão definitiva sobre a partilha de bens¹⁸.

Em seguida, a promulgação da Constituição Federal de 1988 promoveu alterações dignas de nota em matéria separação e divórcio. Aliás, em todo o direito de família, a começar pela própria designação da disciplina, que passou a ser chamada de direito das famílias nas academias. A Constituição de 1988 consagrou uma miscelânea de espécies familiares, desde o tradicional núcleo familiar à família monoparental, sempre fundadas no afeto.

Em sede de separação e divórcio, a CF/88 inovou com a instituição daquela forma de divórcio que ficou conhecida como *divórcio direto*¹⁹. Até então, o divórcio direto era figura excepcionalmente permitida no artigo 40 da Lei 6.515/77, o qual dispunha que no caso de separação de fato há mais de cinco anos iniciada antes da data de 28 de junho de 1977, a ação de divórcio poderia ser promovida²⁰.

18 “A conversão da separação judicial em divórcio está sujeita a duas condições: sentença de separação judicial e decisão definitiva sobre a partilha de bens. Não tendo sido feito o inventário e existindo, ainda, bens não partilhados no esboço de partilha homologado, carece o autor de ação. Interpretação do art. 31 da Lei 6.515/77. Provimento da Apelação” (AC. un. 1ª C. Cível, de 12-11-81. Apel. Cível 18.362, Capital. Reg. em 4-1-82. Rel. Des. Pedro Américo. *Ementário do TJRJ* Ano 4, nº 5.106, PP. 129/130) (in PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial: comentários à Lei 6.515/1977 à luz da Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 119).

19 Esse divórcio direto estava previsto na segunda parte do art. 226 da CF/88: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, **ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.**” Não obstante, o divórcio verdadeiramente direto foi inaugurado com a Emenda Constitucional nº 66/2010, nas linhas seguintes.

20 O artigo 40 da Lei 6.515 (“no caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa”) gerou fortes controvérsias frente ao artigo 2º da Emenda Constitucional nº 9/77 (“a separação, de que trata o §1º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda”). Uma corrente defendia os cinco anos de separação de fato

Após a CF/88, portanto, passaram a coexistir o *divórcio direto*, que poderia ser requerido após dois anos de separação de fato e independentemente de imputação de culpa, e o divórcio por conversão, que poderia ser requerido após um ano do trânsito em julgado da decisão de separação judicial.

Desde a promulgação do Código Civil de 1916, foram marcantes as mudanças ocorridas em sede de direito de família, especialmente no que tange ao divórcio e a separação. O conceito de família para realização de fins estatais foi pela realização da pessoa, pois, a pessoa constitui família para sua felicidade, e não para a felicidade do Estado.

Nesse passo, vê-se que o regime jurídico da separação e do divórcio constituía óbice para a busca da felicidade não apenas em razão dos prazos impostos, mas também devido às amarras travadas pela necessidade de se discutir culpa como elemento de fixação dos efeitos colaterais da separação ou do divórcio. Dentre esses efeitos, estão os alimentos, que eram tradicionalmente fixados em razão da culpa.

Finalmente, em 2010, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao §6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, suprimindo a separação judicial e qualquer lapso temporal como pressuposto para o divórcio. Com espetacular clareza e brevidade, a Constituição passou a prescrever que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Interessante notar que quando da promulgação da primeira lei do divórcio no Brasil, a Lei 6.515/77, os anti-divorcistas disseminaram a idéia de que se esta lei fosse aprovada, nenhum casamento restaria no país. Isso não ocorreu. O que se observa é que a sociedade brasileira é madura para decidir sua

de que tratou a EC 9/77 deveriam estar completos antes do dia 28 de junho de 1977, mas prevaleceu a segunda corrente, segundo a qual apenas se exigia que os cinco anos de separação de fato tivessem tido início antes daquela data. (Cf. PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial*: comentários à Lei 6.515/1977 à luz da Constituição de 1988. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 143-149).

própria vida, e as pessoas não se separam ou divorciam apenas porque existem esses institutos.

O novo divórcio – verdadeiro divórcio direto – é um inequívoco direito potestativo²¹: não está sujeito a restrições temporais e nem morais. O regime jurídico²² do novo divórcio revolucionou o direito de família ao romper com antigos dogmas, o que implica na necessária releitura de alguns elementos que eram correntes nas separações.

Para este artigo, interessa entender qual a atual situação jurídica da culpa como elemento para fixação da obrigação alimentar entre os divorciandos.

3 A EXTINÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

O Código Civil de 2002 regula a dissolução da sociedade conjugal a partir do artigo 1.571²³, elencando a separação judicial entre as formas de dissolução. O pedido de separação judicial, por sua vez, estaria sempre vinculado à imputação de culpa. Diante disso, é se questionar: após a Emenda Constitucional n° 66, que suprimiu a separação judicial como pressuposto para o divórcio na Constituição Federal, a separação judicial continua a existir?

21 Neste sentido, pede-se licença ao leitor para fazer remissão à obra “O Novo Divórcio” (de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho), que foi a primeira publicação em livro sobre o novo divórcio no Brasil: “desapareceu, igualmente, o requisito temporal para o divórcio, que passou a ser exclusivamente direto, tanto o por mútuo consentimento quanto o litigioso. [...] É o reconhecimento do divórcio como o simples exercício de um direito potestativo” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43).

22 Não há espaço neste artigo para maiores divagações acerca do regime jurídico do novo divórcio, uma vez que seu objeto de estudo se restringe à análise histórica do divórcio no Brasil, mas, não se poderia deixar de consignar alguns dispositivos do Código Civil que tiveram sua eficácia imediatamente prejudicada com a promulgação da Emenda Constitucional n° 66: art. 1.571, III; art. 1.572; art. 1.573; art. 1.574; art. 1.575; art. 1.576; art. 1.577; art. 1.578; art. 1.580; art. 1.702; e art. 1.704.

23 C. Art. 1.571. 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.

Para responder a essa indagação, é preciso fazer uma breve incursão no campo da constitucionalização do direito civil. Trata-se de fenômeno que tem como marco a II Guerra Mundial, quando se passou a estudar o direito como instrumento de eficácia social.

Antes disso, o Código Civil²⁴ funcionou como a constituição das relações privadas, pois era tida como única fonte de direito entre os particulares. Seus pilares, família, contrato e propriedade, eram caracterizados, respectivamente, pela submissão ao poder do marido, pela força de lei da vontade e pelo direito absoluto de propriedade. Isso constituía a experiência de um passado a ser conservado²⁵.

O caráter central do Código Civil resta abalado depois da percepção de sua insuficiência para solucionar os complexos conflitos sociais surgidos a partir da I Guerra Mundial²⁶. Recorde-se que os moldes sob os quais se materializou o Código de 1916

24 Fala-se em Código Civil em sentido geral, abrangendo o Código Civil napoleônico e todas as codificações oitocentistas. Acerca da influência do Código Civil francês na confecção do Código Civil brasileiro de 1916, Gustavo Tepedino contextualiza: “O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo”. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 2.

25 Orlando Gomes retrata muito bem essa cultura conservadora presente no legislado de 1916, pois, conforme lembra, restou conservado o marido como chefe de família, competindo-lhe, inclusive, autorizar profissão da mulher; manteve-se a propriedade como valor absoluto e foi reconhecida força de lei à vontade das partes nas relações contratuais. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 8 e 15.

26 Com o fim da primeira guerra mundial, a situação econômica da Europa foi abalada, e os impactos na economia brasileira foram inevitáveis. O Brasil era agrário e dependia da exportação dos produtos agrícolas para os países europeus; em contrapartida, o Brasil importava produtos industrializados da Europa. Esse fluxo, se não cessou, diminuiu drasticamente e abalou os pilares sociais e econômicos brasileiros, forçando o país a iniciar sua industrialização tardia, além de abrir caminho para o Estado Social brasileiro.

consumaram o *darwinismo jurídico*²⁷, sem espaço para justiça social, e, após o marco histórico da I Guerra Mundial, a mudança seria inevitável.

Iniciou-se, então, um movimento intervencionista²⁸ – por meio de leis esparsas e da própria Constituição – nas relações privadas, o chamado Estado Social. Inicialmente tímido, não alterou substancialmente a centralidade do Código Civil de 1916; mas, a partir da década de trinta, a legislação esparsa já não era excepcional e passa a dividir considerável espaço jurídico com o Código Civil. Não se tratava, ainda, da efetiva constitucionalização do direito, dado que o Código Civil permanecia como referência retroalimentar das leis esparsas.

No Brasil, a efetiva constitucionalização do direito, com a unificação do sistema em torno da Constituição, começa após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em março de 1992, na aula inaugural da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Gustavo Tepedino defendeu ser necessário “buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil”²⁹.

Este é o espírito da constitucionalização, pelo que Paulo Lôbo, refletindo à luz de um sistema uno, afirmou que “a mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição, e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência”³⁰.

Em razão dessa nova sistemática, o Código Civil passa a ser mais um dos tantos satélites legislativos em órbita no entorno da Constituição, ou seja, o Código Civil não possui autonomia

27 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.36, n.141, jan/mar 1999. p. 101.

28 TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 5-8.

29 TEPEDINO. Id. *Ibid.* p. 13.

30 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.* p. 100.

valorativa frente à Constituição³¹, mas, deve estar – assim como as demais leis especiais – axiologicamente em consonância com a Carta Magna. Isso decorre da força normativa da Constituição³², eis que ela possui o poder de modificação da realidade, sendo a sua força normativa proporcional à convicção sobre a sua inviolabilidade.

E quais os reflexos da constitucionalização do direito civil para o regime jurídico de dissolução do vínculo matrimonial?

Antes da EC nº 66/2010, o divórcio era precedido de separação, judicial ou de fato. Aquilo que se denominava divórcio direto dependia de prévia separação de fato há mais de dois anos, enquanto o divórcio por conversão dependia da anterior separação judicial por mais de um ano. Com a promulgação da emenda, o regime de dissolução do vínculo matrimonial necessariamente sofre sua incidência e, inquestionavelmente, muda, pois, o divórcio deixa de ser precedido de separação

31 Vem a calhar o duplo sentido de constitucionalização do código civil relatado por Eugênio Facchini Neto: “No primeiro deles, trata-se da descrição do fato de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados passaram a serem disciplinados também nas constituições contemporâneas [...]. Na segunda acepção [...] o fenômeno vem sendo objeto de pesquisa e discussão apenas em tempos mais recentes, estando ligado às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como força normativa dos princípios, [...] à interpretação conforme a Constituição etc.”. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 37-40.

32 Acerca da força normativa da Constituição, deve-se recordar a seguinte passagem de Konrad Hesse: “A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. [...] A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição.” HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: *safe*, 1991. p. 24.

judicial: nasce o divórcio verdadeiramente direto, que independe de qualquer condição temporal.

A modificação do §6º do art. 226 da Constituição Federal foi extremamente significativa, não podendo ser ignorada, razão porque cabe ao pesquisador do direito identificar os rumos dos institutos jurídicos que sofreram seu reflexo, e aos Tribunais caberá assentar as diversas interpretações que surgirem. Trata-se de um efeito necessário decorrente da constitucionalização do direito civil.

O instituto da separação judicial não encontra outra sorte, senão a de sua supressão do ordenamento. Essa é a conclusão a que se chega também quando investigada a *mens legis*. Na proposta original, a EC nº 66/2010 teria a seguinte redação: “o casamento civil pode dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, *na forma da lei*”.

A justificativa da proposta esclarecia o infortúnio de se manter a duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, razão porque impunha a unificação, no divórcio, de todas as hipóteses de separação dos cônjuges. Com essa idéia, a proposta foi aprovada na Câmara dos Deputados, mas a expressão *na forma da lei* foi suprimida, e não poderia ser diferente, afinal, se a finalidade era extinguir os prazos para a concessão do divórcio, o poder constituinte derivado não poderia deixar margens para que lei infraconstitucional pudesse normatizar em sentido contrário.

De mais a mais, as normas que regem as relações de família não são rígidas, sobretudo porque existem as uniões estáveis, elevadas ao patamar do casamento civil e que podem ser desfeitas ao alvedrio dos companheiros. Aliás, é se pensar que, se a união estável se equipara ao casamento para todos os efeitos, o contrário não pode ser diferente, constituindo mais uma razão para que seja facilitada tanto a sua constituição como sua desconstituição.

O trâmite da proposta que resultou na EC nº 66/2010 reforça a conclusão de que a separação judicial restou

definitivamente suprimida. Importante notar, ainda, que o próprio cabeçalho da Emenda Constitucional nº 66/2010 – que, apesar de ter natureza explicativa, não pode deixar de ser levado em conta neste momento de transição – também é no sentido de que a separação judicial resta suprimida do ordenamento, veja-se:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010.

Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, *suprimindo o requisito de prévia separação judicial* por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.³³

A doutrina^{34,35} também não destoa desse raciocínio. Maria Berenice Dias é incisiva no sentido de que “desapareceu toda e

33 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em 8 dez 2010.

34 Registre-se a existência de uma corrente minoritária que insiste na persistência da separação judicial, mesmo após sua supressão da Constituição Federal de 1988. Em geral, essa posição ignora a força normativa da Constituição e seu *status* de fundamento de validade e eficácia das normas infraconstitucionais, afastando-se completamente do processo histórico de constitucionalização do direito. Assim, Romualdo Baptista dos Santos defende que casamento e divórcio são institutos de direito civil, que devem ser tratados no ambiente legislativo próprio, qual seja, no Código Civil e na legislação correlata. SANTOS, Romualdo Baptista. *A Emenda Constitucional nº 66/2010: necessidade de reforma da legislação infraconstitucional*. Disponível em <<http://direitoemperspectiva.blogspot.com/2010/07/emenda-constitucional-n-662010.html>>. Acesso em 8 dez 2010. Luiz Felipe Brasil Santos também discorda da posição defendida neste artigo, asseverando que “a eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária (Código Civil) [...], está agora aberta a porta para que esta seja modificada”. SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Emenda do divórcio: cedo para comemorar*. Disponível em <<http://ibdfam.org.br/?artigos&cartigo=648>>. Acesso em 8 dez 2010.

35 Os autores que subscrevem este artigo também já tiveram a oportunidade de se pronunciar pelo fim da separação judicial: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010; ASSIS JR., Luiz Carlos de. A Inviabilidade da Manutenção da Separação Como Requisito para o Divórcio Frente à Autonomia Privada. *Revista IOB de Direito da Família*, nº 57, v. 12, dez./jan. 2009/2010, p. 16-31.

qualquer restrição para a concessão do divórcio, que cabe ser concedido sem prévia separação judicial e sem a necessidade de implementos de prazos [bem assim], foram derogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes ao tema”³⁶.

Em plena sintonia com esta interpretação, Rodrigo da Cunha Pereira³⁷ explica que ao excluir qualquer referência à separação judicial, a Constituição Federal aboliu não só os prazos, mas qualquer outro requisito para a concessão do divórcio, sobretudo diante da força normativa da Constituição. Paulo Lôbo Neto também é pela imediata incidência da Emenda Constitucional ao expressar que “a Constituição deixou de tutelar a separação judicial”³⁸.

Por todas as considerações acima, é inarredável a conclusão de que o divórcio após a Emenda Constitucional n° 66 imprescinde de qualquer requisito temporal, ou seja, trata-se de divórcio verdadeiramente direto.

4. A SUPRESSÃO DA DISCUSSÃO DA CULPA NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

Visto que a separação judicial restou definitivamente suprimida do ordenamento jurídico brasileiro, resta saber se a

36 DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já: comentários à emenda constitucional 66*, de 13 de julho de 2010. São Paulo: RT, 2010. p. 36. Antes da EC n° 66, a autora já havia manifestado sua opinião acerca separação judicial, oportunidade em que afirmou ser “imperioso que se reconheça ser de todo inútil, desgastante e oneroso, não só para o casal mas também para o Poder Judiciário”. *Id.* Da separação e do divórcio. *In Direito de família e o novo Código Civil*. Coord. Maria Berenice Dias; Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 66.

37 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *O divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 28.

38 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=773>. Acesso em 8 dez 2010.

dissolução do vínculo e seus efeitos colaterais ainda comportam seja travada discussão em torno da culpa.

A culpa é historicamente responsável pelo desfecho de muitas matérias submetidas ao crivo do direito, especialmente na responsabilidade civil e no direito de família. Em se tratando de culpa, a doutrina corriqueiramente remete o estudioso ao direito romano, porque ali estaria a sua origem, mais especificamente na *Lex Aquilia*, como se o conceito de culpa tivesse saltado do direito romano para o século XIX, quando passou a ser introduzida nos códigos oitocentistas. Ocorre que isso não é suficiente para explicar como a culpa ganhou contornos morais e se espalhou, inclusive, pelo direito de família.

Investigando as origens do termo *responsável*, Michel Villey³⁹ dá importantes contribuições acerca de como a culpa foi introduzida no direito clássico com tamanha carga moral. Explica o autor que após a baixa do Império Romano pelos bárbaros, a ordem social da Europa passou ao comando daqueles que pregavam a obediência à lei moral divina, ao argumento de que a intenção subjetiva de cada homem era julgada por Deus, porque “Deus sonda os rins e o coração”⁴⁰.

No entanto, continua o autor⁴¹, como o homem está obrigado a conviver com seus semelhantes, a partir do século XVI, o jurista do direito natural passa a prescrever as condutas devidas por cada um na lei temperada pela moral cristã. Partindo de preceitos morais, cada um passa a ser responsável diante do foro pessoal por suas condutas, mas a responsabilidade pelas consequências estaria condicionada à culpa.

Tendo em vista que, no Brasil, o casamento esteve sob o monopólio da Igreja até o final do século XIX, os dogmas

39 VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo “responsável” (1977). Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista DireitoGV*, v.1, n.1, mai 2005.

40 Id. Ibid. p. 143.

41 Id. Ibid. p. 144 *et seq.*

cristãos⁴² – entre eles, a culpa – estavam enraizados nos institutos da família quando da promulgação do Código Civil de 1916. Somado a isso, a influência francesa sobre o legislador brasileiro levou à introdução da culpa no Código Civil de 1916, que ganhou especial destaque no regime do *desquite*.

Uma vez que prevalecia a indissolubilidade do casamento, e que só respondia por seus atos aquele que agisse com culpa, o *desquite* estava condicionado à prova, pelo outro cônjuge, de uma das condutas culposas elencadas no art. 317⁴³ do CC/16, bem assim, os alimentos só seriam devidos ao cônjuge não-culpado⁴⁴, de modo que o cônjuge culpado era sancionado com a subtração do direito aos alimentos.

42 Ainda hoje, o Código de Direito Canônico prescreve em seu artigo 1141 (Can. 1141 *A marriage that is ratum et consummatum can be dissolved by no human power and by no cause, except death*) que um casamento consumado não pode ser dissolvido, a não ser pela morte, enquanto o artigo 1151 (Can. 1151 *Spouses have the duty and right to preserve conjugal living unless a legitimate cause excuses them*) prevê que a preservação da vida conjugal é, além de um dever, um direito dos cônjuges. E, em seu artigo 1152, §1, dispõe que o cônjuge não-culpado apenas terá o direito de suspender a vida conjugal se, expressa ou tacitamente, não perdoar o cônjuge adúltero (Can. 1152 §1. *Although it is earnestly recommended that a spouse, moved by Christian charity and concerned for the good of the family, not refuse forgiveness to an adulterous partner and not disrupt conjugal life, nevertheless, if the spouse did not condone the fault of the other expressly or tacitly, the spouse has the right to sever conjugal living unless the spouse consented to the adultery, gave cause for it, or also committed adultery*) Disponível em <http://www.vatican.va/archive/ENG1104/_INDEX.HTM>. Acesso em 16 dez 2010.

43 Salvo na hipótese de *desquite* consensual, ele só poderia ser requerido com base numa das hipóteses elencadas pelo artigo 317 do Código Civil de 1916: Art. 317. A ação de *desquite* só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I. Adultério; II. Tentativa de morte; III. Sevícia, ou injúria grave. IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

44 O artigo 320 do Código Civil de 1916 prescrevia que apenas a mulher inocente teria direito aos alimentos, *in verbis*: “no *desquite* judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar”. Neste sentido, Orlando Gomes esclarecia que não teria “direito a alimentos a mulher separada que levou vida desonesta e na velhice se tornou necessitada, miserável”. GOMES, Orlando. *Direito de família*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 439. Corroborando a afirmação, o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 26956, decidiu que o cônjuge julgado culpado não tem direito a pensão alimentícia: “Pensão alimentar; não tem direito a ela o cônjuge que, no *desquite* litigioso, é julgado culpado”. STF – 1ª T. – RE 26956 – Rel. Min. Nelson Hungria – j. 20.01.1959.

Ao ser promulgada, a Lei 6.515/77 suprimiu aquele rol de condutas culposas do art. 317 do CC/16 e condicionou a separação judicial à insuportabilidade da vida em comum⁴⁵, conceito verdadeiramente indeterminado que abrangia, inclusive, as causas antes previstas no art. 317 do antigo Código Civil. Na mesma esteira normativa do Código Civil de 1916, a Lei 6515/77 imputava a obrigação alimentar ao cônjuge que desse causa à separação, isto é, ao cônjuge considerado culpado caberia o dever de prestar alimentos⁴⁶ e não teria direito aos alimentos caso necessitasse. Desta forma, as matérias de separação judicial e fixação de alimentos estavam inequivocamente envolvidas pela discussão acerca da culpa na Lei 6.515/77.

No Código Civil de 2002 não foi diferente. O novo *codex* resgatou o rol de causas da separação⁴⁷ do CC/16, porém, deixou claro tratar-se de rol meramente exemplificativo⁴⁸ ao prescrever que o juiz poderia considerar outros fatos que tornassem evidente a impossibilidade da vida em comum. Na sistemática da separação judicial litigiosa, um dos cônjuges deveria imputar ao outro qualquer ato que importasse em grave violação dos deveres do casamento, o que necessariamente implicava na desgastante discussão da culpa.

45 Lei 6.515/1977. Art 5º - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

46 Lei 6.515/1977. Art 19 - O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.

47 CC/2002. 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.

48 A doutrina é unânime no sentido de que o rol das causas de separação judicial previsto no art. 1.573 é meramente exemplificativo. Cf. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 369. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 229.

Ao contrário da Lei 6.515/77 e do CC/16, o Código Civil de 2002 mitigou a punição para o cônjuge reputado culpado pela falência do casamento. Antes, o cônjuge culpado não tinha direito algum à pensão alimentícia⁴⁹, mas o novo *codex* limitou os efeitos punitivos da culpa na fixação dos alimentos ao criar obrigação alimentar para o cônjuge não-culpado limitada aos alimentos naturais, o indispensável à sobrevivência do cônjuge culpado.

No entanto, enquanto se exigia prova de culpa para a separação judicial litigiosa, o divórcio direto após dois anos de separação de fato dispensava qualquer discussão acerca da culpa, conforme a antiga redação do art. 226, §6º, da CF/88 e atual redação do art. 1.580 do Código Civil. Se a dissolução do vínculo matrimonial dispensava prova de culpa, por que exigí-la para a mera dissolução da sociedade conjugal?

A verdade é que a culpa está sendo progressivamente desprotagonizada do palco das dissoluções matrimoniais, é o que se denota da análise de alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça envolvendo culpa nas relações de família no decorrer da década de 1990 até os dias atuais. Antes do Código Civil de 2002 – mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 – o apego à culpa era evidente, e até questões processuais eram invocadas para sustentá-la. Se um dos cônjuges ajuizasse ação pedindo separação judicial com base na culpa do outro, a Corte Federal não admitia a conversão da separação-sanção⁵⁰ em separação sem-culpa, ainda que culpa alguma restasse provada

49 Mesmo se fosse reconhecida culpa recíproca, a sanção incidia, mas desta vez para obstar o direito de qualquer dos cônjuges aos alimentos, conforme se denota do seguinte julgado do STJ: “Se reconhecida, na instância ordinária, culpa recíproca dos cônjuges, o marido não está obrigado a prestar alimentos”. (STJ – T3 – REsp 306060 – Rel. Ministro ARI PARGENDLER - DJ 29A/10/2001 p. 204). A doutrina ratifica essa conclusão ao afirmar que nas separações judiciais “se ambos [os cônjuges] forem culpados, nenhum deles fará jus à verba alimentícia”, ressalvado o necessário à subsistência após o CC/2002. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 227.

50 Carlos Roberto Gonçalves explica que a separação-sanção é aquela em que “um dos cônjuges atribui *culpa* ao outro (na modalidade de grave infração dos deveres

no decorrer da instrução processual⁵¹, ou seja, se a demanda se iniciou fundada em culpa, era em torno da culpa que ela deveria ser resolvida.

Após a promulgação do Código Civil de 2002, esse entendimento foi flexibilizado para permitir, ainda que a ação estivesse fundada na culpa, a decretação da separação judicial com base na mera insuportabilidade da vida em comum⁵². Diferentemente do que ocorria antes da entrada em vigor do CC/2002, passou-se a entender que a decretação da separação sem-culpa não implicaria em julgamento diverso do pedido. Em decorrência dessa flexibilização, ao juiz se conferiu autonomia para decidir pela separação sempre que identificasse fatos que evidenciassem a insustentabilidade da vida em comum, mesmo que o pedido inicial atribuísse culpa exclusiva ao réu e inexistisse reconvenção⁵³, ou seja, a culpa vinha paulatinamente perdendo prestígio.

conjugais), aplicando-se sanções ao culpado”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Ibid. loc cit.*

51 Por todos, confira-se: “I - Na linha de entendimento da jurisprudência e da doutrina (cfr. por todos, Teresa Celina Arruda Alvim Wambier), se indemonstrada a prova da culpa do cônjuge, e for esse o fundamento do pedido de separação, improrcede a pretensão. II - Consoante a melhor doutrina, na qual se encontra o magistério de Yussef Said Cahali, “é vedada a transmutação do pedido de separação judicial por culpa em separação judicial sem culpa, e vice-versa, eis que são diversos os fundamentos de fato e de direito (causas jurídicas e causas legais) dos dois institutos; o procedimento judicial que se disponha a tais conversões recíprocas, para além de violentar a vontade do demandante consubstanciada no pedido inicial, afronta o princípio da imutabilidade do libelo; a diversidade de natureza jurídica da separação-remédio e da separação-sanção afasta qualquer argumento que se pretenda deduzir no sentido de que as causas de um poderiam estar implícitas nas causas do outro”. (STJ – T4 - REsp 62322 – Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJ 10/11/1997 p. 57768).

Esse entendimento perdurou por bastante tempo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que ainda no ano de 2002 era vedada a conversão do pedido de separação-sanção em separação-remédio: Inadmissível a conversão do pedido de separação judicial por culpa para separação sem culpa, tendo em vista a diversidade da causa de pedir. Precedente. (STJ – T4 - AgRg no REsp 222830 – Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior - DJ 26/08/2002 p. 224)

52 STJ – T3 - REsp 466329 – Re. Ministra Nancy Andrigh - DJ 11/10/2004 p. 314.

53 A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção,

Também não se pode desconsiderar a Constituição Federal de 1988 como marco para o desprestígio da culpa nas relações de família. Muitas leis infraconstitucionais foram alteradas para se adequarem à CF/88 – que originariamente instituiu o divórcio sem causa para os cônjuges separados de fato há mais de dois anos –, de modo que a antiga lei do divórcio, Lei 6.515/77, teve seu art. 40⁵⁴ modificado, passando a prever tão somente o decurso do tempo – e não mais sua cumulação com a culpa – como requisito para o fim do vínculo matrimonial. Logo, se a prova da culpa não era exigida para a decretação do divórcio, por que seria necessária sua prova para o rompimento da sociedade conjugal? Essa têmica levou o Superior Tribunal de Justiça a decidir que “não há mais que se cogitar, pelo menos não necessariamente, da análise da causa da separação (‘culpa’) para efeito de decretação do divórcio direto, sendo bastante o requisito da separação de fato por dois anos consecutivos”⁵⁵.

Com isso, mesmo nos casos em que os cônjuges imputavam culpa reciprocamente por meio da ação de separação e da reconvenção, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir que o juiz decretasse a separação sem imputação de causa a qualquer das partes⁵⁶, isto é, sem os inconvenientes que a investigação da culpa normalmente acarretava.

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. (STJ – 2ª Seção - EREsp 466329 – Rel. Ministro Barros Monteiro - DJ 01/02/2006 p. 427)

54 A redação originária do art. 40 da Lei 6.515/77 era a seguintes: “Art 40 - No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa.” Em 1989, foi alterada pela Lei 7.841/89 e passou a ser a seguinte: “Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação.”

55 STJ – T4 - REsp 40020 – Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJ 02/10/1995 p. 32366

56 A ementa do acórdão prolatado no Recurso Especial 467184 é bastante elucidativa: “Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os

Estas considerações permitem concluir que a culpa está intimamente vinculada à separação, estão em simbiose, como principal e acessório herdados dos dogmas da Igreja. Logo, em tendo a separação judicial sido suprimida do ordenamento jurídico brasileiro em decorrência do novo divórcio instituído pela Emenda Constitucional nº 66/2010, é de se concluir que a culpa seguiu a mesma sorte, quer dizer, não há mais espaço no direito brasileiro para se discutir culpa nas relações de família, inclusive no que tange ao direito a alimentos.

5 OS REFLEXOS DO NOVO DIVÓRCIO NO DIREITO A ALIMENTOS

A palavra *alimento*, segundo Pontes de Miranda, comporta dupla significação, “na linguagem comum significa o que serve à subsistência animal; juridicamente, os alimentos compreendem tudo o que é necessário ao sustento, à habitação, à roupa, [...] ao tratamento de moléstias”⁵⁷.

Tradicionalmente, os alimentos são classificados em duas espécies, naturais e civis. A primeira, *necessarium vitae*, “corresponde à alimentação, despesas médicas, vestuários e habitação, e a *necessarium personae*, [civis], corresponde às despesas destinadas ao aspecto intelectual e moral”⁵⁸. Com base

cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes” (STJ – T4 – REsp 467184 – Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar – DJ 17/02/2003 p. 302)

57 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito de família*. Atual.: Vilson Rodrigues Alves. Tomo 9. Campinas: Bookseller, 2000. p. 253.

58 NEVES, Márcia Cristina Ananias. *Vademecum do direito de família à luz do novo Código Civil*. São Paulo: 2002. p. 591-592. Pontes de Miranda também define os alimentos naturais e os alimentos civis: “a) alimentos naturais são os estritamente exigidos para a manutenção da vida; b) civis, os que se taxam segundo os haveres do alimentante e a qualidade e situações do alimentado”. MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.* p. 253.

no artigo 1.687 do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda⁵⁹ já advertia que essa distinção não tinha razão de ser, pois que por alimentos se deveria considerar o sustento, a cura, o vestuário e a casa, além da educação, se o alimentando fosse menor. Não obstante, o Código Civil de 2002 adotou a distinção para fixar o direito a alimentos do cônjuge considerado culpado pela dissolução da sociedade conjugal, dispondo que “se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.” (art. 1.704, parágrafo único, CC/2002).

A obrigação alimentar deriva do parentesco⁶⁰, da responsabilidade civil – no caso dos alimentos indenizatórios –, da convenção entre as partes⁶¹ ou do dever de mútua assistência. O direito a alimentos decorrente do dever de mútua assistência está para a dissolução da sociedade conjugal, não se confundindo com o direito a alimentos derivado do parentesco. Por isso, o regime jurídico da culpa previsto no art. 1.704, parágrafo único, do

59 MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.* p. 253. O artigo 1.687 do Código Civil de 1916 tinha a seguinte redação: “Art. 1.687. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.”

60 Márcia Cristina Neves traz a seguinte nota acerca da origem da obrigação alimentar decorrente do parentesco: “A obrigação alimentar devida por parentesco não existia no período arcaico e no republicano, pois o *pater familias* comandava todos os direitos dos membros da família, até mesmo os de vida e de morte. Foi com o surgimento do Império que ocorreu o desenvolvimento da obrigação alimentar entre parentes. O direito a alimentos passou a ser recíproco entre os ascendentes e descendentes na família legítima e entre pai e descendentes na família ilegítima, além da obrigação que os irmãos e cônjuges possuíam em prestar alimentos. Para que fosse possível o pagamento desses alimentos era necessário estarem presentes os seguintes pressupostos: o estado de miserabilidade de quem necessitava da pensão; a falta de capacidade deste em se sustentar sozinho; e a existência de um parente rico”. NEVES, Márcia Cristina Ananias. *Op. cit.* p. 589.

61 CC/2002. Art. 803. Pode uma pessoa, pelo contrato de constituição de renda, obrigar-se para com outra a uma prestação periódica, a título gratuito.

Código Civil de 2002, incidiria apenas nos alimentos resultantes da mútua assistência conjugal.

Ainda assim, a incidência deste dispositivo na fixação de alimentos conjugais já vinha sofrendo restrições, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 28336⁶², antes da EC 66/2010, o STJ fixou que a investigação da culpa não encontrava espaço na demanda em que se buscava obrigar o cônjuge supostamente culpado a prestar alimentos, porquanto ela apenas poderia influenciar na fixação do *quantum* devido em favor do cônjuge culpado, mas não em desfavor do cônjuge apontado como culpado. Logo, nas hipóteses em que se apontasse como culpado o cônjuge que prestaria alimentos, seria desnecessário provar culpa e o valor dos alimentos teria de ser arbitrado com fulcro na necessidade de quem pede e nas possibilidades de quem presta. A decisão teve como parâmetro não apenas a obrigação alimentar isoladamente, mas levou em conta o direito constitucional à preservação da intimidade, eis que no caso havia sido deferida incidentalmente a quebra do sigilo telefônico do cônjuge supostamente culpado.

Tendo-se concluído nos tópicos anteriores pela supressão da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro e, em consequência, o fim da discussão da culpa nas relações de família, entende-se mesmo que o parágrafo único do art. 1.704 do Código Civil de 2002 não encontra mais campo de incidência no ordenamento pátrio. Ao ser promulgada, a Emenda Constitucional nº 66/2010 instituiu o divórcio direto e extinguiu a separação judicial e revogou todos os dispositivos infraconstitucionais que dela decorriam, dentre os quais se destacam as prescrições envolvendo os efeitos da culpa na obrigação alimentar entre os cônjuges.

62 STJ – T4 - RMS 28336 – Rel. Ministro João Otávio de Noronha - DJe 06/04/2009.

Compreender o novo regime jurídico da obrigação alimentar entre os cônjuges implica levar em consideração a supressão da culpa nas relações familiares e impõe entender o fundamento do direito conjugal aos alimentos, a sua renunciabilidade e os parâmetros de sua fixação.

O fundamento dos alimentos conjugais vai além da obrigação civil de mútua assistência para encontrar bases sólidas na solidariedade constitucional, necessária à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. É esta a razão de se fixar alimentos, conforme se depreende de orientação da doutrina contemporânea: “a fixação dos alimentos deve obediência a uma perspectiva solidária (CF/88, art. 3º), norteadada pela cooperação, pela isonomia e pela justiça social”⁶³.

Se o casamento chegou ao seu final, não se deve investigar culpa a fim de punir o suposto culpado. Certamente, as razões para o fim da *affectio maritalis* vão além de uma conduta culposa, e sua discussão não acarretaria mais que remexer feridas na vida do casal. Com efeito, a culpa não é óbice para a fixação de alimentos a quem os pede e deles necessita, não podendo constituir pena para quem deve prestar e tampouco para quem os pleiteia.

O arbitramento de alimentos deve seguir parâmetros objetivos⁶⁴, deverá ser orientado pelo binômio *necessidade* de quem pleiteia e *possibilidade* de quem os presta. Havendo provas nos autos de ambos os parâmetros, ao juiz não cabe indagar quem foi o responsável pela ruptura do casamento, mas tão somente fixar o *quantum* devido. A culpa já não era fundamento

63 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 376.

64 O Código Civil Argentino, em seu artigo 209, dispõe que, independente da declaração da culpa na sentença de separação, o cônjuge que não gozar de recursos próprios e nem de condições para buscá-los, tem o direito de requerer ao outro que lhe preste o necessário para sua subsistência. A necessidade e o montante são aferidos levando-se em conta três critérios, a idade e estado de saúde dos cônjuges, a dedicação e cuidado aos filhos por quem detém sua guarda e a qualificação para o mercado de trabalho.

do direito a alimentos conjugais, e agora resta claro que também não constitui variante para a fixação do encargo alimentar, a culpa se foi com a separação judicial.

Mas, ainda que fundado cumulativamente na mútua assistência e no dever solidariedade, o direito conjugal aos alimentos não é absoluto. Trata-se de direito alimentar que difere dos alimentos decorrentes do parentesco, o que justifica afirmar que se trata de direito renunciável e limitado aos efeitos do casamento. Deve-se ter em mente que os efeitos do casamento se iniciam com sua celebração e terminam com o fim do vínculo matrimonial, quer dizer, a projeção dos efeitos do casamento para além desse marco é uma exceção cuja eficácia depende de expressa manifestação dos cônjuges. Extinguindo-se o vínculo matrimonial, extingue-se também a obrigação alimentar, salvo na hipótese em que ela tenha sido fixada na sentença que decretou a ruptura do casamento.

Pontes de Miranda já advertia que “no trato das relações jurídicas de que se irradiam direitos e deveres alimentares devem-se separar, nitidamente, o que concerne à existência da sociedade conjugal, o que deriva da relação jurídica de pátrio poder [...] e o que provém da relação jurídica paternofilial”⁶⁵. Em sendo assim, explicava o civilista, “não há dever e obrigação de alimentos entre cônjuges separados judicialmente, nem entre divorciados, salvo se fixados em sentença ou acordo”⁶⁶.

No Código Civil de 1916, o Capítulo VII do Título V cuidava dos alimentos, sendo que o artigo 404⁶⁷ dispunha que o direito aos alimentos era irrenunciável. O artigo 396, que inaugurava o referido capítulo, prescrevia que os parentes tinham obrigação alimentar recíproca, sem mencionar os cônjuges, de

65 MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.* p. 258.

66 Id. *Ibid. loc. cit.*

67 CC/1916. Art. 404. Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos.

modo que, conjugados, levavam à conclusão de que só alimentos decorrentes do parentesco é que não podiam ser renunciados⁶⁸.

Contrariando tal raciocínio, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 379 em 1964, a qual dispunha que “no acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais”⁶⁹. Na época em que a súmula foi editada, não se permitia o divórcio no Brasil, apenas a dissolução da sociedade conjugal era admitida, persistindo, entre outros, o dever de mútua assistência. Nessa linha, a posição do STF se sustentava unicamente pela persistência do dever de mútua assistência após a separação judicial, mas merece ser repensada a partir do divórcio⁷⁰, que finaliza o vínculo

68 Neste sentido, Pontes de Miranda: “Em verdade, só os parentes é que não podem renunciar ao direito a alimentos. Outra não pode ser a exegese do art. 404 do Código Civil brasileiro. Não se pode dar a esse artigo interpretação literal. Com efeito, trata o art. 404 do Código Civil de dívida alimentar *iure sanguinis*, e não de alimentos entre cônjuges, tanto assim que está colocado no capítulo VII do título V, inscrito sob a rubrica – Das relações de parentesco – ao passo que o art. 318, que se ocupa do desquite, por mútuo consentimento, dos cônjuges que forem casados por mais de dois anos, está colocado no capítulo I do título IV, inscrito sob a rubrica – Da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos”. MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.* p. 258-259. Concordando, Washington de Barros Monteiro dizia ser “verdade que a mulher casada tem direito a alimentos do outro cônjuge, não sendo ela, entretanto, parente, ou afim, do marido. Mas essa obrigação alimentar repousa em outro fundamento legal, pois, citado Capítulo VII diz respeito aos parentes apenas; trata-se do disposto no art. 233 do Código Civil [de 1916]” MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito civil: direito de família*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 291.

69 Ainda assim, Washington de Barros Monteiro insistia na possibilidade da renúncia: “Nos processos de separação consensual [...] torna-se comum a inserção de cláusula pela qual fica o marido dispensado de pensionar a mulher. Essa estipulação é perfeitamente válida, pois a mulher não é parente do marido e a ela não se aplica, por conseguinte, citado art. 404, que regula, tão somente os alimentos devidos em razão do parentesco. [...] Pactuada, porém, a desistência, não pode reclamá-la posteriormente”. MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito civil: direito de família*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 296.

70 O próprio Supremo Tribunal Federal afastou a incidência da súmula 379, decidindo pela renunciabilidade do direito a alimentos derivado do casamento: “Alimentos. Conversão de desquite em divórcio, sem ressalva de obrigação do ex-marido a prestar alimentos à ex-mulher. Nessa situação, vigorante o estado de divorciados, não cabe invocar o art. 404, do CCB [1916], se pretender a ex-mulher obter alimentos de seu ex-marido. No caso, à época do divórcio, o marido estava dispensado de prestar

matrimonial, subsistindo apenas os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos.

Com efeito, após a instituição do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, com a EC 9/77, o processo de dissolução do casamento passou a admitir duas fases, uma primeira em que se dissolvia a sociedade conjugal, persistindo o dever de mútua assistência, e outra na qual se extinguiu o vínculo conjugal, colocando fim a todos os deveres entre os cônjuges derivados do casamento. Assim, questiona-se, tendo havido dispensa dos alimentos quando da separação, deveria o cônjuge ficar vinculado à obrigação conjugal alimentar mesmo após o divórcio, quando nada tivesse sido estipulado no acordo ou na sentença que o decretou?

A primeira leitura do tratamento dado pelo Código Civil de 2002 aos alimentos pode induzir à conclusão de que o direito a alimentos, mesmo proveniente do casamento, é irrenunciável. É que, ao contrário do antigo Código Civil, o CC/2002 tratou sob única rubrica – *dos alimentos* – o direito a alimentos originário do parentesco ou do casamento, no art. 1.694⁷¹, e prescreveu que “pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos” (art. 1.707). Porém, devem ser lidos conjuntamente os artigos 1.694, 1.704⁷² e 1.707, todos do Código Civil de 2002.

O artigo 1.694 prescreve caber aos *cônjuges* pedir alimentos um ao outro, enquanto o art. 1.704 estende esse direito

alimentos, diante de modificação de cláusula do desquite, ocorrida havia alguns anos. Improcedência das alegações de negativa de vigência do art. 404, do CCB, e de contrariedade à súmula 379. Recurso extraordinário não provido” (STF – 1ª Turma – RE 104620 – Rel. Min. Néri da Silveira - DJ 29-08-1986).

71 CC/2002. Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

72 CC/2002. Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

aos cônjuges separados judicialmente. Cônjuge é qualidade de quem está casado. Após a dissolução do vínculo matrimonial, deixa-se de ser cônjuge, passando-se ao estado de ex-cônjuge, de divorciado, não se guardando sequer o estado de *cônjuges separados judicialmente*, qualificação extraída do art. 1.704 do CC/2002. Não existe o estado de *cônjuge divorciado*, ou são cônjuges ou são divorciados. O dever alimentar existe entre cônjuges ou entre cônjuges separados judicialmente, logo, passando-se ao estado de divorciados – o que gera a completa extinção do vínculo matrimonial – não persiste a obrigação alimentar. O art. 1.707, que veda a renúncia ao direito a alimentos, ainda que fosse eficaz em relação ao direito a alimentos entre cônjuges, teria sua eficácia limitada aos cônjuges ou cônjuges separados judicialmente. Advindo o divórcio sem ressalva sobre obrigação alimentar entre os ex-cônjuges, nenhum direito alimentar cabe àquele que o pleitear futuramente. É que a sentença que decretar o divórcio pode gerar efeitos obrigacionais entre aqueles que não mais guardam dever de mútua assistência entre si, mas se esse dever não é fixado em decisão ou pactuado em acordo que pôs fim ao vínculo matrimonial, não haverá suporte fático-jurídico para amparar eventual pretensão alimentar.

Desta feita, uma vez que o casamento fosse dissolvido, após satisfeitas as condições legais, a nenhum título se poderia impor ao ex-cônjuge a obrigação de alimentar outro que, durante o casamento, deixara de receber pensão alimentícia, se entre os dois não existe relação de parentesco e também não mais os une o vínculo matrimonial. O próprio Supremo Tribunal Federal confirmou essa construção no julgamento do Recurso Extraordinário nº 104620⁷³, e o Superior Tribunal de Justiça o ratificou em todas as oportunidades nas quais apreciou a matéria⁷⁴.

73 STF – 1ª Turma – RE 104620 – Rel. Min. Néri da Silveira - DJ 29-08-1986

74 “Renunciado o cônjuge a alimentos, em acordo de separação, por dispor de meio para manter-se, a cláusula é válida e eficaz, não podendo mais pretender seja pensionado” (STJ – T3 - REsp. 9286 – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – j. 28.10.1991);

Assim, tem-se que até o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, o direito a alimentos entre cônjuges era renunciável e, se houvesse dispensa dos alimentos na separação judicial que fosse seguida de divórcio silente quanto aos alimentos, nada seria devido a título alimentar após o fim do vínculo matrimonial.

Após a instituição do novo divórcio pela EC 66/2010, com a supressão da separação judicial, estão revogados os artigos 1.702⁷⁵ e 1.704⁷⁶ do Código Civil de 2002. Persiste o *caput* do art. 1.694, mas com a restrição de que, para garantir o direito a alimentos, o cônjuge que dele necessita deve pleitear sua fixação na sentença que decretar o divórcio ou a pensão alimentícia deve ser avençada pelos cônjuges. Caso contrário, uma vez divorciados, não há mais obrigação alimentar recíproca porque extinto o vínculo matrimonial que a sustentava.

“A jurisprudência, inclusive a do Pretório Excelso, assentou ser admissível a renúncia ou dispensa a alimentos por parte da mulher se esta possuir bens ou rendas que lhe garantam a subsistência, até porque, alimentos irrenunciáveis, assim os são em razão do parentesco (*iure sanquimís*) que é qualificação permanente e os direitos que deles resultam nem sempre podem ser afastados por convenção ou acordo. No casamento, ao contrario, o dever de alimentos cessa, cessada a convivência dos cônjuges” (STJ – T3 – REsp. 95267 – Rel. Min. Waldemar Zveiter – j. 27.10.1997); “Os alimentos devidos ao ex-cônjuge, uma vez dissolvida a convivência matrimonial e renunciados aqueles em processo de separação consensual, não mais poderão ser revitalizados” (STJ – T4 – REsp. 70630 – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 21.09.2000); “Se há dispensa mútua entre os cônjuges quanto à prestação alimentícia e na conversão da separação consensual em divórcio não se faz nenhuma ressalva quanto a essa parcela, não pode um dos ex-cônjuges, posteriormente, postular alimentos, dado que já definitivamente dissolvido qualquer vínculo existente entre eles. Precedentes iterativos desta Corte. (STJ – T4 – REsp. 199427 – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 9.03.2004).

- 75 CC/2002. Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.
- 76 CC/2002. Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurar-lhos, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

Processualmente, se o cônjuge interessado for autor da ação de divórcio, deverá cumular o pedido de divórcio com o pedido de alimentos, sob pena de sofrer os efeitos da preclusão lógica. Se o cônjuge interessado for réu, não podendo se opor à decretação do divórcio – que após a EC 66/2010 passa ao patamar de direito potestativo incondicionado –, restará a ele fazer pedido contraposto para que sejam os alimentos fixados em sentença ou decairá em seu direito a alimentos. Em se tratando de divórcio consensual, seja judicial ou extrajudicial, se os cônjuges nada tratarem sobre os alimentos, deverá ficar subentendida a renúncia tácita recíproca a esse direito.

Verificou-se que não podem persistir dúvidas de que o direito a alimentos decorrente das relações conjugais passa a ser avaliado sob ótica objetiva após a Emenda Constitucional nº 66/2010. O novo divórcio promoveu verdadeira revolução no direito de família com reflexos sobre o direito a alimentos, não que haja regras expressas nesse sentido, mas se infere novos parâmetros para tratamento da matéria, como é o caso da supressão da culpa e da necessidade de se fixar alimentos na sentença ou acordo que põe fim ao vínculo matrimonial, sob pena de não se poder pleitear alimentos futuramente.

O parâmetro de fixação dos alimentos é objetivo, trata-se do binômio necessidade-possibilidade. Não se tratando de matéria a ser conhecida de ofício, desde que pleiteado, é com base na necessidade de quem pede e na possibilidade de quem presta que o julgador deverá fixar a verba alimentícia.

É justamente essa nova sistemática que confirma a possibilidade de serem arbitrados alimentos transitórios, se assim impor as circunstâncias do caso concreto. O julgador deverá considerar que cônjuge necessitado é aquele que não pode garantir o padrão de vida, por meio da atividade que esteja apto a exercer, correspondente ao seu estado social enquanto casado, enquanto a possibilidade deve ser aferida a partir do equilíbrio da manutenção do padrão do cônjuge que necessita com a do padrão do cônjuge que prestará alimentos. Se das circunstâncias

se extrai que o cônjuge que pede não tem condições de manter o seu padrão social de imediato, mas há inequívocas variantes que indicam a possibilidade de fazê-lo dentro de certo prazo, isso deve fundamentar a fixação dos alimentos a tempo certo. Consideram-se variantes a serem consideradas, por exemplo, a idade, a formação, a profissão, a aptidão para o trabalho, o patrimônio decorrente da partilha de bens, a guarda dos filhos e, inclusive, a boa-fé objetiva, entre outros.

A determinação da obrigação alimentar considera as circunstâncias do momento do pedido, mas, tendo em vista aquelas variantes, o julgador deverá fazer uma projeção para avaliar a possibilidade de mudança das condições que determinaram a prestação. Não será preciso esperar que os pressupostos que sustentaram a fixação dos alimentos se modifiquem para que o ex-cônjuge interessado peça a revisão de sua obrigação, podendo, desde já, ser projetada a probabilidade de que isso aconteça para que os alimentos sejam arbitrados transitoriamente.

O Superior Tribunal de Justiça apreciou recentemente a questão e firmou precedente pela possibilidade dos alimentos a tempo certo, sustentando que o condicionamento dos alimentos por determinado lapso temporal “se reveste de fato motivador para que o alimentando busque, efetivamente, sua colocação profissional, sem que permaneça, indefinidamente, à sombra do conforto material propiciado pelos alimentos que lhe são prestados pelo ex-cônjuge, outrora provedor do lar”⁷⁷.

77 PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. IMPUTAÇÃO DE CULPA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. PRESUNÇÃO DE PERDÃO TÁCITO. ALIMENTOS TRANSITÓRIOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. [...] 2. A boa-fé objetiva deve guiar as relações familiares, como um manancial criador de deveres jurídicos de cunho preponderantemente ético e coerente. 3. De acordo com os arts. 1.694 e 1.695 do CC/02, a obrigação de prestar alimentos está condicionada à permanência dos seguintes pressupostos: (i) o vínculo de parentesco, ou conjugal ou convivencial; (ii) a necessidade e a incapacidade do alimentando de sustentar a si próprio; (iii) a possibilidade do alimentante de fornecer alimentos. 4. O fosso fático entre a lei e o contexto social impõe ao Juiz detida análise de todas as circunstâncias e peculiaridades

Resta evidenciado, portanto, que o regime do novo divórcio gerou reflexos expressivos no direito a alimentos, de um lado, inovando com a supressão da culpa e, de outro, fortalecendo posições jurisprudenciais que vem sendo firmadas acerca da fixação de alimentos e seus limites.

CONCLUSÕES

Do quanto até aqui desenvolvido, extraem-se as seguintes conclusões:

1. Na historiografia do casamento no Brasil, percebe-se com facilidade que os dogmas da Igreja – especialmente da vedação do divórcio – sempre influenciaram no regime do casamento, mesmo após o rompimento do Estado com a Igreja em 1889. Tentou-se em 1893, em 1896, em 1899 e em 1900 a aprovação de projetos legislativos de divórcio vincular, mas em nenhuma delas se obteve sucesso.
2. No Código Civil de 1916, após ampla discussão sobre o tema, prevaleceu a indissolubilidade do vínculo

passíveis de visualização ou de intelecção no processo, para a imprescindível aferição da capacidade ou não de autossustento daquele que pleiteia alimentos, notadamente em se tratando de obrigação alimentar entre ex-cônjuges ou ex-compaheiros. Disso decorre a existência ou não da presunção da necessidade de alimentos. 5. A realidade social vivenciada pelo casal ao longo da união deve ser fator determinante para a fixação dos alimentos. Mesmo que se mitigue a regra inserta no art. 1.694 do CC/02, de que os alimentos devidos, na hipótese, são aqueles compatíveis com a condição social do alimentando, não se pode albergar o descompasso entre o status usufruído na constância do casamento ou da união estável e aquele que será propiciado pela atividade laborativa possível. 6. A obrigação de prestar alimentos transitórios – a tempo certo – é cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante – outrora provedor do lar –, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente. [...] 8. Recurso especial parcialmente provido. (STJ – T3 – REsp. 1025769 – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJe. 01.09.2010).

matrimonial, possibilitando-se apenas a dissolução da sociedade conjugal por meio do *desquite*.

3. O divórcio foi introduzido no Brasil em 1977, por meio da Emenda Constitucional 9/77, cuja regulamentação se deu na Lei 6.515/1977. A dissolução do matrimônio passou a ser permitida, condicionada á prévia separação judicial por mais de três anos ou separação de fato caso o casal tivesse mais de cinco anos de separação na data da entrada em vigor da EC 9/1977.
4. A promulgação da Constituição Federal de 1988 promoveu importantes alterações em sede de separação e divórcio no Brasil. Além de instituir o chamado *divórcio direto*, que de dependia de prévia separação de fato de dois anos, reduziu o prazo para o divórcio por conversão, passando a exigir apenas um ano de separação judicial como requisito para a dissolução do vínculo matrimonial.
5. Em 2010, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao §6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, suprimindo a separação judicial e qualquer lapso temporal como pressuposto para o divórcio.
6. Dada a força normativa da Constituição, o código civil deve ser interpretado à luz da Constituição, razão pela qual se entende que o divórcio deixa de ser precedido de separação judicial: nasce o divórcio verdadeiramente direto, que independe de qualquer condição temporal ou de separação judicial prévia, em razão da supressão desta do ordenamento jurídico pátrio.
7. No que tange à discussão acerca da culpa nas relações de família, percebeu-se que a sua eficácia foi progressivamente sendo restringida na medida em que se prestigiava a dissolução do vínculo matrimonial:

- já não se discutia culpa no divórcio condicionado ao prazo de dois anos de separação de fato.
8. A própria jurisprudência já vinha firmando precedentes no sentido de se dispensar discussão em torno da culpa mesmo na separação. Nos casos em que os cônjuges imputavam culpa reciprocamente por meio da ação de separação e da reconvenção, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir que o juiz decretasse a separação sem imputação de causa a qualquer das partes, isto é, sem os inconvenientes que a investigação da culpa normalmente acarretava.
 9. A culpa sempre esteve intimamente vinculada à separação, como principal e acessório herdados dos dogmas da Igreja. Em tendo a separação judicial sido suprimida do ordenamento jurídico brasileiro em decorrência do novo divórcio instituído pela Emenda Constitucional nº 66/2010, a culpa seguiu a mesma sorte, quer dizer, não há mais espaço no direito brasileiro para se discutir culpa nas relações de família, inclusive no que tange ao direito a alimentos.
 10. O direito a alimentos decorrente do dever de mútua assistência está para a dissolução da sociedade conjugal, não se confundindo com o direito a alimentos derivado do parentesco. Por isso, o regime jurídico da culpa previsto no art. 1.704, parágrafo único, do Código Civil de 2002, incidiria apenas nos alimentos resultantes da mútua assistência conjugal.
 11. Tendo a discussão acerca da culpa sido suprimida nas relações de família, entende-se que o parágrafo único do art. 1.704 do Código Civil de 2002 não encontra mais campo de incidência no ordenamento pátrio. Ao ser promulgada, a Emenda Constitucional nº 66/2010 instituiu o divórcio direto e revogou todos os dispositivos infraconstitucionais que dela decorriam,

dentre os quais se destacam as prescrições envolvendo os efeitos da culpa na obrigação alimentar entre os cônjuges.

12. Atualmente, entende-se que o fundamento dos alimentos conjugais vai além da obrigação civil de mútua assistência para encontrar bases sólidas na solidariedade constitucional, necessária à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Se o casamento chegou ao seu final, não se deve investigar culpa a fim de punir o suposto culpado, pois a culpa não é óbice para a fixação de alimentos a quem os pede e deles necessita, não podendo constituir pena para quem deve prestar e tampouco para quem os pleiteia.
13. O arbitramento de alimentos deve seguir parâmetros objetivos, deverá ser orientado pelo binômio *necessidade* de quem pleiteia e *possibilidade* de quem os presta. Havendo provas nos autos de ambos os parâmetros, ao juiz não cabe indagar quem foi o responsável pela ruptura do casamento, mas tão somente fixar o *quantum* devido.
14. Ainda que fundado cumulativamente na mútua assistência e no dever solidariedade, o direito conjugal aos alimentos não é absoluto. Trata-se de direito alimentar que difere dos alimentos decorrentes do parentesco, o que justifica afirmar que se trata de direito renunciável e limitado aos efeitos do casamento. A projeção dos efeitos do casamento para além do seu fim é uma exceção cuja eficácia depende de expressa manifestação dos cônjuges. Extinguindo-se o vínculo matrimonial, extingue-se também a obrigação alimentar, salvo na hipótese em que ela tenha sido fixada na sentença que decretou a ruptura do casamento.
15. Uma vez que o casamento seja dissolvido, a nenhum título se pode impor ao ex-cônjuge a obrigação de

- alimentar outro, se entre os dois não existe relação de parentesco e também não mais os une o vínculo matrimonial.
16. Após a instituição do novo divórcio pela EC 66/2010, com a supressão da separação judicial, estão revogados os artigos 1.702 e 1.704 do Código Civil de 2002. Persiste o *caput* do art. 1.694, mas com a restrição de que, para garantir o direito a alimentos, o cônjuge que dele necessita deve pleitear sua fixação na sentença que decretar o divórcio ou a pensão alimentícia deve ser avençada pelos cônjuges. Caso contrário, uma vez divorciados, não há mais obrigação alimentar recíproca porque extinto o vínculo matrimonial que a sustentava
 17. Em sendo o parâmetro de fixação dos alimentos objetivo, está confirmada a possibilidade de serem arbitrados alimentos transitórios, se assim imporem as circunstâncias do caso concreto. Se das circunstâncias se extrai que o cônjuge que pede não tem condições de manter o seu padrão social de imediato, mas há inequívocas variantes que indicam a possibilidade de fazê-lo dentro de certo prazo, isso deve fundamentar a fixação dos alimentos a tempo certo.
 18. Restou evidenciado que o regime do novo divórcio gerou reflexos expressivos no direito a alimentos, de um lado, inovando com a supressão da culpa e, de outro, fortalecendo posições jurisprudenciais que vem sendo firmadas acerca da fixação de alimentos e seus limites.

REFERÊNCIAS

ASSIS JR., Luiz Carlos de. A Inviabilidade da Manutenção da Separação Como Requisito para o Divórcio Frente à Autonomia Privada. *Revista IOB de Direito da Família*, nº 57, v. 12, dez./jan. 2009/2010, p. 16-31.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – 1ª Turma – RE 104620 – Rel. Min. Néri da Silveira - DJ 29-08-1986

_____. Superior Tribunal de Justiça – T4 - REsp 62322 – Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJ 10/11/1997

_____. Superior Tribunal de Justiça – T4 - AgRg no REsp 222830 – Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior - DJ 26/08/2002

_____. Superior Tribunal de Justiça – T3 - REsp 466329 – Re. Ministra Nancy Andrigh - DJ 11/10/2004

_____. Superior Tribunal de Justiça – 2ª Seção - EREsp 466329 – Rel. Ministro Barros Monteiro - DJ 01/02/2006

_____. Superior Tribunal de Justiça – T4 - REsp 40020 – Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJ 02/10/1995

_____. Superior Tribunal de Justiça – T4 – REsp 467184 – Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar – DJ 17/02/2003

_____. Superior Tribunal de Justiça – T4 - RMS 28336 – Rel. Ministro João Otávio de Noronha - DJe 06/04/2009

_____. Superior Tribunal de Justiça – T3 - REsp. 9286 – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – j. 28.10.1991

_____. Superior Tribunal de Justiça – T3 – REsp. 95267 – Rel. Min. Waldemar Zveiter – j. 27.10.1997

_____. Superior Tribunal de Justiça – T4 – REsp. 70630 – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 21.09.2000

_____. Superior Tribunal de Justiça – T4 – REsp. 199427 – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 9.03.2004

_____. Superior Tribunal de Justiça – T3 – REsp. 1025769 – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJe. 01.09.2010

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 8.ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já: comentários à emenda constitucional 66, de 13 de julho de 2010*. São Paulo: RT, 2010.

_____. Da separação e do divórcio. In *Direito de família e o novo Código Civil*. Coord. Maria Berenice Dias; Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo divórcio no Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Direito de família*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: *safE*, 1991.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.36, n.141, jan/mar 1999.

_____. Divórcio: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=773>. Acesso em 8 dez 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito de família*. Atual.: Vilson Rodrigues Alves. Tomo 9. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito civil: direito de família*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NEVES, Márcia Cristina Ananias. *Vademecum do direito de família à luz do novo Código Civil*. São Paulo: 2002.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial: comentários à Lei 6.515/1977 à luz da Constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *O divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito de família, direitos reais e posse*. v.2. Trad.: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Emenda do divórcio: cedo para comemorar*. Disponível em <<http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em 8 dez 2010.

SANTOS, Romualdo Baptista. *A Emenda Constitucional nº 66/2010: necessidade de reforma da legislação infraconstitucional*. Disponível em <<http://direitoemperspectiva.blogspot.com/2010/07/emenda-constitucional-n-662010.html>>. Acesso em 8 dez 2010.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo “responsável” (1977). Trad. André Rodrigues Corrêa. *Revista DireitoGV*, v.1, n.1, mai 2005.

Recebido em 28/12/2012.

Aprovado em 22/02/2013.