



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

JULIANA LETÍCIA DA SILVA

**DA GUARDA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: ASPECTOS DO
DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL**

**Assis/SP
2018**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

JULIANA LETÍCIA DA SILVA

**DA GUARDA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: ASPECTOS DO
DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando(a): Juliana Letícia da Silva
Orientador(a): Lenise Antunes Dias**

**Assis/SP
2018**

FICHA CATALOGRÁFICA

S586g SILVA, Juliana Letícia da
Da guarda no sistema jurídico brasileiro: aspectos do
direito ma-
terial e processual / Juliana Letícia da Silva. – Assis, 2018.

48p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação
Educacio-
nal do Município de Assis-FEMA

Orientadora: Ms. Lenise Antunes Dias de Almeida

1.Guarda-menor 3.Família

CDD342.163

DA GUARDA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: ASPECTOS DO DIREITO
MATERIAL E PROCESSUAL

JULIANA LETÍCIA DA SILVA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Lenise Antunes Dias

Examinador: _____
Fernando Antônio Soares de Sá
Junior

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, Paulo e Neiva, que foram meu maior apoio nos momentos de angústia, e os que fizeram de tudo para a faculdade se tornar um sonho possível.

Ao meu namorado Everton, por todo amor, carinho e incentivo durante a elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus pela força que colocou no meu coração para lutar até alcançar esta grande meta na minha vida.

À minha família eu deixo uma palavra de gratidão, por todo conforto e ânimo que me deram. Vocês são maravilhosos!

À professora Lenise, eu agradeço a orientação repleta de conhecimento, sabedoria, paciência e incentivo. Muito Obrigada!

RESUMO

O presente trabalho aborda o instituto da guarda dos filhos no sistema jurídico brasileiro, bem como seus efeitos no aspecto material e processual. Para tanto, analisaremos as relações, das quais podem gerar um filho. Depois, o fim dessas relações conjugais e afetivas, onde conseqüentemente inicia-se a discussão pela guarda do menor. No direito material abordaremos as espécies de guardas reconhecidas no Brasil e seus efeitos, enquanto no direito processual trataremos da ação judicial aplicada ao instituto. Concluímos eficácia na atuação do Estado perante a aplicabilidade do regimento da guarda, entre as modalidades previstas na legislação brasileira, estabelecendo equilíbrio no convívio com os pais, sob a pretensão de garantir o melhor interesse do menor.

Palavras-chave: Família; Dissolução; Guarda.

ABSTRACT

The present work deals with the institute of child custody in the Brazilian legal system, as well as its effects on the material and procedural aspects. To do so, we will analyze the relationships, from which they can generate a child. Then, the end of these conjugal and affective relations, where consequently the discussion begins for the custody of the minor. In material law we will address the species of guards recognized in Brazil and their effects, while in procedural law we will deal with the lawsuit applied to the institute. We conclude that the State is effective in dealing with the enforceability of the custody regiment, among the modalities provided for in Brazilian legislation, establishing a balance in the relationship with parents, under the pretension of guaranteeing the best interest of the child.

Keywords: Family; Dissolution; Child Custody.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DO DIREITO DE FAMÍLIA	11
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	11
2.2 DO CASAMENTO	15
2.3 DA UNIÃO ESTÁVEL.....	17
2.4 NAMORO	19
3 DA DISSOLUÇÃO DAS RELAÇÕES AFETIVAS	21
3.1 MORTE DE UM DOS CONJUGES.....	21
3.2 NULIDADE OU ANULAÇÃO DO CASAMENTO	23
3.2.1 Casamento nulo	23
3.2.2 Casamento anulável.....	24
3.3. SEPARAÇÃO JUDICIAL	26
3.4 DIVÓRCIO.....	28
4 DA GUARDA	31
4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	31
4.2 ESPÉCIES	32
4.2.1 Guarda unilateral	32
4.2.2 Guarda compartilhada.....	33
4.2.3 Guarda Alternada	35
4.3 DA AÇÃO JUDICIAL DA GUARDA	38
4.3.1 Competência	38
4.3.2 Procedimento.....	39
4.3.3 Regulamentação da guarda e visitas.....	39
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

A família como instituição social, é passível de constantes alterações diante das transformações da sociedade. Há anos atrás, certamente a preservação da família era diferente de hoje. Porém, o que foi e continua sendo considerado é que a família é base para formação das novas pessoas que habitam no mundo.

Dentre essas alterações é perceptível que não há mais o que se falar do homem como sustentante da família e a mulher como única responsável pela organização da casa e educação dos filhos. Hoje, o que prepondera é o princípio da igualdade entre os cônjuges, onde a responsabilidade sob a família é de ambos.

Quando se torna inconveniente o casamento, é direito dos cônjuges romperem o vínculo matrimonial, porém não devem os filhos perderem o vínculo com os pais, nem levarem prejuízos decorrentes da dissolução da relação dos pais.

A partir da ruptura da sociedade conjugal, vem à tona a proteção da pessoa dos filhos, advinda pela discussão da guarda da prole.

Importante ressaltar que, atualmente, essa discussão surge não somente com o fim do casamento, mas sim com o fim de várias relações afetivas, como a união estável, o que inclui nesta a relação homoafetiva e pluriafetiva, como também o namoro e até mesmo relacionamentos esporádicos, dos quais geram filhos. Hoje, não se pode atrelar a concepção de família somente ao casamento, há outras relações que também são protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, as quais merecem atenção nesta pesquisa.

Face a evolução da sociedade conjugal e o aumento do fim das relações, deve-se levar em consideração que os genitores após a separação, na maioria das vezes procuram a melhor forma de manter os laços afetivos com os filhos, ambos cobiçando a guarda ou maior flexibilidade no direito às visitas ao menor.

Porém, a forma de convívio entre pais e filhos não pode ser estabelecida por livre arbítrio dos ex-cônjuges, devendo o Estado intervir na direção familiar, após a ruptura conjugal, buscando o melhor interesse da criança.

O conceito de guarda é protegido face ao bem-estar, proteção e preservação do menor, como bem prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente: a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente. Portanto, é a responsabilização do exercício de deveres e direitos concernentes ao poder familiar dos filhos em comum.

É de suma importância fazer com que nossa sociedade, diante das evoluções sofridas no instituto da Família, entenda que a guarda deva ser definida, nos termos da lei e sempre em favor dos filhos, em prol de um crescimento sem frustrações advindas da ruptura conjugal ou de relações esporádica que nunca existiu.

A presente monografia tem como finalidade principal estudar a guarda, bem como as relações entre pais e filhos, a qual marca a responsabilidade pela formação ética, social e moral do menor, após a dissolução da sociedade conjugal.

Pretende-se reconhecer a atuação do Estado perante a aplicabilidade do instituto da guarda, entre as modalidades previstas na legislação brasileira, sob pretensão de garantir o melhor interesse do menor.

Para tanto, necessário se faz abordar, no primeiro capítulo as relações afetivas que podem gerar um filho. Depois, o fim dessas relações conjugais e afetivas, onde conseqüentemente inicia-se a discussão pela guarda do menor, assunto exposto no quarto e último capítulo, tema da presente monografia.

2 DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Direito de Família é um instituto previsto no Código Civil Brasileiro, especificadamente nos artigos 1.511 a 1.783-A - Parte Especial, Livro IV – Do Direito de Família. Fundamenta-se em normatizar os direitos pessoais e patrimoniais decorrentes das relações de parentesco, bem como estruturar, organizar e proteger a convivência familiar.

Define Beviláqua (*apud* Diniz, 2014, p.17) que:

Constitui o direito de família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele se resultam, as relações pessoais e econômicas do matrimônio, a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.

É notório que essas normas são necessárias à ordem pública, visto que são equiparadas ao direito existencial, pois todo ser humano pertence a um grupo familiar, seja na qualidade de cônjuge, pais, filhos ou outras relações de parentesco. A família aparece como uma instituição necessária, onde merece a mais ampla proteção Estatal, é ela quem constitui a base do Estado, assim ressalva a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, *caput* “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”

Tartuce (2013, p.1051) amplia o conceito de Direito de Família:

O ramo do direito civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos: a) casamento; b) união estável; c) relações de parentesco; d) filiação; e) alimentos; f) bem de família; g) tutela, curatela e guarda.

Este Instituto é dividido em duas espécies, o que se destaca na própria organização do Código Civil Brasileiro de 2002:

O Direito Existencial de Família, previsto nos artigos 1.511 a 1.638 do Código Civil Brasileiro em vigor, é fundamentado na concepção da pessoa humana, sendo normas primordiais, relacionadas à ordem pública e que não podem ser contrariadas pelas partes.

Por outra via, o Direito Patrimonial de Família tem o seu cerne principal no patrimônio, relacionado as normas de ordem privadas ou dispositivas. Tais normas, por obvio, admitem livremente previsão em contrário pelas partes, ressalta Tartuce (2013, p. 1052). Este normatizado nos artigos 1.639 a 1.722 do CC/2002.

Com ampla regulamentação dos aspectos essenciais do Direito de Família à luz dos princípios e normas constitucionais o Código Civil de 2002 adaptou-se a evolução social e aos bons costumes. Essas Alterações adequam o tratamento à realidade social, atendendo interesses da sociedade e as necessidades da prole, e os cônjuges ou companheiros. Rege-se o Direito de Família pelos seguintes princípios:

- a) princípio do respeito à dignidade humana, decorrente do disposto no art. 1º, III da CF/88. O qual segundo Diniz (2014, p. 37) “Constitui base da comunidade familiar, garantindo, tendo por parâmetro, a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227)”;
- b) princípio da “*ratio*” do matrimônio e da união estável:

Elenca Gomes (1978, p. 33 *apud* Diniz 2014, p. 33) que este princípio,

É o fundamento básico do casamento, da vida conjugal e do companheirismo, é a afeição entre os cônjuges ou conviventes e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida, sendo ruptura da união estável, separação (extrajudicial ou judicial) e o divórcio (CF, art. 226, § 6º (com a redação da EC n. 66/2010); CC, arts 1.511 e 1.571 a 1.582) uma decorrência da extinção da *affectio*, uma vez que a comunhão espiritual e material de vida entre marido e mulher ou entre conviventes não pode ser mantida ou reconstituída.

- c) princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, no que diz respeito aos seus direitos e deveres. Com esse princípio extingue-se o poder marital, de modo em que a responsabilidade pelas decisões a serem tomadas é de comum acordo entre os conviventes ou entre marido mulher. A Constituição Federal em seu art. 226, § 5º, estabelece que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
- d) princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, positivado no art. 227, § 6º da Constituição Federal, prevê que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Claramente é definido esse princípio como total igualdade entre os filhos, vedando qualquer forma de distinção entre a prole.
- e) princípio do pluralismo familiar, embora poucas normas contemplam as entidades familiares, união estável e a família monoparental, composta pelo pai ou a mãe e a prole, este princípio faz jus a nossa realidade atual, onde parte da sociedade não vivem na tradição da família matrimonial.

f) princípio da não intervenção ou liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar. O art. 1.513 do Código Civil dispõe que: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

Tartuce (2013, p. 1059) amplia o disposto no artigo acima mencionado:

O princípio é reforçado pelo art. 1.565, § 2º, da mesma codificação, pelo qual o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições privadas ou públicas em relação a esse direito.

Em síntese, os consortes das famílias matrimoniais e entidades familiares tem o livre poder de manifestar uma comunhão de vida, bem como nas decisões, no planejamento familiar, escolha no regime matrimonial de bens, tal como administrar o patrimônio familiar adquirido e por fim têm a livre opção na formação educacional e social da prole.

g) princípio do maior interesse da criança e do adolescente

Enuncia o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) que,

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O enunciado se reforça no art. 227, caput, CF/88:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Visto que o maior interesse é o bem da criança e do adolescente, no Direito de Família este princípio é norteador no tocante aos conflitos decorrentes da dissolução da família matrimonial ou entidades familiares, em relação à guarda da prole.

h) princípio da afetividade:

Não se fundamenta família sem que haja o afeto, é ele a base e estrutura da entidade familiar. Decorrente da valorização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e da solidariedade (art. 3º, I, CF/88) tudo que for vinculado a este, deve ter a proteção do Estado.

Rodrigues (2013 site: <https://jus.com.br/artigos/25303/o-principio-juridico-da-afetividade-no-direito-de-familia>, acessado em 18, mar. 2018), em defesa da sua concepção esclarece que,

Não serve de mote legitimador para a interferência estatal nas relações familiares, sendo um instrumento naturalmente criado pela comunidade em suas relações

cotidianas. Assim, seu desenvolvimento depende menos do Direito e do Estado, e mais do meio social de onde medrou. O Direito apenas reconhece esses avanços sociais e espalha suas teias protetivas de modo a permitir a evolução segura da sociedade.

Não há lei que defina a afetividade, é um sentimento decorrente das relações cotidianas, no entanto, esses avanços sociais decorrem da valorização de institutos reconhecidos pelo direito.

No Brasil, existem diferentes tipos de famílias reconhecidas pela legislação e jurisprudência:

a) família matrimonial: construída formalmente pelo casamento, a qual seus direitos e deveres estão explicitamente regidos no art. 1.566 do Código Civil Brasileiro:

São deveres de ambos os cônjuges:
I – fidelidade recíproca;
II – vida em comum, no domicílio conjugal;
III – mútua assistência;
IV – sustento, guarda e educação dos filhos;
V – respeito e consideração mútuos.

Atendido todos os requisitos legais, é formada a família matrimonial.

b) família informal: contraria a família matrimonial, esta baseia-se no afeto entre duas pessoas, não sendo a união oficializada pelo Estado.

Por muito tempo, essa relação foi vista como adúlterina, tornando os frutos decorrentes dela ilegítimos. Após o aumento dessas relações, a Constituição Federal de 1988 viu necessidade de dedicar proteção a essa união, classificando-a como União Estável e tornando sua conversão em casamento flexível, como disposto no art. 226, §3º CF/88, passando a mesma ser aceita.

c) família homoafetiva: se caracteriza pela união de pessoas do mesmo sexo, embora já tenha seu reconhecimento judicial, ainda é passível de preconceito. Seu reconhecimento pelo STF, é instituído pelo princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade e proteção da lei 9278/96, a qual regulamenta as união não oficializadas pelo Estado, em geral.

d) família anaparental: é constituída sem ascendentes, ou seja, sua constituição decorre de pessoas ou parentes que vivam em um mesmo lar e que não tenha a presença de um pai ou uma mãe.

e) família pluriparental: Para Dias (2010, p. 49) este arranjo familiar é constituído por pares onde um ou ambos advém de uniões anteriores, trazendo cada um seus filhos e, normalmente, tendo descendentes em comum. Ou seja, decorre da pluralidade de relações parentais.

f) família monoparental: é a família formada por apenas um genitor e a prole. Diniz explica (2010, p. 11):

A família monoparental ou unilinear desvincula-se da idéia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um dos seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, produção independente, etc.

Ressalta a existência de um só genitor na relação, decorrente de fatos que originam a falta do outro genitor.

g) família paralela: são as relações familiares livres, causando um certo repúdio a sociedade, por se tratar de forma adúltera, pois ocorre simultaneamente ao casamento ou a união estável.

h) família eudemonista: é constituída com base na solidariedade e afeto entre seus membros. Para Carvalho (2014, p. 53) “é o conceito mais inovador de família”, visto que a família eudemonista busca a felicidade e satisfação plena dos seus membros, independente se há ou não laços sanguíneos entre os mesmos.

2.2 DO CASAMENTO

Em constantes tentativas de conceituar esse instituto, a doutrina depara-se com a difícil tarefa de agregar, numa única definição, os diversos elementos que constituem o casamento. Importante abordar algumas das definições do matrimônio:

Primeiramente o Código Civil Brasileiro, dispõe em seu art. 1.511 *caput* que, “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

Rodrigues (1999, p. 18 *apud* Venosa 2010, p. 25) define casamento como,

Contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.

Beviláqua (1952, *apud* Diniz 2014, p.52) reforça a ideia anterior,

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

Quirino (2014, site: <https://jus.com.br/artigos/30642/ubi-tu-gaius-ibi-ego-gaia-um-olhar-sobre-a-atualidade-do-instituto-juridico-do-casamento>, acessado em: 22, mar. 2018), ao seu olhar, conclui a definição de matrimônio como sendo,

O acontecimento social-religioso, pelo qual, por ordem eclesial, o sacerdote, ou representante espiritual, reconhece, perante os rituais da fé, a união carnal dos nubentes, com fins de procriação, sexo consentido, proteção mútua e constituição de família, assim entendido a geração, a criação e educação de filhos, a fidelidade e o amor conjugal. Resulta daí a publicização da exclusividade do relacionamento sexual e a socialização da formação de unidade familiar.

Pereira (2004, p. 51 *apud* Gonçalves 2010, p. 37) ao conceituar casamento, eleva o Cristianismo, relacionando-o com à dignidade de um sacramento,

pelo qual um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual (*caro una*, uma só carne), e de maneira indissolúvel (*quos Deus coniunxit, homo non separet*).

Nota-se que a doutrina e a própria norma ao definir o casamento mencionam a distinção dos sexos quando se referem aos consortes. Contudo, devido a realidade social atual, o Conselho Nacional de Justiça, vendo necessidade de ajustar o texto de lei, criou em 14/05/2013, a Resolução nº 175, dispondo contra esse paradigma “sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.” Passando a definição clássica ser incabível e reconhecendo assim as relações homoafetivas.

Desse modo, define-se de maneira ampla o casamento como um contrato recíproco e formal, pelo qual duas pessoas, capazes se unem de acordo com suas vontades, legitimando por ele suas relações afetivas e sexuais, compromisso de cuidar e educar os filhos que dessa relação gerar, e ainda prestarem auxílio recíproco nas obrigações pessoais, sociais e patrimoniais que advirem do matrimônio. Os nubentes são unidos espiritualmente, com o objetivo da constituição de unidade familiar, sendo esta amparada por lei.

No tocante a natureza jurídica do casamento, o Direito Civil Brasileiro não a define, deixando a cargo da doutrina que por sua vez se dividiu em 3 correntes teóricas, sendo elas: a teoria Contratualista, Institucionalista, Mista ou Eclética, assim explica Diniz (2010, p. 40-42).

A Teoria Contratualista resume o casamento a um contrato de natureza civil, que depende da livre e espontânea vontade do casal, ou seja, tendo como eficácia a vontade comum das partes. Essa teoria não é a corrente majoritária, visto que para a eficácia do vínculo conjugal se faz necessário certos procedimentos imposto pelo Estado.

A Teoria Institucionalista, é totalmente oposta a doutrina anterior, nesta o casamento é visto como instituição social, onde os cônjuges só apresentam suas vontades ao fazer surgir a relação, eles tem o livre arbítrio para escolher seu cônjuge e decidir se vai casar ou não, porem após a efetivação do casamento, não podem alterar a disciplina tratada pelo Estado, estando vinculados a um regime imutável de Direito, ou seja, os nubentes se submetem as normas, efeitos e formas estabelecidas em lei.

A Teoria Mista ou Eclética, divide basicamente o casamento em duas etapas, é uma mescla das duas teorias anteriores, trata o casamento como um contrato quanto a sua formação, celebrado de acordo com a vontade das partes – teoria contratual; e após a efetivação do mesmo, os cônjuges são disciplinados pelo regimento do Estado – Teoria Institucionalista.

Diniz (2014, p. 55) filia-se a teoria institucionalista, por ser o matrimônio a base da constituição da sociedade civilizada, considerando o casamento uma instituição social.

Tartuce e Simão (2008, p. 54) são adeptos a corrente da teoria mista, eclética ou híbrida e consideram esta teoria a linha majoritária na atualidade. Venosa (2010, p. 26) afirma que o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento-estado é uma instituição.

Nota-se a divergência em meio aos posicionamentos da doutrina face a natureza jurídica do casamento, no entanto, ela pode ser interpretada de diferentes maneiras sem prejuízo a efetivação do casamento.

2.3 DA UNIÃO ESTÁVEL

É o reconhecimento de entidade familiar, não matrimonializada, decorrente da união de duas pessoas capazes que tem o intuito de instituir uma família e que vivem como se casados fossem.

O Código Civil Brasileiro estabelece em seu art. 1.723 que, “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Azevedo (2000, artigo publicado na Revista do Advogado, nº 58), afirma que união estável:

É a convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato.

A Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º por sua vez estabelece que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Evidencia-se que a união estável tem que provir de condições admissíveis a ser convertida em casamento, não podendo haver impedimento legal para sua conversão, em conformidade com os §§ 1º e 2º do art. 1.723 CC. Não se constitui, verificando-se os impedimentos do art. 1.521 CC; com exceção ao inciso VI, visto que se a pessoa casada se encontrar separada de fato ou judicialmente, não é impedimento para viver em união estável.

Percebe-se que a união estável não se iguala ao casamento, visto que não há possibilidade de converter o que é igual, a finalidade é a mesma, ou seja, se dá pela vontade das partes em constituir família. Os dois institutos são passíveis de proteção legal, devendo serem seguidas as regras exigidas em lei para tornar válida sua constituição. O casamento se inicia com a cerimônia nupcial, efetivando assim a entidade familiar, já a união estável não se estabelece por um ato único, ela se forma com o tempo. É importante ressaltar que a lei não determina prazo a esse direito convivencial.

Para a validade da união estável é de supra importância que hajam pressupostos presentes, sendo uns deles:

A notoriedade de afeições recíprocas, que não quer dizer publicidade da relação, significa que os conviventes devem se tratar socialmente como marido e mulher e que esse tratamento possa ser notado pelas pessoas, expondo que a intenção de ambos é constituir família, mesmo que não haja filhos dessa relação, ou que não haja filhos em comum.

Não pode haver casamento civil válido e nem impedimento matrimonial entre os companheiros, como dito anteriormente, respeitado o art. 1.723 §§ 1º e 2º CC, não se aplicando o inciso VI do art. 1.521; devem obedecer ao que disciplina o art. 1.724 CC “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.” É importante que os conviventes se honrem de forma recíproca, assim revelará a intenção de vida em comum.

A coabitação, que embora a união estável deva ter aparência de casamento, não necessariamente os companheiros devem viver sob o mesmo teto, o importante é a notoriedade de que tenham vida como os de casados civilmente.

Em meio aos avanços sociais, é notório que as uniões homoafetivas e poliafetivas é uma realidade fática constante, e em sintonia com essa realidade, houve a necessidade de

proteção do Estado à essas relações sob a luz do art. 3º, IV da CF. De acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e 178, a qual exclui qualquer interpretação do art. 1.723 do CC e art. 226 da CF, que impeça o reconhecimento da união entre duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Ou seja, hoje a união entre pessoas do mesmo sexo pode ser constituída em forma de união estável ou de casamento.

2.4 NAMORO

Quando duas pessoas tem uma relação amorosa e de comprometimento recíproco social, sem mantimento de vínculo matrimonial diz-se então serem namorados.

Trata-se de um período onde duas pessoas objetivam se conhecer mutuamente, partilhando novas experiências, provando das relações mais íntimas de natureza sentimental, emocional e/ou sexual. Se esse período for satisfatório para os dois e o objetivo for comum em constituir uma família, o próximo passo da relação é o noivado, depois a materialização do matrimônio. Caso contrário, rompem o namoro e cada um segue seu caminho.

É uma relação menos exigente que o matrimônio e a união estável, tende a ser “mais aberta”, portanto não há disposições legais em torno deste instituto.

Ao consultar definições da palavra no dicionário, verifica-se que o namoro, segundo Houaiss (2007, p. 1.993), é quando duas pessoas têm um relacionamento amoroso em que a aproximação física e psíquica, fundada numa atração recíproca, aspira à continuidade.

Tartuce (*apud* Ribeiro 2014, site <https://jus.com.br/artigos/30915/o-contrato-de-namoro-no-ordenamento-juridico-brasileiro/1>, acessado em: 26, mar. 2018), bem define o namoro como um crescente processo de convivência que pode se resultar em família,

Passo importante na escalada do afeto ocorre se o encontro inicial revela o início de uma efetiva relação amorosa. Dá-se então, o namoro, já agora um compromisso assumido entre homem e mulher que se entendem gostar um do outro. Pode ser paixão à primeira vista, embora nem sempre isso aconteça, pois o amor vai se consolidando aos poucos, com encontros e desencontros do casal embevecido. Do latim *in amoré*, o namoro sinaliza situação mais séria de relacionamento afetivo.

O namoro é o primeiro passo da relação afetiva, é deste instituto que surge a vontade e decisão dos namorados em constituir uma entidade familiar, com todos seus preceitos já vistos neste capítulo, oficializando a relação com o casamento civil e dando ensejo a prole. É importante ressaltar que nem sempre as relações são como estas expostas. Existem as relações esporádicas, que delas podem advir filhos, sendo da vontade ou não dos envolvidos em constituir uma entidade familiar.

3 DA DISSOLUÇÃO DAS RELAÇÕES AFETIVAS

Neste capítulo serão abordadas as causas terminativas das relações afetivas, as quais estão consagradas no art. 1.571 do CC/2002:

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.

Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

Gonçalves (2010, p. 201) distingue o que é termino da sociedade conjugal e a dissolução do vínculo matrimonial,

Sociedade conjugal é o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges. O casamento cria a família legítima ou matrimonial, passando os cônjuges aos status de casados, como partícipes necessários e exclusivos da sociedade que então se constitui. Tal estado gera direitos e deveres, de conteúdo moral, espiritual e econômico, que se fundam não só nas leis como nas regras da moral, da religião e dos bons costumes.

Em síntese sociedade conjugal, é o conjunto de direitos e obrigações que regem a vida em comum dos cônjuges. O vínculo matrimonial por sua vez é o laço de afinidade que visa os direitos e deveres no âmbito moral, espiritual e social.

Neste capítulo serão abordadas as causas terminativas das relações afetivas.

3.1 MORTE DE UM DOS CONJUGES

É a primeira causa extintiva tanto da sociedade conjugal quanto do vínculo matrimonial contemplada no art. 1.571 do Código Civil vigente. Com o falecimento, decorrem direitos ao outro cônjuge, tais como: herdar herança em concorrência com os descendentes e ascendentes, se houver, contrair novo matrimônio, continuar usando o sobrenome do falecido, independentemente de contrair novas núpcias, comenta Diniz (2014, p. 275). Além de direitos adquiridos pelo cônjuge sobrevivente, ressaltam-se os efeitos que perduram, a partir da sua ocorrência.

O art. 1.595 do CC complementa:

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

Independente da morte, perduram as marcas do vínculo de afinidade entre o cônjuge sobrevivente e os parentes do falecido. Se houve adoção, a viúva continua com o patronímico do falecido e vice-versa.

Porém, o falecimento cessa o impedimento de contrair novas núpcias. No entanto, à mulher deve respeitar as regras previstas no art. 1.523 do CC/2002. Não devem casar:

- I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;
- II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

No parágrafo único do mesmo artigo dispõe a solicitação ao juiz, da não aplicação dessas causas suspensivas, com a prova do sobrevivente de que não há prejuízo aos herdeiros. No caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo. “Ao contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente” (art. 1.588, CC).

Há a possibilidade de dissolver a sociedade conjugal a partir da ausência de um dos cônjuges e presunção de morte. O Código Civil prevê:

- Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.
- Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:
 - I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
 - II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.
- Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.
- Art. 8º Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.
- Art. 9º Serão registrados em registro público:
 - IV - a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.

Ou seja, a ausência e a morte presumida é decretada por sentença judicial, assim dissolve-se legalmente e definitivamente a sociedade conjugal. O outro cônjuge passa a ter os mesmos deveres e direitos que o viúvo pela morte real tem.

Em relação ao nome do cônjuge sobrevivente, o item 72 do Capítulo XVII das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, alterado pelo Provimento CG 25/2005 dispõe que os nubentes poderão acrescentar ao seu o sobrenome do outro, vedada a supressão total do sobrenome de solteiro. Porém a norma não proíbe a supressão do

sobrenome do casamento anterior. Ou seja, a pessoa viúva que manteve o patronímico de casada, pode continuar com o mesmo, no novo casamento. Renunciará o nome adotado no casamento anterior, se pretender acrescentar o sobrenome do contraente no novo matrimônio.

3.2 NULIDADE OU ANULAÇÃO DO CASAMENTO

3.2.1 Casamento nulo

O Código Civil brasileiro dispõe sobre causas de nulidade e anulação do casamento, tornando-se assim causas terminativas da sociedade conjugal

Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

- I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
- II - por infringência de impedimento.

O inciso I do citado artigo disciplina que é nulo o casamento contraído pelo enfermo mental, o qual sua incapacidade é absoluta para os atos da vida civil. No inciso II está prevista a nulidade se infringidos os impedimentos disposto no art. 1.521:

Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

A ação jurídica, tem natureza de ação declaratória, podendo ser interposta por qualquer interessado ou o Ministério Público. É importante ressaltar que exige um interesse, que pode ser econômico ou moral, e que deve ser demonstrado na ação de nulidade (Pereira 2005, pág. 136)

Pereira (2005, p. 136) ainda aponta os efeitos decorrentes da nulidade:

A sentença de nulidade produz efeitos *ex tunc*, isto é, retrotrai suas consequências à data da celebração. Nulo o casamento, não produz seus naturais efeitos. Os filhos havidos ou concebidos na sua constância pelo código civil eram ilegítimos, mas o

vínculo desfeito fazia certa a paternidade para efeitos alimentares, como ainda de impedimento matrimonial.

Os efeitos em relação a filiação dos cônjuges, estão assegurados no art. 14, parágrafo único, da lei ° 6.515/77, “ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa-fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns.” E reforçado no art. 227, § 6º da Constituição Federal, que os iguala, proibindo referencias discriminatórias relativas aos filhos.

A nulidade ainda, é causa impeditiva para contrair novo matrimônio, respeitando a mulher o prazo de 10 meses após a sentença, salvo se provar a inexistência de gravidez na fluência do prazo, conforme disposto no art. 1.523, parágrafo único do Código Civil.

Pereira (2005, p. 137) explica que nulo o casamento, considera-se como se não tivesse havido a cerimônia. No entanto, respeita os direitos de terceiros de boa-fé, adquiridos a título oneroso, não prejudicando a aquisição de direitos resultante de sentença transitada em julgado.

3.2.2 Casamento anulável

O Código Civil separa os casos de nulidade e anulabilidade do casamento. O art. 1.550 dispõe as causas de anulação do casamento.

Art. 1.550. É anulável o casamento:

I - de quem não completou a idade mínima para casar;

II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

§ 1º. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

§ 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

É importante frisar que o Código Civil em seu art. 1.517, prevê a idade mínima para casamento de 16 anos, porém deve haver autorização dos pais, para qualquer dos contraentes que tenham entre 16 e 18 anos. Dessa forma, o casamento é anulável para os menores de 16 anos, em regra. Porém, existe exceções, o art. 1.551 regula que: “Não se

anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez.” E com base no art.1.553 “o menor que não atingiu a idade núbil poderá, depois de completá-la, confirmar seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou com suprimento judicial.” A legitimidade para arguir o impedimento do menor de 16 anos, é pelo próprio cônjuge menor, por seus representantes legais, ou por seus ascendentes, (art. 1.552, CC). Em relação ao prazo para propositura da ação, o art. 1.560 § 1º dispõe:

Extingue-se, em cento e oitenta dias, o direito de anular o casamento dos menores de dezesseis anos, contado o prazo para o menor do dia em que perfez essa idade; e da data do casamento, para seus representantes legais ou ascendentes.

Em relação ao vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro, (art. 1.556 CC). De acordo com o art. 1.557, considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

Somente o cônjuge que incidiu em erro, ou sofreu coação, pode demandar a anulação do casamento, de acordo com o art. 1.559 do CC. O prazo para propor ação de anulação é de 03 anos a contar da data da celebração do casamento, de acordo com o art. 1.560, inc. III.

A incapacidade de consentir, como disposta no inciso IV do art.1.550, ocorre do consentimento de um dos cônjuges ou ambos, coagido por um medo considerado eminente para a vida, a saúde, a honra sua ou de seus familiares. O prazo para anulação do casamento é de 180 dias a partir da data da celebração do matrimônio, (art. 1.560, inc. I)

Na hipótese de revogação do mandato (art. 1.550, inc. V), é anulável o casamento sem que o mandante dê ciência ao mandatário ou ao outro contraente. Se a procuração não revestir os requisitos exigidos pelo art. 1.542, poderá ser invalidada por procedimento judicial. Não se anulará o casamento por procuração se a ele se seguir a coabitação dos cônjuges, explica Pereira (2005, p. 149). Neste caso o prazo para propor a ação de anulação do casamento também é de 180 dias a contar do dia da celebração, conforme disposição do art. 1.560 § 2º.

A incapacidade da autoridade celebrante, também é causa de anulação do casamento, visto que subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência

exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamentos e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil, (art.1.554 CC), tendo prazo de dois anos para propositura da ação de anulação, (art. 1.560, inc. II)

A anulação do matrimônio tem efeito *ex tunc*, portanto até a data da declaração de anulação, produz seus efeitos. O casamento será definitivamente válido, se o cônjuge ou pessoa legitimada não propuser a ação de anulação dentro dos prazos legais.

É importante ressaltar que a sentença da anulação, declara uma verdade que era oculta, dissolvendo assim o casamento existente. No entanto antes de promover a ação anulatória o cônjuge pode requerer a separação de corpos, se provando necessidade, de acordo com o art. 1.562 do CC.

3.3. SEPARAÇÃO JUDICIAL

Embora esteja contemplada no Código Civil Brasileiro, este instituto não é mais utilizado, por força da Emenda Constitucional nº 66 de 13 de Julho de 2010, a qual 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.

Porém, há doutrinadores que não confirmam a extinção da separação judicial, como Pereira (2013, p. 285), para ele o direito brasileiro dispensou tais normas, permitindo a liberdade do legislador para conservá-las ou não e aplicá-las ou não conforme sua conveniência.

A separação judicial como causa de dissolução da sociedade conjugal, a partir de que se torne insuportável a vida em comum, é como uma preparação para ação do divórcio, a qual não rompe o vínculo matrimonial, de maneira que nenhum dos separados poderão contrair novas núpcias, explica Diniz (2010, p. 284).

Existem duas espécies de separação judicial:

a) A consensual, contemplada no art. 1.574 do CC onde prevê a separação por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção. Naturalmente, para que a separação judicial seja consensual deve haver a mesma vontade entre os consortes. Ainda assim, o juiz pode recusar a homologação, se comprovado que não há preservação

aos interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo.

O procedimento para homologação da separação judicial está previsto no art. 731 do Código de Processo Civil vigente:

A homologação do divórcio ou da separação consensual, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:

I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns.
II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;
III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e
IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos.
Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658.

Após cumpridos os procedimentos legais, o juiz homologa e decreta a separação judicial do casal, findando a sociedade conjugal dos mesmos.

b) A litigiosa, prevista no art. 1.572 do CC:

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

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

A iniciativa é de vontade unilateral, ou seja, de um só cônjuge a qualquer tempo do casamento, desde que apresente fatos que tornem evidente a impossibilidade de convívio comum. O que difere da separação consensual é a vontade dos consortes, que na litigiosa não é recíproca.

A separação judicial é personalíssima, devendo ser requerida pelo próprio cônjuge. No caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.576 CC.

Esclarece Diniz (2010, p. 312) que os efeitos da separação judicial são idênticos aos do divórcio, salvo quanto ao rompimento do vínculo conjugal, que permanece intacto (CC, art. 1.571, § 1º).

O art. 1.576 preceitua que a separação judicial põe fim aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

Tais efeitos são produzidos a partir do trânsito em julgado ou da data em que houve a separação de fato e recaem sobre a pessoa dos cônjuges, os bens e os filhos, em relação a guarda e alimentos dos mesmos, conforme seja a separação judicial, consensual ou litigiosa. Explica Gomes (1978 *apud* Diniz 2010, pág. 312): “Se consensual, conformam-se às condições ajustadas pelo próprio casal, e, se litigiosa, são estabelecidos, com certa margem de arbítrio, pelo juiz dentro dos termos legais.”

A separação judicial pode ser convertida em divórcio, após cumprido um ano do trânsito em julgado da mesma, de acordo com o texto do art. 226, § 6º da CF: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos.”

Ou ainda, a qualquer tempo, mediante reconciliação, pode reestabelecer a sociedade conjugal do casal, nos termos do art. 1.577 CC.

Em síntese a separação judicial é a dissolução da sociedade conjugal, e não do vínculo matrimonial, a qual decorre da impossibilidade de convivência comum, dela possibilita a separação de corpos do casal, extinguindo os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens, nos termos da lei.

3.4 DIVÓRCIO

É o rompimento legal e definitivo de um casamento válido, dele extingue-se a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial (CC, art. 1.571, IV e § 1º). O divórcio pode ser operado mediante sentença judicial ou escritura pública, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias, ressalta Gomes (*apud* Diniz 2010, p. 336).

O artigo 1.581 do Código Civil, prevê:

Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.
§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.
§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Observadas as limitações legais para requerer o divórcio é importante estudar as modalidades desse instituto no direito brasileiro.

a) Tartuce e Simão (2008, p. 223) explicam: “O divórcio judicial indireto ou por conversão é aquele precedido pela separação de direito, quer esta ocorra por uma ação de separação judicial, quer se dê por escritura pública de separação extrajudicial.” Ou seja, nessa modalidade os consortes convertem a separação discutida anterior, em divórcio, nos termos do art.1.581 § 1º. Pode ser tanto litigioso (judicial) ou consensual (extrajudicial ou judicial).

b) Quando falamos em litígio, significa não haver pleno acordo entre as partes. Explicam Tartuce e Simão (2008, p. 227): “Contudo, não se discute culpa, mas apenas o respeito ou não ao fator temporal, qual seja, o prazo de um ano para a referida conversão.” Por outro lado, quando falamos em divórcio consensual, quer dizer que há comum acordo entre as partes e que o divórcio pode ser convertido por meio judicial, como via extrajudicial, o que é mais comum na atualidade, por força da portaria CG 01/2007, admitida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Porém é imprescindível a presença de alguns requisitos como: comprovação de um ano de separação judicial, mediante apresentação da certidão de casamento com referida averbação, ou da separação de fato por mais de dois anos, comprovadas por documentos e testemunhas devidamente qualificadas pelo tabelião; ausência de filhos menores e incapazes; assistência dos cônjuges por advogado comum ou de cada um deles; declaração de que os cônjuges não possuem filhos e comum e os existentes são maiores e capazes; firme intenção de romper o vínculo matrimonial. Na impossibilidade dos divorciandos ou de um deles comparecer ao cartório, podem constituir procurador, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de trinta dias (Re. N. 35/2007 do CNJ, art. 36), explica Diniz (2010, p. 337-339).

c) Expõe Tartuce e Simão (2008, p. 232) Quanto ao divórcio direto, não há ação de separação prévia, seja ela consensual ou judicial. Em suma, a lei só exige aqui que os cônjuges estejam separados de fato há mais de dois anos (art. 1.580, § 2º, do CC e art. 226, § 6º, da CF).

Se não estiver presente o acordo entre as partes, a partir da separação de fato, o divórcio deve ser judicial, pois apresenta litígio. Ou de maneira consensual, havendo pleno acordo entre os cônjuges.

Referidos autores ressaltam ainda, que em relação ao divórcio judicial direto litigioso, não se discute a culpa, mas o respeito ao lapso temporal de dois anos de separação de fato. Em relação ao divórcio direto consensual extrajudicial, as exigências e requisitos são os mesmos do divórcio indireto consensual extrajudicial.

A Emenda Constitucional 66/2010, implicou na exclusão de qualquer restrição para concessão do divórcio, ou seja, excluiu a prévia separação judicial e as exigências de prazos. A partir de 13 de Julho de 2010 o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, passou a vigorar, com o seguinte texto: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio." Com tal medida em vigor evita-se a duplicidade de processos, tendo em vista que o casal pode divorciar-se de forma imediata e direta, não mais havendo decurso de prazos e nem prévia separação para se chegar ao divórcio. Porém há divergências sobre a exclusão da separação judicial.

Tartuce (2014, p. 457) afirma,

A inovação tem aplicação imediata, como norma constitucional autoexecutável. Assim, não há a necessidade de qualquer ponte infraconstitucional para a sua eficácia, o que está de acordo com a doutrina que reconhece a força normativa da Constituição".

Pereira (2013, p. 285) tem uma posição diferente. Não confirma a extinção do instituto da separação. Afirma apenas que o direito brasileiro dispensou tais normas, permitindo a liberdade do legislador para conservá-las ou não e aplicá-las ou não conforme sua conveniência.

Independente da discussão, se extinguiu-se ou não a separação judicial, a mesma cedeu lugar exclusivo ao divórcio, que pode ser judicial litigioso ou consensual, ou ainda, extrajudicial, se consensual.

Tartuce e Simião (2008, p. 222), ressaltam a responsabilidade dos pais sobre os filhos,

Vale lembrar que o divórcio em qualquer uma das suas modalidades, não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (art. 1.579, caput, do CC). Sem prejuízo disso, havendo eventual novo casamento de qualquer um dos pais, ou de ambos, esse novo enlace não pode importar em restrições aos direitos e deveres dos cônjuges em relação aos filhos (art. 1.579, parágrafo único, do CC).

Não só no divórcio como causa de dissolução da sociedade conjugal, mas em todas outras causas previstas no art. 1.571 do Código Civil, não há prejuízo sob os direitos e deveres dos pais em relação à pessoa dos filhos.

4 DA GUARDA

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

É direito e dever dos pais, terem em sua companhia os filhos e a eles responsabilizar-se pelas diversas circunstâncias previstas em lei. O art. 227 da CF/88 regulamenta:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

A princípio como ordem natural, os filhos devem ser criados no seio da família, a qual é formada pelos genitores. Porém, a inconveniência dos genitores em manter-se unidos, faz com que seja necessário a adequação da convivência com os filhos. Independente da situação conjugal dos pais, é competência de ambos o pleno exercício do poder de família.

De acordo com o previsto com o Código Civil vigente:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

É evidente a independência da união dos pais, para o exercício pleno do poder de família, sob os filhos menores.

A separação do casal não extingue esse poder, permanecendo ainda todos os direitos e deveres em relação a prole, assim como a convivência e atuação na guarda dos mesmos.

Como prevê o Código Civil vigente:

Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

A responsabilidade dos pais do menor independe do vínculo entre eles. O interesse do menor e proteção à pessoa dos filhos devem ser preservados pelos genitores acima de qualquer situação.

No entanto extingue o poder de família nas hipóteses do art. 1.635 CC/2002:

Extingue-se o poder familiar:

- I - pela morte dos pais ou do filho;
- II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
- III - pela maioridade;
- IV - pela adoção;
- V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Observa-se que na presença das hipóteses previstas no artigo acima, extingue a responsabilidade dos genitores quanto à guarda dos filhos menores.

O instituto da guarda objetiva atender os interesses dos menores, que é quem mais perde com a separação dos pais. Para que não sintam a sensação de abandono, é importante a atuação de ambos na educação e assistência dos filhos.

O Código Civil dedica um capítulo à proteção da pessoa dos filhos, contemplado do art. 1.583 a 1.590. Há duas modalidades de guarda prevista na nossa legislação brasileira: a unilateral e a compartilhada. No entanto há uma modalidade não prevista em lei, porém utilizada pela jurisprudência e doutrina, a guarda alternada.

4.2 ESPÉCIES

4.2.1 Guarda unilateral

Compreende-se por guarda unilateral, a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, segundo dispõe o § 1º do art. 1.583 do Código Civil. Ou seja, apenas um dos genitores possui a guarda, enquanto o outro tem regulamentado o direito de visitas.

Gonçalves (2010, p. 284) à respeito da atribuição da guarda, explica:

A ordem dos fatores a serem observados na atribuição da guarda unilateral não deve ser considerada preferencial, tendo todos eles igual importância. Na realidade, deve o juiz levar em conta a melhor solução para o interesse global da criança e do adolescente, não se olvidando de outros fatores igualmente relevantes, como dignidade, respeito, lazer, esporte, profissionalização, alimentação, cultura, etc. (ECA – Lei n. 8.069/90, art. 4º).

É de suma importância afastar qualquer interpretação de que a melhor condição para o menor, seria o genitor com maior recurso financeiro. O § 5º do art. 1.583 CC prevê a supervisão do genitor que não detém a guarda do menor,

A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

O que prepondera nessa modalidade é a exclusividade de um dos pais na guarda do menor, pois quem a detém possui autonomia nas decisões e ainda responde por ele, enquanto cabe ao outro supervisionar os interesses dos filhos.

No entanto, apresenta privação do menor na convivência diária e contínua com um dos genitores, por essa razão a lei n. 13.058/2014 procura incentivar a guarda compartilhada.

4.2.2 Guarda compartilhada

Essa modalidade de guarda é precedida pela lei complementar nº 13.058 de 22 de Dezembro de 2014, que altera artigos do Código Civil Brasileiro a fim de estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

Conceitua o art. 1.583, § 1º do Código Civil, a guarda compartilhada como sendo: “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

O art. 1.589 do Código Civil prevê: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”

Nessa modalidade, conseqüentemente, os filhos não perdem a convivência com um dos genitores após o término do matrimônio, pois ambos exercem simultaneamente a responsabilidade concernente aos interesses do menor, além das visitas acordadas e o dever do cônjuge que não esteja com a guarda de fiscalização a esses interesses.

Nick (1997, p. 127-163 *apud* Gonçalves 2010, p. 285), define brevemente a guarda compartilhada:

A criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo. Defere-se o dever de guarda de fato a ambos os genitores, importando numa relação ativa e permanente entre eles e seus filhos.

É de suma importância para o menor essa convivência ativa e permanente com os genitores, desde que os pais estejam aptos a exercer o poder de família. Em razão disso, sempre que possível deverá ser aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do menor, de acordo com o mencionado no art. 1.584 § 2º CC.

Tanto a guarda unilateral, como a guarda compartilhada poderá ser requerida por consenso, pelo pai e pela mãe, ou ambos, após a dissolução da sociedade conjugal, ou ainda decretada pelo juiz em atenção as necessidades dos filhos e distribuição de tempo de convívio deste com o genitor, (art.1.584, I e II CC).

É dever do magistrado ao realizar a audiência de conciliação informar o significado da guarda compartilhada, sua importância, seu objetivos, direitos e deveres atribuídos aos genitores e ainda as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas, (art. 1.584, § 1º CC). Isso faz com que aumente as prerrogativas aos pais e faz com que se dediquem de forma mais intensa e estejam sempre presentes na vida dos filhos, efetivando o vínculo na formação e educação do menor.

O juiz pode ainda basear-se em orientações técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, para estabelecer as atribuições ao pai e a mãe e ainda os períodos de convívio sob guarda compartilhada, conforme disposto no § 3º do art. 1.584 CC.

Contudo, o presente instituto só é admitido pelos tribunais, se presente a convivência harmoniosa entre os pais separados. A título exemplificativo, transcreve-se os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PLEITO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA FORMULADO PELA GENITORA. PRETENSÃO ALTERAÇÃO DA GUARDA DO MENOR PELO GENITOR PARA QUE SEJA DEFERIDA EM SEU FAVOR. INTERESSE DO MENOR. CONDIÇÕES DE AMBOS OS GENITORES. PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS PATERNOS E MATERNO. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA PRINCIPAL A DA GENITORA. RECURSO NÃO PROVIDO. Nas ações de família, em que se discute a guarda da prole, deve-se atender os interesses dos menores, pois a convivência com os pais é mais um direito dos filhos do que dos pais."(Rel. Des. José Volpato de Souza) Sendo um direito primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobreveem a separação do casal, tem-se a

guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicado que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições. (AI n, de Laguna, Des. Rel. Carlos Prudêncio, DJ de 13-6-2003). (TJ-SC - AC: 157479 SC 2004.015747-9, Relator: Carlos Prudêncio, Data de Julgamento: 28/03/2008, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n, da Capital)

FILHO MENOR. GUARDA COMPARTILHADA. 1- A concessão da guarda compartilhada pressupõe a existência de relação harmoniosa entre os genitores, pois tudo relacionado à vida da criança será decidido por ambos e em conjunto. 2- Assim, inexistindo esse consenso, incabível à adoção dessa modalidade de guarda. (TJ-RJ - APL: 00087373520108190002 RIO DE JANEIRO NITEROI 3 VARA DE FAMILIA, Relator: MILTON FERNANDES DE SOUZA, Data de Julgamento: 14/12/2012, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/12/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. INVIÁVEL A INSTITUIÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA DA MENOR. Ausência de relação harmoniosa entre os pais a permitir dividir decisões relacionadas ao cotidiano da filha, o que poderá acarretar prejuízo ao desenvolvimento físico e emocional do menor. Criança que sempre morou com a mãe e não foi realizado estudo social para saber se o pai tem condições para o exercício da guarda. Ausência de prova a amparar a pretensão paterna. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70075477026, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 28/02/2018). (TJ-RS - AC: 70075477026 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 28/02/2018, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/03/2018)

Essa modalidade garante maior participação dos pais separados, no desenvolvimento do menor, afastando da guarda a idéia de posse; e efetivando o crescimento, sem traumas e sem a sensação de abandono por um dos genitores. Em razão disso, a guarda compartilhada é incentivada pela legislação brasileira, pela eficácia notória no desenvolvimento moral e social do menor.

4.2.3 Guarda Alternada

Não prevista na legislação brasileira, porém existente na doutrina e jurisprudência, a guarda alternada objetiva igualar o tempo de convivência dos filhos com os pais. Esta modalidade possibilita por meio de homologação do juiz, o exercício alternado da guarda, ou seja, os filhos moram, alternadamente, um período de tempo com o pai e outro com a mãe, tempo esse que pode ser anual, semestral ou semanal. A guarda se caracteriza ainda como unilateral, pois apenas um dos pais detém a guarda, naquele tempo determinado.

Trata-se de uma questão bastante discutida e criticada pelos juristas e doutrinadores, pois há mais contrapontos que vantagens, para efetivação do interesse do menor.

É nítida que a vantagem presente na guarda alternada é a prerrogativa dos pais conviverem o maior tempo com os filhos, e o menor de manter maior tempo de convivência com ambos genitores, mesmo que por períodos alternados.

Na visão de Grisard Filho (2009, p. 91)

Neste modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais. Desta forma, cada um dos genitores, no período de tempo preestabelecido a eles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental. Esta modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio de “continuidade”, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança.

Para a Psicóloga Sender Lang, (2000, site <http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/299-a-crianca-frente-a-ruptura-familiar->, acessado em: 03, jun. 2018)

A criança necessita de um porto seguro que a casa de origem proporciona, na qual possa se reconhecer no ambiente conhecido e estável. Preservar este lugar significa manter constante o mundo da criança, já que o quarto da criança representa inicialmente, a extensão do seu mundo interno, pois é através da constância dos objetos conhecidos e familiares repletos de significados em seu ambiente, que a criança reencontrará a paz que precisa para lidar com a instabilidade que a situação acarreta. Isto não impede que possa ter e, é fundamental que tenha um espaço na casa do genitor descontínuo, pois isto representa para a criança a comprovação concreta de ter um espaço no coração e na mente do mesmo.

Epagnol (2003 *apud* Bonfim, 2005 site: <https://jus.com.br/artigos/7335>, acessado em: 01, jun. 2018) considera,

Guarda alternada, cujo teor o próprio nome já diz. Diz-se de coisas que se alternam, ora uma, ora outra, sucessivamente, em que há revezamento. Diz-se do que ocorre sucessivamente, a intervalos, uma vez sim, outra vez não. Aliás, tal modelo de guarda não tem sido aceita perante nossos tribunais, pelas suas razões óbvias, ou seja, ao menor cabe a perturbação quanto ao seu ponto de referência, fato que lhe traz perplexidade e mal estar no presente, e nos futuros danos consideráveis à sua formação. (in: FILHOS DA MÃE: UMA REFLEXÃO À GUARDA COMPARTILHADA – Artigo publicado no Juris Síntese nº 39 - JAN/FEV de 2003).

Seguindo o raciocínio Grisard (2002, p. 190): “Não há constância de moradia, a formação dos hábitos deixa a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se do meio familiar paterno ou materno.”

São evidentes os malefícios da guarda alternada, prejudicando a formação da criança em relação às referências básicas essenciais para o desenvolvimento.

É importante ressaltar que os tribunais visam atender não as vontades dos pais, mas a preservação dos interesses e bem estar dos filhos, ao indeferir o instituto da guarda alternada, isso torna-se evidente nas justificativas do acórdãos a seguir expostos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FILHO MENOR (5 ANOS DE IDADE) - REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - GUARDA ALTERNADA INDEFERIDA - INTERESSE DO MENOR DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS - AGRAVO DESPROVIDO. Nos casos que envolvem guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável pois "as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos" (RJ 268/28). (TJSC - Agravo de instrumento n. 00.000236-4, da Capital, Rel. Des. Alcides Aguiar, j. 26.06.2000).

"EMENTA: GUARDA DE MENOR COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - PAIS RESIDINDO EM CIDADES DISTINTAS - AUSÊNCIA DE DIÁLOGOS E ENTENDIMENTO ENTRE OS GENITORES SOBRE A EDUCAÇÃO DO FILHO - GUARDA ALTERNADA - INADMISSÍVEL - PREJUÍZO À FORMAÇÃO DO MENOR. A guarda compartilhada pressupõe a existência de diálogo e consenso entre os genitores sobre a educação do menor. Além disso, guarda compartilhada torna-se utopia quando os pais residem em cidades distintas, pois aludido instituto visa à participação dos genitores no cotidiano do menor, dividindo direitos e obrigações oriundas da guarda. O instituto da guarda alternada não é admissível em nosso direito, porque afronta o princípio basilar do bem-estar do menor, uma vez que compromete a formação da criança, em virtude da instabilidade de seu cotidiano. Recurso desprovido." (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000 – rel. Des. LAMBERTO SANT'ANNA – Data do acordo: 11/09/2003 Data da publicação: 24/10/2003)

MENOR – GUARDA MATERNA – ADMISSIBILIDADE – PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA – GUARDA ALTERNADA - Inviável diante da ausência de entendimento entre os genitores, pois não existe um mínimo de diálogo entre eles, o que gera nela sofrimento desnecessário por causa da falta de bom senso e harmonia dos pais - Recurso parcialmente provido apenas para melhor regulamentar o direito de visitas do apelante. (TJ-SP - APL: 00271757120118260005 SP 0027175-71.2011.8.26.0005, Relator: Mendes Pereira, Data de Julgamento: 22/08/2014, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/08/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. GUARDA COMPARTILHADA. CONVIVÊNCIA ALTERNADA. A estipulação da guarda alternada entre os genitores mostra-se inconveniente, podendo-lhe acarretar instabilidade emocional, pois a criança fica submetida a cada semana a local diverso de residência. Assim, adequada a guarda compartilhada, com fixação da residência da criança na companhia materna e definição da convivência paterna. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70076887587, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/03/2018). (TJ-RS - AC: 70076887587 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 28/03/2018, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/04/2018)

As decisões e estudos em volta da guarda alternada evidencia o instituto absolutamente impróprio para o normal desenvolvimento da criança. Não se indaga tão somente a harmonia entre os ex-cônjuges, visto que mesmo se mantiverem um clima amistoso e de boa convivência, o instituto ainda pode ser contraindicado, pois mesmo com um bom

relacionamento entre os genitores, cada um oferece uma formação diferente a do outro, efetivando instabilidade emocional à criança. A mesma não sabe qual orientação seguir, se a materna ou paterna. Pontos que se tornam confusos para o normal desenvolvimento da criança, como interatuar com pessoas, locais e objetos representados por sua vida diária, que são referências importantes para formação.

4.3 DA AÇÃO JUDICIAL DA GUARDA

4.3.1 Competência

É importante lembrar que os direitos das crianças e dos adolescentes, estão inclusos ao Direito de Família. Essa conexão deve ser observada pelos operadores do direito, no processo de ações de guarda, pois não há previsão legal de ações próprias, devendo ser adequadas na lei processual das relações familiares, visando sempre a proteção do menor.

Portanto, se a matéria do processo é a discussão da guarda, do poder familiar, da regulamentação de visitas, etc. o juiz da vara da família será competente para julgar a ação, pois a discussão é decorrente do rompimento do vínculo conjugal.

Se a matéria for sobre os direitos reconhecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, se forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, ou ainda em razão de sua conduta, como previsto no art. 98 do ECA, a competência é do Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local, de acordo com o art. 146 do ECA. A título exemplificativo, transcreve decisão:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VARA DE FAMÍLIA E VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. GUARDA E RESPONSABILIDADE. SITUAÇÃO DE RISCO NÃO CONFIGURADA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE FAMÍLIA. 1. O ART. 148, PARÁGRAFO ÚNICO, ALÍNEA 'A', DO ECA, DETERMINA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE PARA TRATAR DOS PEDIDOS DE GUARDA E TUTELA DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE QUANDO RESTAREM CONFIGURADAS QUAISQUER DAS HIPÓTESES DE AMEAÇA OU VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DO MENOR PREVISTAS NO ART. 98, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. NA AUSÊNCIA DESSES INDÍCIOS, NÃO HÁ RAZÃO PARA O PROCESSAMENTO DO PEDIDO DE GUARDA PERANTE AQUELE JUÍZO. 2. DECLARADO COMPETENTE O JUÍZO SUSCITADO, DA 3ª. VARA DE FAMÍLIA, ÓRFÃOS E SUCESSÕES DE TAGUATINGA.

(TJ-DF-CCP: 98939720108070000 DF 0009893-97.2010.807.0000, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, Data de julgamento: 21/03/2011, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 06/04/2011, DJ-e Pág. 70)

Em suma, o que define a competência é a situação em que se encontra o menor envolvido na demanda. Deve ser fixada no momento da propositura da ação, bem como todos os requisitos previstos no art. 319 do Código de Processo Civil de 2015.

4.3.2 Procedimento

O processo é a maneira que o Estado executa sua função jurisdicional a quem o procura através da propositura de uma ação. Já o procedimento, é o caminho realizado pelo processo, para julgar o caso concreto.

Não é previsto um rito especial para ação de guarda, portanto deve-se enquadrar no procedimento comum ordinário, por se tratar de processo de conhecimento.

É importante que os requisitos do art. 319 e 320 do CPC sejam observados ao postular um ação, ela pode ser indeferida em casos de defeitos e irregularidades, as quais dificultam o julgamento do processo, nessa hipótese o juiz poderá pedir para que emende ou complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado (art. 321 CPC).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê em seu art. 161, § 3º que “se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida.”

Os requisitos devem ser observados rigidamente, para que a ação tenha resultado frutífero.

4.3.3 Regulamentação da guarda e visitas

De acordo com os artigos 1.584, 1.585 e 1.724 do Código Civil 2002, a guarda unilateral ou compartilhada pode ser requerida pelo pai e pela mãe, ou ambos, desde que haja consenso, decorrente da ação de divórcio ou dissolução de união estável. Contudo, os artigos 33 e 35 do ECA, aduzem que a ação de regulamentação de guarda e de visitas, seja ajuizada por um dos pais ou avós do menor.

A ação de regulamentação de guarda e de visitas, é para ajustar a convivência entre os genitores com seus filhos. A guarda pode ser obtida por acordo entre os genitores, desde que seja homologada essa decisão em juízo.

Contudo, quando há disputa pela guarda exclusiva do menor, o juiz pode optar pela guarda compartilhada, quando há condições dos dois tê-lo em sua companhia, uma vez que a guarda compartilhada é a melhor maneira de se resolver a problemática (art. 1.584, § 2º CC), protegendo o melhor interesse do menor. Para Dias, (2013, p. 465) “a guarda exclusiva do filho, não ultrapassa os limites da lide determinar o juiz a guarda compartilhada pois esta é a forma de convívio preferencial só devendo decidir pela guarda exclusiva justificadamente”.

Para estabelecer a guarda e os períodos de convivência dos pais com os filhos, o juiz deve basear-se em reorientações técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe, conforme previsto no art. 1.584, § 3º.

É importante reconhecer a manutenção do vínculo de afeto entre pais e filhos, não há limites de convívio entre eles. Contudo, o direito de convívio se desdobra, passando outros parentes também terem direito de visitas.

Dispõe o art. 1.589 em seu parágrafo único, que observados os interesses da criança, o direito a visitas, se estende aos avós. Há muitos casos, em que devido a desavença dos genitores, o que detém a guarda, afasta o filho do outro genitor e de seus familiares, exercendo assim a alienação parental. Com isso, o juiz visa, desde que não prejudicial ao menor, manter o vínculo entre a criança e os familiares, independente da harmonia dos pais.

O § 3º do art. 1.584 CC, dispõe:

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Possibilita a fixação do regime de convivência de um terceiro, quando os litigantes não são qualificados para atribuição da guarda, desde que atendendo sempre o melhor interesse da criança.

Quanto à situação do guardião não detentor da guarda, não devolver o filho na data e horário marcados ou ao contrário, quando o guardião que detém a guarda se recusa a entregar o filho nos dias marcados para visita, tais omissões dão oportunidades ao prejudicado a ajuizar ação de busca e apreensão. Observa-se na jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE VISITAS. DESCUMPRIMENTO. BUSCA E APREENSÃO. CABIMENTO. Descumprindo o direito de visitas regulado por sentença transitado em julgado, o cumprimento forçado do direito de visita se faz através de medida de busca e apreensão. Precedente Jurisprudenciais. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA (Agravo de Instrumento Nº 70048043020. OITAVA CÂMARA CÍVEL. Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 26/03/2012.

A busca e apreensão do menor, é uma medida cautelar, no entanto devem ser observadas o que dispõe o art. 305 do CPC:

A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

O art. 303 do CPC dispõe sobre a urgência do pedido, sendo requerida a tutela em caráter antecipado.

A busca e apreensão de pessoas é munida de violência, o que deve-se ter cautela com a utilização desse instituto, uma vez que a reação do que vai ser retirado seu filho, pode ser agressiva, ocasionando traumas psicológicos na criança, por presenciar tal medida.

Na hipótese de inconformismo das decisões proferidas nas ações autônomas, ação de regulamentação de guarda e busca e apreensão, bem como nas decisões interlocutórias caberão os recursos admitidos no Código de Processo Civil.

Após a decisão do magistrado, é reconhecida a existência de uma obrigação de fazer. A sentença se caracteriza como meio de coerção, que obrigam o sentenciado a cumprir o que lhe foi determinado. O mesmo deverá cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação (art. 77, IV CPC).

O descumprimento da sentença configura ato atentatório ao exercício da jurisdição, de acordo com o art. 77, § 2º, devendo o juiz aplicar ao responsável multa de até 20% do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta. Observa-se no § 3º do mesmo artigo que a multa fixada não sendo paga, será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado, após o trânsito em julgado da decisão que a fixou.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É clara a atuação do Estado na aplicabilidade do Instituto da guarda dos filhos, pois para que se concretize os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, é imprescindível considerar o princípio do melhor interesse do menor.

Diante das modalidades expostas, pode-se concluir que para que se obtenha êxito na aplicabilidade da mesma, é importante analisar todos os detalhes que versam sobre as relações entre os ex-cônjuges, pois a harmonia entre os separados é um dos pontos principais para aplicação do instituto.

Na guarda unilateral evidencia a exclusividade da autonomia de um dos pais sob o menor, o que apresenta privação na convivência diária e contínua com o genitor que não a detém. Porém, é uma modalidade aceita pelos tribunais, além de prevista na legislação brasileira.

Já a guarda alternada não está prevista em nosso ordenamento jurídico, no entanto, é passível de discussão nos tribunais, jurisprudência e doutrina. É nítida que a vantagem presente na guarda alternada é a prerrogativa dos pais conviverem o maior tempo com os filhos, porém, seus malefícios são maiores, a submissão do menor à alternância de lares apresenta além da instabilidade emocional, a psíquica, por vezes retrocessos irrecuperáveis, em razão das separações e reaproximações constantes.

Pensando em evitar essa confusão é que os tribunais entendem que a guarda alternada é prejudicial e ineficaz ante a efetividade dos interesses dos filhos, buscando sempre incentivar a forma equilibrada e que melhor atende o bem estar da criança.

No entanto, a lei 11.058/2014 incentiva o magistrado a aplicar a guarda compartilhada ao caso concreto, a partir de estudos, conhecimentos que se relacionam com o crescimento físico-psíquico do menor para se chegar a uma decisão justa.

É perceptível que esta modalidade rouba o cenário, pois mesmo que o menor fique sob a guarda de um dos pais, ainda assim permanecem sob autoridade equivalente dos genitores. Para que se torne frutífera a aplicação dessa modalidade é importante que os pais sempre mantenham avenças no tocante a criação dos filhos.

A guarda, advinda dos términos das relações conjugais ou nas hipóteses de filhos havidos fora do instituto familiar, deve ser regida sempre, como regra maior, o interesse do menor, entendendo este o que melhor atenda o bem estar moral, social e material do mesmo.

É importante ressaltar que o instituto da guarda existe em benefício do menor, permitindo ao magistrado aplicá-lo onde considerar favorável para a família, estabelecendo equilíbrio no convívio entre os pais e os filhos.

Para que a aplicabilidade do instituto da guarda tenha êxito é necessário o entendimento das equipes multidisciplinares, observando a relação dos pais após a separação e apresentando com clareza a importância da harmonia em benefício do bem estar do filhos.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 24. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

ANTUNES JUNIOR, Antonio Carlos. Casamento nulo e anulável. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out.2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3253>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **União estável**. Revista do Advogado (São Paulo), v. 58, março/2000.

BONFIM, Paulo Andreatto. Guarda compartilhada x guarda alternada: delineamentos teóricos e práticos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 815, 26 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7335>>. Acesso em: 1 jun. 2018.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das Famílias: direito civil**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Lavras: UNILAVRAS, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens): Lei 12.398/2011 (direitos dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família – 29º ed.** – São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 5 – 25º ed- São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de dreito civil basileiro: direito de família**. 17. ed. São Paulo: Revista de Produção Acadêmico-Científica, Manaus, v.3, n.º 1 2016 | 19 Saraiva, 2002. v. 5.

GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz. SOUZA, Auricléia Pereira de. **Aspectos jurídicos para a concessão da União Estável**. Set. 2017. Disponível em: <<https://dellacellasouzaadvogados.jusbrasil.com.br/noticias/114760268/casamento-conceito-e-natureza-juridica-parte-i>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, Direito de Família -7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. Revista dos Tribunais, 2ª ed. 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. ed rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Objetiva, 2007.

LANG, Rosa Sender. **A criança frente a ruptura familiar**. Apresentado na Palestra Preliminar do 5º Colóquio Internacional da Relação Mãe-Bebê, em Mesa Redonda realizada na Sociedade Psicanalítica do Rio de Janeiro, 13 de junho de 2000. Disponível em: <http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/299-a-crianca-frente-a-ruptura-familiar>. Acesso em: 3 jun. 2018.

MELO, Nehemias Domingos de. **União estável: conceito, alimentos e dissolução**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, no 133. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=696>> Acesso em: 26 mar. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

PEREIRA. Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

QUIRINO, Israel. Ubi tu Gaius, ibi ego Gaia: um olhar sobre a atualidade do instituto jurídico do casamento. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n.

4141, 2 nov. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30642>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

RAMOS, Leandro Ferreira. **Ausência e morte presumida**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 72, jan 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7085>. Acesso em abr 2018.

RIBEIRO, Isaque Soares. O contrato de namoro no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4170, 1 dez. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30915>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

RIBEIRO, Isaque Soares. **O Namoro Contemporâneo e suas Implicações Jurídicas**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1207. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3814>> Acesso em: 26 mar. 2018.

RODRIGUES, João Gaspar. O princípio jurídico da afetividade no direito de família. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3730, 17 set. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25303>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. **Alteração do nome no novo casamento**. Artigo disponível em: <http://www.arpensp.org.br/websiteFiles/imagensPaginas/File/Alteracao_do_Nome_no_Novo_Casamento.pdf>. Acesso em 4 jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5: direito de família**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, v. 5: Família**. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família** – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

VICENTE, José Carlos. **Da dissolução da sociedade conjugal**. Publicado em 10 ou. 2006. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2946/Da-dissolucao-da-sociedade-conjugal>>. Acesso em: 4 jun, 2018.

