

Coleção Experiência Acadêmica 24

LIÇÕES DE DIREITO DAS FAMÍLIAS

Cláudia Ernst P. Rohden
Juliana Leite Ribeiro do Vale
(Organizadoras)



EXTINÇÃO DA RELAÇÃO CONJUGAL: A DISSOLUÇÃO DA RELAÇÃO CONJUGAL E A (DES) PROTEÇÃO DOS FILHOS

Claudia Gay Barbedo¹

1. Introdução

Antigamente a única forma de arranjo familiar era pelo casamento, sendo esse, portanto, uma base do direito de família. Dessa maneira, aqueles que vivessem juntos sem o selo do casamento não tinham uma família aceita legalmente e socialmente. O divórcio no Brasil somente passou a ser permitido com o advento da Lei nº 6.515/77, ou seja, antes disso não havia como dissolver o casamento válido por vontade das partes ou de uma delas, salvo no caso de morte² de um dos cônjuges ou de ambos. Paulo Lôbo ensina que o divórcio é o meio voluntário, e a morte é o meio não voluntário na dissolução da relação conjugal³.

Anteriormente à referida lei, havia o desquite como forma de dissolução da relação conjugal, mas não dissolia o casamento válido. Por isso não era permitido aos desquitados que contraíssem novo matrimônio. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴ referem que “naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra ‘até que a morte nos separe’, admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo do casamento”. Nessa época, as pessoas não tinham muitas opções, uma vez que eram levadas a sustentar um casamento já acabado ou sofriam o etiquetamento da impossibilidade de constituir nova família.

As uniões livres – aquelas constituídas sem ser pelo casamento – somente mereceram reconhecimento legal a partir da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafo 3º. A partir daí a família brasileira além de ser constituída pelo casamento

¹ Advogada, especialista em Direito da Empresa e da Economia pela Fundação Getúlio Vargas, mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, professora da disciplina de Família e Sucessões do Centro Universitário Ritter dos Reis/Laureate International Universities, professora das pós-graduações em Direito de Família da FADERGS e do IDC, sócia efetiva do IARGS, diretora executiva do IBD FAM/RS, diretora interdisciplinar jurídica do Instituto Proteger.

² O Código Civil de 1916, em seu artigo 315 previa que: “A sociedade conjugal termina: (Revogado pela Lei nº 6.515, de 1977). I. Pela morte de um dos cônjuges. II. Pela nulidade ou anulação do casamento. III. Pelo desquite, amigável ou judicial. Parágrafo único. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges”.

³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

também passou a ser formada pela união estável. Apesar desses dois institutos, casamento e união estável, estarem previstos no ordenamento jurídico constitucional, muitas vezes se verifica que aquele se sobrepõe a esta. Isso porque a lei constitucional facilita a conversão da união estável em casamento, tendo este como cerne do direito de família.

A dissolução da relação conjugal oriunda do casamento ou da união estável entre casais heterossexuais ou homossexuais, não raras vezes, tem forte interferência na relação paterno-materno-filial. Daí falar-se em dissolução da relação conjugal e a (des)proteção dos filhos, pois os filhos, numa dissolução conjugal, tanto podem estar protegidos como desprotegidos. Isso porque, muitas vezes, as disputas de guarda, assim como as de regulamentação da convivência familiar iniciam em face da ruptura da relação conjugal.

Dito isso, o presente estudo tem a pretensão de chamar atenção do leitor para um olhar mais atento, quando emergir questões dessa ordem no sentido de cuidar não só para que a dissolução seja sadia e, por consequência, menos traumática como de proteger os filhos ao invés de desprotegê-los, essa última situação, principalmente, quando eles são afastados do convívio familiar.

2. Dissolução da Relação Conjugal Judicial e Extrajudicial

Antes de adentrar o assunto propriamente dito, cabe uma breve digressão. Historicamente, sabe-se que até o advento da Constituição Federal de 1988, a estrutura familiar brasileira era patriarcal, ou seja, a esposa e os filhos na menoridade/não emancipados eram totalmente submissos ao poder do ascendente⁵, este denominado no direito romano de *pater familias* (poder do pai = chefe de família). A família era estribada no poder paterno ou marital⁶. No entanto, sabe-se que ainda existe um remanescente de pessoas que vivem na atualidade numa estrutura patriarcal também conhecida como família tradicional.

Embora o referido diploma constitucional tenha abolido a estrutura patriarcal do âmbito jurídico, uma das repercussões desse modelo no direito de família atual é a fixação de alimentos, quando ocorre a dissolução da relação conjugal. Exemplo disso é o caso da ex-esposa que nunca trabalhou fora de casa e que sempre cuidou das lidas domésticas e dos filhos. Essa situação demonstra dependência econômica que gera o

5 WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito Civil: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11, v. 5.

6 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4, v. 6.

estabelece
pontuação

Quanto

ou com

entres

em tes

Alguns

inclus

entres

Das

família

Arnold

não em

e o de

solução

tutela

das re

Bord

hum

autor

de Sa

relaç

família

Estatu

de fam

sejam

Ass

OCOME

7. N

6. N

8. M

cônj

Paul

9. R

10. B

11. V

12. O

Instit

Família

8.56

estado de necessidade e que cria a condição do direito de ação para fixar alimentos por tempo indeterminado.

Quando se fala em dissolução da relação conjugal deve-se ter presente que o cônjuge ou companheiro não são designados parentes legalmente. Ou seja, a relação existente entre eles é de conjugalidade e não de parentalidade. Isso faz toda a diferença, pois, em tese, inexistente a figura do ex-filho, mas existe a de ex-cônjuge ou ex-companheiro. Alguns doutrinadores, entre eles Sílvia de Salvo Venosa e Carlos Roberto Gonçalves⁷, incluem o cônjuge ou companheiro no conceito amplo⁸ de família, embora não haja entre eles relação de parentesco legalmente estabelecida.

Outra questão importante é ter conhecimento de que a natureza jurídica do direito de família indica que ele está dentro da área civil, portanto trata-se de um direito privado. Arnaldo Rizzardo⁹ assinala que a aproximação do direito de família ao direito público não retira o caráter privado, pois não envolve diretamente uma relação entre o Estado e o cidadão, mas, sim, relações entre pessoas físicas sem obrigar o ente público na solução do litígio. A proteção ao direito das famílias pelo Estado não vai além de mera tutela, não acarretando a responsabilidade direta do Estado na observância ou não das regras correspondentes aos sujeitos da relação jurídica. Nesse contexto, Guillermo Borda¹⁰ ensina que não se pode conceber nada mais privado, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre. O autor ainda acrescenta que onde senão na família pode refugiar-se a privacidade. Sílvia de Salvo Venosa¹¹ refere que há uma tendência em reduzir a intervenção do Estado nas relações interpessoais, pois há de ser considerado, em um futuro próximo, o direito de família como um microsistema jurídico, possibilitando a elaboração de um Código ou Estatuto da Família¹². Dessa maneira, prega-se intervenção mínima estatal no direito de família, a fim de que todas as questões relativas à dissolução da relação conjugal sejam resolvidas somente entre as pessoas físicas envolvidas.

As questões trazidas esclarecem um pouco o porquê de tanta disputa quando ocorre a dissolução da relação conjugal judicial. Na via judicial, a dissolução da relação

7 Nesse sentido GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 17, v. 6. Nesse sentido, também, VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2, v. 6.

8 MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus ensinam que: "em *sentido lato* abrange, além dos cônjuges e seus filhos, também os parentes em linha reta ou colateral, assim como os afins". (*Curso de Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27.)

9 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 6.

10 BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 10. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1988, p. 8.

11 VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11, v. 6.

12 O Estatuto das Famílias já caminha como Projeto de Lei nº 2285/2007. Projeto de Lei elaborado por iniciativa do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, que visa instituir o Estatuto das Famílias, revogando dispositivos das Leis nºs 10.406, de 2002; 5.869, de 1973; 5.478, de 1968; 6.015, de 1973; 6.515, de 1977 e 8.560, de 1992; além do Decreto-Lei nº 3.200, de 1941. Aplica dispositivos dos artigos 226 e 227 da Constituição Federal de 1988.

conjugal pode ocorrer de modo consensual ou litigioso. O primeiro ocorre por mútuo consentimento, e o segundo, quando houver pretensão resistida de uma das partes envolvidas no caso. Esse tema será tratado mais adiante.

A dissolução da relação conjugal lidou com uma inovação, em 13-7-2010, por conta do surgimento da Emenda Constitucional 66, que alterou o dispositivo do artigo 226, parágrafo 6º, de "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" para "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio". A referida norma constitucional deu margem à seguinte discussão na comunidade jurídica familiarista: se na dissolução da relação conjugal permaneceria ou não o instituto da separação judicial ou extrajudicial.

Paulo Lôbo¹³ refere que somente por meio da interpretação literal é que a separação judicial permaneceria no ordenamento jurídico porque a nova redação do artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988 não a teria excluído expressamente. No entanto o autor sustenta que a inserção constitucional do divórcio evoluiu e deixou de tutelar a separação judicial, pois numa visão sistemática a Constituição Federal deve prevalecer sobre qualquer outra norma infraconstitucional.

Já em posicionamento contrário, Luiz Felipe Brasil Santos¹⁴ ensina que a eliminação das condicionantes a obtenção do divórcio não significa que elas foram automaticamente abolidas. Logo, necessita-se de lei infraconstitucional para suprimir expressamente o instituto da separação judicial ou extrajudicial do ordenamento jurídico brasileiro.

Em defesa da permanência da separação judicial ou extrajudicial assevera-se ainda que a utilização do instituto não é obrigatória, e sim facultativa, pois há situações em que as pessoas ainda desejam apenas separar e não divorciar. Exemplo disso, temos os católicos praticantes que não podem se divorciar. E ainda há outro fator a ser considerado que é a pessoa separada judicialmente ou extrajudicialmente poder, a qualquer tempo, em caso de arrependimento¹⁵, pedir para ser restabelecido o casamento por ato regular em juízo, com base no artigo 1577 do Código Civil. Já no caso de divórcio, haveria novo casamento entre mesmas pessoas.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, diante da controvertida questão no âmbito

13 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151-154.

14 SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do Divórcio: cedo para comemorar. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigos=648>>. Acesso em: 30 set. 2013.

15 Maria Berenice Dias refere que a possibilidade de reconciliação, ou seja, de restabelecimento da convivência conjugal por simples manifestação de vontade na separação trata-se de uma verdadeira cláusula de arrependimento. (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 289.)

das duas Câmaras que compõem o 4º Grupo Cível e com o fito de prevenir ou compor divergência, nos termos do artigo 555 do Código de Processo Civil, encaminhou o recurso à apreciação daquele Colegiado, momento em que se firmou entendimento, por maioria, no sentido da permanência do instituto da separação judicial, mesmo após a Emenda Constitucional 66/2010, que retirou os requisitos temporais para concessão do divórcio, *in verbis*:

Ementa: INCIDENTE DE PREVENÇÃO OU COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DO 4º GRUPO CÍVEL. 1. O advento da Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CF, não baniu do ordenamento jurídico vigente o instituto da separação judicial. 2. Em uma interpretação lógico-sistêmica, não há como entender preservados os requisitos de um ano de separação de fato, quando litigioso o pedido (art. 1.572, § 1º, do CC), ou ano de casamento, quando consensual (art. 1.574 do CC), na medida em que, para o divórcio, este mesmo Colegiado já disse não mais subsistirem (Súmula nº 37). Ocorre que, notoriamente, o instituto do divórcio possui efeitos muito mais contundentes do que o da separação judicial, pois rompe o vínculo matrimonial, enquanto esta última desfaz apenas a sociedade conjugal. Logo, não se mostra coerente exigir mais para o menos e menos para o mais! 3. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DO 4º GRUPO CÍVEL. Uniformiza-se o entendimento deste 4º Grupo Cível no sentido da preservação do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico, dispensados, no entanto, os requisitos temporais, tanto para a modalidade consensual quanto para a litigiosa. CONHECERAM DO INCIDENTE DE PREVENÇÃO/COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. MAIORIA. (Apelação Cível nº 70045892452, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/04/2012.)

A temática é tão tensionada que, na decisão abaixo, o relator refere que seu posicionamento pessoal coincide com a decisão de primeiro grau, no sentido de que após a Emenda Constitucional/66 não se cogita a permanência da separação judicial. Contudo o relator reconhece sua posição isolada no Colegiado do 4º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e deixa de divergir sobre o tema:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PERMANÊNCIA DA SEPARAÇÃO, APÓS A EC 66/2010 QUE RETIROU REQUISITO TEMPORAL PARA O DIVÓRCIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA LIMINAR DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. O entendimento majoritário da Corte é no sentido da permanência do instituto da separação judicial, mesmo após a EC 66/2010, que retirou os requisitos temporais para concessão do divórcio. Súmula 39 do TJRS. Demonstrada

verossimilhança da alegação de necessidade e o potencial risco de dano de difícil reparação à subsistência da agravante, deve ser deferido o pedido de alimentos provisórios em antecipação de tutela liminar. PARCIALMENTE PROVIDO. (SEGredo DE JUSTIÇA) - DECISÃO MONOCRÁTICA - (Agravado de Instrumento nº 70049258817, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 01/06/2012.)

A matéria está resolvida, inclusive, por meio da Súmula 39¹⁶ do referido Tribunal que dispõe: “A Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não baniu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, dispensados, porém, os requisitos de um ano de separação de fato (quando litigioso o pedido) ou de um ano de casamento (quando consensual)”.

O assunto continua em discussão, embora seja preciso reconhecer que o posicionamento maciço que predomina é o da corrente – entre eles como pilares Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo e Zeno Veloso – que sustenta a direta e imediata aplicabilidade do texto constitucional, com o desaparecimento da separação judicial/extrajudicial e abolição dos requisitos temporais para o divórcio¹⁷. A divergência doutrinária e judicial justifica o motivo de ainda ser estudada a separação judicial ou extrajudicial nos meios acadêmicos e não só o divórcio, como formas de dissolver a relação conjugal.

No entanto há uma questão pacificada na doutrina e na jurisprudência: não existe mais prazo para decretar a dissolução conjugal. Isso implica dizer que a pessoa pode dissolver a relação conjugal dias após a celebração do casamento. Nesse sentido é o teor da Súmula 37¹⁸ do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “A partir da Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, é possível postular, a qualquer tempo, divórcio direto, sem que seja necessário perquirir acerca dos prazos de um (1) ano ou de dois (2) anos, previstos no art. 1.580 do CC”.

A dissolução da relação conjugal pode ocorrer no modo consensual ou litigioso. Há consenso, quando se trata de mútuo consentimento. Antes da Emenda Constitucional 66/2010, o prazo estabelecido para o pedido de separação consensual era de um ano após a celebração do casamento. A existência do prazo justificava-se para a pessoa repensar o casamento, uma vez que a família é a base da sociedade, conforme assegura a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, *caput*, e, portanto, merece especial

16 Referência: Incidente de Prevenção ou Composição de Divergência em Apelação Cível nº 70045892452, julgado em 05.04.2012. Sessão do 4º Grupo Cível. Disponibilização DJ nº 4820, de 27.04.2012, Capital, 2º Grau, p. 210.

17 Nesse sentido ver DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já!*: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Saraiva, 2010; LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; VELOSO, Zeno. *O Novo Divórcio e o Que Restou do Passado*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 30 set. 2013.

18 Referência: Incidente de Prevenção ou Composição de Divergência nº 70044094639, julgado em 16.12.2011. Sessão do 4º Grupo Cível. Disponibilização DJ nº 4784, de 07.03.2012, Capital, 2º Grau, p. 82.

19 Fato
20 Divórcio
21 Fato
22 Não
com
sentença

proteção do Estado no sentido de tentar que o vínculo matrimonial não seja dissolvido. A respeito disso, é importante dizer que a relação conjugal interrompida não firma vínculo de parentalidade, mas de conjugalidade e que a família parental não é dissolvida, uma vez que as relações de parentesco permanecem intactas.

O procedimento consensual disposto nos artigos 1120-1124 do Código de Processo Civil possui alguns requisitos, entre eles: a petição inicial deve estar assinada por ambos os cônjuges conjuntamente com o advogado comum ou com seus respectivos advogados¹⁹; na existência de filhos na menoridade devem ser definidos os alimentos, a guarda e estabelecer a convivência do não guardião. A partilha de bens não necessariamente precisa ser feita concomitantemente com a dissolução da relação conjugal por separação consensual, conforme artigo 1121, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil. Isso porque se o divórcio pode ser decretado sem que haja prévia partilha de bens, nos termos do artigo 1581 do Código Civil, o referido dispositivo legal, por analogia, deve ser aplicado à separação tanto judicial como extrajudicial. Em que pese o direito material dar conta apenas do divórcio, não há dúvida de que, por se tratar de um instituto mais abrangente que coloca fim ao casamento válido, aplica-o a separação que é menos abrangente. Isso se justifica, pois, não raras vezes, as partes envolvidas no processo de dissolução conjugal possuem um bem financiado, o qual não é por ora passível de divisão de fato em face da impossibilidade de ser regularizada a situação de imediato.

No que tange à separação consensual, a lei em seu artigo 1574 do Código Civil, dispõe prazo mínimo de um ano para a dissolução conjugal. No entanto parte da doutrina discorda totalmente desse prazo mínimo, uma vez que é injustificável em face da autonomia da vontade consagrada constitucionalmente²⁰. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald lecionam que inexistente prazo mínimo de relacionamento para celebração do casamento, portanto, não é razoável manter a exigência de lapso temporal mínimo para a dissolução, uma vez que a separação não é mais importante que o casamento²¹.

Na esfera consensual, o juiz possui ainda o poder de não homologar o procedimento que foi levado para sua apreciação, com fulcro no parágrafo único do artigo 1574 do Código Civil. O magistrado marca uma audiência de ratificação²², ou seja, as partes

19 Frise-se que advogados diferentes para as partes não retira a consensualidade na forma de tratar a dissolução da relação conjugal.

20 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 290.

21 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 354.

22 Na atualidade a audiência de ratificação, na maioria das vezes, é dispensada. No entanto, impunha a Lei nº 6.515/77, mais conhecida como Lei do Divórcio, em seu parágrafo segundo do artigo 3º e artigo 34, a obrigatoriedade de providências prévias no sentido de o magistrado tentar a conciliação entre as partes envolvidas na demanda. O comparecimento obrigatório das partes

devem comparecer pessoalmente e responder que não há possibilidade de reconciliação e nesse ato necessariamente são repassados os itens da petição inicial que *a priori* são cláusulas de mútuo consentimento. No entanto, se, por acaso, houver cláusula que prejudique os interesses de um os cônjuges ou um dos filhos, não é homologada a dissolução conjugal. Daí resta para as partes somente a via litigiosa.

O procedimento litigioso deflagra, quando há pretensão resistida de uma das partes para efetivar a dissolução conjugal por motivos diversos. O Código Civil prevê três diferentes modalidades de separação litigiosa: separação-sanção; separação-falência; separação-remédio.

A separação-sanção, também conhecida como separação culposa, resulta na busca de um culpado pela dissolução conjugal²³. O artigo 1572, *caput*, do Código Civil diz que a relação conjugal pode ser dissolvida por qualquer ato que importe grave violação dos deveres conjugais, e no artigo 1573 do mesmo diploma legal, há um rol exemplificativo de causas que levam a impossibilidade de vida conjugal. Um dos exemplos de violação é o adultério, que, apesar de não ser mais crime, ainda é um dever conjugal. No momento em que a culpa é imputada a um dos cônjuges há duas repercussões no direito de família: uma diz respeito à utilização do sobrenome do cônjuge inocente, e outra, aos alimentos. Vejamos. Preceitua o artigo 1578 do Código Civil que o cônjuge inocente pode requerer expressamente que o cônjuge culpado perca o direito de usar o seu sobrenome. No entanto essa perda de direito comporta ressalvas indicadas nos incisos do referido diploma legal. Uma das ressalvas é a do cônjuge culpado ser identificado pelo nome de família do cônjuge inocente. Nesse caso, ele não perderá o direito de usar o sobrenome do outro, em razão de evidente prejuízo para a sua identificação. Exemplo disso, temos a situação do artista plástico nacionalmente ou internacionalmente conhecido por meio do sobrenome do outro cônjuge. Já o parágrafo único do artigo 1704 do Código Civil refere que os alimentos ao cônjuge culpado serão fixados em valor indispensável à sobrevivência, devendo ele provar inaptidão para o trabalho e que não possuir parentes em condições de ajudá-lo.

Observa-se, entretanto, que o Judiciário gaúcho²⁴ adota o princípio da ruptura na

em juízo para ratificação do pedido, sob pena de arquivamento do processo, também está previsto no artigo 1122, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil.

23 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 367.

24 Ementa: APELAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. SEPARAÇÃO. CULPA. DANO MORAL. PARTILHA. ALIMENTOS. Não há falar em nulidade do processo por ausência de intimação do agente ministerial para apresentação de razões finais, quando o próprio agente ministerial manifestou - ainda que posteriormente - seu entendimento de que não era caso para intervenção obrigatória sua. Não há falar na necessidade de perquirir e declarar culpa pela dissolução de sociedade conjugal. Prevalência do princípio da ruptura. Precedentes jurisprudenciais. Não restou comprovada a ocorrência de nenhum fato especial ou extraordinário, além daqueles que levaram à própria dissolução do casamento. E sendo assim, não há como fixar indenização a ser paga por um ao outro, por

dissol
dissol
agora
jun
dos
judic
do ju
A
em
dissol
fator
da
a rup
a rel
e as
A
no
psic
Ness
em
Civil
cura
com
pen
pel
em
casam
enf

danos
ainda
dissol
(Apel
25. DI
26. PER
27. FAMI
2010.
28. NULI
29. FAMI
2010.
30. NULI

dissolução da relação conjugal, pois, quando as pessoas se socorrem daquele para dissolver a convivência conjugal, é sinal de que o casamento já terminou de fato e agora apenas pretendem a formalização de direito. Maria Berenice Dias²⁵ ensina que a jurisprudência, antes da edição da nova legislação, já afastava a análise da culpa de um dos cônjuges pela ruptura da relação conjugal, para fins de decretação da separação judicial. Rodrigo da Cunha Pereira ensina que são os restos do amor que batem à porta do Judiciário²⁶.

A separação-falência, também conhecida como ruptura da vida em comum, resulta em declarar a bancarrota do casamento. O artigo 1572, § 1º, do Código Civil assegura a dissolução da relação conjugal, se há mais de um ano as partes estiverem separadas de fato e sem interesse de voltar à vida em comum. Nesse caso, não se admite a discussão da culpa, bastando a comprovação da ruptura do casamento²⁷. Rolf Madaleno²⁸ diz que a ruptura fática da vida conjugal pode ser por mútuo consenso no sentido de propiciar a reflexão sobre a vida familiar. Nessa modalidade o casamento simplesmente acabou, e as pessoas não querem mais viver uma vida de casadas.

A separação-remédio, também conhecida como grave doença mental, resulta no acometimento de doença mental grave e sem cura que possa ser diagnosticada psiquiatricamente, ou seja, catalogada na Classificação Internacional de Doenças- CID 10. Nessa modalidade, não se admite moléstia física, ainda que contagiosa ou perturbações emocionais sem diagnóstico psiquiátrico²⁹. O artigo 1572, parágrafo 2º, do Código Civil, refere que é preciso que tenha aparecido a doença após o casamento, seja de cura improvável e que tenha passado mais de dois anos. Cabe àquele que ingressou com o pedido de dissolução provar a insanidade mental, especificamente por meio de perícia psiquiátrica³⁰. O parágrafo 3º do referido artigo refere que o patrimônio levado pelo cônjuge enfermo para o casamento deve ser resguardado exclusivamente a ele, em vez de dividi-lo com o outro cônjuge. E o patrimônio adquirido na constância do casamento será dividido entre os cônjuges. Isso se trata de uma proteção ao cônjuge enfermo e uma penalidade para aquele que desejou desampará-lo por meio do pedido

dano moral. Adequada a determinação de partilha de bens, inclusive no que se refere a um rol não contestado pela apelante, ainda que devidamente intimada acerca de tal apresentação. Descabe fixar alimentos em prol da apelante, porquanto a prova dos autos não mostrou de forma clara a alegada necessidade dela em receber alimentos do ex-marido. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível nº 70036610673, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 05/08/2010.)

25 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 311.

26 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista Pelos Tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. XVI.

27 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 382.

28 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 293.

29 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 383.

30 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 294.

de dissolução conjugal. A penalidade aqui tratada somente é compatível com o regime da comunhão universal de bens, sendo inaplicável a outros regimes³¹. Carlos Roberto Gonçalves³² critica essa modalidade, pois há um desestímulo em utilizá-la, uma vez que é muito mais fácil utilizar a via do divórcio, a qual inibe esse tipo de discussão jurídica e, por consequência, o cônjuge que formulou o pedido de dissolução deixa de sujeitar a qualquer espécie de penalidade.

A separação de corpos prevista no artigo 1562 do Código Civil e artigo 888, VI, do Código de Processo Civil trata de afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal. A medida pode ser preparatória ou incidental com base na proteção da integridade física ou psíquica. É possível a medida, mesmo que o casal esteja já separado de fato, em razão de produzir o efeito para interromper o regime de bens, dever de fidelidade e coabitação, assim como para evitar o retorno do cônjuge afastado. O caráter satisfativo da medida cautelar retira a obrigatoriedade de propositura da ação principal em trinta dias por pura questão de razoabilidade, nos termos do artigo 806 do Código de Processo Civil³³. A matéria inclusive está prevista na Súmula 10³⁴ do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "O deferimento do pedido de separação de corpos não tem sua eficácia submetida ao prazo do art. 806 do CPC".

O Tribunal gaúcho, inclusive, refere que a separação de corpos não se confunde com a medida de afastamento do lar, pois essa só é cabível, quando há temor pela integridade física, emocional ou psíquica de alguém e, estando o casal separado de fato, é de rigor o deferimento da separação de corpos para fixação do marco interruptivo, por exemplo, da comunicabilidade de bens, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO. CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS. ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM Separação de corpos. A medida de separação de corpos não se confunde com a medida de afastamento do lar. Essa, ao contrário daquela, só é cabível quando há temor pela segurança ou integridade física, emocional ou psíquica de alguém. Estando o casal separado de fato, de rigor o deferimento da separação de corpos para fixação do marco interruptivo, por exemplo, da comunicabilidade de bens. FAVOR DO FILHO DO CASAL. Alimentos em favor do filho que está sob a guarda materna. Considerando que o processo ainda está em seu início, por uma questão de isonomia constitucional entre os cônjuges, por ora, até que se elucide melhor a dinâmica familiar de sustento dos

31 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 384.

32 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 269.

33 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 396-397.

34 Referência: Uniformização de Jurisprudência nº 587028978, julgada em 11.12.1987. Sessão das Câmaras Cíveis Reunidas. Publicação DJE 30.12.1987, p.2. Republicação DJE 08.01.1988.

filhos, adequado que cada guardião fique responsável pelas despesas do filho que está sob sua guarda. Caso em que vão revogados os alimentos provisórios fixados em favor do filho que está sob a guarda materna. DERAM PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento nº 70051172963, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 06/12/2012.)

O divórcio, antes da Emenda Constitucional 66/2010, poderia ser realizado direto ou indireto, este último também chamado por conversão. O divórcio era direto, conforme disposto no artigo 1580, §2º, Código Civil, quando não tinha instrumento prévio que decorria da separação judicial/extrajudicial ou decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, mas possuía a separação de fato por mais de dois anos. Nesse caso, aquelas pessoas que desejavam dissolver o casamento poderiam romper o vínculo conjugal direto por meio do divórcio. Antigamente, a prova do lapso temporal de dois anos era realizada em audiência por meio de duas testemunhas ou por declarações de duas testemunhas – esta última passou a ser mais comum – cujas assinaturas dos declarantes eram reconhecidas por autenticidade no Tabelionato de Notas. O divórcio era indireto ou por conversão, nos termos do artigo 1580 do Código Civil, quando realizado posteriormente a um instrumento prévio seja separação judicial/extrajudicial ou decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, respeitando-se o prazo de um ano tanto do trânsito em julgado em relação a primeira situação como da medida concessiva em relação a segunda.

Rodrigo da Cunha Pereira³⁵ leciona que a Emenda Constitucional 66/2010, suprimiu a prévia separação como requisito essencial à decretação do término do casamento válido, bem como eliminou qualquer prazo para se propor o divórcio judicial ou extrajudicial. Portanto, não importam mais os prazos que até então eram respeitados como requisitos essenciais para a realização do direito no caso do divórcio. A referência é importante, porque há um remanescente de separações judiciais/extrajudiciais no Brasil. Por isso, ainda nos dias atuais, há pedidos no Judiciário de conversões de separações judiciais/extrajudiciais em divórcio, uma vez que elas não ocorrem de forma automática e por isso necessitam ser invocadas; só não há mais prazo para serem postuladas.

No que diz respeito à dissolução da união estável, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal³⁶ ensinam que ela pode decorrer do mútuo consentimento ou

35 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 28.

36 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 498.

por provocação de apenas um dos interessados. A morte também é uma forma de dissolução da união estável. Diante dessa situação, caso não haja resistência por parte dos herdeiros quanto à existência e quanto ao prazo da união estável, o companheiro sobrevivente pode pleitear seus direitos patrimoniais diretamente no inventário, sem precisar ajuizar ação própria de declaração. No caso de haver impugnação por parte dos herdeiros, o companheiro sobrevivente deverá ajuizar a ação própria de declaração e, após, habilitar-se no inventário. Carlos Roberto Gonçalves³⁷ diz que a lei reconhece os direitos sucessórios dos companheiros, portanto o reconhecimento pode ser obtido diretamente no inventário, quando existir prova documental forte, mesmo que haja impugnação dos herdeiros. O autor ainda acrescenta que, se a prova não for suficiente, o interessado deverá postular seu direito nas vias ordinárias.

A união estável não possui um estado civil próprio. Dessa forma, na dissolução dessa entidade familiar, os companheiros não terão outro estado civil como acontece com a separação ou divórcio no casamento, em que a pessoa passa a ser separada ou divorciada judicialmente/extrajudicialmente. A pessoa que vive em união estável traz a reboque o estado civil de origem, ou seja, se era solteira continua nessa condição. Outro exemplo disso é a pessoa separada de fato, mas que se encontra ainda no estado civil de casada. Nessa situação, a lei permite que ela constitua união estável, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 1723 do Código Civil, mas carregará consigo o estado civil de casada.

A dissolução conjugal pode ocorrer na via extrajudicial ou administrativa, como dispõe a Lei 11.441/2007. A referida lei trata da possibilidade de fazer a separação ou divórcio na via administrativa perante um tabelião (portador de fé pública) no Tabelionato de Notas. A motivação dessa lei é a de simplificar o procedimento de dissolução da relação conjugal para desafogar o Judiciário. Para que tal procedimento seja possível, a lei impõe alguns requisitos. Vejamos: a dissolução conjugal obrigatoriamente deve ser consensual; o casal não pode ter filhos na menoridade e nem maiores incapazes. Rolf Madaleno³⁸ advoga a possibilidade de o casal valer-se da via extrajudicial ou administrativa se já tratou em demanda precedente os interesses pertinentes à guarda, aos alimentos, à convivência familiar de filho na menoridade ou incapaz.

O acesso à via extrajudicial ocorre por meio do advogado ou defensor público que acompanhará todos os trâmites da minuta da dissolução conjugal e, depois, da assinatura firmada pelas partes envolvidas na escritura pública. Na própria escritura

37 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 644-645, v. 6.
38 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 304.

39 ...
de ...

pública, consta a nomeação do advogado ou do defensor público como procurador da parte, ou seja, não é necessário anexar procuração outorgada pelas partes. Pode, ainda, haver um advogado comum ou as partes estarem representadas, cada uma, por seu respectivo procurador. Isso não tira a consensualidade do ato.

Após a assinatura da escritura pública pelas partes, pelo advogado ou defensor público e pelo tabelião, o instrumento é levado ao Registro Civil para ser averbada a dissolução conjugal na certidão de casamento. Isso porque a pessoa que se achava casada agora passa a ter como estado civil a condição de separada ou divorciada, a depender do procedimento escolhido pelas partes envolvidas no feito. E a outra coisa que as partes devem fazer, caso tenha sido realizada partilha de bens imóveis, por exemplo, é levar a escritura pública de dissolução conjugal para ser registrada no Registro de Imóveis – como acontece com os formais de partilha na via judicial –, a fim de registrar que o imóvel ficará apenas em nome de um dos ex-cônjuges ou em percentuais diferentes etc. O restabelecimento do casamento, no caso de separação, pode ser realizado na via extrajudicial ou administrativa a ser procedida por escritura pública, inclusive a ser lavrada em Tabelionato distinto daquele em que se lavrou o primeiro instrumento, observando-se o parágrafo único do artigo 1577 do Código Civil³⁹.

3. A Dissolução da Relação Conjugal e a (des)Proteção dos Filhos

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 prevê a doutrina da proteção integral ao expressar a prioridade absoluta da criança e do adolescente em todas as relações jurídicas como sujeitos de direito, destacando-se aqui a convivência familiar. Isso porque antes do indicado diploma constitucional, eles eram meros objetos da norma, o que indica toda a diferença entre um tratamento e outro. Da previsão constitucional se passaram dois anos para surgir regramento específico para regulamentar a matéria resultando na promulgação da Lei 8.069/90, mas conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA. O artigo 1589 e 1634, II, ambos do Código Civil, e o artigo 1121, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, reforçam a norma constitucional referente ao direito à convivência familiar.

No Código Civil de 1916, antes do advento da Lei do Divórcio, só existia como forma de dissolução da relação conjugal, o desquite, o qual não terminava com o casamento válido, e por isso a pessoa desquitada não poderia contrair novo casamento. Na época

39. FARIAS, Cristiano Chaves de. *O Novo Procedimento da Separação e do Divórcio*: de acordo com a lei nº 11.441/07. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 52-53.

do desquite, existia a apuração da culpa pela dissolução da relação conjugal para o efeito de o cônjuge culpado perder a guarda do filho. Nesse contexto, o cônjuge inocente recebia a guarda do filho a título de premiação⁴⁰, como previsto no artigo 326 do Código Civil anterior. Já se os pais fossem culpados reciprocamente, a criança ficaria com a mãe que tinha a preferência em face da veia materna. No entanto, se a mãe fosse a única culpada, o filho não poderia ficar em sua companhia.⁴¹ Isso demonstra que, desde tempos antigos, são em casos de ruptura conjugal que nascem as disputas pelos filhos.

Com relação aos cuidados com a família, a Constituição Federal de 1988, no parágrafo 5º do artigo 226, disciplinou a igualdade de condições entre homem e mulher na convivência familiar, terminando com a estrutura patriarcal que tinha o pai como “o cabeça do casal”. Dessa forma, na atualidade, tanto a mulher como o homem podem pedir judicialmente a guarda dos filhos.

A proteção dos filhos, legalmente prevista no artigo 1583 e seguintes do Código Civil, ocorre em momentos de dissolução da relação conjugal. Portanto a referida proteção significa a regulamentação do instituto da guarda. É por conta da dissolução da relação conjugal que emergem as definições de guarda e de convivência familiar. A guarda legal pode ser exercida apenas por um dos pais (unilateral) ou por ambos (compartilhada).

A guarda unilateral também conhecida como tradicional atribui apenas a um dos pais a guarda do filho. Todavia o deferimento dessa modalidade deve respeitar o esgotamento da via de implementação para a guarda compartilhada⁴². O artigo 1583, parágrafo 2º e incisos, do Código Civil refere que a guarda unilateral será atribuída ao pai ou a mãe que revele melhores condições para exercê-la e objetivamente tenha mais aptidão para propiciar afeto nas relações familiares, saúde e segurança, educação. Portanto cabe ao outro, pai ou mãe, que não possui a guarda o direito de regulamentar a convivência familiar. Nesse caso, a convivência do não guardião deve ser a mais ampla possível. Ou seja, finais de semana alternados, incluindo-se um ou dois pernites durante a semana, datas festivas alternadas (Natal, Ano Novo, Páscoa, Dia da Criança etc), férias de inverno e de verão metade para cada um dos pais.

Ocorre que parece simples estabelecer a convivência familiar após a dissolução da relação conjugal, mas nem sempre funciona dessa maneira na prática, pois as mães, não raras vezes, ainda mais em se tratando de criança de tenra idade, tendem a

40 DIAS, Maria Berenice. *Conversando Sobre o Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59.

41 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 432.

42 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 606, v. 6.

43 Nesse sentido, ESTANISLAU PEREIRA de MOURA, de MOURA e CORRÊA, o mesmo Tribunal, Emenda à Constituição, ESTANISLAU de MOURA, com o seguinte sentido: a medida DECRETAR a extinção da família.

44 Nesse sentido, A assembleia da família de MOURA, o mesmo Tribunal, Emenda à Constituição, ESTANISLAU de MOURA, com o seguinte sentido: a medida DECRETAR a extinção da família.

45 Nesse sentido, audiência de MOURA, o mesmo Tribunal, Emenda à Constituição, ESTANISLAU de MOURA, com o seguinte sentido: a medida DECRETAR a extinção da família.

dificultar o convívio com o pai. A respeito disso, o Judiciário tem atribuído relevância na regulamentação de pernoites entre pai e filho desde cedo⁴³. Isso porque os pais não aceitam mais um papel secundário na vida dos filhos e lutam por estabelecer a convivência paterno-filial com pernoite desde logo.

Quando o não guardião for capaz de produzir algum risco para o filho, a convivência familiar deve ser supervisionada, também conhecida como vigiada. Exemplo disso são os episódios de alcoolismo e de comportamento agressivo. O pai gosta da criança, mas não consegue estar com ela sem oferecer risco. Nesse caso, a convivência paterno-filial é supervisionada por alguém que tenha afetividade pela criança e que, em uma situação de risco, possa levá-la para casa ou outro lugar qualquer seguro⁴⁴.

A convivência entre pai e filho deve ocorrer em lugar que ofereça conforto, segurança e simpatia ao filho: pode ser numa pracinha, na casa dos parentes paternos, em um shopping etc. É de conhecimento que algumas convivências familiares supervisionadas são realizadas dentro do foro, em especial, quando há indício de abuso sexual. O Judiciário nesse caso indica, na maioria das vezes, que a supervisão fique de responsabilidade do Núcleo de Atendimento Familiar-NAF, formado por assistentes sociais etc, que tentarão ajustar a convivência do filho com o pai⁴⁵.

O juiz pode determinar a guarda a um terceiro, no caso de o pai ou a mãe terem vida desestruturada. Na decisão judicial, será levada em conta a relação de parentesco com a criança, bem como a afinidade e a afetividade, nos termos do artigo 1584, parágrafo 5º,

43 Nesse sentido são as ementas: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. MENORES. FINAL DE SEMANA COM PERNOITE. POSSIBILIDADE. I - Comprovadas as necessidades das menores, mantenho a decisão recentemente proferida no agravo de instrumento nº 70054866546, onde era postulada a majoração da verba alimentar. II - Tratando-se de crianças de dois anos de idade, não demonstrado qualquer situação de risco ou excepcional, adequada a visitação em finais de semanas alternados e com pernoite, a iniciar no sábado, com término no domingo, visando, com isso, a materializar o direito das filhas de conviver com o genitor não-guardião, assegurando o desenvolvimento de um vínculo afetivo saudável entre ambos, resguardado sempre o melhor interesse das crianças. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Agravado de Instrumento nº 70055080188, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schiffrino Robles Ribeiro, Julgado em 12/06/2013.) Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. VISITAS PATERNAS. CRIANÇA DE TENRA IDADE. MANUTENÇÃO DO REGIME ESTABELECIDO NA ORIGEM. PERNOITES EM FINAIS DE SEMANAS ALTERNADOS. A tenra idade da infante (um ano e onze meses de vida), por si só, não autoriza o estabelecimento do regime de visitação paterna apenas em domingos alternados, sem pernoite, como requerido pela genitora, sobretudo considerando que o leite materno já não mais é a sua única fonte de alimentação e que sequer se cogita no reclamo da existência de alguma sorte de situação de risco a que eventualmente poderia restar submetida a menor ao pernoitar na residência paterna em finais de semanas alternados (duas noites por mês). AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento nº 70054278767, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 27/06/2013.)

44 Nesse sentido é a seguinte ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. DIREITO DE VISITAS. INTERESSE DO MENOR. A aproximação do pai com a filha deve ser gradativa, porquanto se trata de criança de apenas um ano e meio de idade. Diante da notícia de comportamento agressivo do pai, merece ser estabelecida, por ora, a visitação com acompanhamento de pessoa de confiança da genitora. Agravo de instrumento parcialmente provido. (Agravado de Instrumento nº 70054215314, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luis Dall'Agnol, Julgado em 26/06/2013.)

45 Nesse sentido é o teor da ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. As deliberações ocorridas na audiência não causaram qualquer prejuízo à infante. Ao contrário, foram determinadas para instrumentalizar o feito, na busca de encontrar a verdade acerca dos graves fatos de que estaria sendo vítima. Ante a suspeita de abuso sexual perpetrado pelo genitor à filha, recomendável que as visitas ocorram de forma assistida e em recinto do NAF. O feito encontra-se em sua fase inicial, quando farta prova poderá ser produzida. Assim, a fim de preservar os interesses da criança, sobretudo porque é evidente que tem sido utilizada por seus genitores para agressões mútuas, é prudente que as visitas sejam supervisionadas. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento nº 70042147736, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/08/2011.)

do Código Civil.⁴⁶ O guardião não necessariamente tem que ter relação de parentesco com a criança, pois ele pode ser o padrinho ou a madrinha.

A guarda compartilhada, apesar de ter sido regularizada por meio da Lei nº 11.698/2008, antes disso, já era acolhida pelo Judiciário que se utilizava da doutrina e de precedentes judiciais para apreciar a matéria. Essa forma de classificação da guarda trata das questões referentes ao compartilhamento da responsabilidade pela criação do filho. Entretanto o Judiciário ainda entende que, para acolher a guarda compartilhada como regra, implica a existência de diálogo entre pai e mãe. Portanto ela somente poderá ser aplicada, se for possível, conforme preceitua o artigo 1584, parágrafo 2º, do Código Civil. Isso porque, se os pais estão em litígio por alimentos, por exemplo, não haverá diálogo e tampouco compartilhamento da guarda. Na guarda compartilhada, o filho tem residência fixada na casa de um dos pais e por isso justifica-se a fixação dos alimentos em relação ao outro parente. De outro lado, Rolf Madaleno⁴⁷ defende que a guarda compartilhada deve ser fixada como regra; inclusive em casos litigiosos, essa é a maneira de atender a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente.

A guarda pode ser consensual ou litigiosa. A consensual ocorre, quando for acertada por mútuo consentimento entre os pais. A litigiosa ocorre por meio da oferta de resistência de uma das partes envolvidas no conflito. Se os pais decidirem, via judicial, que a guarda fique com a mãe ou decidirem que fique com o pai, o juiz não vai intervir nessa escolha, salvo se houver algum prejuízo à criança ou ao adolescente. Se os pais decidirem que a guarda deve ficar com outra pessoa, por exemplo, avós, isso dependerá de estudo psicossocial, pois tal situação deve ser analisada com cautela, a fim de evitar-se ofensa ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Quando a dissolução da relação conjugal é malconduzida, pode-se criar um campo para florescer a alienação parental. Na perspectiva de coibir a prática de ato de alienação parental, nasce a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010⁴⁸. Na leitura da referida lei, verifica-se que os sujeitos que podem sofrer a interferência em suas formações

46 Nesse sentido é a ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA AJUIZADA PELA AVÓ PATERNA EM FACE DA GENITORA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFIRMADA. A guarda é instituto que visa à proteção dos interesses do menor e, salvo situações em que demonstrado evidente prejuízo, é aconselhável mantê-la com quem já a detém, a fim de não promover mudanças na sua vida cotidiana, que poderiam lhe acarretar prejuízos de toda a ordem. As crianças necessitam de um referencial seguro para viver e se desenvolver; seu bem-estar deve se sobrepôr, como um valor maior, a qualquer interesse outro. Caso concreto em que o menor é criado pela avó desde que contava um ano de idade, estabelecendo com ela forte vínculo afetivo e vivendo em ambiente familiar seguro e acolhedor, nada justificando alterar situação de fato há tanto tempo consolidada. Tal conclusão, no entanto, de forma alguma autoriza à guardiã cercear o direito de visitas da mãe, que é também um direito do próprio menor, sendo imprescindível ao bom desenvolvimento da criança que possa conviver de forma pacífica e tranquila com a família materna, estreitando e preservando os vínculos com a genitora. Sentença de procedência confirmada. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível nº 70052055589, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 17/07/2013.)

47 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 435.

48 Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

psicossocial
deve-se
Fé
deve-se
na m
func
frás
um
coib
D
intu
que
de a
fam
B
exat
que
diz
e, p
a um
Por
aplic
de a
pare
vivo

4. C
D
orden
da se

49 R
do J
50 L
51 P
52 C

psicológicas – para que repudie ou cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com genitor ou avós – são o adolescente e a criança.

O adolescente e a criança constam no Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal de 1988 como aqueles que merecem especial proteção do Estado, e aos quais devem ser alcançados os mesmos direitos sem discriminações, pois todos estão incluídos na ordem constitucional como vulneráveis. Essa condição de vulneráveis ocorre em função dos processos de formação, físico e psíquico, inerentes às suas idades, tornando-os frágeis diante das relações jurídicas. Dessa maneira, o abuso de poder perpetrado por um dos genitores ou avós visando a afastar o filho ou o neto da convivência familiar é coibido pela Lei nº 12.318/2010.

Diante disso, a relevância de tomar a convivência familiar como princípio⁴⁹ tem o intuito de assegurar e proteger a relação afetiva diuturna e duradoura entre pessoas que mantêm laços de parentesco ou não⁵⁰. Isso ocorre, sobretudo no caso da prática de ato de alienação parental, pois o Estado tem o dever de assegurar a assistência à família, entre elas, a convivência familiar, na pessoa de cada um de seus membros.

Rodrigo da Cunha Pereira⁵¹ ensina que “a função da matéria principiológica é exatamente poder pairar sobre interesses maiores, ainda que eles contrariem regras, já que eles são mandados de otimização do direito”. Dimas Messias de Carvalho⁵² arremata dizendo que “os direitos fundamentais se encontram arraizados na ideia de dignidade e, portanto, voltados para a tutela do homem como fim em si mesmo, considerando a unidade da pessoa humana e as situações existenciais objeto de proteção jurídica”. Portanto a convivência familiar como princípio – além de estar positivada – deve ser aplicado para garantir que o adolescente e a criança não percam de vista as relações de afeto a serem exercidas juntamente com os outros, seja dentro de uma relação de parentalidade ou não, a fim de coibir a prática de matar aquele que ainda se encontra vivo.

4. Conclusões

O assunto sobre a permanência ou não da separação judicial ou extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro prossegue em discussão. Certo é que o desaparecimento da separação judicial eliminaria a duplicidade de procedimento e traria economia de

49 Rodrigo da Cunha Pereira refere que a convivência familiar é um direito fundamental. (*Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 133.)

50 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74-75.

51 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 140.

52 CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção, Guarda e Convivência Familiar*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 77.

tempo, dinheiro, trabalho e sofrimento para os envolvidos na dissolução da relação conjugal. Até porque se sabe que a diferença mais relevante a produzir efeitos jurídicos entre separação e divórcio é que naquela não pode ocorrer novo casamento e neste pode acontecer.

A divergência doutrinária e judicial justifica o porquê de ainda ter que ser estudada a separação judicial ou extrajudicial nos meios acadêmicos e não só o divórcio, como formas de dissolver a relação conjugal. A dissolução da união estável também produz efeitos relevantes no âmbito familiar e merecem um estudo mais aprofundado. A dissolução conjugal na via extrajudicial ou administrativa propicia às partes envolvidas uma solução menos traumática e dolorosa, uma vez que é realizada mediante mútuo consenso e, por consequência, protege os filhos.

Quando a dissolução da relação conjugal é litigiosa, viabiliza o acesso a uma condução desastrosa, a qual, inclusive, pode criar um campo para florescer a alienação parental. No entanto deve ser assegurada a convivência familiar ao adolescente e à criança que constam no Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal de 1988 como aqueles que merecem especial proteção do Estado, e aos quais devem ser alcançados os mesmos direitos sem discriminações, pois todos estão incluídos na ordem constitucional como vulneráveis.

A convivência familiar como princípio deve ser aplicado para garantir que o adolescente e a criança não percam de vista as relações de afeto a serem exercidas juntamente com os outros, seja dentro de uma relação de parentalidade ou não, a fim de coibir a prática de matar um pai ou uma mãe vivo. Daí falar-se em dissolução da relação conjugal e a (des)proteção dos filhos, pois a lei em que pese dizer protege os filhos no artigo 1583 e seguintes do Código Civil, mas viu-se que na prática pode ocorrer não só um ato de alienação parental como uma dissolução da relação conjugal desastrosa que provocam desproteção.

Referências

BORDA, Guillermo. **Manual de Derecho de Familia**. 10. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1988.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, Guarda e Convivência Familiar**. 2. ed. Belo

Horizonte: De

DIAS, Maria Berenice. **Do Advogado, 2**

DIAS, Maria Berenice. **Tribunais, 2007**

DIAS, Maria Berenice. **julho de 2010.**

FARIAS, Cristian. **acordo com a l**

FARIAS, Cristian. **e atual. Rio de**

GAGLIANO, Paulo. **direito de famí São Paulo: Sara**

GONÇALVES, Carlos. **Paulo: Saraiva,**

LÔBO, Paulo. **D**

MADALENO, Roberto. **Rio de**

MALUF, Carlos. **Direito de Fam**

PEREIRA, Rodrigo. **Família. Belo**