



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

JANAÍNA LIMA LUGO

**A APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA FACE À
AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL**

**SOUSA - PB
2007**

JANAÍNA LIMA LUGO

**A APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA FACE À
AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL**

**Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da
Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais.**

Orientadora: Prof^a. Esp. Monnizia Pereira Nóbrega.

**SOUSA - PB
2007**



L951a

Lugo, Janaína Lima.

A aplicabilidade da guarda compartilhada face à ausência de previsão legal. / Janaína Lima Lugo. – Sousa - PB: [s.n], 2007.

66 f.

Orientadora: Prof^ª. Esp. Monnizia Pereira Nóbrega.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Guarda compartilhada. 2. Direito de família. 3. Tutela de menores. 4. Poder pátrio. 5. Sociedade familiar. 6. Curatela. 7. Casamento. 8. União estável. I. Nóbrega, Monizia Pereira. II. Título.

CDU: 347.645(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

Janaina Lima Lugo

A APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA FACE À AUSÊNCIA DE
PREVISÃO LEGAL

Aprovada em : de de 2007.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Esp. Monízia Pereira Nóbrega – UFCG
Professora Orientadora

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Dedico este trabalho e toda a minha vida acadêmica, assim como todas as minhas conquistas a uma pessoa que mesmo de muito longe, de uma forma especial e inexplicável, sempre se fez muito perto, em todos os meus atos e pensamentos me iluminando e enchendo o meu coração de esperança, quando toda a minha vontade era de desistir. À você minha MÃE todo o meu amor, gratidão e adoração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente à Deus, ser supremo, por me iluminar nesta desgastante e virtuosa jornada, dando-me conforto espiritual e forças para seguir em frente, quando pensei em fraquejar.

À minha família pelo apoio que me deram em toda a minha jornada acadêmica, em especial ao meu pai João e aos meus irmãos Augusto e Joanine pela união e pelo companheirismo, que sempre estão presentes em nossos atos e corações. A vocês dedico todo o meu amor, carinho, admiração e gratidão.

À minha orientadora Monízia, que com muita paciência e dedicação me transmitiu todo o seu conhecimento, me ajudando durante o período em que foi minha mestra e em especial na composição deste trabalho acadêmico.

Agradeço de forma especial a uma família sousense, que se constitui: do casal Bartira e Geraldo; seus três filhos João Neto, George e Taíse; e como não poderia faltar, as “babas” Josefa e Francineide, que de forma generosa, sempre me receberam de portas e corações abertos, dando-me conforto, carinho e um pouco de família, nesta cidade em que cheguei sozinha, mais sairei cheia de grandes amigos.

Agradeço ainda, a família Santos e Elias, em especial na pessoa de Zita, que me acolheu e sempre me dedicou carinho, respeito, palavras e atitudes de conforto e amizade.

A Klebeson, um companheiro, que sempre me deu apoio e carinho, que me deu um pouco de si e recebeu um pouco de mim, e me mostrou de uma maneira exclusiva e característica, que o amor não está atrelado a convenções e sim nos sentimentos mais íntimos de cada um.

Por último e não menos importantes, agradeço as minhas amigas-irmãs, que se fizeram presentes e companheiras em todos os momentos alegres e tristes, fáceis e difíceis de toda essa jornada.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CC – CÓDIGO CIVIL

ECA - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

RESUMO

A pesquisa científica se propõe a tratar do instituto da guarda compartilhada, de modo a analisar as possibilidades jurídicas da aplicabilidade desta modalidade de guarda, bem como as suas consequências no Direito Brasileiro. O objetivo do tema proposto é tentar angariar o melhor interesse dos pais e dos filhos, de modo que, após a dissolução de uma sociedade conjugal, a guarda jurídica dos menores seja atribuída a ambos os cônjuges. Os métodos utilizados para dirimir a crescente discussão foram o exegético jurídico e o histórico-evolutivo. Verifica-se que o grande questionamento sobre o tema, refere-se a ausência de previsão legal quanto à aplicação da guarda compartilhada, de modo que esta possa ser utilizada sempre que possível para atender ao melhor interesse do menor. Conduzindo-se assim a seguinte problematização: Deve o Direito se obstar e negar aos menores e aos seus pais o direito de exercerem com amplitude a relação de parentalidade? E a seguinte hipótese: Não, pois o Direito, enquanto Ciência Social, tem o dever de acompanhar os avanços sociais de forma a propiciar normas que melhor se adequem às relações decorrentes do convívio em sociedade. A guarda compartilhada, sob a égide dos princípios da proteção integral e da convivência familiar, se configura como a melhor forma de preservar as relações familiares entre pais e filhos, dirimindo as controvérsias no tocante ao exercício da guarda, garantindo aos menores o direito a um desenvolvimento pleno, e a viver e crescer em um ambiente salutar, desfrutando das presenças materna e paterna em condições de igualdade.

Palavras-chave: sociedade familiar, dissolução, guarda compartilhada.

253 palavras.

ABSTRACT

The scientific research if considers to deal with the institute of the shared guard, in order to analyze the legal possibilities of the applicability of this modality of guard, as well as its consequences in the Brazilian Right. The objective of the considered subject is to try to the best interest of the parents and the children, way that, after the dissolution of society family, the legal guard of the minors is attributed to both the spouses. The used methods to nullify the increasing quarrel had been the explanation and the historical and comparative. The great questioning is verified that on the subject, mentions absence to it of legal forecast how much to the application of the shared guard, in way that this can be used that always possible to take care of to the best interest of the minor. Conducting thus the following historical problem: Must the Right if hinder and deny the minors and its parents the right to exert with amplitude the parents relation? E the following hypothesis: Not, therefore the Right, while Socialy Science, has the duty to follow the socialy advances of form to propitiate norms that better adjust the decurrent relations of the conviviality in society. The shared guard, under égide of the principles of the integral protection and the family convivention, if configures as the best form to preserve the family relations between parents and children, being nullified the controversies in moving to the exercise of the guard, guaranteeing to the minors the right to a full development, and to live and to grow in an environment to salution, enjoying of the presences mother and dad in equality conditions.

Key-word-: society family, dissolution, shared custody.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 DO CASAMENTO	12
1.1 Evolução Histórica	12
1.2 Conceitos e Aspectos Gerais	15
1.3 Dissolução do Casamento	17
1.3.1 Separação Judicial	18
1.3.2 Divórcio	20
1.3.3 Proteção aos filhos em decorrência da separação judicial e do divórcio	21
CAPÍTULO 2 DA UNIÃO ESTÁVEL	23
2.1 Evolução Histórica	23
2.2 Conceitos e Aspectos Gerais	28
2.3 Dissolução da União Estável	29
CAPÍTULO 3 TUTELA, CURATELA E GUARDA: ASPECTOS GERAIS E DIFERENÇAS	31
3.1 Da Tutela	31
3.2 Da Curatela	35
3.3 Da Guarda	38
CAPÍTULO 4 DA GUARDA COMPARTILHADA	45
4.1 Breve Histórico	45
4.2 Conceito e Aspectos Gerais	47
4.3 A Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro	50
4.4 Aplicabilidade da Guarda Compartilhada	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	62
ANEXOS	65

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa abordará o instituto da guarda compartilhada, sob o enfoque da possibilidade jurídica da aplicabilidade desta modalidade de guarda, bem como as suas consequências no Direito Brasileiro.

Tendo como objetivos tentar resolver a tamanha gravidade da guarda unilateral, que, mormente é utilizada com prioridade e quase que com exclusividade pelos tribunais, haja vista ser o único modelo a ser mencionado em lei; apresentar uma visão jurídica evolutiva capaz de evitar a perpetuidade de injustiças e incongruências, em nome do mito, de melhor interesse dos pais e dos filhos, da guarda única; e comprovar a necessidade de uma norma regulamentadora da temática proposta.

Tentando angariar embasamento necessário para a elucidação da controvérsia, serão adotados como métodos de estudo o exegético-jurídico, na qual serão feitas consultas a doutrinas, jurisprudências e sites jurídicos, sempre no sentido de tentar dirimir a crescente discussão sobre o tema proposto; e o histórico-evolutivo, no qual consiste numa remissão ao histórico dos institutos a serem abordados, para uma melhor visualização e elucidação do tema.

Cabe esclarecer, que a controvérsia se declina sobre a possibilidade da aplicação da guarda compartilhada, nos casos de ruptura da vida conjugal, seja a família advinda do casamento ou da união estável, pois os dispositivos legais brasileiros, que tratam da guarda de menores, vislumbram e acolhem de forma clara, apenas a guarda unilateral.

É neste ponto, quanto à ausência de previsão legal, especialmente no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que surgem os questionamentos em torno da aplicação da guarda compartilhada, ao caso concreto, de modo que esta possa ser utilizada sempre que possível, para atender ao melhor interesse do menor, assegurando o direito a convivência familiar com as linhagens maternas e paternas.

Tal problema, que se apresenta intimamente ligado ao princípio da proteção integral, aludido com tamanho fervor pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como pela Constituição Federal, não vem sendo em todo efetivado, pois os modelos de guarda que atualmente são utilizados, não priorizam o melhor interesse do menor.

Vê-se ainda, que o debate se sobrepõe com mais louvor, porque o ordenamento jurídico prevê que o interesse do menor deve se sobrepor aos outros critérios para a atribuição da guarda e que, o direito a convivência se configura como um dos mais importantes direitos dos infantes, pois é ele um dos principais meios que possibilitam um pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, e a lei atual não se configura como um meio hábil para assegurar com prioridade os interesses do menor. Ratificando assim, o problema e a hipótese previamente formulados, a saber: Deve o Direito se obstar e negar aos menores e aos pais o direito de exercer com amplitude a relação de parentalidade? Não, pois o Direito, enquanto Ciência Social, tem o dever de acompanhar os avanços sociais de forma a propiciar normas que melhor se adequem as relações decorrentes do convívio em sociedade.

Ademais, sistematicamente falando, para uma melhor compreensão do tema, o presente trabalho foi estruturado em quatro capítulos, onde no primeiro estudar-se-á o instituto do casamento, partindo-se da sua origem e evolução histórica, para depois chegar ao ordenamento jurídico atual, analisando, por conseguinte, o seu conceito, natureza jurídica, e os dispositivos legais pertinentes, bem como as suas modalidades de dissolução, que darão ensejo a problemática da guarda dos menores. Percebe-se, que será feito um estudo pormenorizado do casamento levando-se em consideração a sua importância como célula geradora de uma família.

No capítulo seguinte, a pesquisa será referente a outra forma de surgimento da família, qual seja: a entidade familiar da união estável, analisando a sua evolução histórica, seu conceito e seus aspectos gerais, bem como sua natureza jurídica, e sua forma de dissolução, a qual dará ensejo a problemática da atribuição da guarda dos filhos menores.

Por sua vez, no terceiro capítulo analisar-se-á a distinção entre os institutos que se assemelham com a guarda, que é o caso da tutela e da curatela, apresentando os conceitos respectivos, bem como se procedem no ordenamento jurídico brasileiro, afim de que não haja uma confusão entre os mesmos, de modo a haver uma melhor visualização e compreensão do estudo em tela.

E no último capítulo será abordado o instituto da guarda compartilhada, apresentando sua evolução histórica, bem como seu conceito e aspectos gerais, a omissão do legislador acerca da ausência de tal modalidade de guarda no ordenamento jurídico pátrio, fazendo uma análise sobre a sua aplicabilidade e consequências jurídicas, como também apreciando o projeto de lei

que se encontra em tramitação para inclusão da guarda compartilhada de maneira expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

Verificar-se-á que a guarda compartilhada se apresenta como a melhor forma de guarda a ser utilizada, pois conserva os laços familiares, garantindo o exercício amplo do direito a convivência, assegurando deste modo o melhor interesse do menor.

Diante disso, cabe dizer que o presente trabalho não tem a intenção de esgotar o tema, mas, sim, pretende contribuir para o estudo crítico da guarda compartilhada, adotando os posicionamentos doutrinários mais recentes, de forma a enriquecer o raciocínio jurídico e acadêmico na defesa da aplicabilidade de institutos que embora não estejam expressamente previstos em lei, mas configuram-se como a melhor forma de garantir uma decisão jurídica justa.

CAPÍTULO 1 DO CASAMENTO

O casamento constitui a mais antiga e uma das mais importantes modalidades de constituição da família. O seu estudo se faz de um tanto importante, pois o surgimento da família em seu detrimento traz inúmeras conseqüências, tanto na seara dos direitos, quanto na dos deveres. Os pais são responsáveis pela prole advinda da união matrimonial e exercem todos os direitos e deveres inerentes a família conjuntamente, enquanto existir a sociedade conjugal. Com a ruptura do casamento, passa a existir para o Direito a problemática da guarda dos filhos e a questão do exercício desses direitos e deveres. É neste diapasão que se faz pertinente o estudo do casamento, desde a sua origem até a sua dissolução.

1.1 Evolução Histórica

A evolução histórica do casamento encontra-se intimamente ligada com a evolução do Direito de Família, no qual este era considerado a principal forma de entidade familiar e por inúmeras vezes a única. Desde os primórdios dos tempos, a família e o instituto do casamento têm evoluído juntamente com a sociedade, tendo seus conceitos e valores refletidos nos preceitos morais e nos costumes de cada momento histórico.

Na Babilônia, a família embasava-se no casamento monogâmico, porém o Direito neste dado momento histórico permitia a figura de esposas secundárias e o casamento tinha como principal finalidade à perpetuação da prole.

Na Grécia e em Roma existiram basicamente duas concepções acerca da família e do casamento: a do dever cívico e a formação da prole, ressaltando-se que *a priori*, a união entre o homem e a mulher era vista como um dever cívico, para os fins de procriação e de desenvolvimento das novas pessoas geradas, que serviam aos exércitos de seus respectivos países.

Ao longo dos tempos, o conceito de família esteve atrelado ao núcleo constituído pelo casamento, esta noção, entretanto, foi construída pelo Direito Canônico, que procurou aliar o conceito de família ao de casamento, que era considerado um sacramento indissolúvel.

Nas antigas civilizações, o centro das preocupações da sociedade girava em torno da satisfação das necessidades básicas, onde o homem utilizando-se dos meios precários de que dispunha, procurava enfrentar as dificuldades do mundo natural e prover a sua subsistência. Na sociedade primitiva o homem e a mulher compartilhavam todos os deveres sendo assim, a pessoa solteira era considerada um caos, nesta época, conforme os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa (2006, p. 25).

No Direito Romano, a origem do Direito Civil pátrio, configurava-se como a fase histórica de maior relevância para a compreensão do instituto do casamento. Em Roma, a família poderia ser ligada tanto pelo vínculo sanguíneo, como pela identidade de culto, o qual era considerado o principal vínculo da família romana. A união religiosa da família era conservada ao longo de várias gerações. A morte não era considerada um fator de separação dos membros, pois os romanos cultuavam seus mortos em sepulcros próximos aos lares, como parte integrante deles.

O pátrio poder era exercido pelo *pater* em detrimento dos outros membros da família, numa relação de domínio quase ilimitado. A autoridade do *pater* era essencial para manter unida e sólida a família como célula importante para o Estado. A mulher romana era inteiramente submissa ao homem, durante a sua infância e adolescência era subordinada ao pai, e após o casamento ao marido. O *pater* chefiava o culto aos deuses, exercendo as funções de legislador, sacerdote, proprietário e juiz.

O casamento romano solene era o vínculo sagrado por excelência, sendo uma cerimônia religiosa onde havia a partilha de uma torta de cevada entre os noivos como símbolo da vida comum que iria se iniciar. Em Roma, também eram admitidas outras formas de união a citar: a *coemptio*, a qual consistia em um negócio jurídico formal, no qual havia a venda da mulher por quem detinha o pátrio poder. A outra forma era o *usus*, neste a mulher se submetia ao pátrio poder do marido passados um ano de vida em comum. Nessas espécies de matrimônios chamados de *cum manum*, a mulher perdia totalmente a relação de parentesco com a família do pai, para ser submissa à família do marido e ao seu culto, conforme preleciona Venosa (2006, p. 25).

Com o passar dos tempos, os romanos, com o intuito de conservar a herança oriunda da família da mulher, buscaram uma outra forma de união que não produzisse o efeito dos matrimônios *cum manum*. Surgiu assim, o casamento *sine manu*, no qual não era feito nenhum tipo de exigência, nem mesmo a da vida em comum, o que fazia com que a mulher dissolvesse os laços estreitos com a família do marido.

Durante a República, a forma de casamento *sine manu* era dominante, a modalidade *cum manum* passou a ser uma raridade, e o casamento solene denominado de *conferreatio*, era restringido a um determinado número de indivíduos, haja vista que os aspirantes aos mais elevados cargos sacerdotais teriam que ser advindos por nascimento desta forma de casamento.

O casamento romano distante do sentido original da religião assemelha-se ao concubinato, onde só com o advento do Cristianismo há uma mutação de seus valores, passando o casamento a ser considerado um sacramento. O Direito Romano permitia a convolação de segundas núpcias, já que incentivava a perpetuação da prole, impondo até perdas materiais aos solteiros e aos casados sem filhos.

No Brasil, vigorou por um longo tempo, a concepção do casamento religioso católico oficial do Estado, pois quase todos os brasileiros eram católicos. No entanto, com o crescimento do país, houve uma imensa imigração, o que ocasionou a entrada de novas formas de crenças religiosas. O que conduzia a necessidade de se introduzir uma outra forma de casamento mais condizente com a nova sociedade, pois do contrário, haveria uma grande dificuldade para a união dos não-católicos.

Em 11 de setembro de 1861, surgiu uma lei que regulava o casamento dos não-católicos, a qual ditava que os nubentes poderiam se casar de acordo com as suas religiões. Até o advento da República em 1889, a única forma de casamento era o religioso, tanto para os católicos como para os não-católicos. Com a proclamação da República, e por meio do Decreto nº. 181, de 1890, foi introduzido pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro o casamento civil. O conceito de família, identificado com o casamento indissolúvel, mereceu consagração em todas as Constituições Federais.

A Carta Magna de 1988, apesar de equiparar a união estável ao casamento, e afirmar que são entidades familiares àquelas constituídas pelo casamento, pela união estável e por qualquer dos pais e seus descendentes, consagra que o casamento é civil, podendo ser dissolvido pelo divórcio, prevendo também a possibilidade do casamento religioso com efeitos civis.

O Código Civil de 1916 consagrava apenas o casamento como forma de entidade familiar, repudiando a família ilegítima, ou seja, aquela originada pela união de fato. Inovando o legislador civilista de 2002, que atendendo aos dispositivos da Constituição de 1988, adequou-se aos novos moldes da sociedade, acolhendo também a união estável e a família monoparental como entidade familiar, e consagrou o casamento civil.

1.2 Conceito e Aspectos Gerais

O Código Civil de 2002 não define com precisão o conceito de casamento, no entanto, os doutrinadores e juristas, nas suas incansáveis labutas de interpretação dos dispositivos legais, tentaram conceituá-lo mantendo um aspecto constante e de incontestável relevância, qual seja, a união de pessoas de sexos diferentes.

O casamento é uma união legal entre o homem e a mulher que possuem como objetivo comum a constituição de uma família legítima, onde o objetivo do casal, em regra será o de obter satisfação e amparo recíprocos, como aduz Maria Alice Zarantin (2002, p. 31).

Muitas são as definições de casamento apresentadas pelos juristas ao longo da história, que vão desde a época clássica até os dias atuais, as quais refletem as concepções religiosas, filosóficas e sociais de cada momento histórico.

No período clássico, a definição predominante era que o casamento era a conjunção do homem e da mulher, que se unem para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano. Definição apresentada pelos escritores a partir Modestino, sendo datada do século III. No entanto, esta definição se esvaiu com o tempo, desaparecendo a alusão ao Direito Divino.

Contudo, percebe-se importante algumas definições do casamento, advindas do Direito Pátrio para uma melhor visualização e compreensão do conceito do instituto Casamento.

Tem-se por casamento, um contrato bilateral e habitado de solenidade, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando assim as suas relações sexuais, constituindo uma comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e a educar os filhos que de ambos nascer.

Segundo Maria Helena Diniz (2006, p. 40) entende-se por casamento, “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.

Por sua vez Sílvia Rodrigues (2006, p.19), afirma que, “casamento é o contrato de Direito de Família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Contudo, verifica-se que casamento é um negócio jurídico de Direito de Família, no qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica prevista em lei, que é a relação matrimonial. Sendo uma relação pessoalíssima e permanente, que exprime ampla e duradoura comunhão de vida.

Observa-se que no casamento há um sentido ético e moral, que o diferencia das demais formas de união entre o homem e a mulher, de modo que a solenidade e a publicidade que o cercam, lhe imprime um caráter de estabilidade e moralidade, essencial para a formação da família e educação e criação da prole.

O instituto do casamento divide opiniões no que tange a sua natureza jurídica, não havendo um consenso na doutrina acerca dessa natureza, onde para alguns doutrinadores, como Washington de Barros (2004, p. 23) o casamento tem natureza institucional, enquanto Sílvia Rodrigues (2006, p.19) o define como contrato de Direito de Família. Outros doutrinadores como Pontes de Miranda (*apud* GONÇALVES, 2007, p.26), o consagram como um instituto de natureza mista, sendo um contrato especial de Direito de Família, ensejando um ato complexo, que ao mesmo tempo é contrato e instituição. Obstante as divergências, Venosa (2006, p. 29) anota que, “em síntese das doutrinas, pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento-estado é uma instituição”.

No entanto, assim como o conceito de todos os acontecimentos sociais, que estão em constantes modificações, a definição de casamento ao longo do tempo poderá sofrer alteração significativa, seja em razão do enfoque que a ele se dá como instituição, contrato ou como ato, seja em face das alterações sofridas pela própria família e pela sociedade. Portanto, o conceito de casamento não pode ser imutável tendo que caminhar a *pari passu* com a sociedade.

1.3 Dissolução do Casamento

A sociedade conjugal tem como causas terminativas as especificadas no artigo 1.571 do Código Civil quais sejam: a morte de um dos cônjuges; a nulidade ou a anulação do casamento; a separação judicial; o divórcio; e a morte presumida do ausente.

O matrimônio válido pode deixar de existir, isto é, o casamento como manifestação real de vontade entre marido e mulher pode terminar, permanecendo, todavia, o vínculo, o qual deixa de existir somente, com a morte ou com o divórcio. Apenas estas duas formas dissolvem definitivamente o vínculo, autorizando novas núpcias, o que não se dá com a separação judicial, a nulidade ou a anulação, pois não constituem fatores de dissolução permanente do vínculo.

A separação judicial é uma das causas de dissolução da sociedade, no entanto não rompe o vínculo matrimonial, sendo uma medida preparatória da ação de divórcio, salvo quando o casal já está separado de fato há mais de dois anos.

Segundo Maria Helena Diniz (2006, p.59): “a separação judicial dissolve a sociedade conjugal, mas conserva íntegro o vínculo, impedindo os cônjuges de convolar novas núpcias, pois o vínculo matrimonial, se válido, só termina com a morte de um deles ou com o divórcio”.

O divórcio é a dissolução de um casamento válido, extinguindo o vínculo conjugal, mediante sentença judicial, possibilitando os indivíduos a contrair um novo casamento. O divórcio pode ser indireto, consensual ou litigioso, ou direto apresentando-se também sob a forma consensual ou litigiosa.

Na sociedade hodierna, figuram-se diversas formas de entidades familiares, onde os genitores trilham caminhos cada vez mais variados, que não devem dissolver o núcleo de afeto entre os pais e sua prole. É na ruptura da sociedade conjugal, que se configura com a separação de fato ou judicial, ou a inda no divórcio, que a lei determina quem vai exercer o direito de guarda do menor.

Vislumbra-se nesse sentido, a necessidade de um estudo mais detalhado dessas duas formas de ruptura da vida conjugal, haja vista, que o advento da separação judicial e do divórcio traz consigo a problemática do exercício da guarda do menor, fruto do casamento, em detrimento da nova entidade familiar que irá se originar.

1.3.1 Separação Judicial

A separação judicial é o caminho mais simples e imediato que os casados dispõem para promover dissolução da sociedade conjugal. Pode ser consensual, ou seja, sem litígio, ou pode ser contenciosa, com litígio. Quando é consensual as duas partes devem estar de acordo com os termos da separação, havendo litígio verifica-se a não aceitação por um dos cônjuges da separação ou dos termos impostos pelo outro.

Deve-se observar que a separação judicial tem o poder de dissolver a sociedade conjugal e cessar os seus efeitos civis, mas não é suficiente para dissolver o casamento. Por isso quem está separado judicialmente não tem deveres conjugais com o outro cônjuge, mas também não poderá casar-se novamente sem que promova o divórcio.

Importa ressaltar que em janeiro do corrente ano foi publicada a Lei nº. 11.441/07 que alterou alguns dispositivos do Código de Processo Civil, no tocante ao novo procedimento dado a separação consensual, a qual pode ser realizada em cartório, mediante escritura pública, desde que não haja filhos menores ou incapazes, e que os cônjuges tenham acordado sobre a partilha de bens comuns e a cerca da pensão alimentícia, bem como, tenham acordado quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado em decorrência do casamento.

Quando os cônjuges buscam a separação judicial o objetivo imediato é a cessação dos efeitos civis da sociedade conjugal, somente depois, em um segundo momento, é que se tem a pretensão da dissolução do casamento.

A lei com muita clareza informa os efeitos jurídicos da separação judicial e ainda estabelece ao juiz um dever especial de tentar a reconciliação do casal, pois a proteção especial que o Estado empresta ao casamento, deve sobrepor aos interesses individuais dos cônjuges. Conferindo também o poder de negar a homologação da separação, ainda que ambos estejam de acordo com os termos da separação, quando, comprovadamente, não estejam claramente preservados os interesses dos filhos ou de qualquer dos cônjuges. Decorre tal poder da necessidade de resguardar os direitos e interesses das partes, e especialmente dos filhos, principalmente quando qualquer, ou ambos os cônjuges, não tenham claro discernimento dos efeitos futuros do acordo apresentado em juízo.

Às vezes, movidos apenas pela emoção temporária, alguns cônjuges liberam, em benefício do outro, todos os bens e direitos, e, em muitos casos, até renunciam a pensão alimentícia própria e até a dispensam para os filhos que ficarão em seu poder. Os reflexos de tais atitudes trarão conseqüências tempos depois, quando, pela força da homologação judicial, os termos do acordo não mais poderão ser alterados, salvo o caso de pensão alimentícia.

O ordenamento jurídico impõe como um dos principais requisitos para que se promova a separação judicial, que os cônjuges tenham completado dois anos de casamento. Esta exigência tem fundamento no fato de que no início da vida conjugal podem surgir desencontros, divergências ou incertezas sem maiores conseqüências, e que o tempo pode ajudar a superar.

Quanto aos filhos, estes gozam de proteção especial do Estado, tanto que os cônjuges não poderão dispor livremente sobre a guarda e pensão para os filhos. Em situações que o juiz entenda que os filhos não devam permanecer com o casal, ainda que os cônjuges estejam acordes em definir a guarda com qualquer deles, poderá aquele atribuir tal encargo a um terceiro, parente ou não dos menores, e mais, fixará ainda pensão alimentícia para que um, ou ambos os pais, venham a prestar aos filhos, mediante pagamento diretamente ao terceiro a que for confiada a guarda.

Para as situações em que a separação ocorra em razão da ruptura da vida em comum por mais de um ano, a lei estabelece que os filhos permaneçam com o cônjuge em cuja companhia ficaram durante este tempo. Essa medida evita que a demanda se estenda apenas para discussão da guarda de filhos quando esta questão não havia sido objeto de litígio anterior.

Terá sempre o magistrado como objetivo maior a segurança, educação e interesse dos filhos, por isso a lei outorga-lhe a faculdade de, em se havendo motivos graves, alterar a relação dos filhos com os pais por formas diferentes das previstas em lei. Sendo um critério subjetivo atribuído ao juiz, para que este analisando o caso concreto possa adequar as situações reais ao mundo jurídico.

O cônjuge que não tiver a guarda dos filhos poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, na periodicidade e tempo que estabelecer o juiz, e ainda, poderá fiscalizar o outro cônjuge, no que tange a forma como este cuida da educação e demais interesses do menor.

1.3.2 Divórcio

O divórcio é uma das causas terminativas da sociedade conjugal, tendo o poder de dissolver o casamento válido mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a contrair novas núpcias. No Brasil a não ser pela morte, o divórcio é a única forma jurídica de dissolver o casamento válido, o mesmo poderá ser decretado como conversão de separação judicial, ou direto.

O divórcio-conversão é aquele onde há primeiramente uma sentença judicial que defere a separação judicial ou de corpos, e posteriormente o convertimento dessa separação em divórcio, após decorrido o prazo legal. Podendo ser consensual caso em que é postulado por ambos os cônjuges, ou litigioso, quando apenas um dos cônjuges formula o pedido, decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que decreta a separação judicial ou defere a separação de corpos.

Por sua vez, o divórcio direto é aquele onde não há a sentença que defere a separação judicial ou de corpos, os cônjuges acionam o judiciário apenas uma vez, requerendo o divórcio sem a prévia separação, também pode ser consensual ou litigioso, todavia, os requisitos devem atender um prazo de dois anos de separação de fato, além dos demais requisitos previstos para a separação judicial, tanto consensual quanto litigiosa.

A fluência do prazo de dois anos de separação de fato, que o legislador fixou como necessário para autorizar o divórcio direto tem sentido, pois como o divórcio, além da sociedade conjugal, dissolve também o casamento, impossibilitando os cônjuges de mudar de idéia e simplesmente reconciliar, como seria possível no caso de simples separação judicial, é importante que o prazo para meditação seja longo o suficiente para ficar madura a convicção de que a decisão é definitiva.

Assim como ocorreu na separação consensual, o divórcio na sua forma consensual também foi modificado pela Lei nº. 11.441/07, sendo o seu procedimento alterado, podendo ser realizado no cartório, mediante escritura pública, desde que obedeça aos requisitos legais, também exigidos na separação, quais sejam: ausência de filhos menores ou incapazes; acordo sobre a partilha de bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

No Direito de Família há um interesse do Estado em defesa do casamento ou da sociedade conjugal, visto que a instituição familiar é a célula maior da sociedade e merece atenção e proteção estatal.

A fiscalização do cumprimento da lei, atendimento destes princípios e a defesa do interesse do Estado na manutenção da instituição familiar, é exercida pelo Promotor de Justiça, que participa de todos os processos onde haja separações ou divórcios, além de também participar de outros onde haja interesse público, bem como os que envolvam menores ou incapazes.

Reveste-se de obviedade o fato de que assim como ocorre na separação judicial, o divórcio também assegura a total proteção aos filhos, visto que se proclama a inalterabilidade dos direitos e deveres dos pais em relação a sua prole, seja em decorrência do divórcio ou de novo casamento de qualquer dos cônjuges.

1.3.3 Proteção aos filhos em decorrência de separação judicial ou divórcio

A proteção à família e a preservação da dignidade da pessoa humana existem não só na família matrimonializada, mas também na família que foi desfeita com o divórcio ou a separação dos cônjuges, e nas demais entidades familiares. A criança e o adolescente, independente de qual seja a família em que estão inseridos, têm o direito de se sentirem protegidos, confortados, respeitados e gozar de todos os direitos fundamentais e essenciais à sua formação como ser humano. Não são e não podem ser tratados como objetos na disputa por pais ou familiares, nem estarem vivenciando constante e eternamente conflitos entre os pais, uma vez que esta experiência poderá acarretar transtornos psicológicos irreversíveis em suas vidas.

A separação dos pais traz como consequência o debate sobre quem deve permanecer com a guarda dos filhos, pois a ruptura conjugal dá início à família monoparental, ou seja, a criança passa a residir com a mãe ou com o pai, e a participação dos pais que até então era conjunta na educação dos filhos, se concentra em um só, ficando o outro somente com o direito à visitas.

Tanto o pai quanto a mãe, querendo e tendo condições morais e psicológicas, devem estar presentes no processo de formação dos filhos, e possuem condições de igualdade para

exerceram esse direito, especialmente frente às garantias constitucionais previstas na Carta Magna em seus artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. O fato dos pais estarem separados não pode significar para a criança uma restrição ao direito de convivência com seus genitores nem à sua integridade bio-psíquica, cabendo ao Estado estabelecer mecanismos de harmonização da família em conflito.

Essa igualdade de direitos se estende no que diz respeito ao exercício do poder parental, que é exercido em igualdade de condições pelo pai ou pela mãe, não importando se separados ou não.

A convivência familiar é um dos mais importantes direitos da criança e do adolescente, pois conserva os laços parentais e assegura aos menores o direito de convívio com todos os seus ramos familiares. Mormente no que diz respeito à convivência de pais separados com sua prole, esse direito se torna ainda mais relevante, pois garante aos infantes um desenvolvimento pleno, auxiliado e garantido por ambos os pais. Ressalta-se ainda, que a convivência familiar mantém vivo os laços entre pais e filhos, não possibilitando que estes se dissolvam por falta de interesse, por ter sido o genitor não detentor da guarda, reduzido a um mero papel secundário na vida de seus filhos. O direito a convivência familiar se encontra em franca evolução, e ainda se depara contra muitos obstáculos à sua plena aceitação, e com uma longa trajetória de rejeição de tal direito.

Não existe nenhuma ressalva legal à atribuição da guarda dos filhos menores a ambos os pais, após a dissolução da vida conjugal, sob a modalidade da guarda compartilhada. O Estatuto da Criança e do Adolescente prioriza com veemência a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, e indica em seus dispositivos legais (arts. 3º e 4º), que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, dentre outros direitos expressamente aludidos, os referentes à convivência familiar, consagrando deste modo, a importância que o Estatuto confere ao convívio dos filhos com seus genitores e sua repercussão sobre seu desenvolvimento.

CAPÍTULO 2 DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável a muito tempo existe na sociedade, porém sempre sofreu diversas discriminações e, após diversas décadas de lutas, foi considerada pela Carta Magna uma entidade familiar, tendo seus direitos e deveres equiparados ao casamento. Por ser considerada entidade familiar e geradora de um núcleo, denominado família, a união estável traz consequências jurídicas de grande relevância, e a sua dissolução acarreta um problema de extrema relevância para o presente trabalho, qual seja: a guarda dos filhos menores. Justifica-se nesse sentido, uma maior visualização deste fato social e jurídico tão admirável quanto à constituição da família pelo casamento.

2.1 Evolução Histórica

Na Antigüidade, a família era constituída através de celebrações religiosas ou por meio de simples convivência. Esta última, caracterizada pela união livre entre o homem e a mulher, sem os formalismos exigidos pelo Estado, sempre existiu e sempre existirá. Essas uniões, conhecidas por concubinato, muitas vezes, são relatadas pela história como uma forma de devassidão, ligando-se o nome da concubina à prostituição, à mulher devassa ou à que se deitava com vários homens, ou mesmo a amante, a outra.

A união de pessoas de sexos opostos, fora do casamento, é antiga. No Direito Romano era uma forma de união inferior ao matrimônio. Patrícios e plebeus, impedidos de se unirem pelo casamento, uniam-se pela união de fato, onde havia a coabitação sem *affectio maritalis*. No Direito Francês, a influência do Direito Canônico tendia a combatê-la, desconhecendo-se seus efeitos jurídicos. O Código Napoleão, fonte inspiradora de diversas codificações modernas, inclusive o Código Civil Brasileiro, silenciou a respeito. Por sua vez, o Direito Canônico dos primeiros tempos não desconhecia o concubinato como instituição legal.

A união estável só passou a apresentar relevância no âmbito jurídico, a partir da introdução do casamento como forma legal no século XVI. A sociedade, em certo dado histórico

instituiu o casamento como a única forma de união que condizia com a conduta moral, e é neste diapasão que surgiu a problemática da união livre sem casamento.

Washington de Barros Monteiro (2004, p. 37) considerava que a aceitação das relações fundadas em união estável concorria indiretamente para a desagregação da família oriunda do casamento. Embasando seu pensamento na ausência de definição precisa dos deveres correspondentes aos direitos introduzidos.

No Direito Romano, o casamento era um fenômeno mais sociológico do que jurídico já que, os princípios referentes à celebração, dissolução e proteção do matrimônio, não constituíam regulamentação propriamente jurídica, mas que melhor se enquadravam no campo da ética. Conforme os grupos sociais, havia formas diferentes de matrimônio, como a *confarreatio*, o *coemptio* e o *usus*, onde a mulher passava a integrar a família de seu marido pela *conventio in manum*, sujeitando-se a *manus*, que era o poder marital. A convivência anual indicava uma união estável, que se convertia em casamento, através da *manus maritalis*. Os costumes, obviamente, eram outros, e a mulher era quase uma coisa, embora tivesse certa valia.

No Baixo Império tornou-se o concubinato um casamento inferior, embora lícito. Com os imperadores cristãos recebeu o reconhecimento jurídico. Distinguem eles os filhos nascidos de concubinato *liberi naturales*, que se podem legitimar *per subsequens matrimonium dos vulgos quaesiti* ou *spuriti*, oriundos de uniões sexuais passageiras. Favorece-se, assim, a transformação do concubinato em matrimônio através da legitimação dos filhos.

O concubinato foi regulamentado de forma indireta, à época do imperador Augusto, pelas *Lex Iulia e Papia Poppaea de maritandis ordinibus*. Era uma espécie de semimatrimônio, contraído sem formalidades, porém de natureza lícita, nada tendo de torpe ou reprovável, faltando-lhe apenas a *affectio maritalis*, sempre presente no matrimônio. Vale ressaltar que embora sob o aspecto jurídico, o concubinato tivesse uma posição inferior ao casamento, pela imperfeita comunhão de vida e pelos efeitos que dele surgiam, apresentava-se como uma situação perfeitamente lícita, que não trazia vergonha aos concubinos. E tão arraigada se encontrava nos costumes, que o próprio cristianismo o tolerou por certo tempo, conforme os ensinamentos de Venosa (2006, p.25).

Na Idade Média, embora a Igreja Católica tenha reprovado o concubinato, tolerou-o como forma de constituição de família, desde que não se tratasse de união adúltera ou incestuosa, até a sua condenação definitiva pelo Concílio de Trento, em 1563.

Caio Mário da Silva Pereira (*apud* BERENICE, 2006, p. 145), a respeito do concubinato na Idade Média até a Idade Moderna comenta:

[...] apesar de combatido pela igreja, nunca foi evitado, nunca deixou de existir. E se os canonistas o repudiavam de iure divino, os juristas sempre o aceitaram de iure civile. Quem rastrear a sua persistente sobrevivência, por tantos séculos, verá que em toda as legislações, em todos os sistemas jurídicos ocidentais houve tais uniões, produzindo seus efeitos mais ou menos extensos.

A questão das relações extramatrimoniais no Brasil apresentava-se de forma repressora na maioria das vezes, isto devido ao fato de que no Brasil, assim como em Portugal, eram adotadas regras rígidas quanto à família, pois devia ser constituída por um casamento formal.

O Brasil nunca tipificou o concubinato como crime, mas também não o regulamentava. Como a família deveria ser calcada no casamento, o relacionamento extramatrimonial não poderia ser reconhecido como família. Importante ressaltar que essa falta de regulamentação não se configura numa repulsa ao concubinato, mas sim, na defesa da família legítima formada pelo casamento, apesar de essas relações concubinárias serem marcantes como fato social.

Na época imperial, as leis brasileiras seguiam as Ordenações de Portugal, que já se colocavam contrárias às relações concubinárias, as quais eram igualadas à mancebia, com fundamento nos ensinamentos da Igreja Católica, que se posicionava de forma contrária a toda e qualquer união entre homem e mulher, diferente de casamento, já que o matrimônio, perante um sacerdote, era um sacramento.

Com o Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890, passou a vigorar, no Brasil, o casamento civil como o único meio de constituição de família legítima. Da mesma forma, tratou do tema o texto constitucional de 1891, que também proibiu a dissolução do vínculo conjugal, por inegável influência religiosa. Essa disposição legal colocou à margem do Direito, tanto as famílias formadas por casamentos religiosos que, por sua vez, não possuíam efeitos civis, como aquelas resultantes de uniões informais, como preleciona Washington de Barros (2004, p. 38).

Com o advento do Código Civil de 1916, a situação do então denominado concubinato não melhorou, o legislador mais uma vez se absteve de regulamentar ou mesmo conceituá-lo, entretanto, inseriu em seu texto regras repressoras e discriminatórias ao concubinato.

Demonstrando que, nessa época, a relação extraconjugal, com ou sem impedimento matrimonial, não era bem vista pela sociedade e pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, o diploma legal mencionado apesar de não regulamentar o concubinato, determinou uma série de sanções a serem aplicadas a essas relações, principalmente àquelas que possuíam impedimento matrimonial, à forma adulterina de concubinato.

As uniões extramatrimoniais sempre estiveram presentes na sociedade brasileira, entretanto, a jurisprudência foi durante muito tempo reticente sobre o tema e alguns julgados acabaram por negar efeitos jurídicos a essas relações, consideradas como imorais. Aos poucos, a relação pura, sem impedimento matrimonial foi, em algumas situações peculiares, reconhecida.

O avanço jurisprudencial da questão tornou-se de suma importância para a evolução dos efeitos advindos dessas relações extramatrimoniais, afastando-se graves injustiças presentes em leis ultrapassadas. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, sob a égide do Código Civil de 1916, acabou editando quatro súmulas jurisprudenciais a respeito, que trouxeram mais justiça e conforto para esses relacionamentos que não eram formalizados pela celebração do casamento.

Durante muito tempo, aplicou-se tão-somente ao concubinato, regras relativas ao Direito das Obrigações e não do Direito de Família, posto que a união estável só foi reconhecida como família, com o advento da Constituição Federal em vigor.

Muito embora, o Código Civil de 1916 não tenha reconhecido a união estável como uma forma de família, com o advento da Constituição Federal de 1988, esta união foi acolhida, sendo considerada uma entidade familiar quebrando assim a hegemonia do casamento como única forma legítima de constituição de família, reconhecendo como entidade familiar à união estável e a comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes, estabelecendo um notório divisor de águas no âmbito do Direito de Família.

A Carta Magna proscreeu todo esse ranço conceitual, declarando expressamente inserida no ordenamento jurídico brasileiro a sociedade familiar constituída pela união estável ou pelo casamento, sempre fincada na *affectio conjugal*. Consagrando em seu artigo 226 a união estável na categoria de entidade familiar, restando derogada, em parte, a Súmula nº. 380 do colendo STF, que só considerava a união concubinária geradora de relações obrigacionais e não familiares.

Aplaudindo ou não a norma constitucional, o fato é que a lei das leis vestiu de outra maneira e com a dignidade da família legalmente organizada, a mencionada união estável,

situação que outrora, tinha outra denominação na linguagem comum, bem como na linguagem jurídica.

Atualmente, encontra-se no ordenamento jurídico brasileiro, no que tange ao tratamento jurídico dependido à união estável, a Lei nº. 8971/1994, que embora não tenha regulamentado a união estável como entidade familiar, reportou aos companheiros o direito a alimentos e a sucessão. Já a Lei nº. 9278/1996, finalmente, veio a regulamentar o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, na qual reconheceu a união estável como entidade familiar, acolhendo as diretrizes da Carta Magna. Ressalta-se que, apesar das leis supracitadas ainda não se mostrarem como o melhor texto legal sobre a matéria, marcaram um grande avanço sobre a família moderna, principalmente quanto às entidades familiares.

Entretanto, o próprio texto constitucional que reconheceu a união estável não a equiparou ao casamento. Isso quer dizer que, apesar do legislador pátrio ter reconhecido a existência da desta união e atribuir-lhe status de entidade familiar surtindo efeitos no mundo jurídico, não considerou o companheirismo como instituto equivalente e possuidor das mesmas características do casamento, pois se assim o tivesse feito, não possibilitaria e facilitaria a conversão deste instituto em casamento, em seus dispositivos legais.

Apesar de muito discutido, o Código Civil de 2002, demonstra-se como um salto importante para a matéria relativa ao Direito de Família, e por consequência à união estável, posto que cria um capítulo próprio dentro do título Do Direito de Família, para tratar da união estável. O atual ordenamento civil teve por finalidade a atualização do texto legal aos princípios fundamentais da Carta Magna.

Com o advento do novo código restaram revogadas parcialmente as referidas Lei nº 8971/1994 e a Lei nº. 9278/1996, em virtude da introdução da matéria no Código Civil, em seu capítulo específico, como foi aludido acima.

O Código Civil, em seu artigo 1.723 dita que “é reconhecida como entidade familiar à união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o fim de constituição de família”. Sendo admitida no § 1º, do mesmo artigo, a união estável entre pessoas que mantiveram seu estado civil de casadas, estando, porém, separadas de fato, desde que não incorram nos impedimentos citados no artigo 1.521 do mesmo diploma legal.

Contudo, verifica-se que ao longo dos tempos, a união estável sofreu as mais variadas formas de discriminação, seja no âmbito social, seja diante da legislação. A Constituição Federal de 1988 foi o ponto culminante na evolução do instituto em questão, uma vez que o elevou ao patamar de entidade familiar. No entanto, o Código Civil de 2002, pouco se diferenciou dos demais ordenamentos jurídicos que tratam da matéria, e praticamente abrigou as posições mais sólidas e predominantes na doutrina e na jurisprudência.

2.2 Conceitos e Aspectos Gerais

Muito se confunde o instituto da união estável com o concubinato, e embora ao longo da história o termo concubinato significasse a união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento, também definida como união livre, hodiernamente este termo é utilizado para designar o envolvimento amoroso entre pessoas casadas, que infringem o dever de fidelidade, o que se diferencia totalmente do conceito dado a união estável.

No tocante a natureza jurídica da união estável, afirma Bittencourt (*apud* VENOSA, 2006, p.42) que “o concubinato ou a união estável são fatos sociais e fatos jurídicos. Essa é a sua natureza”.

Para o ilustre professor Venosa (2006, p.42):

O casamento é um fato social e um negócio jurídico. Fato jurídico é qualquer acontecimento que gera consequências jurídicas. A união estável é um fato do homem que, gerando efeitos jurídicos, torna-se um fato jurídico.

A conceituação da união estável em nada se embaraça com a do concubinato, haja vista, que é a união entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, ao qual é reconhecida como entidade familiar conforme preleciona o artigo 1.723 do Código Civil.

Determinou o legislador civilista, que as relações não esporádicas entre homem e mulher impedidos de casar, com exceção dos separados de fato, denominam-se concubinato, fazendo uma distinção terminológica entre concubinato e união estável.

Conforme preleciona Sílvia Rodrigues (2006, p.259) é a união estável “a união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim de satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem”.

É, portanto a união estável, uma relação lícita entre um homem e uma mulher que estejam desimpedidos, que mantém convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família.

2.3 Dissolução da União Estável

Com a Constituição Federal de 1988, ampliou-se o entendimento de que se poderia e deveria ser considerada a união estável como uma entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, determinando aquela que este deve proteção a tal instituto, entretanto, não igualou a união estável à família constituída nos moldes estabelecidos na lei civil, se assim tivesse querido, não teria determinado a facilitação da conversão dessa união em casamento.

O legislador constituinte garantiu ao homem e à mulher tendo esta convivência, a possibilidade de estarem amparados de uma vez por todas e, indubitavelmente, pelo ordenamento jurídico brasileiro. A união estável, como sendo uma entidade familiar, é de interesse do Estado, e este lhe contempla os mesmos direitos que possui a família originada do casamento, protegendo ambas em condições de igualdade, mais considerados os seus pontos particulares.

A união estável pode ser dissolvida tanto pelo acordo entre os companheiros, sem a necessidade da forma escrita, haja vista que a união estável caracteriza-se e dilui-se no plano dos fatos; como por decisão judicial que declara o fim da convivência, dispondo a respeito da partilha dos bens comuns, dos alimentos, da guarda dos infantes e dos seus alimentos.

O Código Civil de 2002 trouxe em seus dispositivos o direito dos companheiros, após a dissolução da união estável de partilhar seu patrimônio, respeitando o regime de bens ao qual

estão vinculados, no mesmo parâmetro de igualdade atribuído aos cônjuges no casamento, assim como lhes conferiu o direito a alimentos, para quem os necessite, como também para a prole originada da união.

Assim como ocorre na separação judicial e no divórcio, o fim da união estável traz consigo a problemática da guarda da prole. É na dissolução da união estável que irá ser decidido com qual dos genitores o menor deverá ficar, e é neste diapasão que sempre deverá ser observado o melhor interesse do menor.

O Estado confere proteção total a criança e ao adolescente, seja ele advindo de uma relação matrimonial ou de convivência. Assim, no caso de haver dissolução da união estável, os conviventes se submeterão as mesmas regras aplicadas à dissolução do casamento. Não podendo, dessa forma, os companheiros dispor como quiserem da guarda e pensão dos filhos, pois prevalecerá sempre o melhor interesse do menor.

Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro (2004, p. 52), afirma que “é o interesse público envolvido que leva o Estado a estender à entidade familiar os mesmos direitos com que contempla a família pelo casamento, a ambas protegendo, em condições de igualdade, consideradas suas naturezas diversas”.

O artigo 1.724 do Código Civil, afirma que é dever dos companheiros a guarda, sustento e educação dos filhos, e como aduz Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 551), “em tudo semelhantes aos respectivos deveres atribuídos aos cônjuges no art.1.566, IV, como um dos efeitos do casamento”.

Nota-se que assim como ocorre na dissolução do casamento, na dissolução da união estável, também subsiste o direito-dever de guarda, sendo esta atribuída a quem revelar melhores condições, ou a atribuição da guarda jurídica a ambos sob a modalidade de guarda compartilhada, em tudo observado o melhor interesse do menor, assim como a obrigação de sustentar os filhos menores e dar-lhes orientação moral e educacional mesmo com o advento da ruptura da união estável.

Fica evidente que a legislação brasileira, no tocante a situação dos filhos menores na ruptura da família conjugal, seja ela advinda do matrimônio, ou da união estável, conferiu total proteção aos filhos, resguardando todos os direitos inerentes a estes, como o direito a convivência familiar, sustento, amparo moral e educacional. Nessa seara o legislador pátrio, igualou os direitos e deveres dos pais para com os filhos, na união estável e no casamento.

CAPÍTULO 3 TUTELA, CURATELA E GUARDA: ASPECTOS GERAIS E DIFERENÇAS

Os absoluta e os relativamente incapazes necessitam de indivíduos capazes para ajudá-los a desempenhar os atos da vida civil. Aos pais é incumbido o pátrio poder, poder-dever este que consiste num conjunto de obrigações que os genitores tem para com os seus filhos. No entanto, este poder poderá ser delegado a um terceiro, conforme as hipóteses legais, onde este terceiro terá o dever de proteção para com o menor configurando deste modo à tutela. Mas o Direito na sua imensa magnitude procurou também amparar os maiores incapazes, para tanto, preveu o instituto da curatela para salvaguardar os interesses dos incapazes de regerem sua vida civil, seja por motivo de moléstia, prodigalidade ou ausência.

A tutela e a curatela são institutos de caráter assistencial, que objetivam suprir incapacidades de fato e de direito de pessoas que não as têm e que carecem de proteção. O instituto da guarda por sua vez, tem por escopo a obrigação que os pais possuem, de assistirem ou representarem seus filhos, de acordo com a idade com que esses se apresentem, pretendendo o legislador, com essa previsão, que os menores sejam protegidos dos caminhos penosos da vida, incumbindo aos pais dessa proteção, os quais têm o dever de proteção, guarda e sustento dos infantes.

Nota-se que os três institutos mencionados possuem caráter assistencial e de proteção para com os incapazes, mas não se confundem, sendo, portanto institutos distintos, possuindo cada qual suas particularidades. Por isso, para uma melhor compreensão do instituto jurídico da guarda, torna-se pertinente uma alusão aos demais institutos jurídicos que este se assemelham, como a tutela e a curatela.

3.1 Da Tutela

No período que compreende a menoridade do ser humano, do nascimento até os 18 anos incompletos, o menor necessita que alguém o proteja, o defenda e administre seus bens. Os detentores naturais do dever de proteção são os pais, pois a estes é outorgado o denominado

poder familiar, como dita o artigo 1.630 do Código Civil. Consiste este poder, num aglomerado de obrigações que competem a ambos os pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores, sendo por natureza indelegável, como ensina Washington de Barros (2004, p.348).

Durante o casamento e a união estável compete o poder familiar aos pais, como menciona o artigo 1.631 do Código Civil, no entanto, este poder subsiste ainda que os genitores não mantenham vida conjugal. Tal poder também poderá ser exercido por apenas um dos progenitores, na ausência do outro, com fulcro no mencionado artigo. Entretanto, este poder familiar poderá ser conferido a terceiros, nos casos em que a lei determinar, quais sejam: morte dos pais ou se estes forem declarados ausentes, ou ainda quando os pais tenham decaído do poder familiar (artigo 1.728, Código Civil).

A medida jurídica da tutela tem sua criação vinda dos tempos da Roma Antiga, possuindo um caráter jurídico-familiar, no qual tem como fim suprir a falta de capacidade de menores aos quais tenham os pais falecidos, encontram-se ausentes ou estejam destituídos do pátrio poder. Logo, ao criar esse instituto, o legislador teve como meta dar assistência e representatividade ao menor não emancipado e ao seu patrimônio, tendo por finalidade substituir o pátrio poder.

Segundo Silvio Rodrigues (2006, p.398), pode-se conceituar tutela como o "instituto de nítido caráter assistencial, que visa substituir o pátrio poder em face das pessoas cujos pais faleceram ou foram julgados ausentes, ou ainda quando foram suspensos ou destituídos daquele poder".

Preleciona Venosa (2006, p.443) que:

Para a assistência e proteção de menores que não estão sob autoridade dos pais, o ordenamento estrutura a tutela, instituto pelo qual uma pessoa maior e capaz é investida dos poderes necessários para a proteção do menor. A tutela é utilizada quando o menor não tem pais conhecidos ou foram falecidos e quando os genitores forem suspensos ou destituídos do pátrio poder.

Vê-se que a tutela constitui um sucedâneo do poder familiar, sendo conflitante com este. Não poderá haver exercício do poder familiar e paralelamente delegação de tutela, logo, se os pais recuperarem o poder familiar, ou se este surgir com a adoção ou o reconhecimento do filho havido fora do casamento, cessará o aludido ônus.

O artigo 1.729, do Código Civil, perpassa que o direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto, devendo a nomeação constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico. Presume o legislador que estes últimos, em razão do amor natural que em si trazem, decidirão o melhor para seus filhos, buscando indicar para o desempenho do *múnus* pessoa capaz de proteger, amar, cuidar das crianças ou adolescentes como se pais fossem, dando continuidade ao carinho e à proteção que aquele que nomeia, pai ou mãe, dedica aos seus amados.

Importante ressaltar, todavia, que o atual legislador impôs a ambos, pai e mãe, conjuntamente, a nomeação de tutor a seus filhos, suprimindo a possibilidade, consagrada na lei anterior, de inicialmente caber ao pai e, sucessivamente, à mãe a instituição de tutor de seu agrado. A decisão, assim, deverá ser adotada por ambos, de comum acordo. Poderá o tutor ser nomeado também pelo juiz, quando os pais não o tiverem feito, de preferência parente consanguíneo do menor (artigo 1.731, CC), ou outra pessoa idônea e residente no mesmo domicílio do menor (artigo 1.732, CC).

Consiste a tutela um *múnus* público, pelo qual o Estado impossibilitado de exercer a função direta de protetor do menor, a confere a terceiro, de modo que este aufira a obrigação de zelar pela educação, criação e pelos bens do menor. Sendo um encargo público e obrigatório, não pode ser objeto de escusa, salvo as hipóteses legais, descritas no Código Civil, em seus artigos 1.736 e 1.737.

No atual ordenamento jurídico civil, são contempladas três modalidades de tutela: a testamentária, a legítima e a dativa. A tutela testamentária é aquela, cuja nomeação do tutor, é feita pelos pais, ocorre em testamento ou outro documento autêntico. Para que essa espécie de tutela tenha eficácia, é exigida a presença de dois pressupostos: que o outro progenitor não possa exercer o poder familiar, ou por já estar morto na época do testamento ou por outras razões figuradas na lei, pois, havendo um progenitor vivo, o que deixa o testamento não pode privá-lo do exercício do poder familiar, indicando um tutor testamentário; e que o progenitor que nomeia o tutor esteja no exercício do poder familiar, pois do contrário, não teria legitimidade para transferir um poder que não tem, pois se presume que se lhe foi destituído o poder familiar, não tem capacidade para indicar tutor para seus filhos.

Já na tutela legítima, o tutor é nomeado pelo juiz, ouvido o Ministério Público. Aquele nomeará o tutor, dando preferência às seguintes pessoas: avós, sendo escolhido aquele que melhor se apresentar; irmãos, tendo preferência os bilaterais aos unilaterais, dentre os irmãos da

mesma classe, será indicado aquele que melhores condições oferecer; e os tios, tendo preferência àquele que apresentar melhores condições para o exercício da tutela.

Por sua vez, ocorrerá a tutela dativa quando nenhum dos parentes apontados acima puder se desincumbir da tutela, caso em que, o juiz nomeará pessoa idônea de sua confiança, se possível, parente consanguíneo ou afim do menor.

Importante ainda frisar que, antes de nomear o tutor legítimo, deve ser observada exclusivamente a ordem legal, devendo o juiz verificar se não incide sobre ele algum motivo de incapacidade, competindo ainda ao magistrado julgador avaliar a idoneidade, como no caso da tutela dativa. Caso falte ao indicado qualquer das condições para o exercício da tutela, deve ser preterido, promovendo-se a avaliação sobre o imediatamente posterior na ordem de vocação.

É ademais importante, reconhecer que a situação econômica do candidato à tutoria não pode constituir elemento definidor da sua capacidade para o desempenho do *múnus*, devendo sempre ser preterida em favor de sua condição moral e da afetividade que nutra pelo menor.

Assim, são considerados incapazes de serem nomeados como tutores as pessoas descritas no artigo 1.735 do Código Civil, são elas: aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens; aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor; os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela; os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena; as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores; aqueles que exerceram função pública incompatível com a boa administração da tutela.

Tem o citado artigo, não apenas a função de enumerar quem não pode administrar bens de terceiros, mas sim proteger o menor de pessoas desonestas e de idoneidade duvidosa, pois a conduta do tutor deve ter por substrato a honestidade e a probidade, o que significa dizer ser a uma verdadeira conduta do *bonus pater familias* no que tange o seu comportamento mediante a administração do interesse do menor. Se o interesse do menor não for observado e respeitado, caberá ação que poderá ser intentada pelo Ministério Público, pelo menor e por qualquer outro interessado. O novo tutor nomeado em substituição pode tomar a iniciativa, como representante.

A figura do tutor representa também, a de um administrador em relação ao tutelado, visto que além de reger a pessoa do menor, por ele velar e cuidar dos seus interesses, incumbindo-se também da administração do patrimônio do seu pupilo se este assim possuir. Logo, sob a inspeção do juiz, deve o tutor zelar pelos bens do menor como bem preleciona o artigo 1.741, do Código Civil.

Contudo, observou-se, que a tutela configura-se como um instituto de nítido caráter assistencial, que visa proteger os menores que não possam mais estar sob a égide do poder familiar exercido pelos pais, por motivos de morte dos genitores, ou se estes forem declarados ausentes, ou ainda quando tenham decaído do poder familiar. Logo, é nomeado um tutor para exercer o encargo público de zelar pela vida e bens do menor, devendo este pautar suas atitudes na integridade e probidade.

3.2 Da Curatela

A curatela assim como a tutela, visa à proteção de incapazes. Porém, no que tange a primeira, tem como objetivo proteger o incapaz maior, caracterizando-se quando a alguém é dada a obrigação de defender e administrar os bens daquele, uma vez que não está em condição de fazê-lo, seja por alguma moléstia, prodigalidade ou ausência. Sendo cabível também no caso de bens dos que ainda estão para nascer, mas já concebidos.

É, portanto, proteção aos que não tem o necessário discernimento para os atos da vida civil, bem como dos que por causa duradoura, não podem exprimir sua vontade; incluindo-se também os deficientes mentais, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os excepcionais sem completo desenvolvimento mental, e aos pródigos.

Segundo Maria Helena Diniz (2006, p.445), entende-se por curatela “o encargo público, cometido, por lei, a alguém para reger e defender a pessoa e administrar os bens de maiores, que, por si sós, não estão em condições de fazê-lo, em razão de enfermidade ou deficiência mental”.

Por sua vez, Pontes de Miranda (*apud* GONÇALVES, 2007, p.607), vislumbrando um conceito mais abrangente do instituto, considera curatela como:

O cargo conferido por lei a alguém, para reger as pessoas e os bens, ou somente os bens, de indivíduos menores, ou maiores, que por si não o podem fazer, devido a perturbações mentais, surdo-mudez, prodigalidade, ausência, ou por ainda não ter nascido.

Como se percebe, decorre a curatela de dois pressupostos básicos: a incapacidade e uma decisão judicial prolatada em processo de interdição. Uma vez que a regra geral é que a curatela está destinada aos maiores de idade, que por situações patológicas não podem gerenciar seus bens. Porém, existem situações que ela é deferida para menores de idade, como na hipótese da curatela do nascituro.

Tendo assim como principal finalidade conceder proteção ao incapaz maior no tocante a seus interesses, e garantir a preservação dos negócios realizados entre ele em relação a terceiros. E como principal aspecto, o caráter patrimonial, pois o curador protege essencialmente os bens do interdito, auxiliando na manutenção do mesmo, e impedindo que sejam dissipados.

A curatela pode ser legítima ou dativa, tendo sempre que ser deferida pelo magistrado em ambos os casos. O cônjuge, ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é de direito, curador do outro, quando interdito, como reza o artigo 1.775 do Código Civil. Na falta de cônjuge, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se mostrar mais apto entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos. Nota-se que a lei elencou as pessoas que deverão exercer a curatela, predestinando uma ordem de preferência a ser seguida. No entanto, esta ordem estabelecida no dispositivo, não é absoluta podendo ser alterada, ou até dispensada pelo juiz, quando houver motivos graves, ou for mais conveniente para o interdito. Conforme ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 632).

No entanto, quando as pessoas legítimas subscritas em lei para exercer a curatela, não existam ou não possam exercer este encargo público, caberá ao juiz escolher pessoa idônea, que poderá ser estranha à família do interdito, para desempenhar o papel de curador (artigo 1.775, § 3º, CC). Esta modalidade denomina-se curatela dativa.

A lei não prevê a possibilidade da curatela testamentária, ou seja, a nomeação de curador mediante testamento do ascendente. No entanto, o autor acima citado, prevê na hipótese de os pais nomearem curadores para os filhos que não possuem desenvolvimento mental para plena capacidade após atingirem a maioridade.

Conforme seja a pessoa que esteja sob a curatela, particularizam-se as normas que as regem, bem como da classificação do instituto em três espécies: a) a curatela dos adultos incapazes, que abrange a curatela dos psicopatas mentais e excepcionais sem completo desenvolvimento mental, dos toxicômanos, dos ébrios habituais, dos que por outra causa duradoura, não podem exprimir a sua vontade; a curatela dos pródigos; b) curatelas destacadas do regime legal do instituto devido às suas particularidades, que são as curatelas do nascituro e do ausente; c) curadorias especiais, que se distinguem pela sua finalidade específica, que é administração dos bens e a defesa de interesses e não a regência de pessoas, uma vez exauridas, esgota, automaticamente, a função do curador.

Dentre as espécies mencionadas uma merece maior destaque, por se diferenciar um pouco dos outros casos, não sendo hipótese de maior incapaz e sim de pessoa que ainda nem nasceu para o mundo dos fatos e do direito, estando ainda no campo da potencialidade, mas que, no entanto, a lei já põe a salvo os seus interesses desde que já concebido. Duas condições são necessárias para se possibilitar a curatela de seus bens prevista pela lei: se o pai falecer estando a mulher grávida; e não tenha a mãe o exercício do poder familiar. A última hipótese só ocorrerá caso a mãe tenha sido destituída do poder familiar em relação a filhos havidos anteriormente, pois tal medida abrange toda a prole, inclusive o nascituro.

Segundo o artigo 1.779, do Código Civil poderá ocorrer também nomeação de curador ao nascituro se a mulher estiver interditada, caso em que seu curador será o do nascituro. Configurar-se-á também o caso em tela se o pai for desconhecido e a mãe interdita ou destituída do poder familiar, e, ainda, se ambos forem interditos ou destituídos do aludido poder. Para Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 622), no tocante a curatela do nascituro, “só há interesse na nomeação ao nascituro se tiver de receber herança, legado ou doação”.

O Código Civil em seu artigo 1.768 estabelece a legitimação para promover a ação de interdição, de forma a abranger todas as modalidades de curatela. Menciona o supracitado artigo de forma taxativa que a interdição pode ser promovida pelos pais ou tutores, pelo cônjuge, ou por qualquer parente, assim como pelo Ministério Público. É notório que o vigente código, por um lapso do legislador, não mencionou o companheiro como pessoa legitimada a promover a interdição, mas a este não poderá ser negada esta legitimidade. No tocante a legitimidade do Ministério Público, esta será regulada de acordo com o artigo 1.769 do mesmo dispositivo legal, no qual determina que o Órgão Ministerial só poderá promover a interdição em caso de doença

mental grave, se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas legitimadas a fazê-la. O Ministério Público é o legítimo defensor do interdito, entretanto se for o autor da ação, deverá o juiz nomear outro defensor ao suposto incapaz.

Apesar da semelhança entre a tutela e a curatela, estes institutos não se confundem, podendo ser apontadas algumas diferenças, como o fato da tutela ser destinada a menores de 18 anos, enquanto a curatela, via de regra é deferida a maior incapaz, assim como a hipótese da tutela poder ser testamentária e a curatela só poder ser deferida pelo juiz. Ressalta-se ainda que a tutela compreende o encargo de gerir a pessoa e os bens do menor, enquanto a curatela poderá abranger apenas a administração dos bens do interdito, como no caso dos pródigos. Não obstante as distinções mencionadas frisa-se ainda, que os poderes do curador são mais restritos que os do tutor.

Calha timbrar, que embora sejam institutos distintos e que comportam particularidades, possuem semelhanças, pois são institutos de caráter assistencial, destinados à proteção de incapazes. Por esse motivo são aplicáveis ao exercício da curatela as disposições legais relativas à tutela, com algumas alterações, como preceitua o artigo 1.781 do Código Civil “as regras a respeito da tutela aplicam-se ao da curatela, com a restrição do artigo 1.772 e as desta Seção”. Vigoram para o curador as escusas voluntárias e proibitórias concernentes a tutela, assim como os direitos e deveres que figuram na seara do aludido instituto. Verifica-se que a tutela e curatela são institutos semelhantes e distintos ao mesmo tempo, destinando-se a proteção de incapazes, mas que possuem peculiaridades que as distinguem.

3.3 Da Guarda

Embora seja a guarda um dos atributos do poder familiar, com ele não se confunde e não é da sua essência, podendo constituir um direito autônomo, desvinculando-se daquele e podendo ser transferido dos genitores, ou de um deles para um terceiro. O legislador pátrio determinou que, os filhos menores de 16 anos deverão ser representados pelos seus pais, e assistidos por eles até completarem 18 anos, com intuito de proteger os menores dos percalços da vida, haja vista a imaturidade que os rege nessa fase de desenvolvimento moral e psíquico.

Segundo a definição de José Antônio de Paula Neto (2007), trata-se a guarda de um “direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância em relação a este”.

Para Waldyr Grisard Filho (2007), a guarda é definida como “um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos”.

O conceito de guarda surge de um valor maior protegido, que é o bem-estar. A preservação do menor enquanto ser em potencial, que deve ser educado, e sustentado, para atingir a maioridade com completa saúde física e mental, capacitação educacional, e entendimento social, de forma a atender o princípio fundamental de ser sujeito de uma vida digna constitui, fundamento do próprio Estado de Direito insculpido na Carta Magna em seu artigo 1º, inciso III.

É a guarda, na lição de Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 257) “a obrigação de sustentar, é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar”.

O instituto da guarda pode ser analisado sob dois aspectos: conforme a previsão do previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), e em decorrência do desfazimento do casamento ou da união estável.

A princípio, a guarda prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), visa atender a criança em visível estado de abandono ou que tenha sofrido falta, omissão ou abuso dos pais (art.98, ECA), não importando na prévia suspensão ou destituição do pátrio poder, tanto que o detentor da guarda poderá a todo e qualquer momento reclamar o direito de retirar o menor da posse de quem a esteja ilegalmente detendo.

No entanto, essa modalidade de guarda, não fará parte deste estudo, haja vista que o que será abordado com maior amplitude será a problemática da guarda advinda da ruptura da família conjugal. Logo, será abordada adiante a guarda prevista no Código Civil e demais dispositivos pertinentes.

Com o vínculo matrimonial ou com a união estável, e em decorrência da maternidade e da paternidade, nasce a guarda comum ou originária, a qual não é judicial, mas sim natural, onde ambos os cônjuges exercem plenamente todos os poderes inerentes ao poder familiar, desempenhando todos os direitos-deveres advindos da condição de genitores, tendo o dever de

sustento, responsabilidade e vigilância para com os infantes, assim como o direito de ter seus filhos menores sob sua guarda e companhia.

Com a ruptura da vida conjugal, ocorre o surgimento da guarda judicial, ao qual será deferida conforme a regra que melhor interessa para o menor, podendo dessa forma o magistrado seguir cinco rumos na sua decisão final, ou seja, optar pela guarda única, alternada, dividida, nidação e compartilhada.

Para uma melhor compreensão deste tema se faz pertinente uma breve explanação acerca do conceito de guarda jurídica e guarda material. Entende-se por guarda jurídica, aquela que compreende o poder de decisão que os pais possuem em relação à vida de seus filhos, ou seja, é o exercício da autoridade parental. Por conseguinte, tem-se por guarda material, a guarda física do menor, ou seja, a guarda que diz respeito ao lar do menor, com quem dos cônjuges o menor deverá residir, assim o cônjuge que morar com o menor será detentor da guarda material.

Apesar do sistema jurídico pátrio vigente não prelecionar um modelo de guarda que o magistrado deva *a priori* adotar, como em algumas legislações alienígenas, o que acaba sempre, e insistentemente, acontecendo é no caso de ruptura conjugal, o magistrado optar pelo deferimento do modelo de guarda única, no qual um dos cônjuges/parceiro será nomeado detentor (guardião) da guarda material, enquanto o outro será considerado como não guardião. Apesar dessa nomenclatura guardião e não guardião continuará ambos a exercerem a guarda jurídica. A diferença no exercício da guarda jurídica é que o guardião tem a imediatividade dessa guarda, ou seja, tem o poder de decisão, em virtude de ter a guarda material, enquanto o não guardião tem o poder de fiscalização, podendo recorrer judicialmente caso entenda que a decisão não seja o melhor para o seu filho. Assim, o não guardião exercerá a guarda jurídica, mesmo que de uma forma indireta, aonde poderá constatar e fiscalizar se o guardião vem corretamente prestando assistência material, moral e educacional a criança ou adolescente.

Outro modelo de guarda existente é o da guarda alternada, onde cada um dos cônjuges/parceiros tem a guarda do menor de forma alternada, ou seja, o casal convencionará ou o juiz determinará, o período em que o menor ficará em cada domicílio, período este que pode ser de uma semana, um mês, um ano, sendo que os direitos-deveres inerentes da guarda ficarão sempre com o cônjuge que estiver com a posse do menor, cabendo ao outro os direitos inerentes do não guardião, existindo dessa forma sempre uma alternância na guarda jurídica e material do menor. Tal modalidade é extremamente criticada pelos juristas, uma vez que afirmam que

prejudica o menor na formação de sua personalidade, valores e padrões, conforme ensinamentos de Maria Alice Zarantin (2002, p.274) e Maria Berenice Dias (2006, p. 363).

Por sua vez, a guarda dividida verifica-se quando o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não tem a guarda. É o clássico sistema de visitas, que tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até desaparecer. Ocorrem seguidos desencontros e repetidas separações. São os próprios pais que contestam e procuram novos meios de garantir uma maior participação e mais comprometida na vida de seus filhos.

No que se refere a nidação, é a guarda conhecida como aninhamento, na qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo. Parece ser uma situação irreal e rara, por isso pouco utilizada.

Por fim e não menos importante tem-se a guarda compartilhada, onde os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal, não só pra tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos, como também de conviver com esses filhos em grau de igualdade de condições. A mesma decorre do direito à convivência familiar, a qual constitui direito fundamental e constitucionalmente assegurado prescrito no artigo 227 da Carta Magna, consistente no direito do menor de ser criado e educado no âmbito da própria família.

Essa modalidade de guarda será abordada de forma mais abrangente no capítulo seguinte, de modo a serem demonstrados todos os seus atributos, por configurar-se como a melhor forma de preservar os direitos do menor, haja vista que conserva o direito à convivência, de suma importância para o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente.

Como já foi observado, enquanto não houver ruptura conjugal a guarda será exercida por ambos os cônjuges, de forma igualitária, através da guarda comum. Porém, a partir do momento que houver a ruptura da família, seja quaisquer das formas de desfazimento conjugal, começará a ocorrer uma “disputa” pela guarda do menor. Portanto, a partir do término da relação conjugal, os cônjuges terão que resolver qual o melhor modelo de guarda para seus filhos.

Assim, com a ruptura da vida conjugal ou da união estável, no que tange a guarda da prole, a opção menos danosa para o menor, é quando os cônjuges/companheiros optam por uma decisão consensual, onde decidem por meio de um acordo o modelo de guarda que será adotado, buscando decisão que esteja em conformidade com o interesse do menor, procurando evitar maiores traumas para este.

Requisito importante a ser observado, para concessão da guarda é a idade do menor, visto que enquanto o menor estiver na idade tenra, ou seja, idade que varia do nascimento até aproximadamente 24 (vinte e quatro) meses, já está confirmado psicologicamente, e ratificado através de inúmeras jurisprudências que o melhor para o menor é ficar com a figura materna, em virtude que este depende da mãe de forma absoluta, seja por causa da própria sobrevivência ou por ter maior vínculo com a mãe, como é observado na decisão do TJSP (2007), *in verbis*:

MENOR - Guarda - Criança de tenra idade - Separação judicial dos pais - Menor há muito tempo sob a guarda do pai - Inexistência de indícios de que tal situação não mais convém à criança - Manutenção do status quo a serviço da proteção psicológica do menino, até a solução das pendências judiciais de seus pais - Decisão mantida - Recurso não provido Em se tratando de guarda de menores, há que se encaminhar os julgamentos basicamente no sentido de garantir-lhes, tanto quanto possível tranquilidade e bem estar, devendo prevalecer seus interesses sobre os de seus pais. (Relator: Marco César - Agravo de Instrumento n.º 201.724-1 - São Paulo - 17.02.94).

Porém, se a guarda ficar com a genitora, não implica no afastamento do genitor, sendo essencial que este, desde cedo, tenha o máximo de contato com seu filho, participando ativamente da vida do menor, pois o deferimento da guarda a um dos genitores não implica no fato do outro deixar de ser pai ou mãe, até porque o fim da sociedade conjugal põe termo a conjugalidade e não a parentalidade.

Outro ponto a se destacar, é se existem irmãos no litígio, porque não é considerado aconselhável separar irmãos, já que diminui o vínculo de amizade e de companheirismo que existe entre eles, tendo o objetivo de pelo menos manter junto o pouco que resta da família.

Muito se tem dúvida, se o menor deve ser ouvido ou não na “disputa” da guarda, uma vez que a legislação se omitiu a respeito, porém, nos tribunais, tais dúvidas já não existem, uma vez que já se tornou freqüente o magistrado ouvir a manifestação do menor, evitando assim que ocorram sentenças que fujam da realidade. Também não há regras expressas dispondo a partir de qual idade será ouvido o menor, e como essa manifestação contará na decisão do magistrado, visto que os pais podem tentar seduzi-lo. O que normalmente ocorre, é que a partir dos doze anos o menor é juridicamente considerado adolescente, conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 2º, ECA), e se for constatado que esse já possui uma certa maturidade, o juiz certamente levará em conta a sua vontade ao prolatar a sentença.

Antes de decidir quem exercerá a guarda do menor, o magistrado também deverá observar a conduta dos pais, sendo levado em consideração tanto às condições morais, quanto as condições materiais. Dessa forma, quando restar comprovadas condutas ilegais e imorais dos pais, estes deverão ter suas relações diminuídas ao máximo com o menor.

Contudo, a principal regra, e a que se sobrepõe sobre qualquer outra no deferimento da guarda, é o interesse do menor, regra essa que vem transcrita no Código Civil de 2002 (arts. 1.584 e 1.586, CC) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 1º, ECA), de acordo com o princípio da proteção integral que está insculpido em todos os seus dispositivos. Assim, o interesse da criança e do adolescente é sempre analisado na forma de que cada caso é um caso, devendo o magistrado fazer uma avaliação criteriosa dos interesses individuais e concretos que existem no caso *sub examine*.

Apesar da existência dessa regra geral, a expressão interesse do menor, não pode ser conceituada, uma vez que se trata de um critério subjetivo do juiz. Porém, essa abrangência na nomenclatura, atualmente, já está praticamente suprida, visto que o magistrado ao focar tal regra na decisão da guarda, deverá obedecer a certos requisitos que já estão ratificados em doutrina, como o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social, bem como em jurisprudência do TJSP (2007):

Guarda – Menor – Atribuição a mãe, declarada responsável pela separação – Admissibilidade – Observância da regra geral, que condiciona a guarda aos interesses morais e materiais do filho —Improvemento do recurso — Interpretação dos arts. 10, 12 e 13 da Lei 6.515/78. A regra geral da definição da guarda de menor é a da preservação dos seus interesses morais e materiais, de modo que, se é o que lhes convém, pode ser atribuída ao cônjuge responsável pela separação. (TJSP, AC61.708-4, São Paulo, 18.11.97, Rel. Cezar Peluso).

Como se vê, o bem estar do menor deve sempre prevalecer em detrimento de qualquer outra circunstância estabelecida entre o pai e a mãe, por consistir em um critério mais eficiente, que possibilitará um deferimento de guarda mais justo e condizente com a realidade do menor.

O deferimento da guarda assim como a fixação de alimentos, não constitui matéria irretocável, podendo a qualquer momento ser reexaminada e modificada, através de ação própria, se pertinente for, visando sempre o bem estar dos infantes.

Contudo, afirma-se ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 (art. 227, CF/88).

É a guarda um direito que impõe extensos deveres para com o menor, e direito aos pais para exercerem tais deveres, pois terão os filhos em sua guarda, sendo-lhes ainda assegurado o direito inviolável de convivência com estes, afim de que seja possibilitado ao menor um saudável desenvolvimento.

Difere-se assim a guarda, dos institutos da tutela e da curatela, pois na tutela visa-se a proteção dos menores que não possam estar sob o poder familiar dos pais, por causa de morte, ausência ou destituição do poder familiar, casos em que dispõe a lei. Enquanto na curatela, o objetivo é a proteção do maior incapaz que por motivos de moléstia, prodigalidade ou ausência não possa praticar os atos da vida civil, incluindo-se ainda, a proteção aos nascituros. Por sua vez na guarda há o exercício do poder familiar por parte dos pais em relação aos seus filhos, que será efetivado por ambos na constância da sociedade conjugal ou da união estável, verificando-se o exercício por parte de um deles quando da ruptura das citadas convivências, muito embora, posiciona-se a doutrina e os tribunais pelo mútuo exercício de ambos quanto a guarda da prole, mesmo após o desfazimento da relação conjugal.

CAPÍTULO 4 DA GUARDA COMPARTILHADA

Com constância muito maior do que a desejável, os filhos advindos das rupturas conjugais não são, somente atingidos pela dolorosa modificação da estrutura familiar, com todas as perdas dela advindas, mas são incluídos como partícipes de uma luta na qual são oponentes as pessoas com quem elas possuem o maior e o mais importante vínculo afetivo e das quais elas mais necessitam e dependem: seus pais. Nessas circunstâncias, as crianças são submetidas a sofrimentos espantosos com conseqüências muitas vezes irreparáveis ao seu desenvolvimento fisiopsíquico.

O dever de assegurar a cada criança e adolescente a oportunidade de se desenvolver como membro de uma família, que embora modificada continue sendo um lugar de acolhimento e proteção, torna-se complicado, se a guarda é o objeto de debate entre os pais e sujeita a interesses opostos e concorrentes desses adultos.

A guarda compartilhada, ainda praticamente desconhecida no cenário brasileiro, mas que vem ganhando a simpatia de todos aqueles que buscam atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, tem se revelado como uma alternativa aplicável e que deve ser perseguida pelos profissionais do direito, de forma a atender as mudanças e os novos comportamentos da sociedade.

Tal instituto vem à tona para socorrer as carências que outros modelos de guarda possuem, sobretudo o da guarda dividida, onde há o clássico sistema de visitas. Tais modelos levam os filhos a profundos danos, tanto de ordem emocional quanto social, prejudicando o desenvolvimento dos menores, ao privilegiar indiscutivelmente a mãe, na esmagadora maioria dos casos. Estes revezes atingem também o próprio pai, cuja falta de contato mais íntimo, leva de maneira inevitável a um enfraquecimento dos laços parentais, privando-o da aspiração de perpetuação de seus valores e cultura. Por ser um instituto novo, ainda sem grande penetração no Brasil, traz consigo inúmeras dificuldades quanto à sua compreensão, seus benefícios e sua aplicabilidade.

* 4.1 Breve Histórico

No dilúculo do século XIX, era atribuição do pai deter a guarda exclusiva e o pátrio poder dos filhos, enquanto a mãe se submetia às suas determinações. Tal fato era decorrente de um sistema de idéias cristalizado numa legislação que considerava a mulher relativamente incapaz para exercer os atos da vida civil; conseqüentemente, ela era inibida, legalmente, de dividir as responsabilidades inerentes aos deveres relativos ao vínculo matrimonial.

Com o surgimento da industrialização, o pai passou a trabalhar, e despende a maior parte do tempo fora do lar. Somado isto ao advento da capacidade plena da mulher, passou a ser ela a considerada mais apta a guarda dos filhos, em casos de separação, por ter, conforme entendimento da época, por natureza, o amor aos filhos, e a conatural capacidade de bem deles cuidar. Ao pai, então, coube a obrigação de prover as necessidades materiais da família, enquanto a mulher se dedicava aos afazeres do lar.

Entretanto, a revolução sexual, a inclusão cada vez maior da mulher no mercado de trabalho, e a divisão mais equivalente das tarefas de educação de filhos, levaram a uma mudança na estrutura familiar, e no próprio entendimento que confere preferência à mãe na atribuição da guarda. A mudança social ocorrida, selou o alicerce para a construção de novas teorias sobre a guarda, buscando, sempre, um exercício mais equilibrado, onde a manutenção do contato do filho com ambos os pais deve continuar tal qual o era antes do rompimento.

A partir da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, em 1989, a questão do interesse da criança em conservar relações pessoais com ambos os progenitores passa a ser reconhecida como um direito. Torna-se então, de suma importância, manter a continuidade da função exercida pelos pais, garantindo-se o vínculo da criança com as ascendências paterna e materna. Como determina a Convenção, cabe ao Estado a garantia da manutenção da coparentalidade, independente da preservação ou não do vínculo conjugal.

Todavia, não foi dessa forma que o assunto foi tratado durante tantos anos. Somente com a grande inovação que o Código Civil de 2002 trouxe, no sentido de atribuir, de forma clara, ao pai e à mãe o exercício conjunto do poder familiar, em seus artigos 1.631 e 1.634, que antes só encontrava respaldo no Estatuto da Criança e do Adolescente, assegurando aos pais, na separação judicial, no divórcio e na dissolução da união estável, terem seus filhos em sua companhia.

Destarte, o entendimento é de que a obrigação de educação e cuidado com os filhos é decorrente do vínculo de filiação e não do casamento. Fazendo-se necessário a distinção entre conjugalidade e parentalidade, observando que a separação ocorre entre marido e mulher, e não entre pais e filhos. Por certo, a separação dissolve a sociedade conjugal, porém não a parental entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem, apenas modificados quando necessário para atender à separação dos cônjuges.

Assim, hoje, já se percebe que, nem sempre, a atribuição da guarda à mãe atende ao melhor interesse da criança. Neste diapasão, surgiram fortes correntes, quer nos campos da Psicologia, Psicanálise, Sociologia e, como não poderia deixar de ser, do Direito, a teorizar acerca da guarda compartilhada, de modo que, em muitos países, já é comumente aplicada, e concebida como a melhor forma de manter mais íntegros os laços decorrentes da relação parental.

4.2 Conceitos e Aspectos Gerais

O instituto da guarda compartilhada é por diversas vezes confundido, com outras modalidades de guarda, principalmente a guarda alternada. Diante deste fato, se faz necessária uma distinção entre essas modalidades do exercício do direito de guarda, a fim de que haja uma melhor compreensão e visualização do tema a ser abordado.

A guarda compartilhada de filhos menores é o instituto que visa a participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, é a contribuição justa dos pais, na educação e formação, saúde moral e espiritual dos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena, em caso de ruptura da sociedade familiar, sem detrimento, ou privilégio de nenhuma das partes.

Como bem coloca o ilustre advogado Waldyr Grisard Filho (2007):

Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem

conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato.

Assim, tem o instituto da guarda compartilhada por intuito tutelar, não somente o direito do filho à convivência assídua com o pai, sendo assegurado o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social completo, além da referência masculina/paternal. Visa também o direito do pai de desfrutar da convivência assídua com o filho, perpetuando não apenas seu patrimônio genético, mas também seu patrimônio cultural, axiológico, e familiar, pela repartição, não só do tempo, mas das atitudes, das atenções e dos cuidados, como meio de permanência dos laços afetivos e familiares.

A guarda compartilhada é orientada para manter viva a relação de pais e filhos, com objetivo de desenvolver o vínculo afetivo ao proporcionar maior tempo de relacionamento dos filhos com os pais após a dissolução do vínculo conjugal. Embora não exista um dispositivo legal que a abrigue, não existe nenhuma vedação legal que impeça a aplicação deste instituto.

A guarda compartilhada é a atribuição da guarda jurídica do menor a ambos os pais, para que exerçam igualitariamente os direitos e deveres inerentes ao pátrio poder, visando assegurar essa continuidade do casal parental, em benefício do menor. O pai e mãe separados entre si estão em igualdade, relativamente às responsabilidades na educação e formação dos filhos e ao direito de convívio com as crianças.

Guarda conjunta ou compartilhada, não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas todos outros atributos da autoridade parental são exercidos em comum, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos e freqüentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única, ou seja, é a divisão da guarda jurídica.

No dizer de Giselle Groeninga (*apud* BERENICE, 2006, p.363) a guarda compartilhada é:

Modalidade de guarda em que ambos os genitores têm a responsabilidade e a autoridade sobre os filhos menores ou incapazes, havendo o compartilhamento, ao mesmo tempo, e na mesma intensidade, do poder familiar, das formas e decisões que ele implica, embora vivam em lares distintos, sendo a residência do filho fixada em um destes lares.

Preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.261) que:

Na 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.

Por guarda compartilhada, também identificada por guarda conjunta, entende-se um sistema onde os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os genitores, que vêm a tomar em conjunto decisões importantes quanto ao seu bem estar, educação e criação, onde a prole reside no lar de um dos genitores, podendo visitar o outro genitor o mais livremente possível. É tal espécie de guarda um dos meios de exercício da autoridade parental, quando fragmentada a família, buscando-se assemelhar as relações pai/filho e mãe/filho que naturalmente tendem a se modificar nesta situação.

A guarda alternada, instituto confundido por muitos com o da guarda compartilhada, consiste na alternância de lares do menor, onde o filho passa um período com o pai e outro com a mãe. Nesta modalidade de guarda, não há o compartilhamento da guarda jurídica dos menores, pois o pátrio poder é exercido de forma unilateral pelos pais, nos períodos em que os filhos estiverem em suas residências.

Maria Berenice Dias (2007, p.363), em sua obra, lembra que:

Não dá para confundir guarda compartilhada com a inconveniente guarda alternada, através da qual, mais no interesse dos pais do que no dos filhos, procede-se praticamente a divisão da criança. Confere-se de forma exclusiva o poder parental por períodos preestabelecidos de tempo, geralmente de forma equânime, entre as casas dos genitores. Reside por exemplo 15 dias na casa de cada genitor, ou períodos maiores, um mês ou seis meses, e visita o outro. Tal arranjo gera ansiedade e tem escassa probabilidade de sucesso.

Guarda alternada, é o modo pelo qual possibilita-se aos pais passarem a maior parte do tempo possível com seus filhos, e que se caracteriza pelo exercício da guarda, alternadamente,

segundo um período de tempo pré-determinado, que poder ser anual, semestral, mensal, ou mesmo uma repartição organizada dia-a-dia. Ao termo do período, os papéis se invertem.

Esta modalidade é bastante criticada no meio jurídico, uma vez que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem estar da criança. Objetar-se, também, que se queda prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da sua personalidade, face à instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais. Pois como preleciona Grisard Filho (2007): “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”.

Configura-se a guarda alternada quando há a divisão apenas da guarda física, onde os ex-cônjuges são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Sendo inconveniente a sua aplicação, pois os malefícios dessa forma de guarda são notórios, haja vista, que prejudicam a formação dos filhos ante o cerceamento de referências básicas sobre a sua moradia, à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e idéias na mente do menor e à formação de sua personalidade.

Diante do exposto, torna-se evidente que a guarda compartilhada em nada se embaraça com a guarda alternada, configurando-se como um instituto que visa o melhor interesse do menor, e não o interesse subjetivo de cada progenitor, e que procura assegurar o direito de convivência dos pais com os filhos, afim de que estes tenham um desenvolvimento pleno, calcado nas referências morais e sociais tanto das linhagens paternas como maternas.

4.3 A Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro

A guarda compartilhada é perante a doutrina, a modalidade de guarda mais plausível com os interesses do menor, visto que resguarda o direito deste de conviver, tanto com o pai, quanto com a mãe, em condições de igualdade. Percebe-se, no entanto, que esta espécie de guarda não foi consagrada pelo ordenamento jurídico pátrio, haja vista, o contexto que vivenciava ao tempo de sua feitura. Entretanto a sociedade hodierna clama por um novo sistema de guarda que vise atender aos seus anseios, possibilitando aos pais um maior convívio com seus filhos após a ruptura conjugal.

Não obstante a falta de previsão legal, os dispositivos legais não proíbem a aplicação da guarda compartilhada, mas sim consagra direitos dos pais e dos menores, que só poderão ser efetivados, caso haja a adoção do sistema de guarda em questão. Será demonstrado a seguir, alguns dispositivos legais que possibilitam a aplicação da guarda compartilhada, afim de uma maior elucidação e comprovação dos fatos.

A Constituição Federal, base maior e soberana do ordenamento jurídico brasileiro, consagra em seu artigo 3º, inciso IV, o dever do Estado à garantia da promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação. Prevê ainda em seu artigo 5º, I, a igualdade entre o homem e a mulher, bem como o faz em seu art. 226, § 5º, ao estatuir que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, com base nos princípios da dignidade humana e paternidade responsável, nos termos do § 7º do mesmo artigo. Como pode ser observado, a Lei Maior em nada menciona a preferência da mãe em relação ao pai, para exercer qualquer ato da sociedade conjugal, bem como com o advento do seu término, não mais se justificando a primazia dada às mães para a guarda exclusiva do filho, consoante estabelecia o artigo 10, § 1º, da Lei 6.515/77, (Lei do Divórcio).

Preleciona ainda a Carta Magna, que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. E em seu artigo 227 dita que, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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. Nota-se que a Constituição faz expressa menção ao direito da criança e do adolescente, à convivência familiar, com absoluta prioridade. Anota-se neste sentido que o direito aludido só terá ampla efetividade se aos menores, após a dissolução da vida conjugal, for concedido o direito de conviver, em patamar de igualdade com ambos os pais.

No mesmo sentido a Declaração Universal dos Direitos da Criança, Tratado Internacional que o Brasil é signatário, afirma o direito de convivência entre pais e filhos separados e a igualdade nas responsabilidades de criação dos filhos pelos pais. No artigo 9º há a previsão de que a criança tem o direito de viver com um ou ambos os pais, exceto quando se considere que isto é incompatível com o interesse maior da criança. A criança que esteja separada de um dos pais tem o direito a manter relações pessoais e contato direto com o outro.

Analisando os artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, pode-se concluir que, mesmo sem previsão legal expressa no código vigente, os esquemas interpretativos, por analogia, permitem a adoção da guarda conjunta, principalmente com relação ao poder do magistrado de regular de maneira diferente a situação dos filhos para com os pais, caso não haja acordo entre eles acerca da guarda e, mesmo em caso de acordo, fica respaldado que deverá ser observado o melhor interesse da criança.

Por conseguinte, pode ser analisado o artigo 1589, também do Código Civil que diz: "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". Também ressalta o artigo 1632 do mesmo diploma legal que, "a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos". Embora os artigos afirmem que ambos não terão a guarda material, como assim é pertinente, também não faz alusão ao fato de ser a parentalidade prejudicada em detrimento da separação dos pais, mas sim ditam que aos pais é incumbido o direito-dever de ter os menores em sua companhia, em nada sendo lesada a relação paterna/filial.

Não há norma expressa que determine a adoção da guarda compartilhada, mas é lícito e possível no Direito pátrio, configurando-se como o único meio de assegurar uma estrita igualdade entre os genitores na condução dos filhos, aumentando a disponibilidade do relacionamento com o pai ou com a mãe. Há no ordenamento jurídico pátrio normas vigentes com dispositivos que demonstram a possibilidade da utilização da guarda compartilhada, como a consagração do princípio de igualdade entre o homem e a mulher, nos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (artigo 226, § 5º, CF/88), como também no Estatuto da Criança e do Adolescente, onde em seu artigo 1º, dispõe sobre o princípio da proteção integral do menor, impondo à família, à comunidade, à sociedade, e ao Poder Público o dever de assegurar ao menor uma convivência familiar. Com isto, pode-se afirmar que o Estatuto privilegiou o convívio do menor com seus pais, ressaltando a importância dessa convivência sobre o integral desenvolvimento da criança e do adolescente.

Portanto, a guarda compartilhada poder ser determinada pelo magistrado, se os autos revelarem que é a modalidade que melhor atende os interesses do menor, pois aquele ao prolatar uma decisão está subordinado a atender ao melhor interesse deste, pois tal critério, se sobrepõe a

quaisquer direitos ou prerrogativas, a que, porventura se arroguem os pais, como anteriormente foi demonstrado.

Nota-se que a guarda compartilhada ajusta-se perfeitamente ao texto constitucional, que determina a igualdade dos pais no exercício do poder familiar e coloca o interesse da criança com prevalência ao dos pais, e ainda, frisa-se que a incorporação ao código desses novos paradigmas constitucionais, ao lado da índole prospectiva do texto codificado, possibilita a adoção do instituto pelo juiz, que, no processo que envolve Direito de Família, possui maior ingerência nas relações de filiação e sua regulamentação.

A guarda compartilhada já vinha sendo, embora ainda timidamente, aplicada pela jurisprudência brasileira, conquanto tenha ampla utilização no Direito Comparado. Apenas com o advento da Constituição de 1988, e com a introdução do princípio da igualdade entre o homem e a mulher, pôde o instituto ser experimentado nas relações familiares, tendo agora, uma maior motivação para a sua adoção, diante da mudança de mentalidade operada na área de família, com a Constituição Federal e com a aprovação do novo Código Civil.

Comprovada a existência de um campo favorável, caberá ao órgão judicial aquilatar, com seu poder discricionário, se a situação concreta se revela favorável à aplicação do instituto. Para tanto, faz-se necessária à ocorrência de dois requisitos: que o ambiente factual seja propício e a solução encontrada seja a que melhor atenda aos interesses dos filhos. Os elementos factuais recolhidos deverão demonstrar, à evidência, que a adoção da guarda compartilhada atende ao melhor interesse da criança.

Importa ressaltar que a questão da codificação da guarda compartilhada encontra-se em franca evolução, haja vista, que já tramita nas Casas Legislativas um projeto de lei que prevê a guarda compartilhada dos filhos pelos pais em caso de separação. O texto do projeto, de autoria do ex-deputado Tilden Santiago, altera artigos do Código Civil e compreende por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício dos mesmos direitos e deveres tanto pelo pai como pela mãe que não vivem sob o mesmo teto.

Na prática, a guarda compartilhada permite que os pais possam gozar da mesma maneira da companhia dos filhos e compartilhar de todas as decisões acerca de seu cotidiano, fazendo uso dos mesmos direitos e deveres. Com isso, o esquema de visitação pode ser alternado com maior frequência e a criança pode até mesmo ficar em companhia de seu pai algumas vezes por semana e os demais dias com sua mãe.

De acordo ainda, com o projeto, a guarda compartilhada deverá ser aplicada sempre que possível e poderá ser requerida por consenso, pelo pai e pela mãe, em ação conjunta de separação, divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. O juiz também poderá decidir pela guarda compartilhada, mas para isso é fundamental que os pais mantenham um bom relacionamento, já que o convívio entre eles será muito mais próximo e constante.

O Projeto de Lei retromencionado admite a possibilidade da atribuição da guarda compartilhada, sempre que possível, aos cônjuges que não entrarem em acordo. Vale ressaltar que embora haja essa previsão, é de extrema importância uma análise detalhada do caso, por parte do magistrado, ao conceder essa medida nesses casos, haja vista que profundos desentendimentos entre os cônjuges poderão levar a uma aplicabilidade ineficaz da guarda compartilhada, como também a um prejuízo no desenvolvimento da vida do menor.

Prevê este projeto o dever do juiz, na audiência de conciliação, informar ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. Nota-se que o juiz terá a responsabilidade de cientificar as partes do teor da guarda compartilhada e de indicá-la sempre que for admissível a sua aplicação.

O projeto de lei aprovado no Senado inclui a guarda compartilhada no Código Civil. No entanto, o texto precisa voltar à Câmara dos Deputados, pois sofreu algumas alterações no Senado. Ainda não há previsão para que a proposta seja analisada novamente na Câmara dos Deputados.

Com todos estes fundamentos legais, claro está que a guarda compartilhada é perfeitamente possível, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a intenção do legislador foi a de demonstrar que em uma separação, ambos os pais podem continuar a exercer a guarda jurídica dos filhos conjuntamente, desde que isto não influencie no desenvolvimento físico, mental, psicológico, moral e espiritual da criança.

Destarte, verifica-se que, embora o Direito Positivo Brasileiro não contenha norma expressa a respeito, como ocorre em inúmeros ordenamentos, não há, tampouco, vedação, o que enseja possibilidade da ocorrência legal do tipo de guarda *sub examine*. O juiz estará agindo sob o manto da lei ao autorizar a guarda compartilhada, quando os pais a ela se dispuserem, seja na separação ou divórcio consensual, seja no litigioso, desde que, como dito, quanto à guarda, haja acordo.

Como aduz Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.261): “não há restrição legal à atribuição da guarda dos filhos menores a ambos os genitores, depois da ruptura da vida conjugal, sob a forma de guarda compartilhada”.

Em todo caso, a questão deverá ser analisada incluindo-se todos os interessados, de modo que se chegue à solução que mais beneficie os menores, mas que também contemple seus pais, a fim de que nenhum deles negligencie a criação e à educação de seus filhos, pois o vínculo parental, após a dissolução do vínculo matrimonial, deverá ser preservado, sempre, e na medida do possível, como era antes do rompimento.

Contudo, anota-se que após anos de lutas travadas por aqueles, que acreditam ser a guarda compartilhada a melhor forma de convivência após a ruptura da união conjugal entre pais e filhos, a possível e bem próxima codificação do instituto se revela como um alívio para os pais que ansiavam por uma convivência mais justa com seus infantes. A inclusão da guarda compartilhada no ordenamento pátrio de forma expressa, possibilitará a ampliação das decisões dos tribunais nesse sentido, acarretando com isso uma evolução significativa na seara do Direito de Família, atendo melhor, desta forma, os anseios da sociedade hodierna.

4.4 Aplicabilidade da Guarda Compartilhada

O pressuposto de maior importância para a aplicabilidade da guarda compartilhada é o bom relacionamento dos pais, no entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, haja vista que a ausência de convivência harmônica entre os pais poderá levar a determinação da guarda compartilhada a um fracasso, transformando a vida dos filhos num verdadeiro tormento.

Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.276) preleciona que: “o acordo e a boa vontade são o princípio pelo qual se constrói todo o edifício da guarda conjunta. Enquanto o entendimento domina a relação pós-ruptura do genitor, o exercício conjunto da autoridade parental se mantém”.

No dizer de Maria Alice Zaratini (2002, p.274):

A guarda compartilhada é válida quando, na separação, não existem divergências quanto aos filhos e ambos os genitores têm as mesmas expectativas em relação a eles, possuem os mesmos valores, são diligentes, afetivos e reconhecem que seus filhos, submetidos àquela, enfrentariam melhor a situação.

Determina o artigo 1.583 do Código Civil, *in verbis*, que: “no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”. Nota-se que o artigo aludido, apenas faz referência aos casos de separação e divórcio consensual, no que tange a possibilidade de decisão da modalidade de guarda pelos progenitores. Ressalta-se, porém, também ser possível a determinação da guarda compartilhada nas dissoluções litigiosas, desde que haja consenso dos pais em relação à guarda dos filhos menores.

Desta feita, muito embora inexista previsão legal específica, é plenamente aceita, hoje, a guarda compartilhada, desde que, exista uma relação harmoniosa e amistosa entre os genitores de forma a possibilitar o efetivo compartilhamento das decisões, envolvendo o bem-estar e a formação dos filhos.

No que tange especificamente à guarda compartilhada, a jurisprudência é igualmente pacífica no sentido de afastar sua aplicação quando a relação entre os genitores é marcada pela desarmonia, pelo desrespeito e pelos constantes conflitos e disputas, conforme se aduz da leitura do seguinte julgado do TJRS (2007):

“ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO.

1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho.
2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos.
3. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido”. (TJRS - Apelação Cível Nº 70 005 760 673 - 7ª Câmara Cível - rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves - j. 12.03.03).

Por outro lado, a doutrina e jurisprudência citadas, são uníssonas em repudiar, em qualquer hipótese, à guarda compartilhada quando for impossível a convivência harmônica entre os genitores. O profissional do direito deve ter a necessária compreensão e discernimento para evitar a recomendação da guarda compartilhada quando for possível vislumbrar que a harmonia não é uma constante na vida do casal, sendo certo supor que, no futuro, o que pareceu *a priori* razoável e justo irá se tornar fonte de discórdia e inevitável sofrimento para os filhos.

Verifica-se, portanto que a aplicabilidade do instituto em tela, depende da relação civilizada entre os pais, no que concerne a guarda, de modo, a possibilitar o efetivo desempenho da modalidade em questão.

A aplicação da guarda compartilhada traz consigo algumas consequências para a vida dos envolvidos, assim como para a seara do Direito, pois com a adoção deste modelo de guarda, os genitores deverão acordar sobre todas as decisões acerca da vida do menor, como o domicílio, a educação, a prestação de alimentos e demais atitudes que se fizerem pertinentes para atender ao melhor interesse do infante. Caso não haja acordo, poderá o genitor insatisfeito recorrer as vias judiciais, entretanto deverão primar sempre pelo acordo, pois esta é uma das finalidades da guarda em estudo, e, se as divergências tornarem-se permanentes poderá ser alterado este modelo para a guarda unilateral.

Na constância do casamento ou da união estável, quando se fala em responsabilidade civil dos filhos, esta se refere a uma responsabilidade civil solidária dos pais. Quando ocorre a ruptura conjugal, e a opção pela guarda compartilhada, a ruptura conjugal não modificará a situação na constância da união, ou seja, continuará a responsabilidade solidária de ambos os pais, uma vez que os genitores exercem a guarda jurídica de forma igualitária.

Deferida a guarda compartilhada os pais deverão acordar e determinar num primeiro plano sobre a educação dos filhos e com quem o menor residirá de forma fixa, cabendo ao outro genitor o direito a visitas, logo, um terá a guarda física, mas ambos terão a guarda jurídica. É de suma importância que os pais acordem e decidam esses assuntos, posto que a residência se configura como um ponto de estabilidade e referência na vida do menor.

Aos pais, assim como ocorria na constância da união conjugal, cabe o dever de sustento para com os filhos, não deixando de existir desse modo à obrigação de prestação de alimentos em detrimento da concessão da guarda compartilhada.

Torna-se evidente que a guarda compartilhada se configura nos dias atuais como a forma mais interessante e condizente com a sociedade hodierna, tendo sua aplicabilidade atrelada ao bom relacionamento dos pais, e suas conseqüências relacionadas as decisões posteriores ao seu deferimento. Frisando-se que, tanto os pais quanto os magistrados ao optarem pela guarda compartilhada, estão optando pela preservação dos laços familiares, e, por conseguinte pelo direito à convivência familiar, a qual se faz de suma importância para o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem fática do presente trabalho teve como objetivo demonstrar a possibilidade da aplicabilidade do instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que embora não esteja prevista de forma expressa, não há proibição legal à sua aplicação. Pois deve-se preservar sempre o melhor interesse do menor, assim como a preservação das relações familiares entre pais e filhos, diante de uma ruptura familiar.

Primeiramente, destaca-se que esta pesquisa não teve a intenção de desprestigiar o instituto da guarda unilateral, essencial para o Direito de Família, mas sim, prestigiar um sistema dentro da ordem jurídica, compatível com a realidade moderna e dinâmica. De forma a assegurar aos menores, que são objetos de disputas entre seus pais, uma solução mais plausível e menos dolorosa, que mantenha viva a relação de parentalidade entre genitores e prole, garantindo a estes o direito de convivência.

Não se tem dúvida que a problemática da guarda dos filhos menores, é um dos temas mais relevantes e fascinantes dentro do Direito de Família, justamente pelo fato de estar relacionada a preservação dos laços de família, que é a célula *mater* da sociedade. A partir disso, foi iniciado o trabalho, abordando o instituto do casamento desde os tempos mais remotos, para entender a importância da família, conhecendo a sua origem e evolução histórica, seu conceito e suas modalidades de dissolução, que dão ensejo a disputa pela guarda dos filhos.

No mesmo sentido, foi abordado o instituto da união estável, que como entidade familiar, se configura como uma das formas de criação da família, sendo realizado um estudo sobre sua evolução histórica ao longo dos tempos, seu conceito e demais caracteres, assim como a sua ruptura, pois assim como a dissolução do casamento, também suscita debate acerca da guarda dos infantes.

Posteriormente, realizou-se uma análise peculiar dos institutos da tutela, da curatela e da guarda, delimitando os seus objetivos, limites, classificação, tendo em mira, que era preciso conhecer o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico aos mencionados institutos, visto que a distinção destes conceitos mostrava-se pertinente com o objeto da pesquisa.

Por fim foi realizado um estudo mais abrangente acerca da guarda compartilhada, a fim de demonstrar que esta se configura como a melhor saída para a resolução dos impasses advindos

das dissoluções conjugais, no tocante a guarda dos menores, diminuindo os malefícios que a guarda unilateral provoca nas relações familiares, preservando o direito constitucional à convivência familiar entre pais e filhos. Além do estudo dos dispositivos legais pertinentes a possibilidade da aplicabilidade da guarda compartilhada. Vislumbrou-se também o princípio da proteção integral, porquanto norteador das relações que envolvam crianças e adolescentes, pois acredita-se que tal princípio tem um patamar destacável dentre os outros princípios que norteiam as relações de menores, pois é através deste, que o menor é visto como um ser frágil e que necessita da proteção da família, da comunidade e do Estado, com absoluta prioridade.

Tendo-se assim, diante do exposto, alcançados os objetivos propostos, haja vista que o presente trabalho foi escrito numa sequência lógica, para a qual utilizou-se dos métodos exegético-jurídico e o histórico-evolutivo.

Alcançados também os resultados propostos, quais sejam: demonstrou-se a gravidade da guarda unilateral; apresentou-se uma visão jurídica acerca de possíveis injustiças decorrentes da guarda única, e principalmente, comprovou-se a necessidade de regulamentação jurídica à guarda compartilhada. Comprovou-se também o problema e a hipótese formulados, sendo o primeiro demonstrado na problematização seguinte: Deve o Direito se obstar e negar aos menores e aos pais o direito de exercerem com amplitude a relação de parentalidade? E a hipótese: Não, pois o Direito, enquanto Ciência Social, tem o dever de acompanhar os avanços sociais de forma a propiciar normas que melhor se adequem as relações decorrentes do convívio em sociedade.

Vale ressaltar, que embora a guarda compartilhada não seja aludida de forma expressa no ordenamento jurídico pátrio, há em dispositivos legais, normas que suscitam e permitem a sua aplicabilidade. Há recentemente em tramitação no Congresso Nacional um projeto de lei, que visa introduzir no ordenamento jurídico brasileiro, a guarda compartilhada, demonstrando assim, como já foi dito a necessidade de regulamentação acerca do citado instituto, por constituir uma realidade social.

Verificou-se também, que os filhos cada vez mais, são objetos de disputas pessoais entre os pais, que com temor da perda de contato direto com os menores, usam de todos os artifícios para serem o detentor da guarda, deixando quase na totalidade dos casos o interesse do menor em segundo plano, visto que não querem se tornar agentes passivos na educação e vida dos infantes, face ao sistema atual utilizado, qual seja o de visitas.

Vislumbra-se nesse sentido, que a guarda compartilhada proporciona uma maior segurança jurídica e emocional aos pais e aos filhos, pois nesta modalidade nenhum dos pais será reduzido a um papel secundário na vida dos menores, mas sim será por direito e dever agente ativo em todas as decisões importantes que dizem respeito a vida da criança e do adolescente, contribuindo com seus conhecimentos e concepções, proporcionando aos filhos uma vivência integral com as famílias materna e paterna, o que será fator determinante para um saudável desenvolvimento pleno dos menores.

Anota-se ainda que a guarda compartilhada deve ser indicada e utilizada sempre que possível, porém não deverá ser imposta e aconselhada em todos os casos, haja vista que para um bom desempenho do instituto em tela se faz imprescindível um bom relacionamento entre os pais, no tocante aos interesses dos filhos, pois do contrário o instituto na seara do caso concreto se tornará ineficaz.

Vê-se que o instituto da guarda compartilhada configura-se como a melhor forma de guarda a ser indicada para dirimir as controvérsias acerca do seu exercício, conservando dessa forma as relações familiares, e garantindo o direito constitucional à convivência, bem como a proteção integral e do melhor interesse do menor.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maria Raimunda T. de. *A Guarda Compartilhada*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?lsTextoTipo=Justica&offset=20&lsTextoId=-358210601>>. Acesso em: 29 set 2007.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. *Considerações sobre a guarda compartilhada*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 14.out.2007

BONATO, Carlos Roberto. *A justificativa*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br>>. Acesso em: 27. jul. 2007.

CAHALI, Yussef Said, *Divórcio e Separação*. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Desafios e perspectivas do Direito de Família no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <<http://www.direitodafamilia.net>>. Acesso em: 14.out.2007

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3. ed. v.6 São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GONTIJO, Segismundo. *Guarda de Filho*. Disponível em: <<http://www.gontijo.familia.adv.br/monografias/mono25.html>>. Acesso em: 29 set 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada - Quem Melhor para Decidir?*. São Paulo: Pai Legal, 2002. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/TextoCompleto.asp?lsTextoTipo=Justica&offset=10&lsTextoId=1094972355>>. Acesso em: 29 set 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LOTUFO, Maria Alice Zarantin. *Curso Avançado de Direito Civil*. v.5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 20. ed. v.5. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda Compartilhada: de sua aplicabilidade às situações de litígio*. Disponível em: <<http://www.apase.org.br>>. Acesso em: 27. jul. 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 37. ed. v.2. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. *Guarda Compartilhada*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 14. out. 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 28. ed. v.6. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

SILVA, Evandro Luis. *Dois lares é melhor que um*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net>>. Acesso em: 14. set. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil*, 6. ed. v.6. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

ANEXOS

ANEXO – Projeto de Lei para inclusão da Guarda Compartilhada no Código Civil

Texto integral de Proposições

COMISSÃO DIRETORA

PARECER Nº. DE 2007

Redação do vencido, para o turno suplementar, do Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 58, de 2006 (nº 6.350, de 2002, na Casa de origem).

A Comissão Diretora apresenta a redação do vencido, para o turno suplementar, do Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 58, de 2006 (nº 6.350, de 2002, na Casa de origem), que *dispõe sobre a guarda compartilhada*.

Sala de Reuniões da Comissão, em 23 de outubro de 2007.

ANEXO AO PARECER Nº. DE 2007.

Redação do vencido, para o turno suplementar, do Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 58, de 2006 (nº 6.350, de 2002, na Casa de origem).

Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores, ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada, 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.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II - saúde e segurança;

III - educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai, ou a mãe, que não a detenha, a supervisionar os interesses dos filhos.

§ 4º A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser fixada, por consenso ou por determinação judicial, para prevalecer por determinado período, considerada a faixa etária do filho e outras condições de seu interesse." (NR)

"Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma, de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º 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."

(NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.