

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A SITUAÇÃO DOS FILHOS NA SEPARAÇÃO DO CASAL

Juliana Alves Campos

Presidente Prudente/SP
2006

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

SITUAÇÃO DOS FILHOS NA SEPARAÇÃO DO CASAL

Juliana Alves Campos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof^a. Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes.

Presidente Prudente/SP
2006

SITUAÇÃO DOS FILHOS NA SEPARAÇÃO DO CASAL

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes

Andrei Mohr Funes

Elizabeth de Sant'anna Shibuya

Presidente Prudente/SP, 22 de novembro de 2.006.

“Se não puder fazer tudo, faça tudo que puder”.

Autor desconhecido

AGRADECIMENTOS

A DEUS presença constante em minha vida, que me dá saúde e força para estar vencendo etapas em busca da vitória pessoal e profissional.

Aos meus pais Oreste e Neide, pela imensa contribuição de amor, carinho, dedicação e compreensão em minha educação e estudos, sempre me incentivado diante das dificuldades.

Às minhas irmãs, ao meu irmão Alisson e ao meu sobrinho Guilherme que sempre estiveram ao meu lado, torcendo pela minha vitória.

Ao Ricardo meu namorado, pela atenção, apoio, paciência e carinho nos momentos em que mais precisei.

Aos meus avós, pela certeza que estão sempre ao meu lado.

À minha orientadora Dra. Gilmara, por sua colaboração e paciência para a realização deste trabalho.

Às bancas examinadoras, por terem aceito o convite de fazerem parte da mesa examinadora.

Por fim a todos familiares, professores e amigos que direta ou indiretamente me ajudaram a vencer esta jornada.

RESUMO

O presente estudo analisa a situação dos filhos após a separação do casal, pois, acredita-se muito, que as crianças sofrem demasiadamente com esta separação, por não terem estrutura emocional para compreender o acontecimento. Atualmente, o número de rompimento da vida em comum de casais cresce a cada dia mais, e preocupa a sociedade a situação dos filhos desse casal, que nada tem a ver com os motivos da separação, mas, geralmente são os que mais sofrem as conseqüências negativas. O trabalho foi elaborado sistematicamente, para entender desde as modalidades de entidades familiares que podem vir a se separar, os desdobramentos de seu rompimento, até a discussão sobre a guarda dos filhos, com um enfoque na pesquisa que analisou os casos de guarda na comarca de Santo Anastácio no ano de 2005, para tentar chegar à conclusão de qual das espécies de guarda melhor atende aos interesses do menor e quais são as mais frequentemente utilizadas.

Palavras-chave: Entidade familiar. Separação do casal. Guarda de filhos. Interesse do menor.

ABSTRACT

The present study the separation of spouses analyzes the situation of the children after, therefore, is given credit very, that the children suffer excessively with this separation, for not having emotional structure to understand the event. Currently, the number of disruption of the life in common of couples grows more to each day, and worries the society the situation of the children of this couple, that nothing has to see with the reasons of the separation, but, generally they are the ones that more suffer the negative consequences. The work was elaborated in a systematic basis, to understand since the modalities of familiar entities that can come if separate, the unfoldings of its disruption, until the quarrel on the guard of the children, with an approach in the research that analyzed the cases of guard in the judicial district of Santo Anastácio in the year of 2005, to try to arrive at the conclusion of which of the species of better guard takes care of to the interests of the minor and which are more frequent used.

KEY-WORDS: Familiar entity. Separation of spouses. Custody of children. Interest of the children.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. FAMÍLIA	11
1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
1.2. CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES	12
1.2.1. CASAMENTO	12
1.2.2. UNIÃO ESTÁVEL	13
1.2.3. FAMÍLIA MONOPARENTAL	14
2. DA DISSOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR	16
2.1. SEPARAÇÃO JUDICIAL	16
2.1.1. SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL	17
2.1.2. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA	18
2.2. DIVÓRCIO	19
2.2.1. DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL	20
2.2.2. DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO	20
2.2.3. CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO	21
2.2.3.1. NA FORMA CONSENSUAL	22
2.2.3.2. NA FORMA LITIGIOSA	22
2.3. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE DE FATO	23
2.3.1. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE DE FATO	24
2.3.2. ACORDO DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE DE FATO	24
3. DOS DIREITOS E DEVERES ADVINDOS DO ROMPIMENTO DA ENTIDADE FAMILIAR	25
3.1. DOS PAIS	25
3.1.1. GUARDA	25
3.1.2. VISITA	27
3.1.3. ALIMENTOS	28
3.1.4. PODER FAMILIAR	28
4. DO DIREITO DA GUARDA	36
4.1. CONCEITO DE GUARDA EXCLUSIVA	36
4.1.1. VANTAGENS	36
4.1.2. DESVANTAGENS	37
4.2. CONCEITO DE GUARDA ALTERNADA	38
4.2.1. VANTAGENS	39
4.2.2. DESVANTAGENS	39

4.3. CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA	40
4.3.1. VANTAGENS	41
4.3.2. DESVANTAGENS	42
5. ANÁLISE DOS CASOS DE ROMPIMENTO DA ENTIDADE FAMILIAR NA COMARCA DE SANTO ANASTACIO NO ANO DE 2005 E A QUESTÃO DA GUARDA	43
5.1. OCORRÊNCIAS DA GUARDA EXCLUSIVA	43
5.2. INOCORRÊNCIA DAS GUARDAS ALTERNADA E COMPARTILHADA	44
5.3. A QUESTÃO DA GUARDA	45
CONCLUSÃO	46
BIBLIOGRAFIA	48

INTRODUÇÃO

A separação é uma causa de dissolução da sociedade conjugal, não rompendo o vínculo matrimonial. Hoje a legislação é bastante liberal; em outros tempos a dissolução dos vínculos matrimoniais já foi mais difícil, por influência da Igreja. Hoje, antes do divórcio, pode ocorrer a separação judicial consensual ou litigiosa.

Com a separação, deve se observar o interesse do guardado e não dos guardiões, dos pais. A guarda deve ser conferida àquele que tiver melhores condições, o que não se refere a condições financeiras, mas sim, grau de afeição, conduta social, trabalho exercido por um e por outro. Se nenhum dos pais tiver condições morais ou sociais a guarda deve ser conferida a terceiro.

Quanto mais novo for o guardado, menor relevância terá sua vontade; quanto maior ele for, sua vontade terá mais relevância. Dependendo da idade é difícil contrariar a vontade do guardado.

A modalidade da guarda seja exclusiva ou compartilhada, também deve ser aplicada na medida da necessidade do menor no caso concreto. A doutrina defende a guarda compartilhada, entende ser a que atende com maior satisfação os interesses da criança. O estudo será feito para verificar então, se esse tipo de guarda é aplicado. E se não o for, quais os motivos, quais sejam, falta de conhecimento dos pais ou até falta de divulgação no direito brasileiro. E ainda, até que ponto é levado em conta a vontade da criança no caso concreto.

Verifica-se a real necessidade do estudo do tema pois não há dúvida de que o fim do casamento ou da união estável é muito traumática não apenas para as partes, mas também para as crianças, e se há uma forma de atenuar estes traumas para os filhos, esta deve ser mais divulgada e aplicada.

Foram analisados os casos de Separação, Divórcio, Dissolução de Sociedade de Fato e ações de Guarda na comarca de Santo Anastácio no ano de 2005.

A pesquisa foi realizada, pessoalmente, no Fórum da comarca, analisando-se os livros de registro de sentença no período de 1º a 9 de agosto de 2006.

No total foram analisados quase 20 livros, sendo que as ações pertinentes para a análise dos dados totalizaram 61 casos; dentre eles: 1 caso de divórcio, 26

casos de separação, 22 casos de dissolução de sociedade de fato, 12 ações de guarda e visita.

Não foram computados os acordos que são levados a juízo para simples homologação, como por exemplo, a separação judicial na forma consensual, por não ser possível a sua categorização uma vez que não constam os termos do acordo no livro de registro de sentença, mas sim, na petição inicial.

Passaremos a estudar, então, respectivamente: os tipos de entidades familiares que podem ser rompidas e dar ensejo à discussão sobre guarda; as espécies de dissolução da entidade familiar que têm como consequência a aplicação da guarda; os direitos e deveres advindos do rompimento da família, tanto para os pais quanto para os filhos; as modalidades de guarda, suas vantagens e desvantagens; a análise dos casos que discutiram a guarda de menores após o rompimento da entidade familiar na comarca de Santo Anastácio no ano de 2005 e por fim, uma conclusão na busca do melhor caminho para atender os interesses do menor quando da aplicação da guarda.

1. FAMÍLIA

Este capítulo pretende demonstrar a concepção moderna de família com vistas ao estudo, posteriormente, da situação dos filhos dado o rompimento da relação existente entre os pais.

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Desde tempos remotos, as pessoas sempre buscaram encontrar alguém que lhes fizesse companhia. Fato este que decorre da necessidade natural do ser humano de preservação da espécie. O homem é gregário por ativismo, daí decorre a necessidade de se regular a vida em sociedade.

O casamento, existente desde os tempos mais remotos da civilização humana, inicialmente era um ato exclusivamente religioso, e foi sofrendo alterações durante a evolução humana.

Posteriormente, o Código Civil de 1916 considerava família apenas aquela constituída nos moldes do casamento civil. Nenhuma outra forma de união entre pessoas era merecedora da proteção do Estado como sendo família.

Contemporaneamente, a Constituição Federal de 1988 alterou o conceito de família, ampliando o leque de espécies. É família, conforme o art. 226 e parágrafos da CF: o casamento civil, o casamento religioso, a união estável e a monoparental.

O que quer dizer, também, que a família tradicional composta por pai, mãe e filhos foi repensada, já que se vive sob os ditames da igualdade entre os cônjuges e da proibição de discriminação entre os filhos, porquanto pais e filhos assumem novos papéis, com deveres e obrigações mutuas.

Passa a ser considerado família, o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio, da união estável, e ainda a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes, ligados pelos vínculos jurídicos e de afeto, independente de existir casamento.

Conclui-se então, que não pode existir nenhum tipo de discriminação em razão da origem dos filhos e, que o que se leva em consideração para saber-se

se é família, é a análise da intenção subjetiva das pessoas de se constituir em uma família. Atente-se que todas são consideradas família, mas o casamento possui obrigações, formalidades e proteções que as outras não possuem.

1.2. CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES

1.2.1. CASAMENTO

O Casamento, disposto no Código Civil a partir do art. 1.511, é regido por normas de ordem pública, cogentes, ou seja, são impostas pelos legisladores e os nubentes não podem modificar as regras ou escolher se querem ou não a elas aderir.

Tem como característica fundamental, também, a liberdade de escolha. É um ato pessoal e, segundo ensinamento de Maria Helena Diniz (2002, p.46) a interferência da família restringe-se tão-somente à orientação, mediante conselhos, salvo nos casos em que a legislação exige o consentimento dos pais.

Não basta a vontade de um homem e uma mulher de se casarem, eles têm que observar a solenidade do ato. Somente a autoridade determinada pelo Estado pode realizar o ato nupcial.

É uma união permanente, pois só com a interferência do Estado é que o casamento pode ser desfeito.

A união ainda deve ser exclusiva, pois o nosso sistema não admite a poligamia.

Ditas as características principais do matrimônio, estabelece Maria Helena Diniz (2002, p.39) que o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.

Nesse mesmo sentido Antônio Houaiss (2001, p.641) define o casamento como sendo: a união voluntária de um homem e uma mulher, nas condições sancionadas pelo direito, de modo que se estabeleça uma família legítima.

Assim, percebe-se que para que uma família seja constituída é necessário, além do vínculo do casamento, que exista um auxílio mútuo entre os cônjuges, englobando tanto o auxílio moral, como o material.

1.2.2. UNIÃO ESTÁVEL

Esta modalidade de família ficou disseminada na década de 60, em vista à falta de legislação sobre o divórcio, pois apenas com o desquite (que colocava fim aos deveres do matrimônio), as pessoas não podiam constituir novo casamento, então se uniam de forma livre.

A União Estável ou, Concubinato Puro, segundo a doutrina mais abalizada, é tratada na Constituição Federal, art. 226, § 3º¹, além do Título III do Código Civil, art. 1723 do C.C., que determina:

É reconhecida como entidade familiar a União Estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Mas, nem sempre foi assim. O direito apenas tenta, tardiamente, socorrer uma situação que há muito tempo ocorre na sociedade brasileira e requer proteção legislativa. É a opinião de Orlando Soares (1999, p. 44):

Seja como for, o desinteresse pelo casamento acabou provocando uma espécie de clamor público, no sentido de que fossem constitucionalizadas e reguladas, legislativamente, as uniões livres entre o homem e a mulher, para efeito de recíproca assistência e proteção à prole, daí resultante; originando a noção de entidade familiar, prevista na Carta Política de 1988, em razão do não mais se pode falar em família ilegítima, em oposição à família legítima, pois ambas essas situações estão sobre o manto da proteção legal e constitucional.

A União Estável é um fato social; as pessoas convivem com o propósito de constituir uma família sendo que, embora desimpedidas para o casamento, não o fazem.

A doutrina elenca os requisitos essenciais:

- 1) diversidade de sexos;
- 2) inexistência de impedimento matrimonial;
- 3) notoriedade das afeições recíprocas, que não deve ser confundida com publicidade;

¹ - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

4) fidelidade, sendo que a infidelidade não descaracteriza o concubinato, é apenas uma possível causa da rescisão da união;

5) período de convivência mais ou menos longo, mais importante que o período é o propósito de constituir família;

6) vida em comum sob o mesmo teto, requisito abrandado pelo STF com a Súmula 382², que dispõe que tal requisito não é indispensável; e

7) convivência “more uxória”, expressão que deve ser entendida como “propósito de constituir família”.

Enfim, é a realidade do dia-a-dia do casamento, destituído das formalidades legais que este requer.

1.2.3. FAMILIA MONOPARENTAL

A família monoparental foi reconhecida e conceituada em 1988 pelo art. 226 § 4º da CF: entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

As causas da monoparentalidade são: 1) divórcio ou separação; 2) ruptura da união estável; 3) celibato maternal ou paternal; 4) morte de um dos conviventes.

Estes fenômenos ocorrem há muito tempo, mas o direito só foi alcançá-los em 1988. Eduardo de Oliveira Leite discorre sobre a importância do assunto (2003, p.36):

Casa-se cada vez menos e coabita-se cada vez mais. Além disso, os casamentos, que se concluem, revelam-se muito mais frágeis e são frequentemente rompidos, gerando uma implacável monoparentalidade. A monoparentalidade daí decorrente é “assunto particular”, que deve ser resolvido em nível privado. Mas as crianças daí oriundas são problemas de ordem pública, e precisam ser protegidas pelo Estado.

Confirma-se a importância do assunto, pois, se, os pais mais os filhos são família e merecem proteção do Estado, muito mais o merece apenas um dos pais e os filhos, já que as dificuldades da criação não são repartidas. Ou seja, a

² - A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato.

alteração que veio a reconhecer a família monoparental tardou, mas mesmo assim, foi bem vinda. A necessidade de se cuidar e zelar pela família monoparental é a mesma das outras formas de entidade familiar.

Traçadas essas considerações iniciais a respeito da família, passaremos a abordar a questão da dissolução da entidade familiar.

2. DA DISSOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR

Ao contrário do que se espera no começo da relação, com o decorrer da união, ocorrem dissabores ou desgastes que, não raras vezes, levam à ruptura.

Para o presente estudo, é importante saber sobre a existência das formas de rompimento da entidade familiar, pois, é aqui que se inicia também a discussão sobre a importância da guarda dos filhos, que é o tema principal do presente trabalho.

A legislação brasileira não permite que a separação ocorra apenas por desamor. No Direito de Família, não diferente dos outros ramos do Direito, sempre se busca o culpado pela situação, nesse caso, pelo fim da união. Faz-se mister destacar que, para a questão da guarda, não importa quem foi o culpado pelo fim do relacionamento, mas sim, que o menor fique com aquele que tenha melhores condições para educá-lo. O interesse que prevalece será sempre o do menor; tudo ocorrerá para que o menor seja o menos prejudicado possível.

O Estado protege a figura da família para que não ocorra a dissolução, mas quando é inevitável, o Estado passa, então, a proteger os interesses dos menores.

2.1. SEPARAÇÃO JUDICIAL

A separação judicial é requerida ao Juiz e visa à extinção da sociedade conjugal, com vistas ao futuro divórcio. Não estabelece o desfecho do vínculo matrimonial, que permanece intacto, impedindo os cônjuges de contrair novo casamento. Apenas o divórcio, anulação, e a morte autorizam novas núpcias, pois rompem o vínculo matrimonial.

O conceito de separação judicial ofertado por Maria Helena Diniz (2002, p.245) assim se apresenta:

A separação judicial é uma medida preparatória da ação do divórcio, salvo, como logo mais demonstraremos, quando já há uma separação de fato dentro do prazo previsto na nossa Constituição.

Conforme o art. 1.576 do CC: a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens. Ademais, o separado judicialmente não pode se casar. Pode viver em união estável, casar-se, jamais.

O ordenamento jurídico pátrio permite ainda, que o casal a qualquer tempo restabeleça a sociedade conjugal, dispensando a necessidade de novo casamento³, preservando, assim, a figura da família.

A separação judicial pode ser consensual ou litigiosa, conforme a seguir.

2.1.1. SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL

É o acordo de vontades dos consortes em propor a ação que tem por fim legalizar a conveniência de viverem separados. Pode se dar por iniciativa de ambos os cônjuges ou, requerida por um e aceita pelo outro, configurando-se hipótese de conversão do art. 1.123 do CPC⁴.

Estabelece o art. 1574 do CC, a possibilidade de separação judicial consensual “se forem casados há mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologado”.

Proposta a inicial o juiz competente verifica se estão presentes os requisitos do art. 1.121 do CPC⁵, e depois de ouvido o Ministério Público, proferirá sentença.

Para o presente trabalho faz-se necessário destacar o requisito do acordo relativo à guarda dos filhos menores e dos maiores incapazes, que deverá estabelecer minuciosamente a guarda, o regime de visitas e a repartição das férias escolares e dias festivos.

Sobre o consensualismo da separação, diz Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 269).

Vale dizer, a separação judicial por mútuo consentimento não é arbítrio dos cônjuges, porém ato judicial complexo, em que a vontade das partes somente produz efeito liberatório quando se lhe seguir a aprovação da autoridade judiciária.

³ Art. 1577 do Código Civil: seja qual for a causa da separação judicial e o modo como se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.

⁴ Art. 1.123. É lícito às partes, a qualquer tempo, no curso da separação judicial, lhe requererem a conversão em separação consensual; caso em que será observado o disposto no art. 1.121 e primeira parte do § 1º do artigo antecedente.

⁵ Art. 1.121. A petição, instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial se houver, conterá: I - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha; II - o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas; III - o valor da contribuição para criar e educar os filhos; IV - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.

Tanto que, na forma do parágrafo único do art. 1574 do CC, O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

Atinge mais corretamente a finalidade da guarda quando é estabelecida consensualmente, pois, ninguém melhor que os pais para saber o que é do interesse do filho, no sentido jurídico da palavra.

2.1.2. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA

O art. 1.572 do CC faculta a qualquer dos cônjuges propor ação de separação judicial, em razão de o outro ter cometido qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

Assim, fica claro que não é qualquer violação aos deveres matrimoniais que pode acarretar separação, mas somente aquela que torne insuportável a vida em comum.

Neste sentido assevera Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 251):

E como a insuportabilidade é uma decorrência de elementos pessoais ou psicológicos, ligados às condições individuais de cada lar, o juiz, ao considerar a causa erigida em fundamento da dissolução da sociedade conjugal, deverá ponderar se a sua ocorrência é de molde a tornar insuportável a vida em comum. Não se deve colocar no terreno da abstração, porém captar a percepção sensorial dos cônjuges, no seu próprio ambiente doméstico e social.

Sendo essas as causas da separação judicial litigiosa decorrem três espécies segundo a doutrina:

a) separação litigiosa como sanção: é esta do art. 1572 “caput”⁶, e 1573⁷, incs. I a IV, do CC, quando um dos cônjuges imputar ao outro grave violação ao deveres matrimoniais ou conduta desonrosa e torne insuportável a vida em comum.

⁶ Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação aos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

⁷ Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I – adultério; II- tentativa de morte; III- sevícia ou injúria grave; IV- abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V- condenação por crime infamante; e VI- conduta desonrosa.

É a separação fundada na culpa de um dos cônjuges. Sendo que há quem entenda que é absolutamente indevida a intromissão na intimidade da vida das pessoas, por isso, tal motivação já vem sendo desprezada pela jurisprudência pátria, conforme afirma Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 258).

Nesta modalidade, é importante a colocação sobre a guarda, que faz Paulo Luiz Netto Lobo (2002, p.161):

É importante frisar que o novo código revogou a norma contida no art. 10 da Lei nº. 6.515/77, que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não tivesse dado causa à separação judicial. Consequentemente, o filho ficará sob a guarda de quem revelar melhores condições para exercê-la, afastando a odiosa regra da culpa do pai ou da mãe.

b) separação litigiosa como falência: é a definida no §1º do art. 1.572 do CC, quando um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de 1 (um) ano e a impossibilidade de sua reconstituição. Esta independe de culpa.

c) separação litigiosa como remédio: é estabelecido o conceito e todos os requisitos no §2º do art. 1572: “O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável”.

2.2. DIVÓRCIO

O Divórcio, que foi trazido ao Brasil em 1977, com a lei nº. 6.515, foi consolidado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 6º:

O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de 2 anos.

Divórcio é a dissolução do vínculo matrimonial em vida dos cônjuges, mediante sentença judicial, transitada em julgado (FRANÇA, 1977, p. 108).

Diz-se casamento válido porque se for nulo, a ação será de nulidade, e se anulável, a de anulação.

O divórcio põe fim a todos os vínculos matrimoniais, podendo assim após o divórcio casar-se novamente, o que não ocorre com a simples separação judicial.

Verifica-se fundamental o pronunciamento judicial, pois só este é que pode decretar o divórcio.

2.2.1. DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL

No divórcio direto não há nenhuma entre - fase. Somente o casamento e o divórcio. O divórcio direto não reclama separação judicial.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz (2002, p.279):

O divórcio direto distingue-se do indireto, porque resulta de um estado de fato, autorizando a conversão direta da separação de fato por mais de 2 anos, desde que comprovada, em divórcio, sem que haja prévia separação judicial, em virtude de norma constitucional.

Note-se que não há qualquer menção a causa da separação, ou sequer discussão sobre a culpa dos cônjuges. Basta provar a separação de fato por mais de 2 anos, e adquire-se o direito subjetivo de pedir que o juiz decrete o divórcio.

É concedido quando os consortes estão de mútuo acordo sobre o divórcio, e deve apontar na petição inicial, segundo Sílvio Rodrigues (2002, p. 269):

Os meios de prova da separação de fato; deverá fixar o valor da pensão a ser paga ao cônjuge necessitado e apontar a garantia de seu pagamento; deverá indicar a partilha de bens a ser homologada na sentença de divórcio; e, na hipótese de haver prova testemunhal a ser produzida, deverá requerer designação de audiência para a coleta de depoimentos.

De conseguinte, se mesmo seguindo todas estas orientações o juiz não se convencer da intenção dos cônjuges, poderá designar audiência para confirmá-la. Ao final, o juiz, órgão judicante decreta o divórcio.

2.2.2. DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO

O divórcio direto litigioso ocorre quando apenas um dos cônjuges toma a iniciativa de pedir ao juiz que o decrete. É uma situação de separação de fato pelo prazo mínimo de 2 anos que autoriza o divórcio direto, conforme art. 1.580, §2º:

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Diferentemente do divórcio direto consensual, no qual os cônjuges estão de comum acordo sobre o desfazimento do matrimônio, no litigioso, apenas um deles pede a providência jurisdicional. No entanto, resta apenas uma opção ao cônjuge que não quer o divórcio, que é contestar com a alegação da inocorrência do prazo exigido de 02 anos como se verifica nos ensinamentos de Silvio Rodrigues (2002, p.270):

No caso de divórcio direto litigioso, requerido por um dos cônjuges, o processo será ordinário e na petição inicial requerer-se-à a citação do consorte para que a conteste, se quiser. Em rigor, o contestante só poderá alegar a inexistência da separação contínua pelo período de dois anos.

Assim, não há de maneira alguma discussão sobre a causa da separação. O único requisito do instituto é o lapso temporal de dois anos da separação de fato, que é também a única defesa daquele que não quer o divórcio.

2.2.3. CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO

Conversão da separação judicial em divórcio é o mesmo que “Divórcio Indireto”, ou seja, é aquela precedida de separação judicial, quer litigiosa ou consensual. Prevista no ordenamento jurídico na Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77) art. 25⁸ e no Código Civil, art. 1.580⁹, ambos trazem a condição de um ano da separação judicial para se converter em divórcio e, vedam referência à causa da separação na sentença.

Há discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o início da contagem do prazo, se da separação cautelar de corpos ou do trânsito em julgado da sentença de separação.

⁸ A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existente há mais de um ano, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

⁹ Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

Nos dizeres de Yussef Said Cahali (2.002, p.1005):

Qualquer que seja o critério adotado na determinação do termo “a quo” de fluência do prazo legal, impõe-se remarcar como condição necessária o trânsito em julgado da sentença de separação dos arts. 4º e 5º da Lei do Divórcio. Pois só esta, com aquele atributo, comporta converter-se em divórcio na forma do art. 25; o que afasta, desde logo, a possibilidade de converter-se a simples separação de corpos diretamente em divórcio.

Não é nosso propósito decidir qual o termo inicial correto, no entanto é indispensável, conforme demonstrou Cahali, que quando da conversão em divórcio, já tenha a sentença de separação judicial transitado em julgado.

2.2.3.1. NA FORMA CONSENSUAL

Esta modalidade é admitida indiretamente, já que, entre o divórcio e a separação judicial deve haver, necessariamente, uma separação judicialmente reconhecida há pelo menos um ano.

A conversão consensual é resultado da discricionariedade que têm ambos os cônjuges que se encontram separados judicialmente de obterem o divórcio através de um pedido feito por um ou ambos ao Poder Judiciário.

Parte da Doutrina critica severamente a lacuna do Código Civil atual, pois abre portas para discussões sobre a possibilidade de aplicação da conversão consensual conforme aponta Yussef Said Cahali (2.002, p.1005):

A omissão do novo Código Civil revela-se imperdoável, em franca demonstração de desconhecimento do problema, quanto à possibilidade da conversão consensual, referindo-se apenas ao divórcio-direto requerido por um ou por ambos os cônjuges (art., 1.580, §2º).

Mesmo a doutrina divergindo sobre a teoria, na prática é tranqüila admissibilidade do instituto fundamentado nos arts. 35 e 36, incisos I e II da Lei do Divórcio.

2.2.3.2. NA FORMA LITIGIOSA

É a espécie de divórcio em que apenas um dos cônjuges requer a conversão da separação judicial em divórcio, no entanto, não é de todo correto a definição como litigiosa, pois, de acordo com o art. 36, parágrafo único da Lei do Divórcio “a contestação só pode fundar-se em: I – falta de decurso do prazo de um ano da separação judicial; II – descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação”.

Sendo assim, não pode haver discussão quanto ao direito material, mas somente, a aspectos formais. É um direito adquirido, sendo que tem caráter obrigatório por determinar no art. 37 da Lei do Divórcio que o Juiz deverá conhecer diretamente o pedido, salvo se não atendidos os requisitos do parágrafo único do art. 36.

Das características acima, pode-se concordar com o conceito dado por Maria Helena Diniz (2002, P. 277):

Divórcio litigioso indireto é obtido mediante uma sentença judicial proferida em processo de jurisdição contenciosa, onde um dos consortes, judicialmente separado há mais de um ano, havendo dissenso ou recusa do outro em consentir no divórcio, pede ao magistrado que converta a separação judicial (consensual ou litigiosa) em divórcio, pondo fim ao matrimônio e aos efeitos que produziam.

Neste momento, provavelmente já estarão decididas questões patrimoniais e de guarda, no entanto, se não estiver, não ocorrerá o divórcio sem ser tomadas tais decisões.

2.3. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE DE FATO

Evidentemente, assim como no casamento, a dissolução da união estável gera conseqüências para os conviventes, como o dever de partilharem os bens, decidirem a guarda dos filhos, o dever de prestar alimentos entre outras. A união pode se basear em um contrato ou não e, de qualquer maneira, quando do seu fim, pode ser proposta ação de reconhecimento e dissolução da sociedade de fato ou, pode se pedir que o Juiz homologue o acordo de dissolução da sociedade de fato.

2.3.1. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE DE FATO

Em sede de dissolução da Sociedade de Fato na forma litigiosa, o Poder Judiciário deve decidir com quem ficarão os filhos menores do casal.

Por razão jurídica, fundamentada no art. 1.566, inciso IV¹⁰ do Código Civil, os Tribunais têm decidido manter o “statu quo”, deixando o filho com aquele que já estava em sua companhia. Verificada que a situação do menor é satisfatória e, em primeiro lugar, que atende aos seus interesses, não há motivo para alterá-la, pois, há risco de perturbação à vida e à sensibilidade deste. Vale lembrar que há obrigação de o Juiz determinar a guarda para aquele que tem melhores condições gerais para a criação do filho.

2.3.2. ACORDO DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE DE FATO

A partir da idéia de que os pais sabem diferenciar o que é melhor para o desenvolvimento dos filhos, a regra geral é que a guarda será conferida a um deles. Por esse motivo, a regulamentação da guarda no caso de fim da União Estável, bem como na Separação Consensual, deve ser estabelecida pelos pais no acordo de dissolução da Sociedade de Fato, para que o Juiz homologue.

¹⁰ São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos.

3. DOS DIREITOS E DEVERES ADVINDOS DO ROMPIMENTO DA ENTIDADE FAMILIAR

O problema das relações pessoais entre pais e filhos não existe enquanto os genitores vivem juntos e, exercem conjuntamente o poder familiar. Essas relações surgem quando o casal se separa, pois, o filho ficará, geralmente, sob a guarda de apenas um deles, que exercerá relação contínua com o filho, enquanto o outro, ficará restrito às visitas restritas e esporádicas.

De qualquer maneira, a legislação pátria resguarda as relações entre os pais e filhos a fim de proteger a família, mantendo contatos regulares entre eles.

3.1. DOS PAIS

3.1.1. GUARDA

A guarda do menor é a soma das relações jurídicas existentes entre o responsável e o menor, decorrentes do fato deste estar sob poder e companhia daquele, e do dever que os pais têm de vigilância, direção, educação, alimentação, administração dos bens do guardado e responsabilidade civil por seus atos. Por este motivo diz-se a guarda ser um poder-dever.

Deve ser extinta a idéia de que a guarda é estabelecida para uma pessoa simplesmente porque ela é mãe do menor; o fundamental é que seja resguardado o interesse do guardado, sob a égide da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, o que, na maioria das vezes coincide em deixá-lo aos cuidados da mãe, mas essa não é uma regra.

A vontade da criança é importante, mas não tem o condão de definir a guarda. Só tem relevância se coincidir com o seu interesse, segundo a Doutrina da Proteção Integral. Com o adolescente é diferente, é difícil contrariar sua vontade, portanto, geralmente, eles mesmo escolhem com quem vão ficar.

Na separação consensual, no divórcio direto consensual ou no acordo de dissolução da sociedade de fato o casal deve regulamentar a guarda dos filhos

menores, cabendo ao Juiz homologá-la. Caso note que não está condizente com os interesses da criança, poderá escusar-se da homologação.

Alguns parâmetros, objetivos e subjetivos, são levados em conta para se estabelecer a guarda, a exemplo:

- Não separar os irmãos, é mais saudável que sejam criados todos juntos;
- Observar as condições materiais dos pais (é elemento importante, mas não fundamental);
- A profissão dos pais, já que, o trabalho pode influir na convivência com o filho;
- Os laços afetivos entre o filho e os pais, pois, dependendo da afinidade um terá mais facilidade que o outro;
- Condições moral e intelectual dos pais, independente da condição financeira, o pai ou a mãe podem ter restrição comportamental que impeça de criar o filho descentemente.

Ou seja, tudo que for considerado eficaz para o bem estar social e espiritual do guardado, deve ser levado em consideração para se estabelecer a guarda, qualquer que seja a modalidade.

Tanto na separação, no divórcio, como na dissolução da união estável, é necessário observar a existência destes critérios. Apenas na separação-remédio é que, normalmente, a criança fica com o cônjuge sadio.

A decisão sobre a guarda e posse dos filhos na separação do casal não importa renúncia, perda ou suspensão do pátrio poder pelo outro; há, porém, certo desgaste do pátrio poder, tornando um pouco difícil a sua aplicação concreta.

Nos dizeres de Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.213):

A guarda é tão-somente a expressão mais veemente da autoridade parental. Em verdade, a autoridade recobre um conjunto de deveres cuja simplicidade do dispositivo legal não permite avaliar a complexidade e a responsabilidade.

Aquele que fica com a guarda, tem em princípio a totalidade do exercício do pátrio poder, assumindo, porém, as conseqüências desse *múnus*. O guardião, de toda forma, fica sujeito à fiscalização daquele que não ficou com a guarda, que poderá, a qualquer tempo, recorrer ao Poder Judiciário, para solucionar conflitos

sobre os critérios de educação dos filhos. Sendo assim, as atitudes do guardião estão sempre sujeitas à revisão, não tendo a guarda, atribuição de coisa julgada. Sobrevindo um fato novo, capaz de alterar o quadro atual, pode ser proposta nova ação para modificação da guarda.

3.1.2. VISITA

A visita é uma prerrogativa daquele que não tenha a guarda dos filhos. Em caso de conflito, os cônjuges deverão se dirigir ao Magistrado, para que este resolva a divergência.

Vale lembrar o conceito de Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 221):

A visita é um expediente jurídico de caráter compensatório que procura minorar os efeitos da ruptura dos laços entre pais e filhos e, por isso, estabelece períodos, mais ou menos longos, conforme o calendário estabelecido pelo Juiz ou pelos esposos, de contato entre o pai não-guardião e o filho. Quase sempre os períodos de visita são fixados nos finais de semana, corridos ou alternados, feriados, dias de festa, e nas férias de inverno e de verão.

A visita é um direito do cônjuge não guardião, que só pode ser negado pelo Juiz por motivo grave, que contradiga o interesse da criança ou adolescente. Além disso, a conclusão a que chega Guilherme Gonçalves Strenger (1998, p. 80): “a idade ou a maturidade da criança devem desempenhar papel importante na decisão dos Juizes, de modo que se conceba o direito de visita como um direito também extensivo ao menor”.

Ao levar em consideração a vontade do filho, e este queira ver o pai, a visita deve passar a ser considerada como necessidade própria do desenvolvimento adequado da personalidade do menor, e passa a ser um dever do não guardião.

Faz-se necessária a observação de que, a visita é um direito até o momento em que o Juiz estabelece-a, pois, a partir daí, passa a ser um dever do não guardião visitar o filho menor já que, a análise do caso constatou necessária a realização da visita para o interesse do menor.

Nesse sentido Fábio Bauab Boschi (2005, p. 47):

O que se busca no direito de visita é a permanência dos fortes vínculos de afeto positivo existente entre visitante e visitado, através da manutenção da convivência entre eles, visando fortalecer a relação como meio de garantir as necessidades emocionais das partes, evitando, por outro lado, as nefastas consequências oriundas da ruptura das relações de ordem sentimental.

A separação do casal não pode destruir a família, mas apenas mudar a ordem familiar. O cônjuge não guardião não perde o pátrio poder, sendo assim, deve exercer o direito de visita para o bem estar do filho.

3.1.3. ALIMENTOS

Os fundamentos da obrigação alimentar são os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana (previstos no art. 1º, inciso III da CF) e o da Solidariedade Familiar. Pode-se notar que o direito aos alimentos é um direito e uma obrigação natural, antes mesmo de ser legal. É devido em razão do parentesco, e a modalidade em estudo é aquele devido pelo pai ao filho, em razão do rompimento da vida conjugal do casal, em qualquer das formas que ela possa acontecer.

Para Orlando Gomes (1978, p. 455), os alimentos são:

Prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Compreende o que é imprescindível à vida da pessoa como alimentação, vestuário, tratamento médico, diversões, e ainda, verbas para sua instrução e educação.

O parágrafo 1º do art. 1.694 do Código Civil estabelece os limites para esses alimentos: os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Esse dever independe da guarda. O objetivo é manter o mesmo padrão de vida do filho de antes da separação, respeitando as possibilidades daquele que paga, e as necessidades daquele que pede os alimentos.

3.1.4. PODER FAMILIAR

O Poder Familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos ao pai e a mãe, fundado no direito natural, confirmado pelo direito positivo e garantidor do interesse da família e do filho menor que, incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e que serve como meio de manter, proteger e educar, denominado antes do novo Código Civil de “Pátrio Poder”.

Mas, nem sempre foi assim. No primitivo Direito Romano, influenciador do Direito de Família Brasileiro, a família se sustentava nas relações de poder, o que justifica a anterior expressão “Pátrio Poder”. Naquele tempo, era facultado ao *Pater Família* (pai) expor ou matar o filho, vendê-lo, abandoná-lo ou entregá-lo à vítima do dano causado por seu dependente. Com o tempo, todo esse amplo poder começou a ser afetado, até que, contemporaneamente, o Pátrio Poder cedeu lugar ao Poder Familiar, deixando de ser prerrogativa exclusiva do varão e estendendo-se à mãe, entre muitas outras alterações e evoluções.

A definição que melhor realiza o conceito de poder familiar é de Maria Helena Diniz (2002, p. 439):

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõem, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Em consonância com o ordenamento jurídico vigente, o conceito de Waldyr Grisard Filho (2000, p. 27): É o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, com a intuição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja físico, mental, moral, espiritual e social.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, mãe e pai, por força do Princípio da Igualdade entre os Cônjuges, exercem o Pátrio Poder em posição de igualdade de condições quer sejam eles casados ou não. Havendo divergência entre eles, não prevalece a vontade de nenhum deles, mas devem se socorrer ao Judiciário para uma solução.

Sobre as características do Poder Familiar na separação do casal, se expressa muito bem Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 357):

Poder Familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o novo Código se reporta também à união estável. A guarda normalmente ficará com um deles, assegurado ao outro o direito de visitas. Atualmente, não é afastada a possibilidade de guarda compartilhada, como vimos, na qual, por períodos definidos ou concomitante, ambos os cônjuges a exercem. Tal, porém, não suprime ou suspende o pátrio poder do pai ou da mãe. Essa, aliás, a noção do art. 1.632. [...] É certo que o cônjuge que não detém a guarda tem, na prática, os poderes do pátrio familiar enfraquecidos. O cônjuge, no entanto, nessa situação, pode recorrer ao Judiciário quando entender que o exercício direto do pátrio poder pelo guardião não está sendo conveniente.

O Poder Familiar tem as seguintes características:

- 1) é um múnus público, uma obrigação que o Estado impôs aos pais;
- 2) irrenunciável, não se admite renúncia ao direito-dever que é o poder familiar;
- 3) inalienável, ou seja, não se pode negociar, trata-se de coisa fora do comércio;
- 4) imprescritibilidade, não prescreve nunca; e,
- 5) incompatibilidade com a tutela, se existe um, não pode existir o outro.

Diz-se tratar de um direito-dever, e as conseqüências destes, estão previstos no art. 1.634 do CC:

- I- Dirigir-lhes a criação e educação;
- II- Ter os filhos em sua companhia e guarda;
- III- Conceder ou negar aos filhos o consentimento para se casarem;
- IV- Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não sobreviver, ou sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
- V- Representá-los, até os 16 anos nos atos da vida civil, e assisti-los após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI- Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII- Exigir que os filhos lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A não observância a estes mandamentos pode configurar, em tese, os crimes de abandono material, previsto no art. 244 do código Penal; abandono intelectual, conforme art. 246 do mesmo, entre outros. Além disso, pode dar

causa a suspensão ou perda do poder familiar, previstos nos arts. 1.637¹¹ e 1.638¹² do Código Civil.

Há críticas à terminologia utilizada pelo Código Civil, como explica Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 423):

O Código civil de 2002, ao introduzir uma nova terminologia no que tange ao Pátrio Poder, identificando-o como “poder familiar”, não abandonou a sua natureza de “poder” do instituto, marcado modernamente por obrigações e responsabilidades decorrentes da necessidade de proteção dos filhos como pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.

Para Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 423), não há, contudo, uma subordinação hierárquica. Sendo assim, o menor não é mais objeto de direitos como antigamente, mas sim, sujeito de direitos, passando a ser o centro das preferências, conforme a teoria da Proteção Integral.

3.2. DOS FILHOS

3.2.1. INTERESSE DO MENOR

O interesse do menor deve ser observado quando o casal se separa consensualmente através de separação, divórcio, ou ainda quando da dissolução da sociedade de fato, como se pode concluir da narrativa do art. 1.583 do Código Civil:

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.

¹¹ Se o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

¹² Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I- castigar imoderadamente o filho; II- deixar o filho em abandono; III- praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV- incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Assim como nas modalidades consensuais de separação do casal, também a regra é a do interesse do menor se não houver consenso entre os pais, é o que determina o art. 1.584 do Código Civil:

Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem tiver melhores condições para exercê-la

Tanto é assim, que se nenhum dos pais atenderem a esses interesses, a guarda pode ser deferida a terceira pessoa¹³, ou ainda, pode ser determinada diferentemente da maneira que estabelece a legislação em vigor¹⁴ se o Juiz entender que desta forma estará atendendo melhor as necessidades do menor.

Não há norma especificadora do conceito de interesse do menor; para tanto, o Juiz deve analisar o caso concreto. Para Guilherme Gonçalves Strenger (1998, p. 91) a verdade é que o maior bem do menor que deve guiar o Juiz é o de buscar o que é mais vantajoso quanto ao seu modo de vida, seu desenvolvimento, seu futuro, felicidade e equilíbrio.

O Juiz tem amplos poderes para conferir ou alterar a guarda, tudo em busca da maior satisfação a esses interesses do menor. Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 240) nos dá parâmetros para se chegar, no caso concreto, àquele que tem melhores condições para a guarda:

Nem sempre, as melhores condições financeiras de um dos cônjuges representarão melhores condições de guarda do menor. O carinho, o afeto, o amor, o meio social, o local de residência, a educação, a escola e, evidentemente, também as condições econômicas devem ser levados em consideração pelo magistrado, que deve valer-se dos profissionais auxiliares para ter diante de si um quadro da situação do lar dos cônjuges.

Maria Clara Sottomayor (1998, p. 31), prefere não estabelecer nenhum critério fixo:

¹³ Art. 1.584, parágrafo único do Código Civil: Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o Juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

¹⁴ Art. 13 da lei 6.515/77: Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

Este conceito, apesar de não ser definível, é dotado de uma especial expressividade. É uma “noção mágica”, de força apelativa e tendência humanizante.

O interesse do menor, dado o seu estreito contacto com a realidade, não é susceptível de uma definição em abstracto que valha para todos os casos. Este critério só adquire eficácia quando referido ao interesse de cada criança, pois há tantos interesses da criança como crianças

Há de se fazer uma observação, que o interesse do menor não tem o mesmo significado que vontade do menor. Nada impede que o Juiz ouça a criança dependendo da sua maturidade, mas a audição não verifica colocar ao menor uma opção do tipo: “com quem você quer ficar?”, mas sim, dar subsídios para o Juiz chegar mais perto possível do interesse do menor.

Na prática processual, tem-se ocorrido, como explica Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 211):

No que concerne à possibilidade da criança fazer uma escolha sobre com que genitor gostaria de permanecer, a unanimidade dos Juízes é contrária à hipótese, entendendo que tanto os pais quanto a criança não devem pensar que a escolha competiu ao filho. Muitos Juízes fazem questão de frisar que se eles ouvem a criança é para explicar, à mesma, a decisão que foi tomada a fim de que a criança entenda melhor e aceite sem frustrações.

[...] as crianças devem ser poupadas do, quase sempre dramático, processo de divórcio. Na maioria das vezes são, antes, os elementos externos, os mais objetivos (situação dos pais, estabilidade, ambiente social, escolaridade) que são apreendidos como critérios do interesse da criança e da decisão final do Juiz.

O interesse é o essencial, fundamental direito dos menores e deve ser observado sempre, inclusive quando os pais chegam a se separar e, atinge sua finalidade, quando concretiza todos os direitos existentes para a proteção do menor.

3.2.2. ALIMENTOS

O direito a alimentos decorre da parentalidade entre pais e filhos e, compreende a satisfação das necessidades básicas do menor, quais sejam, alimentação, educação, vestimenta, saúde, lazer, entre outras que podem ocorrer no caso concreto.

Em razão de a capacidade civil ser adquirida aos dezoito anos de idade, de acordo com art. 5º do Código Civil, a obrigação alimentar subsistiria até esses dezoito anos. No entanto, nos dizeres de Francisco José Cahali (2002, p. 196): assim como já fazia a melhor orientação, deve-se em princípio prolongar a obrigação até os vinte e quatro anos do “maior” estudante.

Fica fácil sustentar que a obrigação de prestar alimentos para o filho estudante persiste, mesmo que maior de dezoito anos, fundamentado no art. 1.694 do Código Civil¹⁵.

Para Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 228):

Objetivamente considerada, a pensão alimentícia deve ser suficiente a cobrir as necessidades vitais da criança (alimento, habitação, etc.). Mas, subjetivamente falando, estas necessidades só podem ser supridas na medida em que os recursos do devedor de alimentos permitirem. Logo, deve haver uma proporcionalidade entre a pretensão do credor (critério objetivo) e as disponibilidades do devedor (critério subjetivo).

O direito alimentar que possui o menor é objetivo, ou seja, todas as suas necessidades básicas constituem obrigação do alimentante. Porém, esbarra na obrigação deste, que só poderia ser subjetiva, já que não pode ser obrigado a pagar mais do que recebe como provento do seu trabalho para a própria subsistência.

3.2.3. VISITA

Os estudos mostram que mesmo vários anos após a separação ainda é grande o anseio dos filhos pela visita do pai ou da mãe não guardião. A falta desta visita sem dúvida causa prejuízo ao desenvolvimento da personalidade do menor.

Os pais devem superar a idéia de que a visita é apenas mais um ponto de discórdia na separação e pela qual lutam para saber quem vai vencer: o guardião que quer restringir ao máximo o direito do não guardião, ou este, que considera a glória incomodar o guardião com as visitas constantes.

¹⁵ Podem os parentes, os cônjuges ou os companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

A visita tem uma finalidade muito maior do que esta. A intenção é de que pais e filhos tenham convivência, familiaridade, participação na vida um do outro.

A nosso ver, é inadequada a expressão direito de visita. Tanto para o pai ou mãe quanto para o filho, a visita não deve ser encarada como uma faculdade que pode ser exercida ao bel prazer, mas sim, se foi estabelecida pelo Juiz, é para o bem do menor e da família que seja cumprida.

Nesse palmilhar, Fábio Bauab Boschi (2005, p. 3):

A palavra “direito”, sempre associada ao instituto da visita, acaba dando-lhe uma conotação distorcida, capaz, inclusive, de induzir a erros de interpretação, levando o operador do direito a acreditar que se trata de direito do visitante, quando na verdade, é dever deste ou, ainda, está subordinado ao superior interesse do visitado, este sim o verdadeiro detentor do direito.

Para concluir, o inciso II do art. 1.634 do Código Civil elimina qualquer dúvida acerca de ser a visita um direito dos filhos e não dos pais: compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: II - tê-los em sua companhia e guarda.

Lembre-se, que sempre deverão ser observados todos os direitos e deveres acima elencados, qualquer que seja a modalidade de guarda fixada, esta que é o próximo assunto a ser estudado.

4. DO DIREITO DA GUARDA

4.1. CONCEITO DE GUARDA EXCLUSIVA

Para esta modalidade, o menor terá a guarda deferida à apenas um dos genitores, que terá total controle e responsabilidade pelo desenvolvimento do menor. Este terá residência fixa e, receberá visita e alimentos do outro genitor que não tem a guarda.

4.1.1. VANTAGENS

Qualquer que seja a modalidade da guarda, o ideal é que os ex cônjuges decidam-na consensualmente, pois, os pais são, teoricamente, quem sabe o que é melhor para os filhos. Na impossibilidade de acordo o Juiz deve decidir e, atribuir a guarda àquele que melhor atingir os interesses da criança ou adolescente.

A estabilidade proporcionada pela guarda exclusiva é indiscutível visto que o filho tem residência fixa, referência de qual dos pais é seu responsável direto, além de não alimentar a possibilidade de reconciliação entre os pais e, mantém os laços de afinidade junto ao não guardião através da visita.

Lembrando-se que devemos nos ater à maioria dos casos, nos quais há relação afetiva entre pais e filhos, atualmente, tem-se percebido uma disposição bem maior do genitor não guardião em participar da vida dos filhos; a exemplo, o pai que não se contenta em ter contato com o filho apenas nas visitas de final de semana, mas faz questão de buscar o filho na escola ou leva-lo ao médico.

Para esclarecer, a guarda exclusiva tem vantagem para o menor quando o pai compreende que a guarda não atinge o pátrio poder, e este deve ser exercido para o melhor desenvolvimento do menor.

4.1.2. DESVANTAGENS

Com a entrada da mulher no mercado de trabalho, mais ou menos na década de 60, os homens têm ocupado maior espaço nos serviços domésticos, inclusive na educação dos filhos. A guarda exclusiva sobrecarrega apenas um dos pais, por ter que ficar exclusivamente responsável. Como geralmente a guarda fica com a mulher, a tendência é esta querer dividir a responsabilidade com o homem. Por esse motivo é que na prática estão ocorrendo alterações, como por exemplo, a tendência de atribuir, isoladamente, a guarda a um só dos genitores vem se abrandando e, atualmente, procura-se assegurar aos pais (separados ou divorciados) uma repartição mais eqüitativa da autoridade parental (LEITE, 2003, p. 258).

Além disso, o afastamento do menor do cônjuge não guardião é inevitável, pois este, somente poderá visitar aquele esporadicamente, conforme o estabelecido pelo Juiz. É o que enfatiza Waldyr Grisard Filho (2000, p. 108):

As visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lenta e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas

A guarda exclusiva não raramente, provoca um afastamento entre o genitor não guardião e os filhos, e essa atitude quando voluntária pela parte dos pais, pode dar causa a uma carência afetiva que venha a instalar no filho um complexo de rejeição ou outros problemas graves de ordem psicológica (BOSCHI, 2005, p. 96).

A falta de trato diário é que exclui a afetividade entre o não guardião e os menores. No mais, ainda, os filhos procuram substituir a figura do pai faltante, numa tentativa de fuga da situação constrangedora que é ter como pai ou mãe alguém com quem não tem afinidades. Quando a criança encontra um substituto para esse sentimento acumulado, fica cada vez mais difícil o pai (ou mãe) reconquistar o amor do filho. A visita acarreta efeito degenerativo na afetividade entre os não guardiões e os guardados, assim elucida Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 260):

Muitos pais, desmotivados pela ausência dos filhos e por uma presença forçada nos dias de visita, previamente estabelecidos, acabam se desinteressando pelos filhos e “abandonam” a guarda, deixando-a integralmente sob os cuidados da mãe. A maioria dos estudos (jurídicos e psicológicos) comprova que a visita, efetivamente realizada nos primeiros meses que sucedem à ruptura, tende a se espaçar e a desaparecer (quando o pai constitui nova família) com manifesta desvantagem para os filhos.

A visita, quando estabelecida arbitrariamente pelo Juiz, diferentemente da vontade do não guardião, sem dúvida alguma é o instituto que traz maiores desvantagens para o menor, pois o verdadeiro objetivo da visita (já analisado no item 3.2.3) não é atingido.

4.2. CONCEITO DE GUARDA ALTERNADA

O diferencial da guarda alternada em relação às outras modalidades é que nesta, cada um dos pais têm, ao seu tempo, a guarda exclusiva e em outro momento o direito-dever de fiscalização e visita. Nestes termos, Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 259):

Cada genitor exercerá, alternativamente, a guarda do filho com todos os atributos que lhe são próprios (educação, sustento, administração legal etc.). Enquanto exerce a guarda, o outro se beneficiará do direito de visita e, assim, sucessivamente. Sem qualquer intervenção judicial, ao final de cada período, previamente ajustado, a criança passa, das mãos do atual detentor da guarda para o genitor que só exercia a visita.

O ritmo dessa alternatividade pode ser estabelecido a qualquer prazo, semanal, mensal, anual etc., dependendo sempre, do interesse do menor.

Dá-se um misto das outras formas de aplicação da guarda, nas quais, não há variação do estado dos pais com o passar do tempo, salvo por nova determinação judicial. Isto porque, enquanto, de certa forma, cada um exerce exclusivamente a guarda no seu respectivo período, o menor tem ambos os genitores participando integralmente de sua formação.

Não deixa de ser, como já dito, um exercício unilateral, pois, cada um, a seu tempo, exerce exclusivamente a guarda, tomando todas as decisões sem interferência do não guardião.

4.2.1. VANTAGENS

A maior vantagem oferecida por esta, é que os filhos mantêm íntimo relacionamento com ambos os pais, não ocorrendo o afastamento que inevitavelmente atinge até mesmo a guarda compartilhada, pois, nesta, o menor deve fixar residência com apenas um dos dois.

Acrescenta Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 259):

[...] a alternatividade evita os problemas de concorrência de poder criados pela guarda conjunta e, ainda, é uma solução razoável, em caso de disputa, que diminui as tentativas de apreensão da criança e o não pagamento da pensão alimentar, como forma de retaliação.

Também tem sido defendida por aqueles que não admitem mais se submeter a um papel secundário na formação moral e social dos seus filhos. Procuram com esta espécie garantir a participação real na vida dos filhos.

4.2.2. DESVANTAGENS

Para Waldyr Grisard Filho (2000, p. 106) a guarda alternada é inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e idéias na mente do menor e à formação de sua personalidade.

Não deixa de ser um desarranjo na vida do menor o alto número de mudanças a que tem que se submeter em razão da periodicidade estabelecida. O menor não tem estabilidade emocional e psíquica para suportar tantas separações e reaproximações.

O desenvolvimento pessoal do menor é prejudicado com as constantes mudanças de genitor e, poderá acarretar, conflitos internos e crises de incerteza.

Existe ainda a questão da administração dos bens deste filho. Seria possível esses bens mudarem de titularidade assim como a responsabilidade pelo menor? Entre esses e outros ditos acima estão os motivos pelos quais o legislador pátrio entendeu inconveniente a aplicação desta modalidade, e que optou por substituí-la pelo instituto da visita, pelo que determina o art. 1.589 do Código Civil: o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visita-

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.

4.3. CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é aquela que determina ambos os pais como responsáveis pela criação e educação dos filhos. Não há mais um guardião e o outro fiscalizador, mas sim, dois guardiões, que devem decidir conjuntamente o futuro dos filhos. Não prevalece a vontade de nenhum e, havendo discórdia, devem recorrer ao Juiz para que este verifique qual atende melhor aos interesses da criança.

Waldyr Grisard Filho (2000, p.112) confirma essas características:

A custódia física, ou custódia compartilhada, é uma nova forma de família na qual pais divorciados partilham a educação dos filhos em lares separados. A essência do acordo da guarda compartilhada reflete o compromisso dos pais de manterem dois lares para seus filhos e de continuar a cooperar com o outro na tomada de decisões.

E ainda estabelece um conceito (2000, p. 111):

A guarda compartilhada ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

A doutrina, de modo geral, determina alguns critérios fixos para a concessão desta modalidade, quais sejam: independentemente de quem parta a idéia, que ambos os pais tenham a vontade de colaborar para a efetivação da guarda conjunta; que os dois sejam capazes de conduzir a educação dos filhos; e que não prevaleça nenhuma razão de interesse do menor para a não aplicação desta.

Esta modalidade não é prevista no ordenamento jurídico brasileiro, mas também neste não está proibida. De certa forma, está embutida na discricionariedade que tem o Juiz para a aplicação da guarda. É o que se pode depreender do art. 1.586 do Código Civil: havendo motivos graves, poderá o Juiz,

em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais; no mesmo sentido, o art. 13 da lei do Divórcio, ambos na intenção de confirmar o direito de igualdade previsto na Constituição Federal no art. 226 § 5º: os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

4.3.1. VANTAGENS

Diante das características desta modalidade, o menor terá residência principal fixada e, ao mesmo tempo, ambos os pais participando da sua educação. Para tanto, somente é viável sua aplicação quando houver consenso entre os pais, pois, se estabelecida imperativamente pelo Juiz, chegariam ao caos, visto que, normalmente é muito turbulento o relacionamento dos pais após a separação.

Para atingir seus objetivos, os pais têm que aprender à por de lado questões pessoais sobre a separação e colher apenas o que for importante nesse momento para satisfazer as necessidades do filho, Maria Clara Sottomayor (1998, p. 88) resume que para dar certo, os pais têm que separar os seus papéis de marido e mulher dos seus papéis de pai e mãe.

Para Waldyr Grisard Filho (2000, p. 145), o objetivo da guarda compartilhada é:

A continuidade do exercício comum da autoridade parental. Dito de outra forma, a guarda compartilhada tem como premissa a continuidade da relação da criança com os dois genitores, tal como era operada na constância do casamento, ou da união fática, conservando os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocos.

Deve-se lembrar que os benefícios da proximidade não atingem somente o pai e a mãe, mas também vários outros parentes que são muitas vezes fundamentais para aquela criança, como tios, avós, primos etc., pois têm grande valor afetivo para estas, e normalmente não são incluídos na visita.

Diz ainda Maria Clara Sottomayor (1998, p. 99):

A igualização dos direitos e responsabilidades dos pais diminui a conflitualidade e encoraja a cooperação entre eles, pois deixa de haver

um perdedor e um vencedor, o que reduz a tentativa de denegrir a imagem do outro através de acusações mútuas.

A equilibrada distribuição das funções dos genitores proporciona um desenvolvimento físico e mental mais adequado para a criança, atingindo, dessa forma, os interesses do menor.

4.3.2. DESVANTAGENS

Há críticas no sentido de que o exercício conjunto seria muito mais um consolo àquele que não teve fixada a residência junto ao menor, para que este não se sinta excluído da criação deste.

Maria Clara Sottomayor (1998, p. 98):

O entusiasmo pelo exercício conjunto do poder paternal, recentemente introduzido no nosso país, pode tornar-se uma ilusão – pois a maior parte dos homens, apesar de terem poderes legais relativamente à criança, se não se empenharem em manter um contacto contínuo com estas, continuarão tão afastados da vida dos filhos como nos sistemas de guarda única/exercício unilateral do poder parental.

Chama-nos a atenção pelo grande esforço a que se deve se submeter aquele que não terá residência junto ao filho, e que comumente não é despendido na medida necessária.

Não há defesa para a determinação da guarda conjunta, também, quando a residência é alternada entre os genitores, visto que a instabilidade gera grande ansiedade e insegurança, e os mesmos fatores prejudiciais à saúde física e mental do menor já explicitados na crítica à guarda alternada.

Neste caso, podem surgir ainda, crises de personalidade e disciplina em razão dos diferentes modos de educação expostos pela alternância.

Há prejuízos também de ordem emocional, tanto para os filhos quanto para os pais, quando aqueles alimentam, em razão da grande convivência com ambos, a vontade de que os pais reatem a união, o que dificulta a adaptação ao novo estilo de vida adotado.

Para finalizar, mesmo que a iniciativa seja unilateral, o acordo deve ser sincero por parte dos dois, pois, o sucesso da modalidade depende de ambos.

5. ANÁLISE DOS CASOS DE ROMPIMENTO DA ENTIDADE FAMILIAR NA COMARCA DE SANTO ANASTACIO NO ANO DE 2005 E A QUESTÃO DA GUARDA

O fracasso entre as uniões de casais, seja pelo casamento ou não, deu origem a 61 (sessenta e uma) ações relativas à guarda de filhos na Comarca de Santo Anastácio no ano de 2005.

O levantamento feito com muito apreço fez destacar que uma (01) ação era de divórcio, vinte e seis (26) de separação, vinte e duas (22) de dissolução da sociedade de fato e, doze (12) ações específicas de guarda e alimentos entre pais e filhos.

5.1. OCORRÊNCIAS DA GUARDA EXCLUSIVA

Outro aspecto observado foi com quem ficou a guarda; 49 (quarenta e nove) menores tiveram a guarda deferida à mãe, 10 (dez) ao pai e, excepcionalmente, 02 (duas) a outras pessoas que não os pais. Foram concedidas a terceiros a guarda de menores órfãos ou abandonados, confirmando o amplo poder do Juiz para delegar a guarda a quem efetivamente atingir os interesses do menor, mesmo que para tanto tenha que afastar a figura dos pais.

Pode se observar também a significativa ocorrência da guarda atribuída ao pai, fato que decorre da evolução dos relacionamentos familiares, nos quais, os direitos e deveres são iguais entre os pais, a devem ser analisados os aspectos objetivos e subjetivos tratados no item 3.1.1., e outros importantes do caso concreto, não podendo mais se admitir relevar mais o fato de ser mãe do que o de ser pai.

Vale lembrar Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 201):

O perigo maior continua residindo nos preconceitos decorrentes do sexo, sempre negativos em relação ao homem, quando se trata de guarda. A referência ao papel tradicional da mãe “naturalmente” boa, abnegada, apegada aos filhos, continua exercendo um poderoso fascínio sobre os julgadores, que não conseguem se desembaraçar de uma tradição, hoje, contestada a nível fático.

Não tem como deixar passar os comentários sobre os preconceitos que contaminam a sociedade, perfeitamente elencados por Evelyne Sullerot apud Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 202):

“O homem que pede divórcio age por egoísmo, enquanto a mulher pensa nos seus filhos. Um homem não pode, espontaneamente, querer educar sozinho seus filhos: se ele pede a guarda, é para prejudicar a mulher. Os filhos não podem, espontaneamente, querer viver com seu pai: se eles exprimem esse desejo, é porque eles foram manipulados. Sempre se suspeita de um homem que quer a guarda de sua filha: não há qualquer coisa de incestuoso neste desejo? A um pai que se sai bem profissionalmente, retruca-se sempre que, com seu trabalho, ele não conseguirá se ocupar dos filhos” [...].

Esses entre tantos outros são os motivos que desencorajam os homens de lutar pela guarda, ou mesmo pela guarda compartilhada e, explicam a superioridade da guarda exclusiva em sua maioria atribuída à mãe.

5.2. INOCORRÊNCIA DAS GUARDAS ALTERNADA E COMPARTILHADA

Estudos feitos demonstram que os pais, nos casos de aplicação da guarda compartilhada, muitas vezes relacionam-se entre si muito mal, mas, são capazes de cooperar para a criação dos filhos. Este fato deve ser do conhecimento dos aplicadores do direito (advogados, juízes, promotores etc.), que têm a função de resolver a questão da melhor forma possível e, no caso concreto, apresentar a existência e possibilidade de aplicação da guarda compartilhada como a solução viável.

É o sábio Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 268) quem diz:

Os Tribunais devem ser suficientemente maleáveis de forma a garantir os melhores interesses da criança e também dos pais. Assim como na separação (ou divórcio), os juízes não vacilam em manter o direito de visita do pai (quando a mãe se opõe à visita, se o ex-marido já tem nova companheira), da mesma forma os juízes devem ter a liberdade de impor a guarda conjunta aos genitores quando, por exemplo, eles a recusam sem justo motivo.

Portanto, atribui-se a falta de aplicabilidade prática da guarda compartilhada a alguns motivos, entre eles: o leigo sequer sabe da existência

dessa modalidade e, os juristas estão viciados pela guarda exclusiva e sequer procuram saber sobre o sucesso da guarda compartilhada entre a doutrina.

Waldir Grisard Filho (2000, p. 140) explica por que a guarda compartilhada é perfeitamente aplicável:

Embora inexista norma expressa nem seja usual na prática forense, a guarda compartilhada mostra-se lícita e possível em nosso direito, 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 mãe que deixa de morar com a família.

Sobre a inaplicabilidade da guarda alternada não há muito que se discutir, diante de sua impossibilidade jurídica, por não atender nenhuma das necessidades do menor segundo a legislação pátria.

5.3. A QUESTÃO DA GUARDA

Diante do impasse da guarda na separação do casal, perante a lei, as partes podem fazer um acordo, ou buscar a solução via judicial.

Não há dúvidas de que o consenso é a melhor solução e, geralmente é disparadamente a melhor solução mesmo quando não atende imediatamente o interesse do menor, pois, a imposição da guarda por decisão judicial, por si só, já contaria o ambiente familiar que deve cercar o menor. Lembre-se que não há de ser de todo ruim, pois o Juiz não homologaria um acordo prejudicial à criança.

O comentário de Waldir Grisard Filho (2000, p. 168):

Quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais. É indubitável, revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Como é indubitável que os filhos mais desajustados são os de pais que os envolvem em seus conflitos permanentes.

A comparação entre o modelo tradicional de guarda, qual seja, a guarda exclusiva, exercida largamente pela mãe, com o novo modelo, que busca o compartilhamento das atribuições dos pais, que é a chamada guarda compartilhada, tem sido objeto de estudo com o objetivo de preservar o melhor nível de relacionamento familiar mesmo após a separação.

CONCLUSÃO

No estágio de evolução em que a sociedade se encontra, a expectativa é que se consiga, cada vez mais, determinar a guarda, independentemente dos motivos da separação dos pais e, questione-se qual a modalidade de guarda atinge de forma mais completa os interesses do menor em questão.

Reconhece-se que a melhor cooperação entre os pais alcança mais facilmente o sucesso entre as finalidades do estudo. Considerando as vantagens e desvantagens ditas no decorrer do trabalho, deve ser aplicada, após análise específica do caso concreto, aquela que assegura o direito dos menores a proteção integral.

Na maioria das separações, a guarda é entregue à mulher que pela tradição da sociedade, teoricamente estaria mais preparada a assumir esse encargo. No entanto, nem sempre isso é possível, seja porque a mãe não possui os requisitos exigidos para arcar com tal obrigação, seja devido a um comportamento incompatível da mesma para obter a guarda, comportamento esse que deve ser baseado em regras de moral e de bons costumes, e deverá passar aos filhos sob sua guarda, os conceitos de respeito, educação, enfim, princípios da vida em sociedade e aqueles que conduzem o menor a uma vida digna.

Muitas vezes os pais, tentam, por diversas motivações, obter a guarda dos filhos, alguns deles com toda razão; outros apenas, em retaliação para com o ex-cônjuge, por não terem, ainda, superado a separação, ou por terem sido traídos. Na maioria das vezes, pelo simples prazer da vingança contra o ex-cônjuge. Qualquer que seja a ação, a briga entre o ex-casal faz uma vítima principal: os próprios filhos, que, durante o processo recebem um verdadeiro bombardeio de entrevistas com psicólogos, peritos do Juízo e assistentes técnicos das partes, deixando os pobres infantes inteiramente confusos sobre a situação.

Em muitas situações há clara e espontânea preferência às mães, e às vezes chegam a ponto de ir contra o próprio pai, que não tendo muitos argumentos a seu favor que justifiquem uma troca de guarda, tentam seduzir a criança com bens materiais para convencê-los.

As vezes tentam expor as crianças à oitiva em juízo, expondo-os por demais a uma situação constrangedora e traumática, mas os Juízes devem

identificar essas investidas e deixar claro que não é o menor quem vai escolher com quem ficar, mas sim, aquele que melhor atender aos interesses daquele. Inteligentemente, a tendência é de manter os irmãos na medida do possível, pois mais saudável para eles.

Juridicamente, deixa de concorrer à guarda do filho aquele que cometeu uma falta muito grave em sua vida pessoal, fazendo com que não reúna as condições necessárias em prover os infantes com uma educação sadia.

A matéria é complexa, delicada e muito importante, merece, assim, atenção muito especial dos aplicadores do direito, para que possam conduzir a solução do problema de forma que preserve ao máximo as crianças, que nada tem com as diferenças dos pais, mas, infelizmente, ainda são as que mais sofrem.

Como se pôde observar, todas as modalidades de guarda apresentadas elencaram um rol de vantagens e desvantagens. Não há, então, uma fórmula matemática, ou uma regra geral sobre qual é a melhor delas.

O que se objetiva com este estudo é minorar os efeitos desastrosos da separação para os filhos e, equilibrá-los emocionalmente.

Reconhece-se que a melhor cooperação entre os pais alcança mais facilmente o sucesso entre as finalidades do estudo. Considerando as vantagens e desvantagens ditas no decorrer do trabalho, deve ser aplicada, após análise específica do caso concreto, aquela que assegura o direito dos menores a proteção integral.

BIBLIOGRAFIA

BOSCHI, Fabio Bauab. **Direito de Visita**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Código Civil. Organização dos textos, notas remissas e índices por Yussef Said Cahali. 6º ed. São Paulo: RT, 2004.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 / Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo: Saraiva, 2004

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10º ed. São Paulo: RT, 2002.

DIAS, Maria Berenice; GARCIA, Rodrigo da Cunha (Coords); LOBO, Luiz Netto; CAHALI, Francisco José. **Direito da Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Brasileiro: Direito da Família**. 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANÇA, Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva.1977. 29v.

FREITAS, Douglas Philips (Org.). **Curso de Direito de Família**. Florianópolis: Voxlegem, 2004.

GOMES, Orlando. **Direito da Família**. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. 1º ed. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva LTDA, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Família Monoparentais**. 2º ed. São Paulo: RT, 2003

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituição de Direito Civil: Direito da Família**. 14º ed . Rio de Janeiro: Forense, 2004. 5v.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito da Família**. 27º ed. São Paulo: Saraiva 2002.6v.

SOARES, Orlando. **União Estável**. Rio de Janeiro: Forense, 1999

SOTTO MAYOR, Maria Clara. **Regulação do Exercício do Poder Parental nos casos de divórcio**. 2ºed. Coimbra: Almedina, 1998.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda dos Filhos**. São Paulo: LTr, 1998
VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito da Família**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2003.