



BÁRBARA FERREIRA E SANTOS

GUARDA COMPARTILHADA

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

Orientanda (o): Bárbara Ferreira e Santos

Orientador (a): Mauricio Dorácio Mendes

ASSIS/SP

2017

GUARDA COMPARTILHADA**BÁRBARA FERREIRA E SANTOS**

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

ASSIS/SP**2017**

FICHA CATALOGRÁFICA

S237g SANTOS, Bárbara Ferreira e Santos
Guarda compartilhada / Bárbara Ferreira e Santos.--
Assis, 2017.

28p.

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

Orientador: Esp. Maurício Dorácio Mendes

1.Guarda compartilhada 2.Filhos-guarda 3.Direito de
família

CDD 342.163

SUMÁRIO

Introdução	08
Capítulo I	09
1. Conceito e Definição de Guarda Compartilhada	09
1.1 História da Guarda Compartilhada no Brasil	09
1.2 Critérios de determinação de Guarda no atual Código Civil.....	10
1.3 A situação do menor referente ao rompimento da relação matrimonial de seus pais	11
Capítulo II	13
2. Aspectos fundamentais acerca do Poder de Família	13
2.1 A evolução histórica do Poder de Família	13
2.2 Dos Direitos do Filho	15
2.3 Deveres dos Pais	16
Capítulo III	20
3. A mediação como base ao ordenamento da Guarda Compartilhada	20
Capítulo IV	22
4. O Estatuto da Criança e do Adolescente em relação a Guarda Compartilhada	22
Considerações Finais	24
Referências Bibliográficas	26
Referências Eletrônica	28

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho á minha família, em especial à minha mãe e meu pai que permitiram o meu êxito em mais esta etapa, a minha irmã Victória e melhor amiga, pelo carinho e companheirismo em todos os momentos, aos meus professores, que serviram de inspiração pessoal e intelectual e ao meu noivo Weslei, pela paciência, amor e apoio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado saúde, paz e que permitiu a realização do meu sonho, em me graduar em Direito.

Ao meu pai, pelo apoio durante esses cinco anos, pelas broncas (que não foram poucas, risos), que ajudaram no meu crescimento pessoal e por ser essencial em minha vida, e por sempre me ajudar em tudo que preciso.

A minha mãe que me aconselhou desde o primeiro ano de faculdade (mandando fazer os resumos das aulas, risos), passando-me otimismo e esperança para nunca perder minha fé, e tenho certeza que estará sempre comigo.

A minha irmã que, esteve o tempo todo do meu lado.

A minha tia Ester, que é minha segunda mãe, e que me apoiou todos esses anos, sempre torcendo por mim, e intercedendo em suas orações.

À minha avó que tem um significado muito importante em minha vida, apesar de estar debilitada com a doença Alzheimer, fez com que eu sempre acreditasse em meus sonhos.

Ao meu noivo Wesley, pelos conselhos e pela força.

Às minhas amigas Ana Laura, Giovana, Jordana, e Carol, porque estiveram juntas sempre, chorando e rindo, uma consolando a outra nos momentos em que mais precisamos.

A todos que direto e indiretamente, contribuíram com a realização desse trabalho.

RESUMO

A presente monografia tende a demonstrar os aspectos inerentes a Guarda Compartilhada frente ao ordenamento jurídico, inclusive as consequências

jurídicas e psicológicas que vem ocasionando uma série de discussões quanto á sua compreensão, seus benefícios, e principalmente quanto á sua aplicabilidade. Trata-se de um tema ainda muito recente, mas muito utilizada pelos seus genitores comparando-a com o instituto da guarda unilateral, quando do término das relações conjugais. Tem como propósito estabelecer interesses das crianças e adolescentes, o qual é de extrema importância para relação afetiva entre os familiares. O objetivo é demonstrar que apesar do rompimento da relação conjugal, ainda há vínculo entre os pais e filhos, de modo que os laços afetivos não se comprometam, de maneira essencial para que se possa ter pleno desenvolvimento favorável nas questões psíquicas, religiosas, educacional, moral e tendo portanto a presença dos respectivos pais.

Palavra-chave: Guarda Compartilhada, Poder Familiar e Menor.

ABSTRACT

This monograph tends to demonstrate the aspects inherent to Shared Guard in relation to the legal order, including the juridical and psychological

consequences that has been causing a series of discussions about its comprehension, its benefits, and mainly its applicability. It is a very recent theme, but much used by its parents, comparing it with the institute of unilateral guard, at the end of marital relations. Its purpose is to establish the interests of children and adolescents, which is extremely important for the affective relationship between the family members. The objective is to show that despite the breakup of the conjugal relationship, there is still a bond between the parents and children, so that the affective bonds do not compromise, in an essential way so that one can have full development favorable in the psychic, religious, educational, Moral and therefore having the presence of their parents.

Keyword: Shared Guard, Family Power and Minor.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar os aspectos inerentes a Guarda Compartilhada frente ao ordenamento jurídico, que teve como origem a necessidade de solucionar o problema de convivência entre os genitores.

O estudo que se apresenta tem como finalidade investigar o caráter acadêmico-científico do instituto da Guarda Compartilhada desde a sua origem até a atualidade.

A importância desse tema se justifica devido a constantes transformações ocorridas na sociedade, principalmente na relação familiar, entre pais e filhos, após o rompimento dos laços conjugais. O genitor que não possuía a guarda do filho, acabava se afastando, ocasionando a ruptura do vínculo familiar, acarretando em problemas psicológicos e desajustes na personalidade do menor. Os efeitos psicológicos negativos, também se faziam presentes nos genitores, em detrimento das frustrações, das decepções e o sentimento de culpa em relação ao término do matrimônio.

A Guarda Compartilhada tem como finalidade favorecer os interesses da criança e do adolescente, diminuindo os aspectos causados pela separação dos seus pais. O novo modelo busca atingir esse objetivo possibilitar o cumprimento dos direitos inerentes a condição de pessoa em desenvolvimento, em particular a participação dos pais no seu cotidiano.

No campo doutrinário, são poucas as obras dedicadas ao tema em análise, embora tenha ocorrido um aumento significativo nas publicações a respeito do assunto. Uma das causas dessa ausência, está no fato de que no Brasil a Guarda Compartilha ainda não havia sido regulamentada. Portanto, a produção científica sobre o tema colaborará para a ampliação do seu campo de conhecimento tornado mais concreta sua aceitação, quanto no âmbito social quanto no meio jurídico.

CAPÍTULO I

1. CONCEITO E DEFINIÇÃO DE GUARDA

1.1 História da Guarda Compartilhada no Brasil

Antes de adentrarmos na Guarda Compartilhada especificamente, devemos relatar que o caminho percorrido até que se percebesse a necessidade de mudanças ao longo da relação familiar, buscando entender o porque desse modelo de guarda ao longo dos anos. Vale destacar que a sociedade passou por constantes mudanças em relação ao desenvolvimento familiar como forma de melhorar a relação entre os pais e filhos.

Assim, não houve ainda um processo satisfatório, apesar da questão da guarda ter se modificado bastante. Inicialmente a guarda pertencia única e exclusivamente ao pai, pois os filhos eram tidos como posse deles, recebendo educação escolar e religiosa, em troca de serviços trocados no campo. Em casos de separação, os pais tinham a preferência na guarda dos filhos, pois tinham melhores condições de sustentá-los. (GRISARD, Waldyr, 2002, p.112).

Antes da Revolução Industrial era o pai encarregado de cuidar dos filhos em sua educação escolar, criação e segmento religioso. Por ter o pai melhor situação para sustentar os infantes, este ficava com a guarda, vez que era da sua propriedade a filiação. (SILVA, Ana Maria, 2006, p.88).

Através da Revolução Industrial a responsabilidade da criação dos filhos passa a ser da mulher, pois o homem deixa o trabalho no campo e desloca-se para as fábricas. Surgiu daí a ideia de o papel da mulher era de supri a falta do pai e dedicando-se totalmente ao lar, na criação, formação e educação de seus filhos.

Pode ressaltar que a Guarda Compartilhada surgiu como uma forma de se adequar a novas situações, propondo a participação de ambos os pais no exercício do poder familiar. Assim, tem por finalidade o instituto da Guarda Compartilhada, não somente o direito do filho a convivência assídua com o pai, assegurando-lhe 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. (GONÇALVES, Denise, 2002, p.44-54).

Ana Maria Milano Silva destaca-se:

A Guarda Compartilhada surgiu na Inglaterra por volta de 1960, tendo se expandido para a Europa e depois para o Canadá e os EUA com a árdua tarefa de reequilibrar os papéis parentais, uma vez que a sociedade encontrava-se insatisfeita com o modo como estava sendo deferida a guarda nos tribunais, possibilitando assim maior contato entre o pai e a mãe e filho, intencionado dirimir as malecias que a guarda única provoca para os cônjuges e seus filhos. (Silva, Ana Maria, 2006, p.88)

Diante disso, pode-se observar que as mudanças ocorridas na realidade social, atingiram o Direito como um todo e o Direito Civil particular, onde ocorre a busca pela igualdade entre o homem e a mulher, já que o sustento da família se dá através da obrigação dos dois.

1.2 Critérios de determinação de Guarda no atual Código Civil

Em primeiro momento o judiciário interfere com a intenção de amenizar a dolorosa separação dos pais, com a expectativa de reverter à crise familiar.

Enquanto a família está unida é mais fácil tomar decisões referentes à criança, posteriormente, ou seja, quando ocorre um rompimento conjugal os pais acabam se priorizando, pensam em si e não do que será melhor para o desenvolvimento da criança. Acabam que se envolvendo com o conflito e esqueçam do menos, fato esse que não pode ocorrer. (LEITE, Eduardo, 2003, p. 184).

Com a desunião dos pais surge a problemática da guarda dos filhos, sendo que ou haverá um acordo entre os genitores ou a determinação da guarda será via judicial. (LEITE, Eduardo, 2003, p. 184).

Todavia não dispensa a pesquisa de outros princípios supletórios, idade e sexo, irmãos juntos ou separados, a opinião do menor e o comportamento dos pais.

1.3 A situação do menor referente ao rompimento da relação matrimonial de seus pais.

O conceito de família sempre esteve ligado ao de casamento, sendo quaisquer outros vínculos extramatrimoniais reprovados e punidos por lei. Nesse sentido pregava o Código Civil de 1916, no qual o matrimônio tinha como fundamento a indissolubilidade das uniões.

No entanto, com a criação da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77) foram executadas algumas concessões, o que fez com que motivasse na inclusão da terminologia “separação”, que tinha como forma a sociedade conjugal, mas sem desfazer o vínculo matrimonial, sendo necessário o atendimento de alguns pressupostos e requisitos para que essa separação pudesse ser convertida em divórcio.

Entretanto, com a evolução da jurisprudência no sentido de ser mais flexível quanto à separação, fez com que a Constituição de 1988 institucionalizasse o divórcio direto. Apesar de tal institucionalização, a expressão separação ainda permaneceu, sendo necessária a junção de alguns requisitos para que se pudesse modificar de forma definitiva em divórcio.

Apenas com a Emenda Constitucional 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, fez com que se eliminassem tais requisitos, tornando o divórcio apenas uma manifestação unilateral de vontade.

Para Maria Berenice:

A dissolução do casamento sem a necessidade de implemento de prazos ou identificação de culpados dispõe também de um efeito simbólico: deixa o Estado de imiscuir-se na vida das pessoas, tentando impor a manutenção de vínculos jurídicos quando não mais existem vínculos afetivos. Agora o sistema jurídico conta com uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. O instituto da separação simplesmente desapareceu. (DIAS, Maria Berenice, 2016, p. 305)

Nesse sentido, com a emenda constitucional nº 66 de 2010 houve a dissolução do matrimônio pelo divórcio de maneira mais fácil, de modo que existisse apenas a manifestação da vontade, sem a necessidade de cumprimento de prazos ou outros requisitos, tornando possível iniciar de maneira eficaz o processo do divórcio.

Com o fim do divórcio, há a extinção de muitos deveres entres os cônjuges, embora haja essa extinção de deveres inerentes ao matrimônio, ainda

permanece eterno os deveres e obrigações para com seus filhos menores e comuns, de modo que estes têm o compromisso legal, ético e moral de assegurar o sustento, guarda e educação dos filhos.

CAPÍTULO II

2. ASPECTOS FUNDAMENTAIS ACERCA DO PODER DE FAMÍLIA

2.1 A evolução histórica do poder de família

O conceito e a extensão das famílias se alteraram com grande frequência.

Conforme leciona Silvio Venosa, os traços históricos mostram que antigamente o grupo familiar não se limitava em relações individuais, visto que as relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo, desta forma, ficava evidente o desconhecimento do pai biológico dos filhos gerados no ventre das mulheres da tribo. Desta forma, a criança passava todo o tempo com a mãe que a alimentava e educava. Posteriormente, na vida primitiva, a falta de mulheres e o excesso de guerra, deixavam os homens com extrema carência sexual, o que os faziam buscar relações com mulheres de outras tribos. A partir daí, o homem começa a buscar a individualização e a exclusividade nas relações, nascendo a monogamia e com ela o exercício do poder paterno. (VENOSA, Silvio de Salvo, 2002, p. 17-19).

Havia uma divisão entre os deveres da mãe e os deveres dos pais. A mãe, via de regra, ficava com a guarda e o pai com o dever de fiscalização e o direito de visitas. Cabia a mulher dar afeto e amor e ao pai cabia a função de autoridade. Essas funções eram separadas conforme o sexo biológico dos pais, o que não acontece atualmente, visto que essas funções passaram a ser complementares. (BARBOSA, Aguida, 2008, p. 29).

O Poder de família é um dos ramos mais antigos do direito e visava o exclusivo interesse do chefe da família. Teve sua origem na Roma Antiga, onde a lei permitia ao pai vender ou até mesmo tirar a vida de seu filho, inclusive dispor de sua mulher quando entendesse conveniente, pois sobre eles tinha o poder de venda ou de morte. (CICCO, Cláudio, 1993, p. 21)

A lei das XII Tábuas faz referencia ao pátrio poder:

“TÁBUA QUARTA: Do pátrio poder e do casamento. 1 - É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos. 2 – O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legitimo o direito de vida e de morte e o poder de vende-los. 3 – Se o pai vender o filho três vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno. 4 – Se um filho póstumo nascer até o décimo

mês após a dissolução do matrimônio, que esse filho seja reputado ilegítimo (...). (CICCO, Cláudio, 1993, p. 22).

É sabido que o poder familiar antigamente era exercido somente pelo pai.

Com as mudanças ocorridas no direito de família o “pater poder” passou a ser chamado de “poder familiar”, em razão da igualdade constitucional entre o homem e a mulher. Esse instituto teve diversas mudanças com o decorrer da história. O Código Civil de 2002 dispõe no artigo 1.630: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. (VENOSA, Silvio de Salvo. 2005, p. 353).

Entende-se que ao atingir a maioridade, o pai é destituído desse poder, o que não significa que deva abandonar ou deixar de prover assistência material ou imaterial.

Mesmo com toda essa evolução na formação de novas gerações, não se desvincula o poder dos pais para a condução dos filhos. (RIZZARDO, ARNALDO, 2006, p. 599-600).

Maria Helena Diniz confirma que o poder de família é irrenunciável, pois incumbe aos pais esse poder-dever, inalienável, tanto a título gratuito quanto a título oneroso, cabendo uma exceção no ordenamento jurídico que diz respeito a delegação do poder familiar por desejo dos pais ou responsável e continua:

“É imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo; somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei.

É incompatível com a tutela, não se pode, portanto, nomear tutor a menor, cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar.

Conserva, ainda, a natureza de uma relação de autoridade por haver um vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm o poder de mando e a prole, o dever de obediência (CC, art.1.634, VII). (DINIZ, Maria Helena, 2002, p. 448-449).

O poder do pai passou a ser um poder-dever de ambos os genitores. Sendo vedada a sua disponibilidade ou renúncia, exceto se houver a destituição do poder familiar.

Silvio Rodrigues assevera que o poder de família como “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”. (RODRIGUES, Silvio *apud* COMEL, Denise Damo, 2003, p. 64).

Nem a Constituição Federal nem mesmo as leis infraconstitucionais conceituaram o poder familiar. O Código Civil de 2.002 seguiu os moldes do Código Civil de 1.916 e trouxe apenas aspectos específicos a respeito desse instituto, regulando quem são os titulares, a quem compete, como se extingue, dentre outros. Da mesma forma se encontra o Estatuto da Criança e do Adolescente. (COMEL, Denise, 2003, p. 64).

Se for verificado a incompatibilidade no comportamento do pai, tal como o abuso de poder, ele pode perder o poder da família, deve-se verificar se os mesmos estão agindo de acordo com o interesse do menor.

2.2 Dos Direitos dos Filhos

O direito dos filhos está intimamente ligado aos deveres dos pais, pois um é consequência do outro.

Com o transcorrer do tempo a criança passou a ser considerada sujeito de direitos através do Estatuto da Criança e do Adolescente, implantado pela Lei Federal nº 8.069 de 1990 em consonância com o artigo 227 da Constituição Federal de 1.988 e a Convenção dos Direitos da Criança. (BARBOSA, Aguida, 2008, p. 29-30).

O entendimento vigente é o da proteção total da criança e do adolescente, porém, não quer dizer que o interesse da criança está acima do interesse dos pais, visto que cada membro da entidade familiar tem uma função complementar.

A Constituição Federal de 1988 impõe à família, à sociedade e ao Estado a proteção à criança e define:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

O direitos inerentes as crianças devem ser respeitados pela família, e assegurados pela sociedade e pelo Estado.

O art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta entre os direitos fundamentais dos menores o seu desenvolvimento sadio e harmonioso, bem com o direito de serem criados e educados no seio de sua família. Após o longo estudo realizado sobre o psiquismo humano pode se verificar que a convivência dos filhos com os pais não é direito e sim dever, “não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo”. Visto que o distanciamentos dos pais e filhos produz sentimentos de ordem negativa no desenvolvimento dos menores. (DIAS, Maria Berenice, 2009, p. 415).

Diante disso, o texto deve ser interpretado levando-se em conta o interesse do menor, que em todos os casos deve sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, com a destinação social da lei e o respeito à condição específica da criança e do adolescente.

Ao disciplinar os direitos relativos aos menores, o legislador teve a intenção de proteger utilizando-se do direito, se necessário, de forma peculiar da análise dos dispositivos e da matéria que deverão ser aplicadas. Essa proteção integral é necessária, pois está lidando com uma pessoa sem maturidade, em fase de desenvolvimento, e todos os cuidados devem ser tomados tendo em vista a melhor aplicação do direito.

2.3 Deveres dos Pais

A relação materna e paterna são essenciais para a formação do sujeito, é importante ter influências diferentes para o desenvolvimento psicológico. Levando-se em conta materna e paterna, independente de serem pais biológicos.

Entre os inúmeros deveres do poder de família, é de extrema importância que os pais tenham a companhia de seus filhos, dando a eles a direção, criação e educação, e esses deveres compete aos cônjuges em comum, mesmo que separados. Quando houver a separação, será estabelecido a um dos cônjuges a guarda limitando ao outro a sua companhia, tendo assim, somente direito de visitas (Art. 1.589 CC). (DIAS, Maria Berenice, 2009, p. 415).

Os pais possuem inúmeros encargos quanto à pessoa do filho, o artigo 1634 do CC/02 elenca uma série de obrigações (rol exemplificativo).

“Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis 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 lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.” (Vade Mecum Saraiva, 2006, p. 289-290)

Das atribuições impostas aos pais através dos incisos do artigo 1.634 do Código Civil de 2002, entende-se que a incumbência de criar e educar os filhos é a mais importante e essencial para definir futuramente o sucesso ou insucesso deles. (RIZZARDO, ARNALDO, 2006, p. 606-607).

Em sentido amplo, “criar”, significa cultivar, educar, fazer crescer, promover o crescimento, em sentido jurídico, o dever de criar implica em assegurar aos filhos todos os direitos fundamentais à pessoa humana, é garantir o bem-estar físico do filho, o que inclui sustento alimentar, cuidado com a saúde e tudo o que for necessário para a sobrevivência. (COMEL, Denise, 2003, p. 98).

Leonardo Castro discorre “a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança”.

A educação acontece em dois planos: o informal e o formal. Informalmente dizendo, a educação acontece mediante a atuação direta dos pais na vida dos filhos, em contato direto com eles, essa maneira de educar é de extrema importância, pois é determinante ao desenvolvimento da personalidade. É uma forma de passar aos filhos os valores importantes que se tem, é revestido de afeto e emoção, que só podem ser demonstrados com a convivência espontânea com o filho. Ajudando-os a amadurecer e aprimorar sua personalidade. A educação formal consiste na escolaridade realizada nos estabelecimentos de ensino, é direito garantido por lei, bem como o acesso a escola pública. Nesse sentido, a função dos

pais consiste na escolha do estabelecimento escolar, no ato de matriculá-lo e acompanhá-lo durante o aprendizado. (COMEL, Denise, 2003, p. 103-104).

É importante a participação dos pais no processo de educação do qual o filho está sujeito, não devendo ser somente papel dos educadores.

O direito de educar vem ligado ao direito de corrigir. Durante a tarefa educacional os pais podem encontrar resistência com relação a forma disciplinar empreendida, sendo assim, é necessário uma continua correção, impondo ao filho limites necessários. No entanto, existe a possibilidade de os pais castigarem o filho na tentativa de corrigi-los, mas entende-se que tudo que possa ofender a integridade física ou mental do filho é caracterizado como castigo imoderado, não podendo ser aplicado, sob pena da destituição do poder familiar. (LÔBO NETO, Paulo, 2002, p. 153).

Ter o filho em companhia é função essencial do poder de família e não significa apenas morar com o filho, é importante uma convivência continua e permanente, estabelecendo assim maior proximidade com grande troca de experiências, sentimentos e informações, bem como protegê-lo dos perigos a que ficam expostos. (COMEL, Denise, 2003, p. 110-111).

A permanência na companhia dos pais denota a ideia de atenção, afeto e confiança.

O inciso III do art. 1.634 do Código Civil de 2002 está intimamente ligado ao artigo 1.517 do mesmo código, que diz que “o homem e a mulher com 16 anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingirem a maioridade civil”. Faz parte do dever de representação e assistência do filho o dever de conceder ou negar o consentimento para o casamento.

O ato de representar ou assistir os filhos na vida civil está atribuído a qualquer um dos genitores, visto que o menor é capaz de ter direitos e não de exercê-los, dependendo dessa forma de seus progenitores. A obediência e o respeito correspondem a condutas de grande importância na vida familiar e cada vez mais vem perdendo força no seio familiar, visto que exigir o respeito e obediência está em crise. (RIZZARDO, ARNALDO, 2006, p. 606-607).

O poder de família não se limita aos incisos do artigo 1.634 do Código Civil, que abordam a criação, educação, assistência, representação, dentre outros. Esse poder deve ser compreendido como a obrigação dos pais de dar aos

filhos atenção, afeto e amor, contribuindo dessa forma, para o desenvolvimento de sua personalidade.

CAPÍTULO III

3. A MEDIAÇÃO COMO BASE AO ORDENAMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA.

A guarda compartilhada é um tanto quanto recente em nosso ordenamento jurídico, pois esse acontecimento nos deixa dúvidas, tanto para os operadores de direito quanto para os que fazem parte do processo.

Na Vara da Família os assuntos tratados nas audiências de mediações são referente a pensão alimentícia, a relação entre os filhos e os pais e os assuntos relacionados ao menor.

Já Nazareth (2004c) conceitua a mediação como:

Um método de condução de conflitos, voluntário e sigiloso, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo. (*apud* por Maria Perissini da Silva, 2004, p. 42).

Devido á mudança decorrida do término da relação matrimonial, os ex- cônjuges disputam pela guarda dos filhos menores justamente com a finalidade de atingir um ao outro. Com essas desavenças que decorrem das mágoas pendentes da ruptura conjugal, acaba não somente prejudicando o convívio familiar, como também recai exclusivamente sobre os filhos.

É nesse momento que acarreta a intervenção do mediador judicial, que facilita a comunicação entre as partes, dando sugestões, esclarecendo dúvidas quanto ao compartilhamento da guarda.

As dúvidas mais freqüentes que surgem nas audiências das Varas da Família e Sucessões de mediação são relacionadas aos alimentos, onde as partes acreditam que sendo uma guarda “compartilhada” haveria extinção da obrigação alimentar, na qual é um equívoco muito comum.

Vale-se destacar que com a aplicação do instituto, a prestação alimentar por parte de um ou de outro se configura de maneira igual àquela atribuída a guarda unilateral.

Os mediadores judiciais, faz-se presente com a finalidade de apresentar as partes as características do instituto. Estes profissionais exercem a função por meio do CEJUSC (Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), órgãos estes com a finalidade de proporcionar um ambiente neutro, no

qual os litigantes têm a oportunidade de conversar frente à frente para negociar e chegar a um acordo que seja benéfico à ambos.

Posto isso, o mediador será um terceiro imparcial e treinado para aplicar os métodos consensuais de solução de conflitos. Outro ponto comum é a referência de lar, ou seja, a residência fixa do menor.

O que ocorre é que a residência do menor será fixada geralmente na casa do genitor que atenda aos seus interesses e não aos interesses dos pais.

Dessa forma a figura do mediador é importante, pois ele tentará com as técnicas de mediação, facilitar e conduzir o diálogo entre as partes, a fim de fazer com que os pais tenham consciência da importância do crescimento psicológico, físico e educacional de seus filhos.

CAPÍTULO IV

4. O Estatuto da Criança e do Adolescente em relação a Guarda Compartilhada.

Conforme preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente - E.C.A., a guarda é uma das medidas específicas de proteção, que pode ser invocada para assegurar o direito à convivência familiar, sem implicar destituição do poder familiar. É a medida adequada quando é possível manter os vínculos entre a criança ou o adolescente e sua família de origem. Segundo afirma a Assessoria Psicossocial do Poder Judiciário de Santa Catarina: "A guarda exclusiva ou individual adotada na legislação brasileira é a custódia concedida a um dos genitores, sendo que à parte não-guardiã cabe o direito de visita. Segundo pesquisas, 80% da guarda das crianças é concedida à figura materna. O genitor(a) que possui a guarda do filho tem o direito e o dever de tomar decisões sobre a saúde e a educação da criança" (DAL-BÓ; COSTA; LEEPKLALN, 2001).

O pedido de guarda dos filhos ocorre quando há um rompimento da sociedade conjugal que, em caso de divergência, será concedida mediante decisão Judicial sentenciada pelo Juiz da Vara de Família, determinando a um dos cônjuges a responsabilidade sobre a(s) criança(s). A guarda é um dos principais e mais delicados aspectos da separação de casais. Segundo Venosa: "O divórcio deve ser visto tendo em mira, não o passado, mas o futuro dos cônjuges separados, para os quais subsistem deveres de assistência moral e econômica, mormente em relação aos filhos menores" (VENOSA, 2003, p. 207-208).

As regras da guarda compartilhada estão diretamente ligadas ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante a criança o direito da convivência familiar.

Nos dias atuais, a guarda é configurada a quem melhor atender as necessidades da criança, e mesmo sem a guarda legal, o outro continua com o poder familiar e o dever de contribuir com os interesses da criança.

Conforme discorre o art. 1.632 do novo Código Civil, 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.

Vale destacar que durante a fase da separação, os pais "usam" seus filhos como instrumentos de pressão, que são utilizados no momento da "guerra

familiar”. Contudo os filhos são manipulados com o propósito de ferir, magoar, e vingar-se um do outro.

Nesse período de brigas e discussões, a formação dessa criança durante a separação dos pais, podem acarretar danos irreparáveis, na educação, na saúde, e no desenvolvimento do menor. Entretanto os filhos necessitam da presença dos pais e para exercer a guarda, o requerente deve residir no mesmo domicílio que a criança e, conseqüentemente exercer as funções atribuídas como assistência, criação e educação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho proporcionou um importante e efetivo aprendizado em relação aos conflitos existentes acerca do tema. É claro que não foi possível abranger todos os pontos relacionados ao assunto, mas por outro lado há questões relativas ao Instituto da Guarda Compartilhada, tornaram-se claras, e de fácil entendimento.

Partindo do pressuposto que deve ser destacado que foram as mudanças significativas que ocorreram no ambiente familiar durante os últimos anos.

Pode-se perceber que os desentendimentos e rupturas dos casais, cresce de maneira absurda e assustadora, surgindo assim os maiores problemas familiar. Com o término da relação conjugal, a estrutura do lar fica abalada, atingindo a parte mais fraca que são os filhos, muitos deles acabam sofrendo um impacto muito grande em relação ao seu estado psicológico, quando seus pais decidem se separar.

Surge um grande problema, com quem os filhos irão ficar? Pois mesmo que o cônjuge continue sendo responsável em prover os alimentos e tivesse direito as visitas, essa relação acaba por ser diversa da que os filhos tinham antes desse término. Diante desses fatos os pais acabam brigando pela guarda dos seus filhos, e os filhos entram em conflito interior, pois desejavam continuar vivendo com os pais em harmonia de um lar duradouro.

Há pouco tempo atrás, os meios de guarda regulamentados pela legislação brasileira não atingissem seu maior objetivo, na qual seria o interesse do menor.

Com o interesse de solucionar esses problemas foi que surgiu esse modelo chamado de “Guarda Compartilhada”, onde os genitores, após o término da relação conjugal continuassem a conviver com seus filhos, com as mesmas responsabilidades anteriores da ruptura. Priorizando-se assim os interesses dos filhos.

Recentemente promulgada através da Lei n. 11.698/08, veio formalizar essa modalidade de guarda, tendo assim como objetivo criar vínculos familiares existentes entre pais e filhos, na cooperação dos genitores em relação aos menores.

Para o sucesso da Guarda Compartilhada, é necessário que os ex-conjuges mantenham um relacionamento amigável, baseado no diálogo, no respeito, na confiança, na amizade, tendo em vista que necessitam de manter esse contato para suprir as necessidades e abarcar suas responsabilidades referentes aos seus filhos.

Sendo assim, deve-se ajustar a guarda ao cônjuge que tiver melhor condições para a criação de seus filhos.

Podemos, concluir, portanto, que o compartilhamento de guarda não é o instituto da guarda alternada, o que comumente se entende. A criança continua com referência de lar. A residência é única, junto ao genitor-guardião que detém a guarda física, sendo este o domicílio civil. A diferença está na guarda legal, jurídica, que se exprime na atribuição conjunta de ambos os genitores para a tomada de decisões a respeito da criança. Nesse ponto é que se sobressai a vantagem da guarda compartilhada sobre a guarda única. (SILVA, Ana Maria Milano, p. 197).

Posto isso, verificamos que o menor precisa ter a presença de seus pais no dia a dia, e é por meio da guarda compartilhada que é a forma que melhor atende os anseios dos menores e é através dessa aproximação entre pais e filhos que ajuda nos ditames constitucionais da criação e educação dos filhos, atendendo também os preceitos contidos no Estatuto da Criança e Adolescente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Águida Arruda et al. **Direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CICCO, Cláudio. **Direito: tradição e modernidade**. São Paulo: Ícone, 1993.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DAL-BÓ Ana M. M.; **COSTA** Flávia N.; **LEPKLALN** Maria I. P.. O serviço social no poder judiciário de Santa Catarina: construindo indicativos/organização da Assessoria Psicossocial. Florianópolis: Divisão de Artes Gráficas, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. revista, atualizada e ampliada: RT, 2016).

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Denise Wilhelm. **Guarda Compartilhada**. Revista Jurídica, São Paulo, v.50, n°299, set 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental**. 2.ed. revista, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2.ed. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO NETO, Paulo Luiz. **Direito de família e o novo código civil: do poder de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NAZARETH (2004c) (*apud* por Maria Perissini da Silva, Denise. **Mediação e Guarda Compartilhada**.ed. Jaruá; pg. 42).

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio *apud* COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Ana Maria Milano, **Guarda Compartilhada**. 2.ed, São Paulo: LED, 2006.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre a Guarda Compartilhada**. Ver.Atualiz. 3ª ed. Ed. Mizuno. pg. 197.

Vade Mecum Saraiva. **Código civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. São Paulo: Atlas, 2003

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2005.

REFERÊNCIA ELETRÔNICA

CASTRO, Leonardo. Disponível em:

<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=10696>. Acesso em: 26 de julho de 2017.