

Reflexões sobre a guarda compartilhada à luz do Direito Comparado

06/08/2017



Desde os primórdios, os povos civilizados se interessam por leis de

outras plagas que hajam adquirido uma certa importância, bastando lembrar o exemplo, na Roma Antiga, da Lei das XII Tábuas, inspirada em princípios de origem grega. Muito embora o Direito Comparado, como disciplina jurídica, seja relativamente recente, surgindo no Brasil em 1891, quando foram criadas, nas Faculdades de São Paulo, Olinda e Rio de Janeiro, as cadeiras de Legislação Comparada, regidas, respectivamente, por João Monteiro, Clóvis Beviláqua e Cândido de Oliveira.

A análise comparativa do Direito de Família em outros países constitui manancial de importantes subsídios para melhor compreensão e necessário aprimoramento do Direito de Família brasileiro. Mesmo porque o nosso sistema jurídico, com todo o seu passado colonial ibérico, é, e sempre foi, permeável a conceitos e ideias jurídicas estrangeiras. Já nos ensinava Pontes de Miranda não ser possível julgar, com independência e solidez de julgamento, o direito de um povo, sem conferi-lo com o que se assentou em outras culturas^[1].

Imprescindível, para fazer a comparação com manifestações jurídicas paralelas, além do acesso à literatura alienígena especializada, em suas fontes originais, a participação em congressos e seminários internacionais.

Recentemente tivemos a oportunidade de participar do XVI Congresso Internacional da ISFL (International Society of Family Law), que ocorreu entre 25 e 29 de julho em Amsterdam. Foi uma experiência gratificante e instigante. Aprendemos muito sobre as práticas de outros povos e também discorremos sobre o Direito de Família no Brasil, tido como um dos mais avançados no mundo e, por isso mesmo, fonte de interesse e curiosidade.

A evolução do conceito de família, nos sistemas jurídicos contemporâneos, foi objeto de aprofundados debates. Será que as mudanças operadas no Direito de Família refletem, adequadamente, a realidade das novas famílias ou, na verdade, estão apenas impondo e promovendo ideologias? Muito interessante o pluralismo de ideias que exsurge em eventos como esse. Para Lynn Wardle, da Brigham Young University dos Estados Unidos, existiria um

conflito entre ideologias e realidade e muitas modificações no Direito de Família têm servido ao propósito de “canibalizar” instituições seculares.

O que nos fez lembrar dos traumas sofridos pelo ordenamento jurídico brasileiro com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), que canibalizou e deformou o sistema de incapacidades do Código Civil, e com a equiparação entre união estável e casamento, que desconfigurou a convivência como união fática e informal, derogando a liberdade individual e a autonomia privada na escolha dos arranjos familiares.

De qualquer forma, foi reconfortante constatar que os mesmos dilemas e paradoxos que enfrentamos no Brasil são vivenciados em outros países.

Entre as muitas discussões travadas naquele congresso cabe destacar a exposição de Patrick Parkinson, da Universidade de Sydney, na Austrália, abordando a questão central que envolve a guarda dos filhos após o divórcio — ou seja, a concretização do melhor interesse da criança no âmbito da divisão dos períodos de convivência entre os pais.

Parkinson iniciou sua exposição pelo que chamou de primeira revolução do divórcio, na década de 1970, sinalizada pela promessa de autonomia e pela crença de que as legislações divorcistas teriam por objetivo primordial possibilitar aos divorciados recomeçarem uma nova vida e formarem novos relacionamentos, livres da interferência do ex-cônjuge ou do Poder Judiciário, na linha de que o divórcio dissolve o casamento e a família anterior.

Porém essa concepção foi superada pela segunda revolução do divórcio, marcada agora não mais pela busca de liberdade e autonomia, mas, sim, por assegurar a continuidade dos vínculos familiares precedentes, por intermédio dos filhos, de modo que o divórcio deixa de representar o fim de um relacionamento para se transformar em fonte geratriz de um novo relacionamento reestruturado, que continua a existir pelo envolvimento de ambos os pais na vida dos filhos, na máxima extensão possível para a concreção do seu desenvolvimento e realização de seu melhor interesse.

No estudo comparativo com a nossa legislação, e comprovando que estamos inseridos nessa segunda revolução, podemos ressaltar toda a legislação infraconstitucional que prioriza a proteção da criança e do adolescente e reforça a ideia da indissolubilidade da parentalidade pelo divórcio, que mantém intactos todos os poderes e deveres inerentes ao poder familiar.

A conjuntura atual, ressaltou Patrick Parkinson, tem como característica o quase desaparecimento da guarda unilateral, afastando dos filhos a diabólica escolha entre o pai e a mãe, na consolidação de uma nova realidade que se faz presente na maioria dos países ocidentais, podendo-se mencionar, no âmbito normativo, a chamada lei da guarda compartilhada no Brasil, *The Children Act* na Inglaterra, o princípio da coparentalidade na França e normas semelhantes nos Estados Unidos, na Alemanha e na Austrália.

Cenário que nos permite vaticinar e antever um futuro próximo em que a coparentalidade, assim entendida como o exercício conjunto por ambos os pais dos deveres parentais, demandará, outrossim, a custódia física conjunta igualitária, pois a divisão do dever de cuidado exige, cada vez mais, a proximidade daqueles que dividem o exercício dos demais deveres

parentais.

Claro que existem problemas daí decorrentes, como a limitação da autonomia de cada pai no exercício do poder familiar e o custo financeiro maior em se dividir de forma equânime o tempo de convivência, o que Parkinson chamou de “efeitos centrífugos da separação”. Já se pensa, em outros países, até mesmo em estímulos governamentais para que os pais assumam, crescentemente e de forma exponencial, esse comprometimento com a rotina dos filhos, como é o caso de deduções fiscais e adicionais salariais.

É preciso entender as necessidades das crianças. E parar com essa verdadeira guerra de gêneros (*gender war*) que se esconde por trás das disputas entre “guarda compartilhada” e “guarda alternada” no Brasil[2]. Pai e mãe não se podem portar como ganhadores ou perdedores, pois cada um tem contribuições únicas a fazer ao desenvolvimento e à individualidade de seus filhos. A divisão isonômica do tempo assegura o envolvimento de ambos os pais em importantes aspectos (e verdadeiros rituais) da rotina diária dos filhos, incluindo o “pôr para dormir”, o “acordar”, o “levar e buscar na escola” e tudo o mais de que os pais não residentes ficam privados.

E os filhos sentem a falta dessas rotinas. Pesquisas feitas na Austrália e na Nova Zelândia demonstraram que a maioria dos filhos desejava passar mais tempo com o pai não residente. Uma dessas pesquisas, direcionadas a adolescentes, comprovou que jovens submetidos à guarda unilateral (ou mesmo à guarda compartilhada sem divisão de residências) expressaram mais sentimentos de perda do que aqueles que cresceram em lares de custódia conjunta com divisão igualitária do tempo de convivência.

Essa problemática foi a tônica de diversos workshops em Amsterdam. Kirsten Scheiwe, da Universidade Hildesheim, na Alemanha, tratando sobre a moldura normativa da responsabilidade parental, nos fez refletir sobre a importância do cumprimento conjunto dos deveres parentais pelos pais, apontando para a direção de construção de uma coparentalidade efetiva entre ex-cônjuges ou ex-companheiros no contexto de um novo Direito de Família. Ram Rivlin, da Universidade Hebraica de Jerusalém, tratando da responsabilidade parental pós-divórcio, lembrou dos ônus e dos bônus do dever de “cuidar” e externou a preocupação com aquilo que denominou de “enigma da equidade”, no que tange à alocação das responsabilidades parentais.

Em suma: o velho *standard* da guarda unilateral, que se projeta no modelo de guarda compartilhada com residência única, lar de referência, base de moradia ou que expressão se prefira usar, pode ser o mais adequado para algumas crianças, cujo pai ou mãe não esteja em condições de se manter inserido em sua rotina e de fazer uma contribuição positiva efetiva ao seu bem-estar. Mas, mesmo nessas situações, o modelo mostra-se inconsistente com as demandas emocionais de muitas crianças, talvez da maioria delas.

Nesse cenário, torna-se superlativa a função da conciliação e da mediação na solução das disputas que envolvam filhos menores e que deve primar pela reorganização (ou recomposição) da família, doravante sob novo formato — saindo da moldura da conjugalidade para o caixilho da coparentalidade. Idêntico papel cabe às práticas colaborativas (*non-adversarial divorce*

practice) e aos processos restaurativos, como forma de resolução de conflitos e fortalecimento das famílias. A propósito, Sofie Raes, da Universidade de Ghent, nos trouxe, em Amsterdam, a notícia da instalação de câmaras reservadas aos processos consensuais nos tribunais belgas.

Cumpre, enfim, aos conciliadores, mediadores e advogados colaborativos evitar que as disputas entre o ex-casal, notadamente as demandas financeiras, repercutam negativamente nos acordos de guarda e convivência (*Is caring compatible with sharing?*)

Muito mais foi discutido na Vrije Universiteit Amsterdam e muito ainda vai ser escrito sobre esse evento, quer em nossas próximas colunas aqui na **ConJur**, quer pelos brasileiros que lá estiveram, como Giselle Groeninga, José Fernando Simão, Fávio Tartuce, Marcos Catalan, Débora Brandão, Ana Luiza Nevares e tantos outros juristas cujos nomes não cabem neste espaço e aos quais peço desculpas pela involuntária omissão. Foram cerca de 74 workshops, com várias exposições cada, além de 20 aulas (palestras), durante uma semana inteira de congresso. Paro por aqui, para não deixar o leitor sem fôlego.

Finalmente, aos que não dispõem de tempo ou oportunidade para sair do Brasil e participar de eventos internacionais, de 16 a 18 de agosto, em São Paulo, a Associação dos Advogados de São Paulo (Aasp) promove o 3º Congresso Euro-Americano de Direito de Família – Desafios Atuais do Direito de Família pela Ótica Internacional, com expositores de diversos países.

Fica a dica!

[1] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 1.

[2] O que tem levado muitos operadores do Direito ao equívoco de confundir a guarda compartilhada com divisão isonômica de tempo com a guarda alternada.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2017-ago-06/processo-familiar-reflexoes-guarda-compartilhada-luz-direito-comparado/>