

DESVENDANDO OS MITOS SOBRE O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA E CUSTÓDIA FÍSICA DOS FILHOS – ANÁLISE MULTIDISCIPLINAR A PARTIR DOS MODELOS EUROPEU E NORTE-AMERICANO

Júlio César Bernardes¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar os benefícios da custódia física compartilhada dos filhos, pelo mesmo período de tempo, entre os progenitores, após a ruptura do matrimônio ou união de fato. Com apoio em investigações científicas sobre guarda compartilhada e guarda unilateral, identificou-se que a custódia física conjunta dos filhos apresenta melhores resultados. A divisão equilibrada de tempo, para cuidado dos filhos, entre os progenitores logra benefícios, como o fortalecimento do equilíbrio emocional e da autoestima da criança e do adolescente. Para produção do texto, utilizou-se, na fase de investigação e no relatório da pesquisa, o método indutivo.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Custódia física. Criança e adolescente.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo científico tem por objetivo apresentar os benefícios da custódia física compartilhada dos filhos, pelo mesmo período de tempo, entre os progenitores, após a ruptura do matrimônio ou união de fato.

Com apoio em investigações científicas sobre guarda compartilhada e guarda unilateral, identificou-se ter a custódia física conjunta dos filhos melhores resultados.

¹ Juiz de Direito em Braço do Norte/SC. Doutorando do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), em regime de dupla titulação com a Universidade de Alicante – UA/Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Universidade de Alicante – UA/Espanha. Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

Entretanto, ainda existe certa apreensão no cenário forense quanto às vantagens de se optar pela guarda compartilhada com divisão equilibrada de tempo, para cuidado dos filhos, entre os progenitores.

O exercício da guarda conjunta, baseada na presença ativa dos progenitores na vida dos filhos, é direito fundamental da criança e do adolescente. Esse direito consiste na convivência familiar saudável, perpetuada no tempo com o relacionamento equilibrado e permanente com ambos os progenitores. Noutra viés, a participação dos pais em todas as etapas do processo de desenvolvimento da criança configura-se como dever, de criar e educar os filhos.

O suporte teórico a ser exposto, ao final, fornecerá elementos para caracterizar a guarda compartilhada como modelo adequado à efetivação do superior interesse da criança e do adolescente, ressaltando as vantagens da aplicação da custódia física dos filhos de forma conjunta.

Discorre-se inicialmente sobre a aplicação do instituto da guarda compartilhada no cenário brasileiro, delimitando-se seus fundamentos jurídicos e o conceito operacional da categoria “guarda compartilhada”.

No segundo tópico, explana-se sobre a perspectiva histórica da guarda compartilhada no direito comparado europeu e norte-americano, o que é importante para consolidar a argumentação utilizada nesta pesquisa.

No terceiro e último tópico, desenvolve-se a temática dos benefícios da custódia física conjunta dos filhos, após o processo de divórcio ou separação dos pais. Nesta etapa do trabalho, apresentam-se informes científicos, originados em pesquisas de campo, que concluem ser vantajosa a divisão harmônica, entre os pais, do tempo de custódia dos filhos.

Quanto à metodologia, na fase de investigação e no relatório da pesquisa, utilizou-se o método indutivo. Foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

2 A GUARDA COMPARTILHADA NO CENÁRIO BRASILEIRO – AMPLITUDE CONCEITUAL E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Em consonância com os julgados das Cortes brasileiras, a guarda compartilhada prepondera sobre a guarda unilateral, para garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente, cuja proteção absoluta deve ser concretizada pelo Estado, em suas diversas vertentes.

Em tal contexto fático-jurídico, é vedado ao Estado-Juiz, como protagonista da efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas [eficácia horizontal dos direitos fundamentais]², omitir-se no reconhecimento das garantias constitucionais da criança e do adolescente [doutrina da proteção integral, art. 227, caput, da CRFB].

Em outras palavras, a guarda da criança e do adolescente, com suas respectivas obrigações, representa dever imposto a ambos os genitores. Essa imposição, mais que ética, advém do próprio ordenamento jurídico, que penaliza o abandono material e moral [Código Penal, arts. 244 e 246]. Logo, tal dever ultrapassa o direito subjetivo de fiscalizar e zelar pelo desenvolvimento sadio do filho, enquanto menor, nos vários aspectos [saúde, nutrição, educação, lazer, etc.].

De outra banda, a perspectiva de família patriarcal – hoje ultrapassada pelo pós-positivismo jurídico e pelo neoconstitucionalismo³–, a qual concebia o homem como chefe da família e responsável pela proteção e sustento econômico familiar e que considerava a mulher como “do lar” e responsável por educar os filhos, não encontra suporte válido na nova acepção constitucional. O constitucionalismo contemporâneo adotou a dignidade da pessoa humana como vetor, e a doutrina da proteção integral encontra guarida como sustentáculo do Estado Democrático de Direito.

Não há mais suporte fático-jurídico para determinar a permanência de um filho sob a guarda unilateral da progenitora e limitar a convivência familiar do progenitor a encontros

² Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais vide: Sarmento (2006) e Bernardes (2015).

³ Sobre o tema vide: Barroso (2003e) e Carbonell (2007).

quinzenais. A regra, no atual direito civil constitucional⁴, é priorizar o direito da criança e do adolescente de permanecer com os progenitores, desfrutando carinho e atenção de ambos, por tempo igual, respeitadas as limitações de cada genitor.

Na legislação pátria, a guarda compartilhada foi positivada pela Lei n. 11.698, que alterou os arts. 1.583 e 1.584 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), instituindo e disciplinando a guarda compartilhada, bem como seguindo o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça. Posteriormente, a Lei n. 13.058/2014 aprimorou a aplicação do instituto, alterando os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. De acordo com o art. 1.584, §2º, do Código Civil: "quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor" (BRASIL, 2002).

No plano internacional, o fundamento jurídico da guarda compartilhada e custódia física dos filhos encontra aporte nas declarações internacionais tutoras dos direitos fundamentais da criança, firmadas pelos países signatários, entre eles o Brasil.

Como enfatiza o princípio 6º da Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela Resolução da Assembleia Geral n. XIV-1386, de 20.11.1959, "a criança precisa de amor e compreensão para o pleno e harmonioso desenvolvimento da sua personalidade. Na medida do possível, deverá crescer com os cuidados e sob responsabilidade dos seus pais e, em qualquer caso, num ambiente de afeto e segurança moral e material" (ORNANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1959).

A necessidade de a criança conviver com ambos os pais vem manifesta na Declaração dos Direitos da Criança, art. 9º, 3: "os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e

⁴ Sobre o tema vide: Facchini Neto (2012).

contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança"⁵ (ORNANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1959).

É o que dispõe o art. 1.583, §2º, do Código Civil: "na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos" (BRASIL, 2002).

Gómez (2009, p. 10) conceitua a guarda compartilhada como um modelo familiar subsequente ao rompimento matrimonial ou da sociedade de fato que, com fundamento no princípio da corresponsabilidade parental, possibilita a ambos os progenitores participar ativa e equitativamente do cuidado pessoal de seus filhos. Possibilita, relativamente à residência, que a criança conviva com cada um dos progenitores durante períodos sucessivos mais ou menos determinados.

Olcina (2006, p. 202) sustenta que a guarda compartilhada representa isonomia de tempo na convivência familiar dos filhos com pai e mãe. Logo, seria incorreto falar em "progenitor guardião" e "progenitor não guardião", porquanto ambos o são na mesma medida.

Para assentar a custódia física conjunta dos filhos, intrínseca ao conceito de guarda compartilhada, eis os argumentos expostos pela Ministra Nancy Andrighi, no Resp 1.251.000 – MG (2011/0084897-5):

A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. (BRASIL, 2011).

No referido julgado, a Ministra Nancy Andrighi, além de distinguir alternância de lares de guarda alternada – conceitos completamente diversos –, ressaltou ainda ser a custódia física conjunta decorrência lógica da guarda compartilhada, pois "a ausência de compartilhamento da custódia física esvazia o processo, dando à criança visão unilateral da vida,

⁵ Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14 .09.1990, e promulgada pelo Decreto n. 99.710, de 21.11.1990.

dos valores aplicáveis, das regras de conduta e todas as demais facetas do aprendizado social” (BRASIL, 2011).

3 ESCORÇO HISTÓRICO DA GUARDA COMPARTILHADA – A GUARDA E CUSTÓDIA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO EUROPEU E NORTE-AMERICANO

O primeiro país a positivar a guarda compartilhada em sua legislação foi a Suécia, no ano de 1983. Porém, desde os anos 70 esse país elegeu modificar a estrutura da sociedade, com o objetivo de que cada indivíduo fosse economicamente independente. Sobretudo, tratou de serem os cuidados básicos mantidos pelo Estado, com o fim de não ser necessária a interrupção da atividade laboral para o cuidado dos filhos, salvo nos casos extremos e por curta duração. Nesse sentido, eliminaram-se todos os auxílios financeiros para o cuidado incompatíveis com o emprego, bem como as ações fomentadoras da cessação do trabalho remunerado das mulheres casadas, efetivando-se um serviço público de atenção à dependência. Universalizou-se em 1974 a educação infantil pública a partir do zero ano de idade e substituiu-se a licença-maternidade pela licença parental, igual para ambos os genitores, garantindo-se os direitos trabalhistas (GARCIA, 2014, p. 484-485). Entre as medidas adotadas pela Suécia para implementação dessa política, foi significativo, conforme relata Garcia (2014, p. 484), “*un importante trabajo dirigido a racionalizar los horarios laborales, disminuyendo y concentrando las horas de trabajo, con la finalidad de hacer compatible la vida laboral y la familiar, de todas las personas, y no sólo de las mujeres*”.

Os demais países nórdicos seguiram o modelo iniciado pela Suécia, de estatização dos cuidados, especialmente Dinamarca, Noruega e Islândia.

De outro norte, a Alemanha fortaleceu o modelo de família patriarcal, implantando auxílios financeiros às mulheres que optaram por permanecer no lar. Referente à guarda dos filhos, a legislação alemã distingue os filhos nascidos dentro do matrimônio e os havidos fora dele. No primeiro caso, estabelece a guarda compartilhada como regime a ser

adotado. Todavia, quando a criança é gerada fora do matrimônio, determina ser a guarda compartilhada deferida apenas com o consentimento da progenitora (GARCIA, 2014, p. 485).

O parágrafo 1.671 do BGB prevê a possibilidade, após o divórcio, de os pais manterem o exercício conjunto do poder familiar sobre os filhos se isso for benéfico à criança e ao adolescente. Contudo, para tanto é necessário o cumprimento dos seguintes requisitos: a) existir o consentimento das partes, salvo se o filho for maior de 14 anos e se opuser; b) ser o exercício da guarda compartilhada melhor para o bem-estar do filho. Não obstante, na prática, os tribunais alemães concedem a guarda compartilhada aos pais, interpretando o art. 1.671 do BGB em favor do interesse superior da criança (ENCINAS, 1998, p. 487-488).

Já a Itália, em 2006, aprovou a Lei n. 54, de 8 de fevereiro, que modificou o Código Civil determinando, em seu art. 155⁶, como sistema prioritário a guarda compartilhada (“affidamento condiviso”), para os filhos permanecerem com os genitores de forma continuada e equilibrada. O “affidamento condiviso” permite aos progenitores ter uma intervenção efetiva na evolução, desenvolvimento, cuidado e criação dos filhos e deve ser valorado prioritariamente pelo juiz ao determinar o modo de exercício da guarda. A legislação italiana estabelece a possibilidade de a guarda ser regulamentada mediante composição amigável apresentada pelas partes, competindo ao prudente arbítrio do magistrado sua homologação. Faculta-se designar a residência de ambos os progenitores como lar de referência, alternando-se o período de custódia física, ou apenas a residência de um dos pais. Semelhante à do Brasil, a legislação italiana determina como regra a guarda compartilhada, priorizando a residência alternada dos filhos com os pais, em conformidade com o melhor interesse da criança e do adolescente (ABELLÁN, 2017, p. 145).

Por sua vez, o Código Civil Espanhol (com a vigência da Lei n. 15, de 8 de julho de 2015) faculta, em seu artigo 92, seção 5, o exercício compartilhado da custódia física das crianças por convenção das partes, quando requerido de forma consensual antes ou no decurso do processo, após homologação judicial. Ainda, ressalta a necessidade de o juiz adotar, em decisão

⁶ Legge 8 febbraio 2006, n. 54, relativa all’Affido condiviso, art. 155, Codice civile: “Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno

fundamentada, as precauções apropriadas para o efetivo cumprimento do regime de custódia estabelecido, tomando o cuidado de não separar os irmãos.

Todavia, existe divergência de interpretação da legislação espanhola, defendendo alguns não ser a guarda compartilhada regra no sistema jurídico positivado. Esse raciocínio fundamenta-se na previsão contida no artigo 92, seção 8, segundo a qual, a despeito do descumprimento das circunstâncias da seção 5 do artigo 92, o juiz, a pedido de uma das partes, com manifestação favorável do Ministério Público, poderá concordar com a custódia compartilhada. Porém, o fundamento dessa decisão deverá escorar-se no atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente.

Não obstante, a jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol sinaliza a prevalência da guarda compartilhada sobre a guarda unilateral, indicando ser a custódia física da criança regra legal a seguir, conforme se observa da leitura abaixo:

IGNORANCIA DE DOCTRINA. CUSTODIA COMPARTIDA. Se señala que la sentencia recurrida desconoce, como si no existiera, la doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo y poniendo en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares. Se reitera doctrina sobre que la custodia compartida de los hijos menores debe ser el sistema normal y deseable tras la separación de los progenitores. Se estima el recurso de casación. (ESPAÑA, 2016).

Na França, concluiu-se ser a custódia monoparental modalidade discriminatória não só para as mulheres como também para os homens. Pensando nesse aspecto, para evitar a distinção, ambos os progenitores devem ser responsáveis pela educação diária dos filhos, por meio do emprego da custódia conjunta (SUNTURA, 2008, p. 121).

Assim, a Lei n. 2002-305, de 4 de maio de 2002 (que dispõe sobre os novos direitos da família), estabeleceu significativas mudanças. Inicialmente excluiu o termo custódia para adotar o exercício comum da autoridade parental (*Autorité parentale*), abrangendo aspectos pessoais e patrimoniais referentes aos filhos. Em regra, a autoridade parental será exercida conjuntamente por ambos os genitores, ressalvados os casos nos quais o melhor interesse da

criança recomende ao juiz confiar seu exercício a apenas um dos pais.⁷ Concede-se preferência à composição amigável entre os genitores e, em caso de litígio, aos métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação⁸. Ainda, seguindo o silogismo das demais legislações europeias, a Lei n. 2002-305 estabelece a possibilidade de fixar a residência da criança no domicílio de cada um dos progenitores em caráter alternado, ou na residência de um deles. E, não havendo consenso entre os pais sobre esse ponto, o art. 373-2-9 do Código Civil Francês estabelece a residência alternada do filho (*residence alternée*) durante um prazo definitivo ou determinado, findo o qual poderá valorar de forma definitiva qual sistema adotará⁹.

Em suma, na União Europeia, a custódia conjunta tem sido adotada em quase a totalidade de países, sendo a custódia física conjunta o modelo mais idôneo elegido pela maioria das legislações.

Nos Estados Unidos, a Lei Uniforme sobre Jurisdição e Aplicação da Custódia de Crianças de 1997 (*Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act - UCCJEA*), adotada por 49 estados dos EUA, aponta o contato assíduo e significativo da criança com ambos os progenitores após a ruptura do matrimônio. A partir de 22 de janeiro de 2016, o único estado que não adotou o UCCJEA foi Massachusetts.

Com efeito, a legislação norte-americana presume ser o exercício da guarda compartilhada (física e de direito) melhor para o interesse da criança e do adolescente e impõe

e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”.

⁷ Conforme art. 373-2 do Código Civil Francês (Lei n. 70-459, de 4 de junho de 1970): “a separação dos pais não terá efeitos nas normas de atribuição do exercício do pátrio poder. Tanto o pai como a mãe deverão manter relações pessoais com a criança e respeitar os vínculos desta com o outro progenitor. Toda mudança de residência de um dos pais, na medida em que modifique as modalidades de exercício do pátrio poder, deverá ser comunicada com a devida antecedência ao outro progenitor. Em caso de desacordo, o progenitor mais diligente poderá solicitar ao juiz do tribunal de família que adote uma decisão em favor do interesse da criança. O juiz atribuirá os gastos com as despesas de viagem e ajustará por consequência o importe da contribuição para a manutenção e a educação da criança” (tradução livre).

⁸ “Código Civil Francês, artigo 373-2-10: “em caso de desacordo, o juiz tentará conciliar as partes. A fim de facilitar a busca, pelos pais, de um exercício consensual de autoridade parental, o juiz pode propor uma medida de mediação e, depois de ter obtido o seu acordo, nomear um mediador familiar para prosseguir com ela. [...]” (tradução livre).

⁹ Artigo 373-2-9 do Código Civil Francês: “na aplicação dos dois artigos anteriores, a residência da criança pode ser fixada alternadamente na casa de cada pai ou na casa de um deles. A pedido de um dos pais ou em caso de desacordo entre eles sobre o modo de residência da criança, o juiz pode ordenar provisoriamente uma residência alternada, determinando sua duração. Ao término desse prazo, o juiz decidirá definitivamente sobre a residência da criança, alternadamente na residência de cada pai ou na residência de um deles. [...]” (tradução livre).

um mínimo de 35% de convivência com cada um dos progenitores, mostrando-se frequente a divisão igualitária (50% para ambos os progenitores). O modelo estadunidense “*joint custody*” (custódia conjunta) ou “*shared custody*” (custódia compartilhada) constitui parte de um sistema jurídico no qual se destaca a intensa privatização de todas as questões referentes à família, frente à singular intervenção do Estado da normativa europeia. A custódia compartilhada ou custódia conjunta se configura como a presunção geral aplicável em quase todas as legislações sobre separação ou divórcio nos diversos estados americanos (ABELLÁN, 2017, p. 114-115).

4 DESVENDANDO OS MITOS SOBRE O COMPARTILHAMENTO DA GUARDA E CUSTÓDIA FÍSICA DA CRIANÇA ENTRE OS GENITORES

Referente à escolha de um único lar de referência para a criança, discorda-se, *data venia*, do argumento exposto por parte de alguns operadores do direito. Isso porque não há embasamento científico que evidencie que o exercício da custódia física conjunta pelos pais – residência paterna e materna ao mesmo tempo como lar de referência, em semanas alternadas, quinzenais, etc. – traga prejuízo à formação e ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

Os relatórios no campo da psicologia apontam melhor adaptação dos filhos cujos pais elegeram o exercício da custódia conjunta com igualdade de período de tempo entre os progenitores posteriormente ao divórcio, em comparação com as crianças e adolescentes cujos pais optaram pelo regime da guarda unilateral. Durante o processo de divórcio, a criança vivencia sentimentos variados, como o medo do abandono e o sentimento de lealdade, de negação ou de culpa. Quando se opta pelo regime da custódia física compartilhada do filho em período de tempo igual para os progenitores, os informes psicológicos apontam que a criança desenvolve uma postura distinta diante da ruptura de seus pais. O filho não se culpa pelo rompimento, mantendo a relação com ambos os progenitores. De forma idêntica, o pai, em regra o progenitor que não teria a guarda, introjeta a sensação de estar mais comprometido e integrado na educação e desenvolvimento de seus filhos (ABELLÁN, 2017, p. 189-190).

A distribuição do período de convivência familiar em intervalos de tempo de idêntica duração proporciona o benefício de conservar os laços de afetividade e estendê-los após

a maioria do filho. Essa prática se mostra positiva quando o filho, já maior, carece de auxílio financeiro enquanto não logra sua independência econômica. Nesse período, não há obrigação legal de os pais custearem as despesas dos filhos, mas a presença do laço afetivo torna a assistência um ato espontâneo. Nesse aspecto, é importante compreender que o acompanhamento ativo dos pais na vida dos filhos está contido na função social da família.

Compreende-se por função social da família o conjunto de incumbências atribuídas à família, consistentes em práticas positivas de convivência familiar sustentável que propiciem a valorização do ser, pelos laços de afeto e carinho; da dignidade da pessoa humana e da fraternidade¹⁰. Essa função social da família tem por objetivo contribuir para o desenvolvimento de seus membros, promovendo a justiça social e colaborando para a promoção da cidadania em benefício de uma sociedade livre de desigualdades sociais.¹¹

A convivência saudável é dever do genitor e direito do filho enquanto pessoa em desenvolvimento. Isso porque compreender a convivência saudável como direito de o genitor ter em sua posse o filho posiciona a criança e o adolescente como mero objeto de disputa dos processos de guarda, divórcio e dissolução de união estável.

Como esclarece Abellán (2017, p. 190), a custódia física conjunta dos filhos colabora ainda para reconstrução da vida pessoal dos pais em menor tempo.

En los casos de custodia compartida los informes psicológicos muestran que el niño desarrolla una mentalidad y una actitud distinta ante la ruptura de sus padres al no culpabilizarse por ella y seguir manteniendo la relación con ambos progenitores. Del mismo modo, el padre - normalmente progenitor no custodio- se siente más implicado e integrado en la educación y desarrollo de sus hijos, al permitirle mantener sus lazos de afectividad y una relación constante, facilitando que reconstruyan más rápidamente su vida personal .

¹⁰ Em conformidade com Silva e Brandão, o princípio da fraternidade encontra destaque de categoria política estratégica para a formação da cultura constitucional brasileira por estar consignada no preâmbulo da Constituição brasileira. (SILVA; BRANDÃO, 2015. p. 175).

¹¹ Esse é o conceito operacional proposto pelo autor, que, embora sucinto diante da abrangência do tema, decorre do levantamento bibliográfico realizado no decorrer do Curso de Doutorado em Direito pela UNIVALI, bem como de algumas obras apontadas nas referências bibliográficas deste artigo e ainda obtidas por meio do conhecimento empírico da atuação profissional do autor como magistrado da Vara da Família, Infância e Juventude, na magistratura catarinense.

Nesse silogismo está a pesquisa científica realizada pela *American Psychological Association no Report to the US Commission on Child and Family Welfare*, (AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, 1995). Essa pesquisa investigou o impacto do regime de guarda compartilhada com custódia física dos filhos exercida pelos progenitores no bem-estar infantil. O relatório concluiu que:

[...] a custódia compartilhada se associa a futuros mais saudáveis dos menores implicados em um processo de ruptura conjugal, incluindo a relação com o progenitor paterno, assim como a um melhor interesse dos menores pelos compromissos. Também se verifica uma redução dos custos judiciais e, inclusive, em alguns casos, uma redução da litigiosidade entre os progenitores. (AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, 1995).

Idêntica conclusão foi apresentada por Rockwell-Evans (1991, p. 163-176), em investigação na qual comparou 21 famílias com guarda compartilhada e 21 famílias com guarda unilateral materna, cujos filhos tinham entre 4 e 15 anos. Os resultados apontaram ser o mau comportamento e "acting out" mais frequentes entre os filhos de guarda unilateral: "uma análise de regressão múltipla desses dados descobriu que as crianças em famílias de guarda conjunta tiveram menos problemas de ajustamento comportamental com comportamento externalizante do que as crianças em famílias de custódia da mãe".

Corroborar essa afirmativa o estudo realizado por Bender (1994, p. 115-121), titulado *Joint custody: the option of choice*, publicado no *The Journal of Divorce & Remarriage*. Essa investigação questionou os diversos mitos existentes sobre a guarda e custódia compartilhada, tais como não ser recomendável nos casos de grande conflito entre os progenitores ou quando um dos genitores se opõe. Bender argumentou ser o regime da custódia compartilhada a opção mais adequada também nos casos com alto grau de conflito entre os progenitores. Isso porque, esclarece, o regime da custódia compartilhada ajuda a reduzir o conflito e constitui o melhor estímulo às difíceis relações entre os progenitores, ao tempo que favorece o melhor interesse dos menores. Também destacou Bender que o regime de custódia compartilhada propicia melhor cobertura financeira, menor nível de litígios judiciais em comparação com os existentes pela custódia unilateral e melhores perspectivas de futuro para os

filhos, pois força a adoção de acordos e, a longo prazo, implica menor nível de desgaste emocional das crianças e adolescentes envolvidas.

Nesse sentido aponta Guadalupe Torres, psicóloga infantil:

Existem muitas evidências científicas que destacam os benefícios psicológicos da guarda compartilhada. Existe um maior bem-estar emocional e social, melhores relações parentais e maior capacidade de aceitação e adaptação. De outro norte, a escolha pela guarda unilateral pode favorecer o aparecimento de problemas acadêmicos, comportamentais ou afetivos, pois além de desequilibrar o relacionamento com um dos pais, há maior conflito entre eles, que reflete na criança. (MENESES, 2018, tradução nossa).¹²

Villar (2014, p. 100-106) sustenta ser o regime de guarda compartilhada com custódia sucessiva mais vantajoso, pois proporciona a cada progenitor aproveitar igualmente o tempo para estar com os filhos e também para, nos períodos em que os filhos não estão com eles, desfrutar de sua intimidade, ter tempo para divertir-se, descansar ou relacionar-se com outras pessoas. Esse regime de guarda costuma propiciar aos pais separados mais facilidade para refazerem suas vidas. A guarda e custódia compartilhada também asseguram à criança preservar seus vínculos afetivos com a família extensa. Convivendo a criança com os progenitores pelo mesmo período de tempo, mais acessível será o relacionamento com todos os avós, tios, primos, etc. Como ressalta a autora, diversos estudos apontam que o contato continuado do filho com seus progenitores contribui para o equilíbrio emocional. Se mesmo após o rompimento da relação conjugal o filho persiste convivendo com seu pai e sua mãe, tal fato concorrerá para a criança e o adolescente sentirem-se amados por ambos, fortalecendo sua autoestima e estabilidade emocional.

¹² "Cuando en 2005 se introdujo la custodia compartida en el Código Civil, solo un 2% de las familias se acogieron a esta opción. En 2016 este porcentaje había subido ya al 28,3%, y aunque su implantación en España es hoy por hoy desigual (desde el 40% de Cataluña o el 38% de Baleares al 8% de Extremadura o el 14% de Murcia), sus ventajas parecen claras. 'Hay una abrumadora evidencia científica que pone de manifiesto los beneficios psicológicos de la custodia compartida', sostiene Guadalupe Torres, psicóloga infantil del Hospital Ruber Internacional. 'Existe un mayor bienestar emocional y social, mejores relaciones parentales y mayor capacidad de aceptación y adaptación'. En caso contrario, pueden aparecer 'problemas académicos, conductuales o afectivos, ya que además de desequilibrar la relación con uno de los padres, existe mayor conflictividad entre ellos, lo que repercute en el menor'" (MENESES, 2018).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme proposto inicialmente, o objetivo deste artigo científico foi apresentar os benefícios da custódia física compartilhada dos filhos, pelo mesmo período de tempo, entre os progenitores, após a ruptura do matrimônio ou união de fato.

A pesquisa, nesse sentido, apresentou sólidos argumentos para ratificar a guarda e custódia física conjunta dos filhos como melhor modelo pós-rompimento matrimonial dos progenitores. Além de fortalecer a estabilidade emocional e a autoestima da criança e do adolescente, essa modalidade de guarda favorece ainda o bem-estar social dos filhos.

De fato, a relação de interação familiar entre pais e filhos determina a socialização do indivíduo, de modo embrionário, justamente por iniciar o desenvolvimento das habilidades sociais. Essas habilidades qualificam os filhos a estabelecer relação de empatia com os demais integrantes de seu meio social. Correlato à evolução social está o desenvolvimento ético.

A Declaração dos Direitos da Criança enfatiza necessitar a criança de amor e compreensão para o pleno e harmonioso desenvolvimento da sua personalidade. Nesse aspecto, a distribuição do período de convivência familiar em intervalos de tempo de idêntica duração, na medida do possível, tem como vantagem estender os laços de afeto e estima entre pais e filhos, independentemente da ruptura conjugal.

Na acepção mais clássica da Pedagogia, a família constitui o primeiro conjunto de estímulos educativos para o desenvolvimento intelectual, moral e social da criança. A convivência familiar é um processo sociocultural no qual seus integrantes exercem atribuições e obrigações específicas, compartilham experiências e conhecimentos e pactuam regras de coabitação e disciplina. Nessa perspectiva, é significativo o acompanhamento ativo dos pais na vida dos filhos, porque corrobora a função social da família, que tem entre seus objetivos promover a justiça social e a cidadania por meio da educação familiar.

A reflexão, pelos progenitores, sobre a perpetuidade de suas atribuições e deveres após a ruptura do matrimônio ou união de fato é essencial para concretização do princípio do interesse superior da criança e do adolescente.

UNDERSTANDING MYTHS ON CHILD SHARING AND PHYSICAL CUSTODY OF CHILDREN - MULTIDISCIPLINARY ANALYSIS FROM EUROPEAN AND NORTH AMERICAN MODELS

Júlio César Bernardes

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the existing myths regarding the supposed losses of the shared physical custody of the children, for the same period of time, between the parents after the marriage rupture or de facto union. With support in scientific investigations carried out on shared custody and unilateral custody it was found that the joint physical custody of the children presents better results. The balanced division of time for childcare among parents achieves benefits, such as strengthening the child's and adolescent's emotional balance and self-esteem. For the production of the text, the Inductive Method was used in the Research Phase and in the Research Report.

Keywords: Shared guard. Physical custody. Child and teenager.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Emilia Fernández-Luana. **Custodia compartida y protección jurídica del menor**. 2017. Tesis doctoral. - Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017.

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. Division 16, School Psychology. **Report to the US commission on child and family welfare**. June 14, 1995. Disponível em: < www.dadsnow.org/studies/asa1-ocr.pdf >. Acesso em: 28 ago. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BENDER, Willian N. Joint custody: the optio of choice. **Journal of Divorce e Remarriage**. v.21, p. 115-132, 1994.

BERNARDES, Júlio César. **A eficácia dos direitos fundamentais no direito privado: a atuação democrática do juiz para efetivação dos direitos fundamentais**. São Paulo: Max Limonad, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** (texto compilado). **Presidência da República**: Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Presidência da República - Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1251000/MG**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23 ago. 2011, DJe 31 ago. 2011.

CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid : Trotta, 2007.

ENCINAS, Emilio Eiranova. **Código Civil Alemán comentado BGB**. Madrid: Marcial Pons, 1998.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentencia n. 194/2016 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, Ponente Magistrado Jose Antonio Seijas Quintana, 29 mar. 2016.

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Ano 1, n. 1, 185-243, p.192-193, 2012. Disponível em: < http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0185_0243.pdf: > Acesso em: 5 jul. 2014.

GARCIA, Maria Angeles Moraga. Igualdad y custodia compartida. In: **Igualdad y democracia**: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla. Valencia: Corts Valencianes. 2014. Disponível em:< http://feministasconstitucional.org/wp-content/uploads/2016/07/00_Igualdad_y_democracia_llibre_homenatge_JS-1.pdf> Acesso em: 17 jul. 2018.

GÓMEZ, Fabiola Lathrop. Custodia compartida y corresponsabilidad parental - aproximaciones jurídicas y sociológicas. **Diario La Ley**, año 30, n. 7206, Sección Doctrina, La Ley, 29 jun. 2009.

MENESES, Nacho. Custodia compartida: la mejor opción cuando los padres se separan. **El País**, Brasil, 27 mar. 2018. Disponível em: <https://elpais.com/elpais/2018/03/22/mamas_papas/1521709662_920896.html>. Acesso em: 26 jun. 2018.

OLCINA, Carlos Esparza. La Guarda Compartida. In: BEAMONTE, José Ramón de Verda y. **Comentarios a las reformas de derecho de familia de 2005**. 1. ed, Navarra: Aranzadi, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos da Criança**. Genebra, 1959. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html>. Acesso em: 29 ago. 2018.

ROCKWELL-EVANS, Kimberly Evonne. **Parental and children's experiences and adjustment in maternal versus joint custody families**. 1991. Thesis (Ph. D.) - University of North Texas.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SILVA, Ildete Regina Vale da Silva; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e fraternidade: o valor normativo do preâmbulo da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2015.

SUNTURA, Clavijo. **El interés del menor em la custodia compartida**. 2008. 341 h. Tesis doctoral. - Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008. Disponível em: < <https://gredos.usal.es/jspui/handle/10366/18496>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

VILLAR, Beatriz Morera. **Guarda y custodia compartida**. 2014. 248 h. Tesis doctoral. (Programa de doctorado en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología) Departamento de Derecho, Facultad de Derecho Civil, Universitat de Valencia, Valencia, 2014. Disponível em: < http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/36023/Beatriz%20Morera%20Villar_Tesis%20Doctoral_Guarda%20y%20Custodia%20Conmpartida_Enero%202014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jul. 2018.