

## Índice

|  |   |
|--|---|
| Custódia partilhada, opção preferencial? .....           | 1 |
| “Os casais esperam demasiado antes de pedir ajuda” ..... | 3 |

### Custódia partilhada, opção preferencial?

Os filhos são o mais difícil de “repartir” quando marido e mulher terminam o casamento e vai cada um para o seu lado. Quase sempre, o juiz concede a custódia à mãe, e o direito de visita ao pai. Mas uma iniciativa parlamentar em Espanha pretende que a custódia partilhada seja o normal. Será isso o mais justo e o melhor para os filhos? Perguntámos a um jurista.

O Congresso espanhol aprovou em 20 de junho último, uma moção apresentada pelo partido Ciudadanos para que a custódia partilhada deixe de ser algo excecional nos casos de divórcios ou separações com filhos, e se converta na opção preferencial. Isso está em consonância com uma sentença de 2013, na qual o Supremo Tribunal salientava que esta fórmula “terá de ser considerada normal e mesmo desejável”.

A medida gerou polémica: há quem pense que não se adequa à realidade, ou que prejudica o interesse dos filhos, ou quem veja nela um ataque aos direitos da mulher. Outros, pelo contrário, consideram que é a solução para uma injustiça histórica que tem privilegiado as mães e prejudicado os pais.

O assunto é complexo, salienta Carlos Martínez de Aguirre, catedrático de Direito Civil na Universidade de Saragoça, que na entrevista a seguir aborda as diversas questões que estão envolvidas.

#### O melhor, em teoria

*- A moção apresentada pelo partido Ciudadanos pede que a custódia partilhada seja a opção preferencial nas disputas conjugais, embora reconheça que o juiz deve decidir caso por caso. Pode-se considerar que esta alternativa é, em abstrato, mais idónea para o bem-estar do menor?*

- Não é fácil estabelecer uma regra geral. O que é bom, em todo o caso, é que os filhos tenham uma relação constante com ambos os pais, o que se pode conseguir também com uma custódia individual que inclua um regime de visitas amplo. Todavia, do ponto de vista teórico, parece que esse objetivo se consegue mais facilmente através da custódia partilhada.

Contudo, penso que não é tão importante a forma como se organiza a custódia (individual ou partilhada), quanto a atitude que, em cada caso concreto, manifestem os pais na sua relação entre eles e com os seus filhos. Se essa atitude for boa, qualquer regime funcionará e poderá cumprir essas finalidades. Se não o for, o regime jurídico não irá suprir sozinho as carências que derivam da atitude dos pais.

*- Que condições podem fazer com que a custódia partilhada não seja a melhor opção? Nesse caso, que critérios se devem valorizar para a conceder a um dos dois cônjuges?*

- Como dizia antes, não existe uma pedra filosofal que sirva para solucionar todos os problemas. As ruturas familiares são, em geral, prejudiciais para os filhos, e o Direito a única coisa que pode fazer é minimizar danos, adaptando o melhor possível o regime em relação às circunstâncias de cada caso.

Em princípio, vários fatores poderiam desaconselhar a custódia partilhada: uma relação muito conflituosa entre os pais, uma significativa separação geográfica entre os domi-

cílios do pai e da mãe, ou que as condições laborais de algum não lhe permitam dedicar o tempo e a atenção suficientes ao seu filho.

Contudo, alguns destes obstáculos podem ser superados pelo compromisso do casal ou pelas características da decisão judicial. O juiz pode estabelecer, por exemplo, que o período que o menor passa com cada cônjuge seja de dias, semanas, quinzenas, meses ou até anos. Se o período for longo, o fator geográfico pode não ser tão importante. O mais importante é a atitude dos pais, e a relação entre eles não tem nenhuma razão para ser menos conflituosa quando existe custódia partilhada do que quando é individual.

## Filhos de mala

*- Alguns grupos, entre os quais várias associações feministas, salientaram que só se deve conceder a custódia partilhada quando existe acordo entre os pais. Deve ser este um requisito indispensável, ou pode o interesse do menor aconselhar esta solução, mesmo que apenas um dos cônjuges a queira, ou até nenhum deles a queira?*

- Para responder a esta pergunta, e entender a queixa destes grupos, é preciso contextualizar o problema. Segundo o Código Civil espanhol, em regra quem tem a custódia tem também a habitação familiar e recebe uma pensão para responder aos gastos provocados pelo filho. Um sistema que apenas permitisse conceder a custódia partilhada quando ambos os pais estão de acordo, colocaria numa situação muito vantajosa quem pense que tem mais possibilidades de obter a custódia individual, que em Espanha tem sido quase sempre a mãe. A ela bastaria recusar a custódia partilhada para que o juiz acordasse numa custódia individual, normalmente a seu favor.

Na minha opinião, isto é o que está subjacente à oposição de alguns grupos à mudança na lei. Não deixa de ser paradoxal, certamente, que o feminismo tenha criticado tanto, e com bastante razão, o insuficiente envolvimento do pai relativamente à criação dos filhos, e a seguir se oponha a que a lei facilite esse envolvimento.

Contudo, também seria injusto desconhecer outro dado: como salientaram vários estudos, quem mais sai a perder após o divórcio ou a separação, depois dos filhos, é a mulher, que, além disso, muitas vezes (nem todas, claro está) valoriza de modo especial a sua relação com os filhos. Portanto, faz um certo sentido que a lei reforce o que podíamos chamar a sua posição legal para evitar um prejuízo ainda maior.

*- Os críticos da custódia partilhada costumam salientar que esta fórmula produz frequentemente "filhos de mala" (quando os filhos têm que mudar semanalmente da habitação da mãe para a do pai) ou "domicílios ninho" (quando os progenitores*

*vão-se alternando numa casa comum). Será possível evitar estas consequências? Caso contrário, qual das modalidades será preferível para o menor?*

- Há que entender que a rutura tem sempre consequências. A lei tenta reduzir as recusas, sobretudo em relação aos menores.

"Filhos de mala" irá haver tanto em sistemas de custódia partilhada como no regime de visitas habitual nas custódias individuais: fins de semana alternados, alguma pernoita entre semana e férias por metades alternantes. Todas estas mudanças são feitas pelo filho com a mala.

Os "domicílios ninho" são típicos da custódia partilhada. Este modelo afeta mais a situação dos pais do que a dos filhos. De facto, para estes tem menos inconvenientes, sobretudo se forem pequenos, porque a referência do lar é estável.

O problema é que a fórmula do "domicílio ninho" exige que a economia dos pais seja bastante sólida, porque têm de dispor, além do domicílio onde vivem com o menor, de outro; seja um cada um, seja um onde se revezem quando não lhes couber estar com os filhos, o que exige um nível de coordenação e colaboração que muitos demonstraram não ter antes da rutura.

## Não existe modelo ideal

*- Como trata a custódia partilhada a legislação de outros países, ou a de algumas comunidades autónomas espanholas que dispõem de uma lei própria neste tema? Que se pode aprender com elas?*

- Tanto fora de Espanha, como nas comunidades autónomas que têm legislação própria neste tema, encontramos todo o tipo de soluções: sistemas que dão preferência à custódia partilhada, à individual, ou a nenhuma. Até onde tenho conhecimento, nenhum modelo, como tal, demonstrou ser superior aos outros, devido ao que disse há pouco: o essencial é a atitude dos pais.

Por outro lado, uma coisa é a lei e outra a prática habitual. Em Aragão, onde a legislação dá claramente preferência à custódia partilhada, as sentenças que efetivamente a concedem continuam a ser minoria, embora a percentagem esteja acima do conjunto de Espanha: 35 % contra 25 %, aproximadamente.

*- Nos últimos dez anos, a percentagem de sentenças que optam pela custódia partilhada em Espanha passou de menos de 10 % em 2007, para cerca de 25 % atualmente. Acha que este aumento é devido a uma mudança de opinião entre os juízes, ou existe de fundo uma modificação nos papéis familiares de homens e mulheres?*

- Esta pergunta fica um pouco fora da minha especialidade, mas tenho a sensação de que os dois fenômenos estão a acontecer de modo combinado. A mudança legal determinou que os juízes tenham vindo, pouco a pouco, a conceder um maior número de custódias partilhadas. Isso foi complementado com uma mudança de papéis: os pais querem passar mais tempo com os filhos, e solicitam mais este regime de relação.

### Criar filhos cabe aos dois

*- Além de uma questão de igualdade entre cônjuges, a custódia partilhada pode ser defendida no pressuposto de que qualquer filho necessita de um pai e de uma mãe. Contudo, a figura do pai parece ter perdido o seu prestígio na nossa cultura. Na sua opinião, pode a custódia partilhada remediar de alguma forma este fenómeno?*

- Iguamente o fundo desta questão se afasta da minha especialidade. O que posso dizer é que, de alguma maneira, a custódia partilhada atua como um lembrete de que a rutura do casal não significa uma rutura da filiação: os dois, pai e mãe, continuam a ser responsáveis pelo filho, também no plano legal; aquilo que muda é o modelo concreto de exercitar esta responsabilidade. A criação dos filhos continua a caber aos dois e, no caso do pai, não basta fazer visitas ocasionais ou mandar um cheque, do mesmo modo que não faz sentido a pretensão de excluir o pai da vida do filho, e pretender convertê-lo numa espécie de conhecido da família. Deste ponto de vista, a custódia partilhada pode ter uma componente pedagógica.

*- Parece haver acordo na importância da mediação neste tipo de litígios. Estar-se-á a fazer o suficiente neste aspeto? Seria desejável que se legisse sobre este tema, ou convém deixá-lo à iniciativa social?*

- Efetivamente, penso que a mediação é importante. O que a política legislativa pode fazer é fomentar o seu emprego mediante previsões legais. Mas são necessários, além disso, recursos pessoais e materiais, pessoal especializado para a levar a cabo, financiamento...

Considero, isso sim, que se deveria enfrentar e promover a mediação num sentido amplo. Explico. A custódia partilhada exige dos pais uma atitude dialogante, aberta, colaborante, que coloque o interesse do menor acima do que lhes é próprio, e que se prolongue no tempo; e, para isso, ajudamo-los com a mediação familiar. Se pedíssemos aos pais que façam esse mesmo esforço antes que haja rutura no casal, e os ajudássemos a consegui-lo através da mediação, provavelmente seria possível evitar muitos divórcios ou separações e, portanto, não seria preciso haver preocupação nem com os "filhos de mala", nem com os "domicílios ninho";

e, sobretudo, eliminaríamos todos os danos psicológicos que os filhos adquirem.

Neste sentido, a chamada lei do "divórcio expresso" não favorece o clima de diálogo e colaboração de que tenho estado a falar. Com a anterior legislação, exigir-se-ia na maior parte dos casos um tempo mínimo de espera entre o pedido de divórcio e este último. Pode-se calcular que, durante esse período, cerca de 20 % dos casais se iria reconciliar, sem que existisse um processo de mediação propriamente dito. Não digo que a mediação venha a resolver a maioria dos casos e a evitar o divórcio, mas provavelmente ajudaria a aumentar o número de reconciliações, e isso já é valioso em si mesmo, pelos filhos e pelos cônjuges.

F. R.-B.

### "Os casais esperam demasiado antes de pedir ajuda"

Nacho Tornel, mediador familiar e autor do livro "Enparejarte" ("Aceprensa", 30.11.2016), defende as vantagens da mediação de um profissional neutro.

*- As dificuldades fazem parte da vida quotidiana das pessoas, igualmente na convivência conjugal. Mas, às vezes, as situações complicam-se e faz falta a ajuda de um especialista. Perante que sinais recomendaria recorrer a essa ajuda externa?*

- Costumo dizer que todos os casais experimentam diferenças, têm discussões, que normalmente se resolvem numa conversa enquanto passeiam o cão, preparam o jantar ou falam um pouco no sofá. Quando o casal não consegue resolver por si próprio essas diferenças, quando se sucedem as discussões sem fim – porque um dos dois acaba por se levantar do sofá, ou sai da sala violentamente, ou faz comentários agressivos –, aí chegou a altura de procurar ajuda externa.

Essa ajuda normalmente não se deve procurar entre algum amigo ou membro da família que, normalmente, estará mais próximo de um do que do outro, embora haja exceções, claro. A ajuda deve vir de alguém que seja totalmente neutro e que possa trazer objetividade à situação.

Mais sinais seriam o sofrimento e a dor profunda que envolvem o não estar em paz com o parceiro, a permanência de fundo de um sentimento de distância para com o outro. Ou ver que as discussões por qualquer tolice, que deveriam ser resolvidas em pouco tempo, se prolongam e se agudizam.

- *A este tipo de orientação, pensada para os casais que não perspetivaram a rutura, alguns chamam-na "mediação preventiva". Qual é a sua experiência com estes casais? Será realmente eficaz?*

- No meu caso, esse é o tipo de mediação que faço ([www.nachotornel.com](http://www.nachotornel.com)). A quase totalidade dos casais que vêm ter comigo, fazem-no à procura de uma solução que restaure a sua relação. É verdade que falam muitas vezes de um "último cartucho": consideram que é a sua última oportunidade, porque frequentemente esperam muito antes de pedir ajuda profissional externa.

Quanto à eficácia, considero que é enorme. Observar um casal que melhora e que depois ficam juntos e com uma relação reforçada, vale a pena. Graças a Deus, são muitos mais do que um casal que o conseguem; não faço estatísticas, mas a literatura profissional neste terreno fala de 70 % de sucessos. O mérito é do casal no essencial: o facto de ter a coragem e a humildade de procurar ajuda no exterior, fá-los percorrer já mais de metade do caminho. Segue-se o seu trabalho diário, deixar-se guiar e orientar...

- *Quando a decisão de se separar já está tomada, a mediação familiar por parte de um profissional neutro (advogado, psicólogo...) continua a fazer sentido para acompanhar o casal e ajudá-los a que a rutura se faça do modo mais pacífico possível. Acha possível a reconciliação nesta fase?*

- Totalmente. É fundamental que num momento tão crítico, sejam acompanhados por alguém que os ajude a apaziguar a mente e a procurar ver mais longe. É grande a ajuda que se lhes pode dar encorajando-os a refletir sobre o alcance do passo que estão a dar, sobre o modo de focá-lo o melhor possível, sobre o impacto que terá nos filhos...

E existe a possibilidade de que, fruto desse novo modo mais sereno de falar e de se relacionar, acompanhados por esse profissional, os dois ou um dos dois considere que há algumas possibilidades de solução. Isto não significa que a decisão da rutura tenha sido fruto de um acesso de raiva ou de um "impulso repentino"; mas, às vezes, quando nos afastamos um pouco do muro, conseguimos ver o campo que está por trás, com tudo aquilo que nos é oferecido.

- *Que vantagens apresenta esta forma de mediação em relação aos processos judiciais contenciosos?*

É evidente que também para um membro do casal que rompe a sua relação, é fundamental manter o bom relacionamento com o outro progenitor dos seus filhos. E, nesse sentido, a mediação ajuda em grande parte a que os dois possam continuar a falar e a ver-se nos anos futuros. Um processo contencioso é sempre dilacerante: coloca-os em confronto, leva-os a utilizar armas indesejáveis, por vezes, são mal assessorados; conseguem incendiar o que não devia ser pasto das chamas.

O espaço de reflexão, serenidade e objetividade que oferece a mediação, abre um leque de opções para o casal, e ajuda-os a ver mais além do que o momento atual, tenso e difícil.