

4. A IMPLEMENTAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COM RESIDÊNCIA BIRDNESTING, NO BRASIL E NA ESPANHA, PARA CRIANÇAS AUTISTAS

Bruno Alberto Soares Guimarães

Juliana Leite de Souza Correia

4.1 INTRODUÇÃO

As relações conjugais, na atualidade, demonstram-se volúveis e pouco se tem ouvido falar em “felizes para sempre”, porém, a impulsividade que um casal tem ao formar sua família deve ser ponderada com as consequências que o fim do relacionamento amoroso poderá produzir.

Divórcio, dissolução ou separação podem resultar em calorosos debates que envolvam, não só questões patrimoniais, mas, principalmente, direitos e deveres dos filhos menores, como a guarda e a convivência familiar.

E, a relação paterno-filial é fruto de mudanças culturais e sociais, transformando-se ao longo dos anos em entidade com maior enfoque na convivência familiar, no diálogo, respeito e, especialmente, tratamento isonômico entre seus membros.

A proteção aos filhos é responsabilidade também do Poder Público, sendo inaceitável existir vida na forma indigna, vez que se vive em um Estado Democrático de Direito que intitula sua Constituição da República Federativa do Brasil como Constituição Cidadã e pauta seus fundamentos na proteção do ser humano em toda sua completude; por isso, os menores, desiguais que são, devem receber tratamento desigual, na medida da sua desigualdade, ou seja, necessitam de ser alimentados, cuidados, educados, instruídos até atingirem a maioridade que os garantirá capacidade para praticar os atos da vida civil.

E, quando se fala em crianças com neurodiversidade, como o transtorno do espectro autista (TEA), torna-se ainda mais importante que seus genitores tenham consciência do papel que exercem no desenvolvimento do filho, principalmente nos casos em que não

exista mais a relação conjugal, devendo manter uma boa comunicação e convivência em prol de proteger os interesses do menor advindo de sua relação amorosa.

No que tange à metodologia para o desenvolvimento deste artigo, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, que consistiu em uma investigação científica que envolve a formulação de hipóteses, principalmente de possibilidades testes de modalidades de residência dos menores, permitindo deduções de consequências a partir dessas e a verificação se as consequências são consistentes com a realidade. É uma metodologia usada em diversas áreas do conhecimento humano.

A pesquisa bibliográfica transitou por meio da atividade de localização e consulta de fontes diversas de informações escritas, para coletar dados gerais ou específicos a respeito de um tema (Gil, 2010) e foi o tipo utilizado para que se pudesse reunir a documentação pertinente à temática em evidência, pois é mediante o levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas através de escritos e eletrônicos que se dá origem a uma pesquisa bibliográfica, o que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto ora tratado (Fonseca, 2002).

A relevância social desta pesquisa dá-se em virtude de que o tema sobre a convivência familiar como um direito de crianças com TEA apresenta uma análise sobre os desafios e transformações que são imprescindíveis para que esse direito seja efetivado. E a relevância acadêmica decorreu-se da completude e enriquecimento das pesquisas que possuíam afinidade com a temática abordada, tendo em vista o interesse para tal assunto por uma multiplicidade de pesquisadores da área e afins.

Assim, o presente artigo traz a implementação da guarda compartilhada de crianças autistas com residência *birdnesting*, pela perspectiva do direito brasileiro e espanhol, fazendo uma reflexão sobre o Transtorno do Espectro Autista, tanto de forma histórica, como através das estatísticas que demonstram o crescimento exponencial dos diagnósticos ressaltando a importância da participação familiar para o desenvolvimento saudável das crianças autistas, assim como o debate sobre as relações familiares e o aprofundamento sobre o direito-dever de guarda e convivência dos genitores com seus filhos com TEA são essenciais para a manutenção da rotina e de hábitos que elas necessitam para quem possuam qualidade de vida.

4.2 O TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

O médico austríaco Leo Kannerd, psiquiatra infantil, foi o precursor dos estudos sobre o TEA, o que, inicialmente, denominou de um distúrbio inato do contato afetivo.

Em 1943, após acompanhar onze crianças que não demonstravam o interesse habitual nas outras pessoas nem no contato com o ambiente social, publicou a obra *Autistic disturbances of affective contact*, na qual apresentou detalhadamente os comportamentos incomuns que observava nas crianças (Kannerd, 1943).

Kanner descreveu o autismo como um transtorno fundamental, proeminente e patognomônico da incapacidade das crianças de se relacionarem da maneira normal com as pessoas, vivendo em um “isolamento extremo desde o início da vida, e detendo um desejo obsessivo pela preservação da mesmice” (Schwartzman, 2010).

Desde o início ocorre uma solidão autista extrema, que, sempre que possível, desconsidera, ignora, se fecha para tudo o que provém de fora da criança. (...) O pavor à mudança e à incompletude parece ser um fator importante na explicação da repetitividade monótona e na resultante limitação na variedade da atividade espontânea. (...) Se um mínimo ingrediente é alterado ou removido, a situação total já não é mais a mesma e não é aceita como tal, ou é experimentada com impaciência “ou até mesmo com uma reação de profunda frustração” (Kanner, 1943, p. 242, 246, *apud* Volkmar, 2018, p. 2)

Os estudos apontavam que as crianças autistas apresentavam um comportamento de **isolamento social, resistência à mudança e, conseqüentemente, insistência nas mesmas coisas.**

Entre as décadas de 50 e 60, alguns pesquisadores apontaram que o comportamento apresentado por uma pessoa autista era resultado do relacionamento entre pais e filhos, fundamentando que os Genitores eram culpados por não proporcionar aos menores a formação de vínculos afetivos profundos.

Todavia, ao final da década de 70, os estudiosos compreenderam que o autismo advém de questões genéticas e cerebrais, assim como perceberam que crianças submetidas a intervenções educacionais e comportamentais estruturadas apresentam evolução em seu aprendizado.

Assim, definiu-se em quatro as características principais de uma pessoa autista:

(1) déficit no desenvolvimento social de um tipo muito diferente em comparação ao das crianças sadias; (2) déficit na linguagem e em habilidades de comunicação – novamente de um tipo distinto; (3) resistência à mudança ou insistência nas mesmas coisas, conforme refletido na adesão inflexível a rotinas, maneirismos motores,

estereotípias e outras excentricidades comportamentais; e (4) início nos primeiros anos de vida (Kanner, 1943, p. 242-246, *apud* Volkmar, 2018, p. 2).

Ao longo dos anos, inúmeros estudos epidemiológicos do autismo já foram realizados, uma vez que há muito interesse em saber se há um aumento da incidência do transtorno.

Uma revisão abrangente realizada em 2014 (Presmanes Hill, Zuckerman, & Fombonne *apud* Volkmar, 2018, p. 13) observou que a prevalência de autismo era de cerca de 1 em cada 152 crianças.

Porém, em março de 2023, o Centro de Controle e Prevenção de Doenças (CDC)¹³, apresentou um documento apontando que 1 em cada 36 crianças de 8 anos foram identificadas com transtorno do espectro autista nos Estados Unidos em 2020, representando uma média de 2,8% da população de crianças dessa faixa etária.

No Brasil, com base no Censo escolar, no período entre os anos de 2017 e 2021, observou-se um aumento de 280% no número de estudantes autistas matriculados entre escolas públicas e particulares e, em 2022, chegou-se ao número de 429.521 crianças matriculadas. Já a Organização Mundial da Saúde (OMS) – apresenta dados que sugerem uma estimativa da existência de dois milhões de autistas no país (Correio Brasiliense, 2023).

Diante desse cenário, há de se aduzir que após a compreensão do TEA mudou, afastou-se, por completo, a tendência em culpabilizar os pais e de excluir as crianças autistas do convívio social.

A busca por terapias que permitam maximizar o potencial dessas crianças reflete-se em uma crescente e, o envolvimento da família tem sido reconhecido como parte essencial de um tratamento eficaz, vez que como bem ressalta Volkmar (2018, p. 289), são os familiares que mantêm o curso do atendimento à criança com TEA (assim como, em geral, fazem muitos prestadores de cuidados primários).

Os profissionais afirmam com clareza que, no planejamento do tratamento e cuidados da criança autista, um dos pontos fortes consiste na inclusão de potencial apoio familiar de forma estendida – dos amigos e toda a comunidade em que a criança vive –, bem como a capacidade de adaptação parental e sua disposição para enfrentar problemas.

¹³ Uma agência do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos Estados Unidos.

Ressaltam ainda que não se pode esquecer jamais da situação de vulnerabilidade da pessoa com TEA, que a depender das limitações que apresentem podem representar maiores desafios aos pais e familiares.

A aprendizagem social é um dos maiores desafios para as crianças autistas e o foco familiar é ajudar a aplicar as competências cognitivas em casa e na comunidade em que vivem, devendo essa criança a ser encorajada a realizar as atividades seja na igreja, na mercearia, no parque, musicais, esportivas e/ou, a fim de criar oportunidades para socialização e para a prática de outras competências da vida diária lazer (Matson, Hattier, & Belva, 2012; Palmen, Didden, & Lang, 2012).

Os pais precisam assimilar que experiências, principalmente de lazer, podem ser terapêuticas, sem necessariamente tratar-se de uma terapia profissional. Contudo, quando estes detêm precariedade de recursos – seja educacional, financeiro, afetivo familiar, de saúde – ou se um dos genitores é mais hábil do que o outro para enfrentar problemas, acaba por existir uma maior dificuldade para lidar com as situações geradas pela criança autista, o que acarreta suas próprias tensões.

Não se pode comparar as instituições familiares, pois cada uma é única e dentro da própria individualidade um mesmo obstáculo pode ser considerado impossível de administrar enquanto para outra este possui fácil solução.

Em seus ensinamentos, Volkmar (2018) afirma que um diagnóstico de neurodiversidade resultam em tensões óbvias para o casal e o casamento, podendo ocorrer diferentemente à medida que a criança se desenvolve e, inclusive, os padrões de comunicação incomuns pode ser uma das maiores fontes de desentendimento entre os pais e outros familiares (filhos não atípicos), o que acaba por resultar no isolamento social entre a criança com TEA e o restante da família.

Os pais podem ter sentimentos de culpa ou responsabilidade ou negar o problema e tender ao isolamento. No entanto, alguns focam nas tarefas à mão e são mais receptivos ao apoio de familiares, outros pais, prestadores de cuidados e comunidade mais ampla. Alguns têm uma experiência de perda severa e luto pelo filho idealizado que não tiveram (Volkmar, 2018, p. 289).

Importante lembrar que os pais também precisam de suporte para que consigam conduzir os cuidados de seu filho autista e, indubitavelmente, o recurso mais importante é o apoio mútuo e não só focarem em amparar os demais filhos (se houver) e outros membros

familiares, ainda que, com habitualidade se observe que cada um segue um caminho diferente do outro no modo de lidar com seus sentimentos quanto ao diagnóstico do filho com TEA.

Contudo, a forma com que cada um dos genitores lida com suas próprias emoções resulta, muitas das vezes, em ausência de diálogos efetivos com seu cônjuge e os problemas conjugais começam a surgir e, um casamento que já estava em conflito pode chegar ao limite com a adição de uma criança **neurodiversa**.

Porém, se dispostos a de fato se engajarem no tratamento do filho, não medirão esforços e, por muitas vezes, apenas frequentar reuniões de pais e saber que outras pessoas também se encontram na mesma situação pode ser muito importante para a relação familiar.

Quando se fala em pais solteiros ou divorciados, está-se diante de genitores que, muitas vezes, não possuem alguém com quem dividir as responsabilidades e experiências, mas que em prol do desenvolvimento de seus filhos devem manter uma boa comunicação, lembrando, sempre que a criança não pode ser tratada como um objeto de disputa, mas sim um ser humano em formação que precisa de ajuda.

Entretanto, ainda que seja de conhecimento dos pais a necessidade de manter uma boa relação em prol do desenvolvimento dos filhos, sabe-se que a depender das razões que levaram ao fim do relacionamento conjugal nem mesmo isso é possível e, se para crianças não atípicas há uma necessidade de readaptação, para as crianças autistas deve-se ter ainda mais sensibilidade e cuidado, considerando suas condições de interação social e cognitivas.

A mudança na rotina da criança com TEA em razão do divórcio/separação dos pais deve ser gradual, com o mínimo de alteração possível e acompanhada pelos profissionais capacitados, sendo suas necessidades respeitadas, exigindo dos genitores uma maior responsabilidade e comprometimento em manter os hábitos diários do filho, tais como fazer o mesmo caminho até a escola, mantê-lo na mesma casa, priorizar vesti-lo com as roupas habituais, assim como sua alimentação.

Logo, diante de uma neurodiversidade com características de resistência a mudanças, necessidade de previsibilidade de rotina, dificuldade de interação social dentre outros aspectos, não bastam somente os tratamentos médicos e os processos terapêuticos, mas fundamental é a participação familiar para que as crianças com TEA possam se desenvolver com dignidade, devendo os genitores serem conscientes de que seus filhos precisam de sua

presença e que eles quem precisam se adequar a realidade dos menores (e não o inverso), independentemente se solteiros, casados ou divorciados.

4.3 O ROMPIMENTO CONJUGAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Em meio aos novos modelos e arranjos familiares, é perceptível a taxa baixa de relacionamentos duráveis, evidenciando-se ser comum, casais não mais completando bodas de ouro, prata, entre outras. A mulher tornou-se mais intolerante a práticas de violência doméstica, e a sociedade, principalmente, diante da facilidade do divórcio / separação / dissolução fica menos permissiva a suportar casamentos, uniões estáveis ou namoros abusivos.

Assim, é aceitável que, de tempos para cá, o dinamismo das relações humanas gera uma maior rotatividade de parceiros e consecutivamente um crescimento vertiginoso de términos das relações conjugais.

O site do Instituto Brasileiro de Direito da Família evidenciou em nota, por meio de pesquisa realizada pelo IBGE nos últimos anos que foi constatada uma redução no tempo médio entre a data do casamento e a data da sentença ou escritura do divórcio passando de 15,9 anos, em 2010, para 13,6 anos, em 2021.¹⁴

E quando se fala de fim de relação logo compreende-se outros fatores que somam a este enredo, quais sejam a partilha de bens, a pensão alimentícia, a guarda dos filhos, e a tão complexa regulamentação de convivência, afinal, nem todo casal que se separa consegue manter uma maturidade suficientemente permissiva para resolver os próximos encontros, mesmo que seja para benefício dos filhos.

Separar, divorciar, ou mesmo dissolver-se não é fácil e as adversidades fazem parte desse processo doloroso que requer muita calma quando existem crianças envolvidas, principalmente no aspecto da guarda, a fim de estabelecer uma convivência familiar integrativa, e preservando os laços entre as duas famílias.

Com intento de entender de forma mais enfática essa seção, faz-se necessário contextualizar a família de forma abrangente, como o primeiro e principal grupo social ao

¹⁴ Brasil registra alta de 16,8 por cento no número de divórcios em 2021, revela IBGE. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/10510/Brasil+registra+alta+de+16%2C8+por+cento+no+n%C3%BAmero+de+div%C3%B3rcios+em+2021%2C+revela+IBGE#:~:text=O%20Brasil%20registrou%20386%2C8,de%20Geografia%20e%20Estat%C3%ADstica%20%E2%80%93%20IBGE>. Acesso em: 8 set. 2023.

qual as pessoas estão inseridas, tanto a nível nacional como internacional, afinal família é família em qualquer lugar.

O Brasil destina um artigo em especial, qual seja 226 da sua carta magna tão somente para tratar e dar a valoração devida, como elemento fundamental de proteção estatal.

E dentro do elemento familiar, destaca-se que as crianças, principalmente em virtude da positivação dos Direitos Humanos, tornaram-se sujeitos de direitos e com amparos de proteção nacional e supranacional, o que ganha respeito e notoriedade dentre das instituições governamentais e não governamentais.

Com o advento da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, passou-se então a consagrar a Doutrina da Proteção Integral à infância. Sua importância reside na revogação da antiga concepção tutelar, trazendo a criança e o adolescente para uma condição de sujeito de direito, de protagonista da própria história, possuidor de direitos e obrigações e dando um novo funcionamento à Justiça da Infância e da Juventude (Saraiva, 2012, p.221).

Tem-se, como marco fundamental, o momento em que na Assembleia Geral das Nações Unidas, 1959, foi promulgada a Declaração dos Direitos das Crianças, garantindo leis que visam preservar sua natureza, sua individualidade e sua temporalidade.

A criança é um ser completo, num contexto historicamente definido, conhecendo o verdadeiro papel que exerce em sua família e na comunidade, é possível compreender melhor a linguagem, as ações, sentimento, reações e possibilidades de seu desenvolvimento (Aroeira, 1996, p. 21).

Nos anos 90, o Brasil, estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Brasil, 1990), primando pela necessidade de reconhecimento desse grupo como detentor de direitos e deveres assegurados por lei. E dentro desse contexto frisa-se, assim, o direito à convivência familiar e comunitária, embasando-se na Doutrina da Proteção Integral à criança e ao adolescente, tendo como supedâneo a Declaração de Genebra (1924), a qual legitimava a proteção integral de crianças contra danos físicos e psicológicos provenientes ou não do seio familiar.

O menor, dentro de sua perspectiva individual, foi considerado um ser de proteção em todas as suas vertentes, e merecendo destaque nesta análise aos aspectos físicos e mentais, o que desagua nas crianças portadoras do TEA, que necessitariam de um suporte

e atenção maior quando passassem pela situação de divórcios / separações das relações conjugais de seus progenitores.

Na mesma constância nacional, no tocante ao aspecto familiar, a Europa não se distancia dessa realidade, vez que herda a ideologia do século XIX e normatiza uma acepção social e jurídica trazendo o patriarcalismo às relações, colocando a mulher em um lugar de submissão e sempre inferior ao marido, restando a esta em casos de separação tão somente aceitar ser cuidadora dos filhos, e perceptora da pensão alimentícia.

Dos países europeus, a Espanha é uma das nações mais liberais no que compete o reconhecimento de múltiplos arranjos familiares, logo se baseia em fundamentos democráticos.

A grande questão é perceber que todo fim de relação conjugal, seja no Brasil, na África, como na Europa, em destaque a Espanha, vai sobressair o assunto guarda e direito de convivência dos filhos, e que se é analisado pelo viés de crianças autistas ganha um destaque maior, diante da necessidade de respeito ao espaço necessário e as condições de vida, educação e dignidade desses seres.

4.4 A GUARDA E SUAS MODALIDADES

As separações, em sua grande parte, são dolorosas, pois subsistem em um processo gravado de sentimentos reflexivos de mentiras, intrigas, traições, rejeições e nesse mar de negatividades, frustrações e lamentações as partes que mais sofrem são os filhos, que passam a serem conduzidos como objetos de manipulações entre as partes envolvidas. São óbvias as chances desse aspecto afetar seu rendimento e o desenvolvimento como pessoas é altíssimo.

Eis o momento também que surge o processo de alienação parental, onde os genitores insuflam os menores de conteúdos, falsas memórias e principalmente os transforma em objetos de vingança, principalmente quando ainda se vive um processo de divórcio.

Uma das maiores dificuldades perpassa na sala de audiência, onde o pai quer ter maior convívio com os filhos e por vezes a mãe quer a redução dessa convivência tão somente porque sabe que o desejo inverso é apenas para rebater poderes.

Assim, depara-se com um dos assuntos mais difíceis a prática familista: a guarda e o direito de convivência.

Nesse conflito, subsiste a tentativa de estabelecer um modelo de guarda que prime pela manutenção da qualidade de vida dos filhos após a separação dos pais, levando-se em consideração o comprometimento e os vossos papéis no exercício da educação e principalmente no fortalecimento dos interesses dos menores.

Por consequência justamente daqueles que não respeitam seus papéis, seja o materno ou paterno é que o Estado sai da condição neutra nas relações familiares e passa a garantir o equilíbrio familiar destinando aos filhos uma vida saudável, distante de conflitos, justamente quando os realoca para o modelo de gestão (guarda) mais adequado às vossas necessidades.

4.4.1 NO ÂMBITO DO DIREITO BRASILEIRO

O Código Civil Brasileiro traz duas formas dessa modalidade de guarda, a unilateral e compartilhada, sendo esta última determinada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” (Brasil, 2002, sem paginação).

A primeira, como é possível literalmente compreender, é o exercício somente por um dos genitores, o qual será o responsável pelos cuidados, determinações e aceções na vida dos filhos.

O modelo de guarda, no Brasil, na modalidade compartilhada é considerado o mais benéfico para os filhos, salvos impeditivos legais que, por força maior, inviabilize essa prática, como nos casos de histórico de violência por um dos genitores, alcoolismo, problemas mentais e recusa expressa de um dos responsáveis em assumir a proteção dos descendentes.

4.4.1.1 GUARDA UNILATERAL

Esta modalidade de guarda, no Brasil, era prevista na Lei n.º 11.698/2008 sendo regra em casos de ações familiares.

Entretanto, com a instituição do Código Civil Brasileiro de 2002 (Brasil, 2002) essa realidade deu espaço a abertura a outra modalidade de guarda, na divisão de responsabilidades entre genitores, principalmente na tomada de decisões na vida dos rebentos.

De todo modo ainda existe espaço para a guarda unilateral, como por exemplo quando em determinados casos exista uma separação traumática, com a morte de um dos genitores, ou até mesmo quando não é possível identificar a paternidade da criança. E neste tipo de guarda o genitor responsável deverá cuidar e proteger a criança contando como uma gestão exclusiva, cabendo ao outro genitor tão somente o direito de regular sua convivência com este ser.

O que vai ser relevante nessa escolha de guarda será o vínculo afetivo e melhor disponibilidade para proporcionar ambiente saudável, harmônico e educativo.

E com a evolução social, uma perspectiva tão abordada anteriormente neste artigo, também surge um novo viés, qual seja a presença paterna de maneira mais incisiva nas solicitações de guardas unilaterais, ressabiando um novo perfil masculino, de paternidade presente e consciente, de maneira mais efetiva e menos autoritária, repartindo interesses e cuidados na vida dos infantes.

Desta forma, resume-se, que a modalidade de guarda unilateral fica de lado diante da compartilhada, haja vista que é mais benéfica aos filhos por garantir responsabilidades e tomadas de decisões mútuas, oportunizando direitos iguais no tocante a proteção da vida dos menores, e os respectivos convívios com os genitores.

4.4.1.2 GUARDA COMPARTILHADA

Atualmente despontando como a modalidade mais conhecida, a compartilhada, segundo Grisard Filho (2016), originou-se na Inglaterra, durante a década de 70, e rapidamente foi sendo adotada ao redor do mundo, criada com intuito de preservar os laços de afetividade entre pais e filhos, posto que em muitos casos, ocorria o desejo mútuo de compartilhamento na criação dos filhos, mesmo após o rompimento.

[...] na Inglaterra o pai sempre foi considerado proprietário de seus filhos, logo, em caso de conflito, a guarda lhe era necessariamente concedida. Somente no século XIX, o Parlamento inglês modificou o princípio e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos e, a partir de então a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atenuada pelo poder discricionário dos Tribunais. Pelo fato da guarda conferir ao seu titular poderes muito amplos sobre a pessoa do filho, a perda desse direito do pai se revelou injusta e os Tribunais procuraram minorar os efeitos de não-atribuição, através da *split order* (isto é, guarda compartilhada) que nada mais é, senão, um fracionamento do exercício do direito de guarda entre ambos os genitores. Enquanto

a mãe se encarrega dos cuidados cotidianos da criança, *core and control* (cuidado e controle), ao pai retorna o poder de dirigir a vida do menor, *custody* (custódia) (Leite, 2011, p. 265).

Com a inserção da mulher no mercado de trabalho, bem como a convalidação da igualdade de direitos dentro dos gêneros o mundo saltou para um patamar mais paritário, e conseguiu perceber (mesmo que com dificuldades) que a responsabilidade na guarda dos filhos poderia ser compartilhada e principalmente integralizada, visando obter convergência de interesses paternos e maternos, afastando a visão do pátrio poder e do homem como dominador de opiniões.

Em discussões sobre o assunto a autora Pelajo (2008), opina que a aprovação da lei que regulamenta a guarda compartilhada representa um grande avanço em se tratando de desmembrar conjugalidade e parentalidade, destacando a jurista citada que, dessa forma, ambos os pais são responsabilizados pela educação dos filhos.

E mesmo que surja o questionamento de falta de entendimento dos pais quanto aos assuntos relacionados aos filhos a legislação brasileira estabelece que:

(...) não havendo consenso entre os genitores, estando ambos aptos a exercerem a guarda, esta será compartilhada. Todavia, tendo em vista atender ao melhor interesse das crianças ou adolescentes envolvidos, é comum que a Justiça brasileira atribua a guarda a apenas um dos genitores, tendo-se como premissa que, no caso das crianças, o melhor interesse é o de ficar sob a guarda da mãe, exceto se tal solução apresente dificuldades específicas. Os motivos para não se conceder a guarda à mãe se devem, normalmente, ao uso de drogas (Ministério Das Relações Exteriores, 2016, p.13).

Abrindo o leque para análise internacional frisa-se que as ações de guarda na modalidade compartilhada sofrem influência de vários fatores, como o grau de desenvolvimento cultural, formação e características particulares de cada povo. Contudo, como se vive, atualmente, na era da globalização, os exemplos bem-sucedidos tendem a ser copiados em todas as esferas da vida, especialmente na social e familiar, acompanhando o próprio desenvolvimento cultural dos povos e conduzindo os vários segmentos da sociedade a lutar por novos rumos (Silva, 2015).

Além do Brasil o compartilhamento da guarda é modalidade instituída em diversos países, tais como França, Canadá, Inglaterra, Estados Unidos, Espanha, Uruguai, Argentina, Cuba, entre outros, sendo utilizado principalmente para mitigar o sofrimento de uma

separação, por vezes turbulenta, entre pais e filhos. Desta forma almeja-se, assim, que a guarda compartilhada auxilie a tornar mais igualitárias as relações parentais, nos casos em que os pais não vivem juntos, responsabilizando ambos pela criação dos filhos e criando um cotidiano em que eles estejam mais presentes (Côté, 2016).

Quem avança caminhos na crítica a esta prática de guarda prescreve entendimentos que geraria maior propensão a conflitos no tocante a assuntos relacionados aos menores, porém deixam de explanar e de perceber que divergências existem até mesmo entre pais que sequer chegaram a romper os vínculos maritais, ou seja, poderia ocorrer com pais casados, pais em guarda unilateral, ou em qualquer outra modalidade. De todo modo o argumento mais incisivo desses críticos sustenta-se no aspecto residência, onde por muitas vezes acreditam que a guarda compartilhada geraria alternância de guarda, e acabam por embaralhar todo o conceito e subsistência desse avanço doutrinário e jurisprudencial no campo do direito das famílias.

Guarda e convivência são expressões e tem simbioses completamente distantes, onde a primeira reflete sobre tomada de decisões e a segunda ingere-se no campo do contato pessoal, seja materno ou paterno-filial.

4.4.2 NO ÂMBITO DO DIREITO ESPANHOL

Como aduzido anteriormente o Direito Espanhol não diverge do Brasileiro uma vez que subsiste também as modalidades unilaterais e compartilhadas, tendo esta maior abrangência.

O poder familiar, também denominada *patria potestad* é referencial para compreensão da modalidade compartilhada, salvo exceções que caberiam assegurar a suspensão desse poder, ou até mesmo a perda da guarda.

Esse poder advém do nascimento do menor, uma vez que não se pode deixar de frisar sempre que o direito da guarda é da criança e não dos pais. A prevalência é deste em ter o convívio e proteção de um dos genitores ou até mesmo paritariamente de ambos.

O Código Civil espanhol (Artigos 92 e 156) não define de forma concreta o poder familiar, pelo que se segue o estabelecido no IV Encontro de Magistrados e Juizes de Família e Associações de Advogados de Família de 2009, quando se definiu que as medidas que não podem ser tomadas unilateralmente pelo genitor que tenha a custódia do menor, sem consultar o outro genitor, são: definição do local de

residência do menor e suas posteriores mudanças de domicílio; escolha da instituição de ensino; definição da orientação educativa (religiosa ou laica); decisão sobre submeter o menor de 16 anos a tratamentos e intervenções médicas preventivas, curativas ou cirúrgicas, incluídas as estéticas, salvo os casos de urgência; recurso a terapias psiquiátricas ou psicológicas; realização de atividades extracurriculares – esportivas, lúdicas ou de formação – e todas as atividades que gerem gastos extraordinários que devam ser assumidos por ambos genitores (Ministério das Relações Exteriores, 2016).

Subsistindo tal percepção é visível que a guarda compartilhada é uníssona também no território Espanhol e é modalidade compatível com a realidade local.

4.5 O DIREITO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR

É comum ainda se ouvir a expressão “Direito de Visita” entre pais e filhos, até mesmo em virtude de uma coloquialidade voltada para a concepção que o pai não detentor da residência fixa do filho ter que ir ao seu encontro visitá-lo.

Por bem, a expressão nos últimos anos passa a cair em desuso vez que é compreensível que o genitor em hipótese alguma pode ser considerado uma visita na vida do seu filho. Ele agrega valores e cuidados além de quem tão somente visita, mas de que efetivamente convive, o que engrandece o direito das famílias com o termo “Direito de Convivência”.

Essa distinção de expressões pode parecer metodismo, mas não o é quando se explica que a guarda é rege a tomada de decisões na vida do menor, a residência fixa é o local onde este infante pode tomar como base o seu lar, o seu referencial de moradia, e a convivência desponta com o ato de participação efetiva, corpo a corpo entre pai e filho(s).

Portanto, p. ex. quem não detém a residência fixa do menor deve manter a idêntica estrutura em sua residência para o período de convivência deste com aquele, montando um quarto para o menor, estabelecendo a mesma rotina diária de estudos, de higiene pessoal, de alimentação, fazendo tudo para que este infante entenda que a única coisa que alterou foi quem está naquele momento na sua companhia, mas que os regramentos da vida e educação são os mesmos.

Até então, tudo sairia muito perfeito se essas crianças não tivessem particularidades de cuidados e de tratamentos, no entanto, está-se aqui para trazer a cereja do bolo, e encarar

justamente, no tocante a residência dos menores que possuem o transtorno do espectro autista, o aspecto da convivência diante da resiliência a mudanças e quebras de rotinas.

4.6 A IMPLEMENTAÇÃO DA RESIDÊNCIA NIDAL COMO ESTRATÉGIA PARA MITIGAÇÃO DA QUEBRA DE ROTINA DE CRIANÇAS PORTADORAS DO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

Muitos operadores do direito com certeza nunca ouviram falar na expressão *birdnesting* ou *nesting* (termos em inglês que remetem ao ninho dos pássaros), mas é justamente o caminho que esmerasse nessa pesquisa, trazer o novo, para enfrentar um problema não tão atual.

Se para crianças que não possuem qualquer tipo de transtorno a decisão de onde vão residir após a separação de seus genitores é difícil, imaginem para crianças que são detentoras do Transtorno do Espectro Autista?!

Como já abalizado anteriormente, o TEA influi principalmente na rotina dessas crianças, uma vez que carecem de movimentos estáticos e organização diária rígida para terem uma vida mais saudável. E assim vem o questionamento, como regular a convivência do genitor que não possui a residência fixa desse infante? Como reduzir idas e vindas desses menores, pernoites, e situações que fugiriam e muito de suas realidades?

Antes de se passar a responder tais questionamentos, é deveras fundamental que se apesente essa formatação nova de residência conhecida como *birdnesting*.

Na realidade, esta é uma modalidade bastante usual nos Estados Unidos e em alguns países da Europa, isto devido subsistir uma redução no impacto inevitável da separação dos pais.

Esta forma de residência conforta a criança e demonstra que independente do que tenha ocorrido com seus genitores a sua relação e rotina continuará a mesma, preparando-a para esse novo momento pós divórcio.

Os psicólogos, inclusive, recomendam tal medida vez que percebem que os filhos poderiam ficar mais protegidos a saber que não necessitariam deslocar-se dos seus lares habituais e até mesmo necessitarem se adequar a regras distintas.

Ao permanecerem no mesmo lar, as crianças não precisaram alterar a escola, nem sequer deixariam de manter aquele grupo de amigos e vizinhos que fazem parte de sua rotina, uma vez que subsistiriam com a mesma vida de outrora, regulando tão somente

agora quem é o genitor da vez que vai estar no controle de tudo, exercendo a guarda compartilhada.

Nesta formatação, inclusive, é bem claro subsistir a tão sonhada guarda compartilhada como foi desenhada, tendo os pais que compartilhem as responsabilidades e tomadas de decisões dos filhos no período em que estiverem no domínio do lar das crianças. Necessitarão fazer as compras, decidir o que os filhos vão almoçar e jantar, e se tiverem enfermos vão dar a medicação (sem denotar aquela ideia de que muito se escuta dizer: o menor está doente e não vai esse final de semana para casa do pai), bem como levar para os compromissos de lazer, festinhas de amigos da escola, entre outras tarefas que só o genitor convivendo no dia a dia é capaz de passar.

A forma de residência por aninhamento remete a própria ideia de ninho, onde somente os passarinhos genitores saem diariamente (por meio de revezamento) para trazer a alimentação aos seus filhos, que sempre permanecem no lar – o ninho. Dessa forma, com respeito a analogia, os adultos farão o deslocamento para se integrarem à rotina das crianças, e não o oposto.

É evidente que o *birdnesting* não é aplicável a qualquer caso, uma vez que o casal necessitaria de um grau de maturidade e desprendimento pessoal altíssimo, já que precisaria dividir atribuições dos menores, bem como a própria moradia (mesmo que não fosse de forma conjunta simultaneamente). Entretanto, a reflexão que deseja-se neste artigo é pensar essa formatação de residência para crianças com TEA, vez que reduziriam as idas e vindas para casa de um e outro genitor.

O transtorno influencia em dificuldades de comunicação interação social, padrões de comportamentos repetitivos, entre outros, a depender do grau que a condição engloba.

Com esse enredo, se percebe que a retirada do menor autista de um lar e a mudança em sua vida cotidiana poder-lhe-ia retardar o vosso rendimento pessoal, social e principalmente físico, vez que por vezes até mesmo adentrar em uma casa pela porta dos fundos pode ser motivo de perturbação na cabeça de um portador do TEA.

Essa modalidade de residência respeitaria o seu ambiente integralmente, sendo necessário apenas o acordo entre os genitores em relação a dias e horários em que cada um seria o responsável pelo infante, ressabiado com todas as tomadas de decisões do lar.

Pensem, o quão bom seria a criança poder realizar seus tratamentos domiciliares, seus afazeres na própria casa sem ter a preocupação de dia sim, dia não, ou semana sim,

semana não, ter que sair do lar para casa do outro genitor, com novas regras, costumes e incertezas.

Aos que não defendem essa modalidade sobe a argumentação do custo dessa nova formatação, uma vez que os pais necessitariam custear mais uma residência, ou seja, a do menor e as vossas.

Rosa (2015, p. 60) fundamenta que:

O custo envolvido e a dinamicidade das relações são fatores que desincentivam. Custo porque, além da casa da criança, ambos os genitores irão arcar com as despesas de uma casa para sua moradia. Outro fator que atrapalharia seria o novo enlace dos pais (e principalmente quando do nascimento de novos filhos), em que o funcionamento dessa modalidade ficaria no mínimo prejudicado.

E Zanette e Tretin (2019, p. 1) complementam:

Ainda pouco conhecida no Brasil, e mais difundida nos países da Europa, essa modalidade inverte a lógica da guarda alternada, quando a criança se reveza na casa dos pais. Na nidação o menor permanece residindo no mesmo local, e os genitores se alternam na moradia e, assim, na presença junto ao filho.

Aos que protegem, essa argumentação deixa de subsistir uma vez que quando existe o divórcio e a conjectura da pensão alimentícia é planejada as despesas dos menores e sempre disposto qual seu percentual em relação a cada uma das despesas (tanto as individuais, quanto as coletivas), como por ex. o custo da energia do lar, da moradia, do condomínio, da alimentação, da tv a cabo, da internet, tudo medido por pessoa que ali convive. Assim, tem-se que esse custo operacional do menor já é abalizado e agora deverá ser apenas proporcionalizado dentro dos ganhos/possibilidades dos genitores.

Essa forma *nesting* ainda seria benéfica para evitar o conflito corriqueiro dos pais de dizer que normalmente, a mãe por ficar com a residência fixa do menor, se beneficia dos valores oriundos da pensão alimentícia e de toda a estrutura do lar subsistente.

De todo modo, mesmo com todas as argumentações expostas, sejam para o critério afirmativo ou não é importante entender que essa modalidade só vige se efetivamente os genitores forem participativos na vida dos filhos, vez que esse é o condão para proteger uma unicidade doméstica e principalmente preservar os interesses do menor, que é princípio basilar do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito das famílias se torna mais atual quando se pensam e se refletem as diversas modalidades e possibilidades dentro dos casos que nos chegam.

Até pouco tempo, falar de autismo era algo novo, não tão palpável, e por isso não se conseguiria, em hipótese alguma, imaginar como seria a vida com crianças com condições especiais e que requerem um maior cuidado e atenção.

Da mesma forma, a evolução social propiciou uma facilidade nas condições de enlances e separações, o que também trouxe consigo problemas interpessoais no tocante a patrimônio, filhos, guarda, pensão etc.

As formas de guarda do Brasil e da Espanha são muito similares, e os problemas no tocante a convivência entre genitores e suas proles também, por isso insurge a necessidade de uma tomada de decisões de forma a proteger e ponderar o melhor interesse desses menores, pautadas sempre no princípio da proteção integral.

E quando se abordam as crianças que possuem o TEA, balizam-se ainda mais os estudos e as tomadas de decisões, vez que de tempos para cá o número de processos com demandas de guarda de crianças com essa especialidade cresceu vertiginosamente.

Por esse fato, pensar na condição do autista e suas particulares e convergir o direito das famílias é despontar para sempre respeitar o ser humano em todas as suas conjecturas, principalmente quando se abordam padrões comportamentais, físicos e mentais.

A quebra de rotina na vida de crianças autistas pode gerar um stress terrível, uma vez que pessoas com o TEA tem dificuldade de lidar com alterações no cotidiano por menor que sejam. Essas alterações poderiam culminar inclusive no retardo do tratamento e por isso é importante manter o mundo dessas pessoas devidamente organizado.

Partindo desse ponto é que se trouxe para esta análise uma modalidade de residência nova, dentro da guarda compartilhada, a *Birdnesting* ou Nidal (mais conhecida desta forma no Brasil).

Ela garantiria a permanência dos menores em suas residências e tão somente seus genitores é que alternariam os cuidados do lar e a convivência com os menores, garantindo sempre a mesma rotina e as regras do lar, cientes de que ambos teriam maior interação com os filhos e estariam mais cientes da vida das crianças.

Aos que defendem informam que seria uma modalidade temporária, até que pudessem encaixar o momento pós divórcio. Aos que criticam inflam o argumento no tocante financeiro.

Entre os que acertam e erram o importante é estabelecer um diálogo na proteção do interesse dos menores, em especial de crianças que possuem o Espectro do Autismo, ressaltando suas condições e principalmente sua forma especial de entender o mundo.

E se existe possibilidade de integralizar essa técnica que originou-se na Inglaterra e ganha grandes adeptos nos Estados Unidos e em parte da Europa, porque não estabelecer mais seguidores no Brasil e na Espanha?!

O direito das famílias nos ensina que nunca é tarde para evoluir e se existe sociedade, existe constância e principalmente existe o respeito pelas pessoas, sejam ela elementos individuais ou partícipes de um núcleo familiar sempre vai haver a discussão.

REFERÊNCIAS

AROEIRA, M.L.C. **Didática de pré-escola**: vida da criança: brincar e aprender. SP: FTD, 1996.

AUTISMO: quais são os sinais do TEA e a importância do diagnóstico precoce. **Correio**

Brasiliense: Ciência & Saúde, 2023. Disponível em:

<https://www.correiobrasiliense.com.br/ciencia-e-saude/2023/04/5090076-autismo-quais-sao-os-sinais-do-tea-e-a-importancia-do-diagnostico-precoce.html>. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. São Paulo: Atlas, 1991.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CÔTÉ, D. Guarda compartilhada e simetria nos papéis de gênero: novos desafios para a igualdade de gênero. **Revista Observatório**, v. 2, n. 3, 182-198. Disponível em:

<https://doi.org/10.20873/uft.2447-4266.2016v2n3p182>. Acesso em: 10 set. 2020.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

GIL, A.C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRISARD FILHO, W. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KANNER, L. "*Autistic disturbances of affective contact*". **Revista Nervous Children**, número 2, páginas 217-250, ano 1943. Disponível em:

<https://autismtruths.org/pdf/Autistic%20Disturbances%20of%20Affective%20Contact%20-%20Leo%20Kanner.pdf>. Acesso em: 8 set. 2023.

LEITE, E. de O. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: RT, 2011.

MATSON, J. L., Hattier, M. A., & Belva, B. (2012). *Treating adaptive living skills of persons with autism using applied behavior analysis: a review*. **Research in Autism Spectrum Disorders**, v.6, n.1, 271-276

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Mercosul**. 2016. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/686-mercosul>. Acesso em: 10 ago. 2023.

PALMEN, A; DIDDEN, R. & LANG, R. A systematic review of behavioral intervention research on adaptive skill building in high-functioning Young adults with autism spectrum disorder. **Research in Autism Spectrum**, v. 6, n. 2, p. 602-617, 2012.

PELAJO, S. Entrevista: A guarda compartilhada é uma tendência mundial. **Tribuna do Advogado**, Rio de Janeiro, n. 469, ano 35, p. 28, jul. 2008.

ROSA, C.P. **Nova lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva 2015

SARAIVA, J. B. C. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA, A.M.M. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 2015.

SCHWARTZMAN, J.S. Autismo e outros transtornos do espectro autista. **Revista Autismo**, Edição de setembro de 2010. Disponível em: <https://www.canalautismo.com.br/numero/000/autismo-e-outros-transtornos-do-espectro-autista/>Acesso em: 9 set. 2023.

VOLKMAR, Fred R.; **Autismo: guia essencial para compreensão e tratamento**. Grupo A, 2018. E-book. ISBN 9788582715222. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582715222/>. Acesso em: 10 set. 2023.

ZANETTE & TRENTIN. **Guarda de nidação – revezamento dos pais na casa do filho**. 2019.
Disponível em: <https://ztinforma.com/2019/01/28/guarda-de-nidacao-revezamento-dos-pais-na-casa-do-filho>. Acesso em: 10 set. 2023.