

INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA EM DESCONFORMIDADE COM AS MEDIDAS PROTETIVAS EM CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Gabryela Maria Brum Toneti

João Nilo Martins Gomes²

RESUMO

É notório que a proteção à vítima de violência doméstica se tornou um assunto amplamente discutido e priorizado pelos mais diversos ramos do Direito, mas, em que pese a amplitude das discussões sobre o tema, é igualmente evidente que ainda é a realidade de diversas famílias brasileiras. O Direito, sendo uma ciência social, se molda a realidade, observando atentamente suas mudanças e se adaptando as propostas oferecidas pelos contextos em que se vê inserido, e não foi diferente com a pandemia da COVID-19, que ainda assola nosso país. Com o crescimento da doença no Brasil e a necessidade de isolamento físico, inclusive com a suspensão de diversos serviços e atividades comerciais, notou-se o aumento expressivo dos casos de violência doméstica. Observou-se também, neste período, um grande aumento no número de divórcios, não sendo mera eventualidade, sendo incontestável que os três cenários estão diretamente conectados. Nesse sentido, constatou-se uma lacuna entre as questões atinentes a guarda e visitação dos filhos menores dessas vítimas de violência doméstica. Portanto, serão apresentadas as modalidades de guardas presentes em nosso ordenamento jurídico, bem como as questões de visitação paterno-filial, buscando alcançar a melhor opção nos casos de incidência da Lei Maria da Penha, onde discutiremos os reflexos da violência familiar nos menores e a possibilidade de distinção entre pai e marido.

Palavras-Chave: Guarda Compartilhada; Medida Protetiva; Lei Maria da Penha; Violência Contra a Mulher.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Multivix Cachoeiro de Itapemirim.

² Especialista em Direito Processo Civil pela Faculdade Damásio de Jesus, Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim, Professor de Direito e Advogado.

ABSTRACT

It is notorious that the protection of victims of domestic violence has become a subject widely discussed and prioritized by the most diverse branches of Law, but despite the breadth of discussions on the subject, it is equally evident that it is still the reality of several Brazilian families. Law, being a social science, molds itself to reality, carefully observing its changes and adapting the proposals offered by the contexts in which it finds itself, and it was no different with the COVID-19 pandemic, which still devastates our country. With the growth of the disease in the country and the need for physical isolation, including the suspension of various services and commercial activities, there was a significant increase in cases of domestic violence. It was also observed, in this period, a great increase in the number of divorces, not being a mere eventuality, being indisputable that the three scenarios are directly connected. In this sense, a gap was found between the issues relating to custody and visitation of minor children of these victims of domestic violence. Therefore, the modalities of guards present in our legal system will be presented, as well as the issues of paternal-child visitation, seeking to reach the best option in cases of incidence of the Maria da Penha Law, where we will discuss the consequences of family violence on minors and the possibility of distinction between father and husband.

Keywords: Shared Guard; Protective Measure; Maria da Penha Law; Violence Against Women.

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, é um marco no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando nos cientificamos das altas taxas de violência no país, onde todos os dias mulheres sofrem com violência física, sexual, patrimonial, moral e psicológica.

Contudo, em que pese o alcance da referida lei, inclusive internacional, sabemos que, mesmo após 15 anos de vigência da Lei Maria da Penha, o Brasil é o 5º país onde mais ocorrem mortes violentas de mulheres, sendo certo que ainda existem dificuldades para que seja alcançada a efetiva incorporação da lei ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando consideramos a morosidade com que as medidas protetivas são deferidas às vítimas.

O resultado é o que observamos nas estatísticas, um número exorbitante de vítimas de violência doméstica, inclusive fatais, por medo de buscar ajuda ou pela descrença de consegui-la, sendo necessário evidenciar que a violência doméstica não é algo adstrito ao casal, mas a toda a família, inclusive filhos menores que, por muitas vezes, presenciam os atos violentos, sendo necessário ressaltar o art. 227, *caput*, da nossa Constituição, onde fica expressa a necessidade de proteção integral dessas crianças também vítimas da violência doméstica.

Sabendo disso, este estudo tem como objetivo discutir a proteção do melhor interesse do menor, atentando-se ao seu impasse com o regramento atinente a violência doméstica, eis que, nos casos onde a violência doméstica culmina em cisão do núcleo familiar, percebemos surgir o instituto da guarda, sendo que a partir da Lei nº 13.058/14, ficou estabelecido que a guarda compartilhada será regra nos casos onde houver divergência entre os pais.

Na prática o que ocorre é uma evidente incongruência em nosso ordenamento jurídico, considerando a divisão da competência entre os casos abarcados pela esfera criminal e os que fazem parte da competência das Varas de Família, prejudicando, e muito, a prestação jurisdicional, expondo assim a inviabilidade de tratamento em separado de tais matérias.

Cumprе salientar que, segundo os dados que constam no senso do IBGE de 2011, a maioria dos casos de guardas deferidas no Brasil, algo em torno de 87% (oitenta e sete por cento), eram de guardas unilaterais deferidas em prol das genitoras dos menores.

Ocorre que em 2019, o senso do IBGE apresentava dados que apontavam a guarda compartilhada fazendo parte de pouco mais de 20% dos processos de guarda no Brasil, impulsionados, evidentemente pela Lei nº 13.058/14, objeto dessa pesquisa, que instituiu a guarda compartilhada como regra e não mais como exceção nos casos de divergência entre os genitores.

Por isso, analisaremos a Lei Maria da Penha sob a luz dos institutos inerentes as Varas de Família, como o divórcio, a guarda e a visitação paterno-filial, depreendendo de que modo deve ser o enfrentamento da violência doméstica, considerando o impasse com o regramento da guarda compartilhada, apontando também que existem outros meios de guarda possíveis em nosso ordenamento jurídico, devendo ser discutida a melhor delas para os casos de agressão no meio familiar.

O método a ser utilizado no presente trabalho será a pesquisa de natureza básica, por meio bibliográfico. A abordagem utilizada para o levantamento dos dados e realização de sua interpretação, será qualitativa e empregaremos o método de pesquisa cujo objetivo é exploratório, de modo que buscaremos esclarecer o tema abordado, utilizando fontes instrumentais como: livros, leis, jurisprudências e sites.

2 GUARDA COMPARTILHADA: O MELHOR INTERESSE DO MENOR À LUZ DA DOUTRINA

Após o divórcio ou a dissolução de uma união estável, independente de como o núcleo familiar é formado, é certo que os direitos dos filhos menores deverão ser resguardados no momento da demanda, seja ela consensual ou litigiosa.

É neste momento de cisão familiar que podemos observar surgir o instituto da guarda, pois, com a existência de filhos, é certo que a guarda dos menores deve ser estipulada nos autos em que as demais cláusulas acerca do divórcio ou da dissolução da união estável forem estabelecidas, objetivando o melhor interesse do menor.

Mas qual o conceito de guarda, afinal? Em nosso ordenamento jurídico, a guarda pode ser conceituada como cuidado, vigilância sobre alguém e é nesse sentido que Casabona (2006), investigando a origem etimológica da palavra “guarda”, encontrou sua gênese no latim como *guardare* que, em tradução livre, significa proteger, vigiar, por isso a definiu juridicamente como “(...) conjunto de direitos e obrigações que se estabelece entre um menor e seu guardião, visando o seu desenvolvimento pessoal e integração social” (CASABONA, 2006, p. 103).

Tratando-se de relações familiares, é certo que temos vasta literatura sobre o assunto, principalmente de matérias que tratam de relações humanas, como a psicologia. Contudo, obviamente, a psicologia não trata a guarda como algo jurídico, mas sim como um comportamento humano inerente das relações interpessoais, principalmente a relação familiar entre pais e filhos.

Entretanto, se fundirmos as duas matérias (direito e psicologia), encontramos a literatura psicológica de Teyber que em 1995, onde já afirmava que:

Os pais precisam equilibrar dois requisitos essenciais em todas as determinações de acordos de guarda/acesso. Em primeiro lugar, uma das premissas precisa ser a continuidade da relação da criança com os dois genitores. Em segundo lugar, é preciso conduzir as negociações sobre os

acordos de acesso (visitas) de forma a proteger os filhos dos conflitos parentais. (TEYBER, 1995, p. 117).

Quanto a guarda dos filhos menores, em que pese alguns doutrinadores, como Carlos Roberto Gonçalves, não verem objeção à homologação judicial de divórcio consensual sem a definição de guarda, é certo que tal circunstância não demonstra a melhor solução.

Isso porque, a definição de guarda é item condicional, seja ela compartilhada ou unilateral, sendo este o motivo, por exemplo, de mesmo com a exclusão da Lei n.º 11.441/07, que trata das separações e divórcios extrajudiciais, a tramitação desses processos, quando existem filhos menores, permaneceu, visando assegurar os direitos menoristas e a fiscalização ministerial, tão importante na seara familiarista.

Historicamente falando, a primeira menção acerca de guarda em nosso ordenamento jurídico, aparece no início da República, em 1890. Algumas décadas depois, nosso Código Civil de 1916 já previa a possibilidade de ser estabelecida a guarda mediante consenso entre os genitores ou a definição da guarda para o cônjuge não culpado pela separação do casal, sendo, nos casos de dupla culpa, atribuída a guarda após verificados o sexo e a idade da criança.

Após alguns anos e modificações surge o Estatuto da Mulher Casada, onde ficou estabelecido que a guarda deveria ser atribuída ao cônjuge não culpado da separação ou à mãe, nos casos em que houvessem dupla culpa, vislumbrando o melhor interesse do filho menor, restando tal decisão ao juiz, sendo irrelevante as questões de sexo e idade do bebê.

Atualmente, o Código Civil Brasileiro determina duas modalidades de guarda nos casos de cisão familiar: a unilateral e a compartilhada. Na modalidade unilateral, um dos genitores detém a guarda dos filhos menores do casal em processo de separação, através de decisão liminar e posteriormente por meio de sentença, ficando incumbido ao genitor que não detém a guarda do filho menor o direito de visitaçã, supervisão e fiscalização dos atos do guardião da criança.

Já a guarda compartilhada, surge em resposta a mudança substancial que vem ocorrendo na sociedade nas últimas décadas, com uma maior inserção feminina no mercado de trabalho, bem como a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres que vemos crescer (mesmo que lentamente) na sociedade moderna, projetando a mulher como participante ativa do núcleo familiar e não mais coadjuvante.

A guarda compartilhada, através da Lei nº 13.058/2014, alterou a lei que estabelecia a guarda unilateral como regra, condição que atribuía majoritariamente o exercício da guarda da criança à genitora.

Tal mudança em nosso ordenamento jurídico, busca consolidar a igualdade entre os genitores, efetivando a corresponsabilização dos pais, principalmente quanto ao tempo de convivência com os filhos, sendo esta modalidade usada até mesmo diante de divergências e litígio entre as partes.

É nesse sentido, inclusive que nossa Constituição Federal consagra a equiparação entre pai e mãe no exercício do poder familiar em seu art. 226, § 5º, eis que, nas famílias não separadas, a guarda é conjunta, sendo evidente que a preferência dos pais, nos casos de divórcio, é que assim permaneça.

Com a inserção da guarda compartilhada como regra em nosso ordenamento jurídico, o legislador ratificou o direito dos genitores de obterem todas as informações ligadas ao cotidiano de seus filhos, quais sejam, as ligadas à saúde, seja ela física ou psicológica e as informações atinentes ao desenvolvimento educacional, por exemplo.

Sabendo disso, a CRFB/88 determinou o direito dos filhos à convivência familiar e comunitária, como dispõe o art. 227, ratificado pelo ECRID e consagrado pelo nosso Código Civil de 2002, onde não se discute culpa, mas sim a necessidade, da preservação da dignidade da pessoa humana e o direito da proteção integral dos interesses dos menores.

Contudo, é certo que essa alteração legislativa somente será regra nos casos em que não haja condição que torne um dos genitores inapto ao exercício do poder familiar, eis que a responsabilidade parental decorre do poder familiar, explicitado no art. 227 da CRFB/88, mencionado anteriormente e aqui retomado:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Ou seja, a guarda é um atributo decorrente do poder familiar, referindo-se a convivência do menor com os genitores, constituindo-se assim o direito de conviver com o filho menor em uma mesma habitação, assumindo a responsabilidade direta de velar pelos interesses de seu filho, e é nesse sentido que dispõe o Código Civil em

seu artigo 1.583, § 2º, onde aduz que em ocasião da guarda compartilhada, o menor terá seu convívio com os pais de forma equilibrada, considerando as condições fáticas e o melhor interesse da criança.

Por isso quando falamos de poder familiar, é certo que estamos convencionando uma condição para que a guarda compartilhada seja exercida, eis que caso existam causas desabonadoras que possam ensejar em suspensão e, até mesmo, extinção deste poder, fica inviabilizado o exercício pleno da guarda compartilhada.

Quanto a suspensão do poder familiar, as causas encontram-se dispostas no artigo 1.637 do Código Civil:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (BRASIL, 2002)

Cabe frisar que os motivos determinantes para a intervenção judicial não estão elencados somente no artigo supra, eis que, jurisprudencialmente, existem inúmeras condições que justificam a suspensão do poder familiar, por exemplo, situações fáticas que coloquem em risco a integridade física, e psicológica do menor.

Ocorre que, tal suspensão é temporária e dura somente enquanto houver efetividade necessária, uma vez afastada a causa da suspensão, o ascendente retoma o poder familiar, sendo necessário, porém, a submissão a avaliação psiquiátrica, podendo ser compelido judicialmente à avaliação ou terapia.

Por outro lado, a extinção do poder familiar é condição determinante, estando disposta no art. 1.635, do Código Civil. Além disso, a prática reiterada do disposto no art. 1.637, do Código Civil, que é causa de suspensão do poder familiar, pode causar a suspensão deste poder. Mas, não são todas as causas de suspensão que podem causar extinção do poder familiar (CC, art. 1.635, inc. V, c/c art. 1.638, inc. IV), eis que, em algumas delas a medida se apresentaria desproporcional, diante do grave efeito representado pela perda do poder parental.

Ou seja, não é todo contexto de abuso de autoridade que representa falta grave ao ponto de determinar a extinção do vínculo parental. Isso porque, pode o genitor

não manifestar interesse na custódia do filho, mas prover seu sustento material, não devendo por isso ser inibido o “pátrio poder”, pois sempre devemos considerar a primazia do melhor interesse do menor.

3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA CONFORME A LEI 11.340/2006

Ao longo da história, os direitos das mulheres vêm representando uma evolução da própria mulher diante a sociedade. Isso porque, por muito tempo, tais direitos sequer existiam e quando passaram a existir eram feridos.

No decorrer de três séculos, desde as Ordenações Filipinas até o Código Penal de 1940, vimos surgir diversas disposições acerca do direito da mulher, como no ano de 1830 que, em substituição as Ordenações Filipinas, o Código do Império onde era determinado que o crime de estupro cometido contra a mulher era crime contra a “segurança da honra”. Já em 1890, o mesmo ato era considerado como crime contra a “segurança da honra e honestidade familiar”, e finalmente no Código Penal de 1940, era apenas um crime contra costumes (FERNANDES, 2015).

Sabemos que, quando tratamos do direito da mulher, este sempre surge com atraso, como o direito ao voto e ao estudo, por exemplo, mas devemos observar que mudanças significativas vêm ocorrendo nas últimas décadas, como o surgimento em nosso ordenamento jurídico da Constituição Federal, promulgada em 1988, conhecida como Constituição Cidadã por, dentre outras disposições, versar expressamente acerca da igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações.

Mesmo com advento da Constituição de 1988, apenas no ano de 1995 foi criada a Lei nº 9.099, que possuía em sua disposição à proteção a vítima de violência doméstica. Ocorre que, a referida lei dispunha, na verdade, acerca dos juizados especiais cíveis e criminais, ou seja, a violência doméstica era considerada crime de menor potencial ofensivo, salvo em casos em que ocorriam homicídios e lesões corporais graves (MUSZKAT, 2016).

A Lei 9.099/95 determinava apenas três meses de detenção em casos de violência doméstica, e havia a possibilidade de a detenção ser substituída apenas por medidas alternativas ou punições pecuniárias, que correspondiam a uma cesta básica ao Estado. Além disso, antes da aplicação da pena, o Juiz reunia o casal conflituoso em audiência para a tentativa de resolução consensual. O tempo de espera para

essas audiências podia chegar a seis meses, e esse tempo de espera causava danos psicológicos a vítima, que se sentia humilhada diante de tamanha desmoralização (MUSZKAT, 2016).

Porém, a maior mudança a fim de objetivar a proteção da mulher vítima de violência doméstica, somente viria com o advento da Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha. A mulher que deu origem ao nome da lei foi Maria da Penha Maia Fernandes, mulher casada que após anos de sofrimento com a violência doméstica sofreu duas tentativas de homicídio, que partiram do seu então companheiro. As agressões, deixaram sequelas e Maria ficou paraplégica em 1983.

O agressor de Maria passou por dois julgamentos no Tribunal do Júri, mas sua prisão ocorreu somente em 2002, sendo que ele cumpriu apenas 02 anos de pena. No entanto, a repercussão negativa do caso foi tamanha que formalizaram denúncia junto a Comissão Interamericana de Direitos humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) e o resultado foi à condenação do Brasil a pagar indenização a Maria da Penha no valor de 20 mil dólares, além da recomendação de simplificação da tramitação processual no país. (SEIXAS, 2013).

A nova lei, criada a partir do caso de Maria da Penha, surgiu quebrando o tradicionalismo, principalmente quanto ao processo penal, visto que se criou um processo com efetividade social, vislumbrando a proteção da mulher e buscando prevenir a violência doméstica. Nucci (2020) descreve como violência:

“Violência significa, em linhas gerais, qualquer forma de constrangimento ou força, que pode ser física ou moral. Entretanto, em termos penais, padronizou-se o entendimento de que o termo, quando lançado nos tipos penais incriminadores, tem o condão de representar apenas a violência física. (...) relevante, no cenário da violência doméstica, é coibir a opressão da mulher, em particular quando se encontra em seu lar, ambiente íntimo e privado, asilo inviolável do indivíduo (...).” (NUCCI; 2020 p.904).

Bianchini (2018), acerca da Lei 11.340/06, analisa:

“(...) Lei referir-se à “violência doméstica e familiar contra a mulher”, o seu art. 5º delimita o objeto de incidência, ao preceituar que “para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero”. E não é só. Nos incisos do mesmo dispositivo legal, a Lei menciona os contextos em que a violência de gênero deve ser praticada: no âmbito da unidade doméstica, da família ou em uma relação íntima de afeto (...).” (BIANCHINI; 2018 p.32).

Ademais, a lei disponibilizou instrumentos, como a medida protetiva de urgência, visando à proteção dessas vítimas, possibilitando uma saída para relacionamentos abusivos. Tal medida, é o instrumento imediato a ser formalizado no

momento em que há uma denúncia de agressão (física, moral, psicológica, patrimonial e sexual). O art. 18, caput da Lei 11.340/06 prevê que o Poder Judiciário tem o prazo de 48 horas para conceder essa medida, independente de oitiva das partes e do Ministério Público.

Com fulcro no art. 19 da referente lei, tais medidas protetivas de urgência podem ser concedidas pelo juiz de forma imediata, através do requerimento do Ministério Público ou da vítima, independente de audiência das partes. Nucci (2020) aclara que o magistrado pode decretar medidas de urgência de ofício, conforme o caso e com finalidade de proteção:

“(...) Lei, que busca avanço e celeridade na solução dos problemas da mulher agredida, olvidou que o magistrado possa decretar medidas de urgência de ofício, conforme o caso e de acordo com a finalidade da proteção. Cremos que tal situação pode ser sanada pelo poder geral de cautela do juiz, contornando-se a omissão legislativa. Em outras palavras, conforme a situação concreta parece-nos viável a decretação de medidas de urgência pertinentes de ofício”. (NUCCI; 2020 p. 937).

A lei também dispõe em seus art. 22 diretamente acerca das medidas protetivas:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:
I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios (...).

Nucci (2020) também menciona que as medidas dispostas no art. 22 da Lei 11.340/06 irão ser deferidas conforme a necessidade atual do caso, pois a Lei Maria da Penha tem caráter protetivo, e tal artigo tem natureza jurídica inibitória. Quanto ao art. 23 da lei citada, fica estabelecido que cabe o encaminhamento desta vítima para órgãos de proteção, além da separação de corpos imediata para proteção da mulher e filhos.

Ocorre que, na prática, a efetividade da Lei Maria da Penha é dificultada, principalmente em razão da vítima e agressor viverem em um mesmo lar, constituindo

um núcleo familiar, muitas vezes composto por filhos que presenciam os atos de violência. Isso porque, muito embora as maiores vítimas sejam as mulheres, é certo que nas famílias compostas também por filhos, as crianças sofrerão com a prática de violência do pai contra a mãe.

Neste momento, vemos nascer dois pilares importantes que devem ser tratados em conjunto, quais sejam, a prática da violência contra mulher e a viabilidade de, em caso de divórcio do casal, agressor e vítima compartilharem a guarda dos filhos menores.

4 CONVERGÊNCIAS ENTRE A LEI 13.058/14 E A LEI 11.340/06

Quando tratamos de direito da família, é necessário que compreendamos que este abarca não só o direito ao casamento, ou seja, a formação do núcleo familiar. Isso porque, tão importante quanto a gênese da família, é a disposição acerca da sua cisão, principalmente quando na composição familiar existirem filhos menores cujos direitos devem ser primordialmente resguardados.

Sabemos que uma parcela dos casamentos desfeitos hoje no país decorrem de um núcleo familiar onde a violência se instaurou, sendo a melhor solução encontrada para a manutenção da dignidade da vítima o divórcio do casal, e é nesse momento que percebemos as divergências existentes entre a Lei nº 13.058/14 e a Lei 11.340/06. Isso porque, como consequência do divórcio onde existam filhos, é necessário que sejam estipuladas as cláusulas acerca da guarda dessas crianças, até mesmo para que a situação não permaneça indefinida, trazendo danos ao menor.

Com o fomento promovido pela Lei 13.058/14, que trouxe a modificação do § 2º do art. 1.584, do Código Civil, a guarda dos menores deve ser preferencialmente compartilhada quando não há consenso entre as partes:

Art. 1.584. (...)

§ 2º 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.

Por outro lado, devemos considerar as medidas protetivas impostas a partir da denúncia da violência doméstica sofrida pela genitora daquela família. Por isso, diante

dos dois cenários, é necessário que seja observada a viabilidade da coexistência das duas situações em uma mesma família.

Quando tratamos da guarda compartilhada, é certo que estamos vislumbrando o melhor interesse do menor, eis que é a modalidade de guarda onde os pais possuem uma maior interação com o dia a dia dos filhos. Nesse sentido, Rolf Madaleno (2019) expõe que:

A guarda compartilhada legal procura fazer com que os pais, apesar de sua separação pessoal, e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela criação, educação e manutenção dos filhos, e sigam responsáveis pela integral formação da prole, mesmo estando separados, obrigando-se a realizarem da melhor maneira possível suas funções parentais. (MADALENO, 2019)

Por outro lado, o contato entre os pais na vigência da guarda compartilhada, pode ser, na verdade, a convivência forçada entre vítima e agressor, o que confronta as medidas protetivas impostas pela Lei Maria da Penha, iniciando assim um conflito de institutos.

O impacto negativo é observado quando a Lei nº 11.340/06, estipula diversas medidas que serão impostas em desfavor do agressor nos casos de violência doméstica, incluindo o afastamento do lar, como disposto no art. 22, II, da referida lei, mas nada menciona acerca do compartilhamento da guarda entre os genitores.

É certo que o inciso IV do mesmo artigo menciona como punição ao réu a restrição ou suspensão das visitas aos filhos menores, mas sabemos que guarda e a visitação são institutos diferentes, eis que a perda da guarda somente seria possível com a destituição do poder familiar.

É importante ressaltar, contudo, que já foi objeto de apreciação dos tribunais superiores, casos concretos onde a guarda compartilhada foi substituída pela guarda unilateral em razão de antecedentes desabonadores, eis que existia histórico de violência doméstica:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. GUARDA PROVISÓRIA UNILATERAL À GENITORA. JUSTA CAUSA. MELHOR INTERESSE DA MENOR. REVERSÃO OU COMPARTILHAMENTO. INDEFERIMENTO. 1. Existindo no contexto probatório dos autos, elementos (extensa carga laboral, distância do local de trabalho, existência de outros filhos em localidade longínqua e histórico de violência doméstica) que evidenciam a impossibilidade de o genitor desempenhar a contento, a guarda unilateral e até mesmo compartilhada da infante, impõe-se, em atenção ao melhor interesse da infante, manter a guarda provisória unilateral à genitora. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA. (TJ-GO - AI: 02877143920198090000, Relator: SÉRGIO

Contudo, como podemos observar, além do caso de violência doméstica são considerados diversos outros fatores, como a distância entre as residências, por exemplo. Ainda assim, é notório que as decisões precisam partir de entendimentos superiores, ante a ausência de disposição na lei.

Notadamente os direitos inerentes aos filhos menores devem e são resguardados por diversos institutos, contudo devemos considerar que as mulheres vítimas de violência doméstica não podem se tornar prisioneiras dentro de seus próprios lares, reféns do medo que cresce nas lacunas dos dispositivos legais.

Verifica-se que as medidas emergenciais de proteção a vítima de violência doméstica são aplicáveis aos casais que possuem a guarda compartilhada de seus filhos menores, desde que o agressor não ofereça nenhum perigo ao filho menor. Desta forma, fica resguardado o direito do pai em manter contato com o filho, eis que medida contrária a essa violaria os princípios estabelecidos pelo **ECRIAD**, como o Princípio da Prioridade Absoluta:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Ademais, deve ser resguardado também o Princípio do Melhor Interesse que, para Andréa Rodrigues Amin deve ser observado consoante o caso concreto:

“Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o princípio do melhor interesse toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. Melhor interesse não é o que o Julgador entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. À guisa de exemplo, vamos pensar em uma criança que está em risco, vivendo pelas ruas de uma grande cidade, dormindo ao relento, consumindo drogas, sujeita a todo tipo de violência. Acolhê-la e retirá-la das

ruas, mesmo contra sua vontade imediata, é atender ao princípio do melhor interesse. Com o acolhimento, busca-se assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao respeito como pessoa, à sua dignidade, a despeito de não se atender, naquele momento, ao seu direito de liberdade de ir, vir e permanecer, onde assim o desejar. Trata-se de mera ponderação de interesses e aplicação do princípio da razoabilidade. Apesar de não conseguir assegurar à criança todos os seus direitos fundamentais, buscou-se a decisão que os assegura em maior número, da forma mais ampla possível”.

Assim, pode-se verificar que existem várias divergências entre os dispositivos, mas é de suma importância que seja buscada a saúde física e mental dos menores que, por muitas vezes, presenciam os atos de violência, não naturalizando tais práticas.

Não há como obrigar a convivência de vítima com seu agressor, contudo, não há como privar os filhos menores da presença do pai e é sob esse impasse que diversas famílias vivem neste momento. Por isso, devem os magistrados e demais membros do judiciário, agirem em conjunto não somente entre si, mas com as demais esferas do Direito, a fim de sanar tais questões com a devida técnica e imparcialidade para que, de fato, o melhor interesse do menor logre êxito e a justiça seja alcançada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o presente estudo, o que se conclui é que, o instituto da guarda compartilhada torna-se inviável no em casos de violência doméstica, devendo haver a prioridade no deferimento da guarda unilateral, sendo uma via menos danosa as medidas protetivas de urgência impostas pela Lei Maria da Penha e que proporciona uma convivência mais sadia entre pai e filho, eis que o genitor somente terá contato com o filho, evitando assim cenas de conflito entre pai e mãe na presença do filho.

Vale ressaltar que, a guarda unilateral surge para sanar o impasse criado pela Lei 13.058/14 e as medidas protetivas impostas pela Lei 11.340/06, sendo certo que, se as medidas forem temporárias, a guarda unilateral também.

Entretanto, nos casos em que a violência doméstica perdure, o instituto da guarda unilateral poderá ser usado como regra nos casos concretos, objetivando o melhor interesse da vítima, sem desassistir o menor, tendo o pai o direito de exercer a visitação intermediada por terceiros, sem a necessidade do encontro entre vítima e agressor.

Sendo assim, a criança tem o direito de ter a assistência materna e paterna, mesmo que através de guarda unilateral, eis que esta modalidade também proporciona a convivência e distribuição de responsabilidades entre ambos dos pais, sem que tal direito fira a segurança da mulher que sofre violência doméstica.

Pelos motivos explanados, a guarda unilateral assegura a vítima de violência doméstica, respeitando as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, devendo o pai cumprir sua responsabilidade, sem que haja prejuízos a mãe e ao menor.

6 REFERENCIAS

AZEVEDO, Alvaro Vilaça. **Direito de Família Curso de Direito Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. Agravo de Instrumento nº 5287714.39.2019.8.09.0000. **Agravo de Instrumento. Ação de Divórcio. Guarda Provisória Unilateral À Genitora. Justa Causa. Melhor Interesse da Menor. Reversão Ou Compartilhamento. Indeferimento**. Goiás, 27 ago. 2019. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749630155/agravo-de-instrumento-cpc-ai-2877143920198090000>. Acesso em: 14 out. 2021.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006: Aspectos assistenciais protetivos e criminais da violência de gênero**, 4ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600236/>. Acesso em: 21 out. 2021.

CASABONA, M.B. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de. **Guarda Compartilhada: uma visão psicojurídica**. São Paulo: Grupo A, 2016. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788582713334/epubcfi/6/8\[%3Bvnd.vst.idref%3DFicha.xhtml!\]/4/2/28/2/1:35\[na%20%2CSan\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788582713334/epubcfi/6/8[%3Bvnd.vst.idref%3DFicha.xhtml!]/4/2/28/2/1:35[na%20%2CSan]). Acesso em: 15 out. 2021.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda Compartilhada**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977306/>. Acesso em: 28 set. 2021.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Belém, PA, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: O Processo Penal no Caminho da Efetividade**. São Paulo: Grupo GEN, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000429/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Alienação Parental - Importância da Detecção Aspectos Legais e Processuais**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992897. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992897/>. Acesso em: 30 out. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**, 9ª edição, Porto Alegre: Editora Forense, 2019.

MUSZKAT, Malvina; MUSZKAT, Susana. **O que Fazer: Violência Familiar**. São Paulo: Editora Blucher, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788521210818/>. Acesso em: 28 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 13ª edição, São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991296/>. Acesso em: 28 set. 2021.

SEIXAS, Maria Rita D'Angelo; DIAS, Maria Luiza. **Violência Doméstica e a Cultura da Paz**. São Paulo: Grupo GEN, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-412-0296-1/>. Acesso em: 30 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito de Família**, 15ª edição, Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989385/>. Acesso em: 28 set. 2021.

TEYBER, E. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo: Nobel, 1995.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/>. Acesso em: 13 out. 2021.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 13 out. 2021.