

A GUARDA DO MENOR EM CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Vanessa Pousa Corrêa Gondim¹

André Menezes Delfino²

RESUMO

A guarda é uma vertente do Direito de Família, entretanto, abrange também a seara Constitucional e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse instituto possui elevada complexidade prática, tendo em vista a necessidade de cada caso concreto ser analisado individualmente. Pesquisa-se sobre a guarda do menor em caso de violência doméstica, a fim de analisar como esta será aplicada nesses casos. Para tanto, é necessário conceituar a expressão “guarda”, apresentando suas modalidades, bem como observar os reflexos da violência conjugal sobre os filhos, estabelecendo como parâmetro o Projeto de Lei número 29 de 2020, de maneira a entender que apesar de a guarda compartilhada ser a espécie mais aconselhável a ser utilizada, não deve ser imposta como solução para todos os casos, em especial àqueles que versem sobre violência conjugal. O presente artigo refere-se a um estudo qualitativo com objetivo explicativo, utilizando como procedimento a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Violência doméstica. Família. Guarda compartilhada. Menor. Projeto de Lei nº 29/2020.

CUSTODY OF THE CHILD IN CASE OF DOMESTIC VIOLENCE

ABSTRACT

Custody is an aspect of Family Law, however, it also covers the Constitutional Area and the Statute of the Child and Adolescent. This institute has high practical complexity, considering the need for individual analysis to each specific case. Research is carried around the custody of the child in case of domestic violence, in order to assay how it will be applied in these cases. Therefore, it is necessary to conceptualize the expression "guard", presenting its modalities, as well as to observe the reflexes of marital violence over children, establishing as a parameter bill number 29 of 2020, in order to understand that, despite shared custody being the most advisable species to be used, it should not be imposed as a solution for all cases, especially those involving conjugal violence. This article refers to a qualitative study with an explanatory objective, using bibliographic research as a procedure.

Key words: Domestic violence. Family. Shared custody. Less. Bill 29 2020.

¹ Acadêmica da 10ª etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba. E-mail: vanessapondim@gmail.com

² Advogado e professor universitário. Pós graduado lato sensu em Direito Civil e Processual Civil e stricto sensu em Direito das Relações Econômicas-empresariais. Professor na graduação e na pós graduação de Direito das Famílias e das Sucessões. E-mail: andre.delfino@adv.oabmg.org.br

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar como ficará a guarda do menor em caso de violência doméstica ou familiar. Em um primeiro momento será apresentada as espécies de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque nas principais, que são a unilateral ou exclusiva e a compartilhada e, de maneira específica, analisar quais serão os reflexos sobre os filhos menores que presenciam ou vivenciam, episódios de violência doméstica ou conjugal, aliado ainda, ao estudo do recente Projeto de Lei número 29 de 2020, e sua intenção diante da ocorrência de situações que envolvam violência doméstica ou familiar entre os pais ou genitores ou os filhos.

A Lei 11.698/2008, inaugurou os institutos da guarda compartilhada e unilateral, sendo esta última o modelo que deveria ser aplicado, em regra. Ambas modalidades emergiram ante a necessidade social e judiciária da época. A primeira, não foi bem recepcionada e pouco utilizada pelos operadores do direito, ante a ausência de uma doutrina e jurisprudência próprias que pudessem consolidar sua aplicação efetiva. Assim, a guarda compartilhada somente foi aperfeiçoada após o surgimento da Lei 13.058/2014, responsável por dar efetividade ao instituto em comento. A segunda, pode ser denominada também de guarda exclusiva e, antes mesmo de ser positivada, já era adotada pelos Tribunais. Vigora atualmente, a guarda compartilhada como o modelo a ser aplicado, por ser mais abrangente e condizente com a atual sociedade, além de ser a modalidade mais consentânea ao Princípio do Melhor Interesse da Criança ou Adolescente, embora não deva ser imposta como solução para todos os casos.

Como ocorre em situações que envolve violência conjugal, que se enquadra como uma das formas de violência doméstica, conceituada pela Lei 13.340/2006, sendo uma das espécies mais comuns de violência interpessoal. O ambiente familiar é o local onde grande parte da experiência de vida dos filhos é construída, através do convívio com os pais, seja ele sadio ou não. Se os filhos estão expostos às cenas repetitivas de violência, eles vão, partir do que estão vivenciando, apresentar ao longo da vida comportamentos agressivos e abusivos, podendo replicarem, generalizarem ou naturalizarem o que vivenciaram para a sua vida, refletindo-se brevemente ou inevitavelmente, na fase adulta bem como em futuras relações.

Nesse contexto, o Projeto de Lei número 29 de 2020, pretende alterar o §2º do artigo 1.584 do Código Civil e acrescentar o artigo 699–A ao Código de Processo Civil, para estabelecer causa impeditiva da concessão da guarda compartilhada, além de impor ao juiz o dever de indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situação de violência

doméstica ou familiar envolvendo os pais ou o filho. É importante ressaltar que o Projeto de Lei 29/2020 prevê que em muitos casos é impossível ao juiz estabelecer a guarda compartilhada, tornando-a inviável, como disposto no artigo 1.584, §2º do Código Civil.

A maioria das hipóteses de inviabilidade da concessão da guarda compartilhada resultam da análise individual de cada caso concreto e, dentre essas, incluem-se as situações em que há prova ou indícios de atentado contra a vida, saúde, integridade física ou psicológica do filho ou de um dos pais ou genitores. Nesse caso, a guarda da criança ou do adolescente deve ser entregue àquele que não seja ou autor ou responsável pelos fatos, isso é, se no caso concreto, ficar demonstrada a ocorrência de situação de violência doméstica ou familiar envolvendo os pais ou genitores ou filhos, caberá ao juiz deferir, de imediato, a guarda unilateral ao genitor não autor ou responsável pela violência.

Para a realização do presente trabalho, o método de pesquisa será a abordagem qualitativa, por se tratar de um estudo que tem como propósito demonstrar qual a melhor modalidade de guarda a ser aplicada em caso de violência doméstica e, constatar quão prejudicial é para os filhos que vivenciam e são expostos a esse tipo de violência, ocasionada por seus próprios pais ou genitores, ou seja, será uma verificação específica. O estudo objetiva motivar conhecimentos novos que serão úteis para o avanço da academia, porém, tendo em vista que o Projeto de Lei 29/2020 está em tramitação, na prática ainda se aplica a guarda compartilhada como regra geral. Seu objetivo exploratório terá levantamento bibliográfico, utilizando ainda, a legislação, doutrina e jurisprudência para coletar dados.

2 A GUARDA

A palavra guarda possui diversos significados, entre eles proteção, vigilância, cuidado, abrigo, acolhimento. Para o Direito de Família esse significado é ampliado visto que é uma obrigação que possuem certas pessoas de zelar pela conservação de bens que lhe são confiados. O bem a ser tratado no presente trabalho é um dos mais relevantes, se não o mais importante na ótica jurídica, que é a vida.

Para Pereira da Luz (2014, p.263) guarda “é a obrigação legal de prestar assistência, moral e material a menor, sob o pátrio poder – Poder Familiar – por parte de seu responsável”.

Assim, a guarda possui um papel essencial na sociedade, sendo um dos atributos do Poder Familiar, advindo do Código Civil de 2002, outrora denominado de Pátrio Poder pelo Código Civil de 1916. Tal instituto nada mais é que um conjunto de direitos, deveres e obrigações que os pais, em paridade de condições exercem sobre os filhos.

Nos dizeres de Tartuce e Simão (2012, p.387), o Poder Familiar pode ser “conceituado como sendo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo no afeto”.

O instituto da guarda está previsto tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 33 a 35, os quais se baseiam nos princípios constitucionais dispostos nos artigos 227 a 229 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quanto nos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, e tem por finalidade elencar as regras referentes à “Proteção da Pessoa dos Filhos”.

O artigo 1.583 do Código Civil estabelece os tipos de guarda, sendo elas unilateral e compartilhada.

Com efeito, assim dispôs o parágrafo primeiro do artigo 1.583,

Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1584, §5º) e, por guarda compartilhada 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.

Antes de adentrar nas espécies de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, é de suma importância destacar que os artigos 1.583 e 1.584, foram profundamente modificados pela Lei 11.698/2008, sendo sucessivamente alterada pela Lei 13.058/2014, a qual modificou outros comandos do Código Civil, como os artigos 1.585 e 1.634. Referida Lei, denominada por alguns de Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória, tem como objetivo estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

2.1 GUARDA UNILATERAL

Conforme supramencionado, a forma mais comum da guarda unilateral é a exercida por um dos cônjuges ou alguém que o substitua, enquanto o outro tem a seu favor a supervisão acerca dos interesses dos filhos. Essa modalidade priva o menor da convivência diária e contínua com um dos genitores, por esse motivo é denominada de exclusiva e se pauta no melhor interesse dos filhos. A guarda unilateral surgiu através do Projeto de Lei nº 6.350/2002, com as rogativas que se encontrava na própria realidade social e judiciária da época, posto que referida espécie já era adotada pelos Tribunais, ainda que não positivada.

Um dos aspectos mais relevantes a serem observados dessa modalidade é que a Lei 11.698/2008 apresentava critérios para definição do genitor que teria condições de oferecer melhores condições, não se confundindo com recursos financeiros, mas sim pautado nos

seguintes aspectos: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; educação. Essa era a redação do artigo 1.583, incisos I a III, que foram posteriormente revogados pela Lei 13.058/2014.

Em momento pretérito a Lei 11.698/2008 e ao Código Civil vigente, a Lei do Divórcio (Lei nº6.515/77) estabelecia em seus artigos 9º e 10º a influência da culpa na fixação da guarda, ou seja, em caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual, seria observado o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos. No caso de separação judicial fundada na culpa, os filhos menores ficariam com o cônjuge que não houvesse dado causa à dissolução. Desta feita, a guarda unilateral era consequência do sistema que privilegiava os interesses dos pais em conflito e da investigação da culpa pela separação, ou seja, a guarda era atribuída ao genitor que comprovasse ser inocente, ainda que não preenchesse as melhores condições para exercê-la. Esse cenário foi modificado com a entrada do Princípio do Melhor Interesse do Menor, que encontra-se tutelado na Constituição da República de 1988, Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente, pouco importando se o filho ficará sob a guarda do genitor que foi considerado culpado pela separação, desde que este ofereça as melhores condições ao filho. Assim, a Constituição Federal de 1988 extinguiu a injusta relação entre guarda e culpa pela separação, revogando a norma contida no artigo 10º da Lei nº 6.515/77, que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não deu causa à separação judicial. Passou-se a privilegiar o Princípio do Melhor Interesse da Criança ou Adolescente, recepcionado pelo Código Civil de 2002, no antigo artigo 1.584.

Atualmente, a guarda unilateral ainda é preferencialmente conferida às mães, mas essa opção nem sempre resulta no melhor interesse da criança, pois após as mudanças socioeconômicas advindas do século XX é notório o estreitamento das diferenças culturais entre os gêneros feminino e masculino, principalmente com a emancipação feminina e sua inserção no mercado de trabalho. Afirmando esse entendimento, afigura-se decisão do Tribunal de Justiça de Tocantins (Apelação Cível nº 0009106-03.2016.827.0000).

Ademais, na guarda unilateral não há contato frequente como genitor que não é guardião, o que conseqüentemente afasta o filho daquele que não detêm o poder de guarda. A respeito desse afastamento, Grisard Filho (2002, p.108) salienta que, “as visitas periódicas têm efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pai e filho, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lenta e gradual, até desaparecer, devido às angústias perante os encontros e as separações repetidas”. Em vista do exposto, fica claro que os filhos vão perdendo o elo familiar com o não guardião pela falta de convivência diária ou afetiva.

Por tais motivos, emergiu a necessidade de se buscar novas formas de guarda, principalmente uma que visasse garantir o direito da criança se relacionar com ambos os pais, além de promover a igualdade de direitos e responsabilidades entre estes.

2.2 GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada surgiu na década de 1960 na Inglaterra e expandiu-se pela Europa. Teve início na França, em seguida no Canadá e aos Estados Unidos, e somente após, ganhou espaço na América Latina.

No ordenamento jurídico brasileiro, a guarda compartilhada foi instituída como uma alternativa aos juízes e pais que desejam garantir que ambos genitores tenham direitos e obrigações legais sobre a vida dos filhos. Esse instituto foi consagrado expressamente pela Lei 11.698/2008, com o apelo que se encontrava na realidade social e judiciária da época.

Todavia, foi pouco utilizada e recepcionada pelos operadores do direito, ante a ausência de uma doutrina e jurisprudência próprias que pudessem consolidar a aplicação efetiva do instituto em comento.

Segundo Grisard Filho (2016, p.197),

ainda que no campo normativo esta lei já tivesse rompido com o paradigma a guarda unilateral à mãe, avançando para um sistema dual de guardas centrado no interesse dos filhos e norteado para o equilíbrio dos papéis parentais após a dissolução da sociedade conjugal, no plano empírico sua baixa aplicação pelos juízes e tribunais não permitiu que o desiderato normativo fosse alcançado. Tornou-se uma lei com baixa eficácia social.

Diante de tal necessidade, a Lei nº 11.698/2008 foi aperfeiçoada por uma nova legislação que surgiu não para inovar, mas para dar efetividade ao instituto da guarda compartilhada, sendo então sancionada em 22 de dezembro de 2014 a Lei nº 13.058.

Entende-se por guarda compartilhada a responsabilização conjunta dos genitores que não vivam sob o mesmo teto, acerca do exercício de direitos e deveres sobre os filhos comuns, isso é, ambos os pais desempenham o papel de guardião da criança.

Assim, pode-se observar que a guarda será exercida independentemente dos laços matrimoniais, não podendo os filhos serem prejudicados quando da ruptura do vínculo matrimonial de seus pais. Dessa forma, a guarda compartilhada proporciona aos filhos algo que a unilateral – ou exclusiva – não permite, a convivência integral com ambos os genitores. De acordo com Canezin (2005),

O que a guarda compartilhada pretende é permitir que os pais continuem a agir como tais, dividindo responsabilidades, participando da vida da criança, que é o que não ocorre no modelo de guarda única onde um possui a guarda e outro o direito de visita. Portanto, a pretensão é a conservação dos laços que uniam os pais antes da separação.

Como advento da Lei 13.058/2014, foram alterados dispositivos importantes do Código Civil, os quais já tratavam da guarda compartilhada, porém de forma tímida, passando esta ter status de regra geral e não mais de exceção.

Via de regra, a guarda compartilhada é o modelo a ser aplicado, por ser mais abrangente e condizente com a atual sociedade, porém não deve ser imposto como solução para todos os casos. Ainda que de modo abstrato tal modelo represente o melhor interesse da criança, o caso concreto poderá apresentar peculiaridades que invalidam e prejudicam a aplicação desse modelo de guarda.

Contudo, o objetivo da guarda compartilhada é conferir aos pais a continuidade de sua autoridade, incentivando maior cooperação entre si, garantindo que mantenham um contato duradouro, equilibrado, assíduo e responsável com seus filhos.

Portanto, a guarda compartilhada vai além de uma obrigação advinda da lei, nos dizeres de Lagrasta Neto (apud Ana Carolina Akel, 2008, p.76), é “antes de tudo amor, estar presente, na medida do possível, comparecer a todos os atos e a festividades escolares, religiosas, manter diálogo permanente e honesto com o filho sobre as questões familiares, sobre arte, religião, lazer, esporte, turismo”.

2.3 GUARDA ALTERNADA E GUARDA DE ANINHAMENTO, DE NIDAÇÃO OU NIDAL

Existe também a chamada guarda alternada. É uma criação doutrinária e sem regulamentação na legislação brasileira, podendo ser adotada de forma excepcional, apenas em casos pontuais.

Na visão de Tartuce (2018, p.251),

o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoidando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de exemplo, o filho permanece de segunda a quarta-feira com o pai e de quinta-feira a domingo com mãe. Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusos psicológicas à criança.

A proposta dessa modalidade é que o tempo da criança seja igualmente dividido entre seus genitores, alternando-se a residência materna e paterna, em espaços de tempo pré-determinados pelos próprios pais, de acordo com a sua vontade, isso é, quando o filho estiver

sob a custódia da mãe no período estabelecido por ambos, esta terá a guarda exclusiva, do mesmo modo se aplica ao período em que caberá ao pai.

Sobre o tema, Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 599) entendem que,

Modalidade comumente confundida com a compartilhada, mas que tem características próprias. Quando fixada, o pai e a mãe revezam períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas. Exemplo: 1º de janeiro a 30 de abril a mãe exercerá com exclusividade a guarda, cabendo ao pai o direito de visitas, incluindo o de ter o filho em finais de semanas alternados: de 1º de maio a 31 de agosto, inverte-se, e assim segue sucessivamente. Note-se que há uma alternância na exclusividade da guarda, e o tempo de seu exercício dependerá da decisão judicial. Não é uma boa modalidade, na prática, sob o prisma do interesse dos filhos.

Entretanto, essa modalidade de guarda, não é bem vista no direito brasileiro, em decorrência da alternância de lares de convivência, o que é prejudicial aos filhos, pois estes terão duplicidade de domicílio.

A última modalidade a ser abordada nesse trabalho, é a guarda do aninhamento ou nidadação. Nessa espécie, o filho tem um domicílio fixo e os pais é que deverão se deslocar.

Segundo Dias (2015, p. 528),

Há uma modalidade de guarda compartilhada que, além de perfeita harmonia entre os genitores exige certo padrão econômico. É a que se chama de aninhamento ou nidada. O filho permanece na residência e são os genitores que se revezam, mudando-se periodicamente cada um deles para a casa que o filho permanece. Só que, nesta hipótese, há necessidade de manutenção de três residências.

Portanto, tendo em vista a necessidade de três moradias e via de consequência, o alto custo para mantê-las, essa modalidade é praticamente irrealizável.

Em suma, as quatro modalidades de guarda se diferenciam entre si, mas independentemente de qual será escolhida e utilizada, se assemelham na imprescindibilidade de aplicação do Princípio do Melhor Interesse do Menor. Sendo assim, é notório que o direito de família sofreu, no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que tange à guarda, grandes mudanças, o que gerou reflexos na atuação do judiciário e nas percepções doutrinárias dentro do direito.

3 OS REFLEXOS DA VIOLÊNCIA CONJUGAL SOBRE OS FILHOS

A violência conjugal pode ser definida como qualquer tipo de violência, seja física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, perpetrada por um homem ou uma mulher em um relacionamento íntimo passado ou atual. Não há definição legal para essa espécie de violência,

sendo necessário recorrer ao conceito de violência doméstica previsto na Lei nº 11.340/2006, denominada de Lei Maria da Penha, razão pela qual a violência conjugal enquadra-se como uma das formas de violência doméstica.

A Organização Mundial da Saúde (2011) baseando-se na definição da violência contra as mulheres definiu o termo “violência conjugal” como a tentativa ou o comportamento perpetuado pelo companheiro ou ex-companheiro, numa relação íntima e privada, heterossexual ou homossexual que causem dano psicológico, físico, sexual ou sofrimento à vítima. Assim, a relação próxima entre os parceiros, faz com que a violência seja mais frequente e ao mesmo tempo grave, pois existe uma probabilidade maior de ocorrer no local de habitação do casal.

Essa modalidade, é uma das formas mais comuns de violência interpessoal e afeta de forma diferente os homens e as mulheres, sendo que as mulheres tendem a ser mais vítimas de violência severa e continuada em comparação aos homens, isso porque, a violência conjugal pode ser prejudicial na maneira como a mulher se vê no papel de mulher e de progenitora, isso é, a mãe que sofre violência conjugal desenvolve um nível de estresse decorrente de tal violência de maneira tão significativa que acaba interferindo em suas práticas educativas, reproduzindo essa violência na criação e educação dos filhos, usando métodos mais severos, como ameaça e abuso físico. Com isso, pode ser que os filhos repliquem, generalizem ou naturalizem o que vivenciaram para a sua vida, refletindo-se brevemente ou inevitavelmente, na fase adulta e em futuras relações.

Desse modo, nos dizeres de Cavalcante e Almeida (2015, p.224),

a violência intrafamiliar pode ser um fator de grande prejuízo ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, uma vez que mesmo não sendo a vítima direta, como nos casos em que os filhos estão expostos à violência conjugal, eles podem sofrer várias consequências psicológicas, sociais e até mesmo físicas.

O ambiente familiar é a escola inicial dos indivíduos, é o primeiro grupo social em que estão inseridos, é nele que se aprende e desenvolve os papéis sociais e de gênero. Nesse mesmo ambiente espera-se desfrutar não só de amor, felicidade e compreensão, mas de tranquilidade, união, paz e principalmente respeito. Nesse sentido, as crianças se agarram a modelos de referência, que geralmente são as figuras maternas e paternas. Tal ambiente é o local onde grande parte da experiência de vida dessas crianças é construída, através do convívio com os pais, seja ele sadio ou não.

Assim, a violência doméstica é extremamente prejudicial à formação moral das crianças, pois reforça estereótipos e relações baseadas na violência e intolerância, ou seja, se

os filhos estão expostos às cenas repetitivas de violência, eles vão, partir do que estão vivenciando, apresentar ao longo da vida comportamentos agressivos e abusivos.

Narvaz e Koller (2004, p.161) entendem que,

a violência intrafamiliar prejudica o pleno desenvolvimento emocional da criança. A família, que deveria ser um contexto de proteção e desenvolvimento para as crianças, passa a aparecer no cenário do risco como ambiente no qual ocorre o treinamento para a violência: “a exposição de crianças a situações, nas quais são vítimas ou testemunham atos de violência, ou mesmo são expostas à aprendizagem do consentimento de atos violentos, naturaliza os papéis designados às mulheres e faz com que torne invisível a produção e a reprodução da subordinação feminina.

Portanto, é perceptível que a violência conjugal é uma questão social que abarca tanto o âmbito jurídico, quanto a educação, saúde e o amparo. A violência intrafamiliar tem sido alvo de enfrentamento e punição jurídica, como, por exemplo, tratados internacionais de direitos humanos que têm acrescentado em suas pautas o combate a qualquer tipo de violência direcionado a crianças e adolescentes, bem como movimentos sociais e leis que são criadas com o objetivo de assegurar o desenvolvimento pleno de crianças e adolescentes, dentre elas a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que surgiram para estabelecer os direitos das crianças e adolescentes e sua prioridade absoluta, sendo papel do Estado, da família e da sociedade, garantir a saúde e o pleno desenvolvimento desses.

Diante de todo o exposto, conforme explicam Machado e Gonçalves (2003), fica claro que,

as crianças são também vítimas mesmo que não sejam diretamente objeto de agressões físicas: ao testemunharem a violência entre os pais, as crianças iniciam um processo de aprendizagem da violência como um modo de estar e de viver e, na idade adulta, poderão reproduzir o modelo, para além de que a violência lhes provoca sofrimento emocional e os correspondentes problemas.

Assim sendo, a violência conjugal ao transfigurar o lar num ambiente perigoso cria para a criança um mundo confuso, pouco seguro e até mesmo assustador. A proximidade com tal experiência e o relacionamento com os intervenientes, aliado à importância que esse contexto possui para o desenvolvimento da criança e do jovem, são razões evidentes para se compreender o motivo desses sofrerem mais com o testemunho de violência entre os pais do que os conflitos entre outros adultos.

4 PROJETO DE LEI NÚMERO 29 DE 2020

O Projeto de Lei número 29 de 2020 foi apresentado à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados no dia 04 de fevereiro do presente ano, pelo Deputado Denis Bezerra do partido PSB/CE, o qual tem por objetivo alterar o artigo 1.584, caput, §2º do Código Civil de 2002 e acrescentar o artigo 699 – A ao Código de Processo Civil, para estabelecer causa impeditiva da concessão da guarda compartilhada, bem como para impor ao magistrado o dever de indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situações de violência doméstica ou familiar envolvendo os pais ou o filho.

A justificativa do autor à propositura do referido Projeto de Lei, embasa-se na guarda compartilhada como regra geral, cuja modalidade não é aplicada apenas quando eventuais peculiaridades do caso concreto forem capazes de inviabilizar a sua implementação, visto que, é concedida às partes a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício. Nesse diapasão, a guarda compartilhada como regra geral, adveio das inovações trazidas pelas Leis 11.698/2008 e 13.058/2014, e ainda, de posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o qual já havia firmado, em diversos acórdãos, o entendimento pela adoção da guarda compartilhada, que seria o modelo mais adequado à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

Segundo o Deputado Denis Bezerra, ora autor do mencionado Projeto de Lei, em muitos casos, é impossível o juiz estabelecer a guarda compartilhada, tornando-se tal modalidade inviável. O autor ainda utiliza, a título de exemplo acerca dessa impossibilidade, a ausência de interesse na guarda compartilhada por um dos genitores, conforme prevê expressamente o artigo 1.584, §2º do Código Civil, ou seja, se um dos genitores declara ao juiz que não deseja a guarda compartilhada do filho ao mesmo tempo em que comprova que não tem disponibilidade ou condições de cuidar deste, cabe ao magistrado decidir que a guarda do filho será exercida, com exclusividade, pelo outro genitor que possui melhores condições, sobrando ao excluído da guarda apenas o direito de visita.

As outras hipóteses de inviabilidade de concessão da guarda compartilhada, são aquelas que resultam da análise individual do caso concreto. Dentre elas, incluem-se as situações em que há prova ou indícios de atentado contra a vida, saúde, integridade física, ou psicológica de filho ou de um dos pais, casos estes em que a guarda da criança ou adolescente deve ser entregue àquele que não seja o autor ou responsável pelos fatos. Assim, se no caso concreto, restar demonstrada a ocorrência de situação de violência doméstica ou familiar

envolvendo os genitores ou os filhos, caberá ao juiz deferir, de imediato, a guarda unilateral ao genitor não autor ou responsável pela violência.

Nesse sentido, e com o intuito de aprimorar o ordenamento civil positivado, trata o Projeto de Lei número 29/2020 de enunciar expressamente que não será aplicada a guarda compartilhada em caso de violência doméstica ou familiar praticada por qualquer dos pais contra o outro ou os filhos. Outrossim, tem como finalidade, prever expressamente que o juiz e o membro do Ministério Público tomarão conhecimento de situações de violência doméstica e familiar envolvendo as partes integrantes do processo de guarda ou os filhos.

Por fim, é de suma importância observar as modificações advindas da Lei 13.715/2018, a qual trouxe relevante novidade legislativa a respeito da perda do poder familiar, alterando o Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente e em especial o Código Civil. Quanto ao âmbito penal, referida Lei alterou a redação do artigo 92, II do Código Penal, o qual refere-se aos efeitos da condenação, cujo propósito é evitar que condenados pela prática de delitos que contraria a natureza do poder familiar mantenham seu exercício em detrimento dos interesses de quem está submetido a esse poder. A antiga redação do referido artigo previa que este efeito podia incidir apenas nos crimes cometido contra filho, tutelado ou curatelado. Com o advento da Lei 13.715/2018 ampliaram-se as possibilidades da perda do poder familiar, inseriu-se entre as vítimas que atraem o mesmo efeito, outro descendente além do filho, a filha e a novidade mais significativa diz respeito a pessoa igualmente titular do poder familiar, ou seja, se o agente pratica crime contra a mãe ou pai de seu filho, ele poderá perder o poder familiar sobre o menor. Tal inovação vale tanto para crime cometido pelo homem quanto pela mulher. O Estatuto da Criança e do Adolescente foi alterado com a mesma finalidade da mudança feita no Código Penal e nos mesmos termos, sendo incluídas ao artigo 23, §2º do Estatuto, as vítimas mencionadas anteriormente.

Já em relação ao Código Civil, diferentemente do que ocorre nos diplomas anteriores, não bastará condenação genérica por crime doloso sujeito à pena de reclusão. Acrescentou-se ao artigo 1.638, um parágrafo único seguido dos incisos I e II, o qual disciplina que, será causa de perda do poder familiar por ato judicial, quando o agente praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar os crimes de homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. Quanto ao filho, filha ou outro descendente aplica-se a mesma regra, porém com o acréscimo do crime de esturpo de vulnerável.

Assim, verifica-se que a lei em comento, é um grande avanço para o cenário brasileiro de violência doméstica e familiar, principalmente contra as mulheres. Ao alterar o artigo 92, II do Código Penal, contemplou as situações elencadas no artigo 1.638 do Código Civil. Entretanto, a doutrina entende que o dispositivo inserido no Código Civil é mais minucioso em relação às condutas, além de poder haver a perda do poder familiar por decisão judicial do juízo cível, isso é, o exame da prova será de pronto realizado no juízo cível, não sendo necessário sentença penal condenatória.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo desenvolvido foi capaz de demonstrar pontos relevantes em relação às modalidades de guardas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente acerca da unilateral e da compartilhada, além de analisar como será a aplicação de tal instituto em caso de violência doméstica ou familiar e, quais os reflexos dessa violência conjugal sobre os filhos, apontando considerações que sustenta ideia divergente ao que os tribunais vêm aplicando, com base em entendimento pacificado na legislação e doutrina brasileiras, conforme proposto pelo Projeto de Lei nº 29/2020.

A respeito do tema, foram sintetizados alguns aspectos, destacando o conceito e as espécies de guarda, evidenciando a unilateral ou exclusiva e a compartilhada. Sendo a primeira atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, a outra nada mais é do que 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, conforme extrai-se da redação do artigo 1.583, §1º do Código Civil de 2002.

Aprofundou-se o assunto acerca da guarda compartilhada, pois além de ser a regra geral, é a espécie mais abrangente e condizente com a atual sociedade, sendo a modalidade mais consentânea ao Princípio do Melhor Interesse da Criança ou Adolescente.

Outrossim, analisou-se o âmbito familiar em que os filhos vivenciam e presenciam situações envolvendo violência doméstica ou familiar, percebendo que tal violência transfigura o lar num ambiente perigoso, criando para a criança um mundo confuso e pouco seguro. Verificou-se ainda, a prejudicialidade da violência conjugal em relação à formação moral das crianças, podendo-se constatar que a família, que deveria ser um contexto de proteção e desenvolvimento para os filhos, passa a aparecer no cenário do risco como ambiente no qual ocorre o treinamento para a violência, tornando-se algo natural.

A partir disto, o estudo filia-se ao entendimento sustentado pelo Projeto de Lei número 29 de 2020, ao passo que diverge da adoção da guarda compartilhada como regra geral, entendendo ser impossível ao magistrado, estabelecer tal espécie de guarda em muitas situações, devendo-se fazer uma análise individual de cada caso concreto. O referido Projeto de Lei deixa claro que um exemplo disso, é o que ocorre quando há ausência de interesse na guarda compartilhada por um dos pais ou genitores, conforme artigo 1.584, §2º do Código Civil. Ademais, seu principal objetivo é enunciar expressamente que não será aplicada a guarda compartilhada em caso de violência doméstica ou familiar praticada por qualquer dos pais ou genitores contra o outro ou os filhos, ou seja, quando houver provas ou indícios de atentado contra a vida, saúde, integridade física ou psicológica de filho ou de um dos pais ou genitores, caberá ao juiz deferir, de imediato, a guarda unilateral ao genitor não autor ou responsável pela violência. Assim, com base em tal raciocínio, faz-se relevante em especial para aprimorar o ordenamento civil positivado.

Para tanto, a pesquisa em comento sustenta o entendimento de que apesar de a guarda compartilhada ser a espécie mais aconselhável a ser aplicada, não deve ser imposta como solução para todos os casos, carecendo de análise minuciosa pelo magistrado, ao passo que o Projeto de Lei 29/2020, além de estabelecer causa impeditiva da concessão da guarda compartilhada, contribui para a solução de alguns problemas jurídicos, ao impor ao juiz o dever de indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situação de violência doméstica ou familiar envolvendo os pais ou o filho. Ademais, é inegável e evidente os prejuízos acarretados aos filhos, bem como as consequências futuras que terão, por vivenciarem rotineiramente episódios de violência doméstica, especialmente no que tange ao desenvolvimento e a formação moral desses, pois a convivência assídua com a violência doméstica reforça estereótipos e relações que se baseiam na intolerância e na agressividade. Assim, se os filhos estão expostos às cenas repetitivas de violência, eles vão, a partir do que estão vivenciando, apresentar ao longo da vida comportamentos agressivos e abusivos.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina. *Guarda Compartilhada: um avanço para a Família*. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.

_____. Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Lei do Divórcio. Brasília, 26 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm. Acesso em: 27 abr. 2020.

_____. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Lei de Violência Doméstica. Brasília, 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.

_____. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 15 maio. 2020.

_____. Lei nº 13.715 de 24 de setembro de 2018. Brasília, 24 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2018/Lei/L13715.htm. Acesso em: 29 maio. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Tocantins. Apelação nº 0009106-03, da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Tocantins, TO, 16 de novembro de 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 29. Brasília, 2020.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral.** Disponível em: http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_claudete_guarda.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.

CAVALCANTE, Celi Cristina Nunes. ALMEIDA, Diana Andreza Rebouças. **Os filhos no contexto da violência doméstica contra a mulher: algumas reflexões.** Manaus: Editora Valer, 2015.

COMEL, Denise Damo. **O poder familiar na nova realidade jurídico-social.**

Disponível em <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7376/1/DIR%20-%20Clarice%20M%20Reis.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

DA LUZ PEREIRA, Valdemar. **Direito de Família.** São Paulo: Editora LTr, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família.** v. 6. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental,** 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental.** 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LETTIERE, A.; NAKANO, A.M.S.; BITTAR, D.B. **Violência contra a mulher e suas implicações na saúde materno-infantil.** Disponível em:

<http://www.revista.universo.edu.br/index.php?journal=1JUIZDEFORA2&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=5347&path%5B%5D=2893>. Acesso em: 25 abr. 2020.

MACHADO, Carla.; GONÇALVES, Rui. Abrunhosa. **Violência e Vítimas de Crimes.** Coimbra: Quarteto Editora, 2003.

NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Sílvia Helena. **Famílias, Gêneros e Violências: desvelando as tramas de transmissão transgeracional da violência de gênero**”. Porto Alegre: EDIPICRS, 2004.

OMS. Organização Mundial de Saúde. **Violência por parceiro íntimo.** Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77432/WHO_RHR_12.36_eng.pdf;jsessionid=895FCECCDAA41CDA63F044B425808B0A?sequence=1. Acesso em: 21 maio. 2020.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família,** v. 05. São Paulo: Editora Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família.** 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.