

“CÊ VAI SE ARREPENDER DE LEVANTAR A MÃO PRA MIM”: APLICABILIDADE LEGAL DA GUARDA UNILATERAL COMO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR

"YOU WILL REGRET RAISING YOUR HAND AGAINST ME": LEGAL APPLICABILITY OF SOLE CUSTODY AS A PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST IN CASES OF DOMESTIC OR FAMILY VIOLENCE

Marcos José Alves Neto¹

Fábio Araújo Silva²

RESUMO: A legislação brasileira estabelece que ambos os cônjuges têm responsabilidades compartilhadas na criação dos filhos, mesmo após o término da relação conjugal o dever de assistência integral nas funções parentais permanece. A guarda dos menores deve proporcionar o melhor interesse do menor. No entanto, em casos de violência doméstica existem fortes indícios pôr em risco a integridade da vítima. Desta forma, o presente trabalho teve como objetivo, investigar a aplicabilidade da guarda unilateral como princípio do melhor interesse em casos de violência doméstica. Para isso utilizou-se a pesquisa bibliográfica em fontes primárias/ secundárias que se apresentam em abordagem qualitativa. Apresenta-se ao longo do estudo, julgados que indicam a prática dos tribunais quanto aos casos de violência e de guarda. Conclui-se, portanto, a necessidade de uma evolução legislativa, de modo a garantir maior proteção a mulher e consequentemente ao menor, visto que, estar em ambientes violentos podem causar sérios danos psicológicos.

Palavras-chave: Guarda. Guarda compartilhada. Guarda unilateral. Violência doméstica. Princípio do melhor interesse.

1716

ABSTRACT: Brazilian legislation establishes that both spouses have shared responsibilities in raising children, even after the end of the conjugal relationship. The duty of full assistance in parental functions remains. Custody of minors should be in the best interest of the child. However, in cases of domestic violence, there are strong indications that endanger the victim's integrity. Therefore, this study aimed to investigate the applicability of sole custody as a principle of the best interest in cases of domestic violence. To do this, a bibliographic research was conducted using primary/secondary sources presented in a qualitative approach. Throughout the study, court decisions indicating the practice of the courts in cases of violence and custody are presented. It is concluded, therefore, that there is a need for legislative evolution to ensure greater protection for women and, consequently, for minors since being in violent environments can cause serious psychological harm.

Keywords: Custody. Shared custody. Sole custody. Domestic violence. Best interest principle.

¹Graduando em Direito pela UNIRG. Graduado em Administração pela UNIFAJ (2012).

²Mestre em Produção Vegetal pela Universidade Federal do Tocantins; Pós-Graduado em Direito Tributário; Pós-Graduado em Ciências Penais; Pós-Graduado em Direito Público; Pós-Graduado em Direito Agrário e Ambiental; Graduado em Direito pela Fundação UNIRG; Graduado em Engenharia-Agrônoma pela Universidade Federal do Tocantins; Advogado e Engenheiro-Agrônomo; Professor do Centro Universitário UNIRG no Curso de Direito; Diretor Social do Colégio Ebenézer; Conciliador/Mediador Judicial na comarca de Figueirópolis-TO (07/2019 à 02/2020); Procurador jurídico do IPASGU nos anos de 2021, 2022 e 2023. Atualmente presidente do IPASGU.

INTRODUÇÃO

A legislação brasileira prevê que ambos os cônjuges são responsáveis pela criação dos filhos, isso envolve estudos, sustento e ambiente social equilibrado. Findo tão relação, mantém-se o dever mútuo de assistência integral das funções parentais.

Isto posto, os deveres que decorrem da relação de parental entre pais e filhos, que não depende da união de ambos. O Código Civil de 2002 (CC/2022) prevê em seu artigo 1.583, §1º que o poder familiar deve ser compartilhado em razão da parentalidade existente e não menciona vínculo conjugal.

Cabe ao Ministério Público de ofício ou a requerimento estabelecer determinar as responsabilidades de cada progenitor e o período de convivência que a menor em guarda compartilhada irá conviver com cada um dos pais. Isso porque conforme o art. 733 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) ao dissolver-se a união, é necessário que seja realizada divisão equilibrada com o pai e a mãe, bem como a manutenção equilibrada da educação e dos cuidados com a criança.

Segundo Lôbo (2023) a guarda compartilhada é uma divisão igualitária da manutenção do menor. Ela deve ser igualitária quanto ao desenvolvimento do filho e o mesmo deve habitar de maneira saudável em ambos os lares, bem como contar com a participação nos estudos, esporte e lazer do pai e da mãe.

Sabendo que a guarda compartilhada é regra, faz-se necessário estabelecer que dentre todos os papéis elencados, os fatores psicossociais que envolvem casos de violência doméstica e familiar podem modificar o entendimento, visto que, permitir a convivência do genitor perpetrador da violência ocasiona inúmeros malefícios, além da mãe, psicológicos para a criança (MARTINS; MESQUITA; ROCHA, 2023).

Em outras linhas, a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, visa proteger mulheres quanto às altas taxas de violência doméstica no Brasil. Divergem nesse sentido, o Direito de Família e o Direito Penal quanto a garantia da proteção psicossocial de filho e mãe, pois, habitar o mesmo espaço do agressor em razão de medida de guarda compartilhada expõe a mulher a atmosfera de violência familiar de maneira constante, sendo assim, a mesma não está protegida de fato pela prestação jurisdicional (TONETI; GOMES, 2023).

Desta forma, o presente estudo teve como objetivo principal analisar a aplicabilidade, criticamente quanto a eficácia do instituto da guarda compartilhada em detrimento a guarda unilateral em casos de violência doméstica utilizando como fonte bibliográfica, leis, doutrinas e jurisprudências.

Entende-se que a óbice de uma realidade que ultrapassa problemas quanto ao término de uma relação conjugal em vista da relação parental, utilizou-se da seguinte problemática: dentre os meios de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, a utilização do instituto da guarda unilateral em casos de violência doméstica e familiar é uma medida que assegura o princípio do melhor interesse para o menor?

Utilizou-se da metodologia de revisão bibliográfica em fontes doutrinárias e científicas atuais, bem como jurisprudências, utilizando de fontes formais, primárias e secundárias. Os resultados se apresentam em abordagem qualitativa, em 04 capítulos: primeiro, como são definidos os tipos de guardas existentes no Brasil; a exploração do princípio do melhor interesse para os menores em caso de separação dos pais; a presença da violência doméstica nas relações parentais; e por fim, a aplicabilidade jurídica da guarda unilateral em casos de violência doméstica a partir da tese do melhor interesse.

Definição legal dos tipos de guarda existentes no Brasil

Trata-se de conhecimento geral, que o Direito de família é o instituto que se aprofunda nas relações parentais, utilizando-se do Direito Civil, Direito da Criança e do Adolescente e outros para assegurar que as proteções da entidade familiar sejam equilibradas em vista da legislação existente em nosso ordenamento pátrio (KERSTING; JUNQUEIRA, 2022).

Existem neste instituto alguns princípios presentes na Carta Magna e em legislações infraconstitucionais, sendo o que se discute no presente trabalho o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988], bem como os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002).

Insta mencionar que o primeiro foi criado através da Emenda Constitucional 5, de 13 de julho de 2010, que determina que é dever da família, sociedade e estado de assegurar prioridade no atendimento às necessidades psicológicas e sociais para o menor, visando combater a negligência, exploração e violência.

Este artigo representa um compromisso do Estado brasileiro em garantir a proteção e o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes, considerando-os como sujeitos de direitos. Ao tratar do caso de convivência familiar percebe-se uma preocupação do legislador quanto a priorização do convívio familiar e comunitário, de modo a evitar o afastamento da criança ou do adolescente de sua família. Isso reflete o compromisso em garantir o bem-estar e o desenvolvimento saudável das gerações futuras, reconhecendo a importância de criar um ambiente seguro e propício para o crescimento de crianças e adolescentes. Isso envolve a responsabilidade conjunta da família, da sociedade e do Estado em assegurar esses direitos fundamentais.

Complementa-se que estão presentes no texto legal do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seus artigos 3º e 4º buscam garantir e reafirmar o que estabelece a CRFB/1988, que são direitos integrais para uma vida digna de menores.

Ainda segundo o art. 33 do ECA, buscou-se o conceito de guarda, que segundo o Código, implica é uma medida judicial que confere a uma pessoa (inclusive terceiro) a responsabilidade de cuidar de uma criança ou adolescente, assegurando sua assistência material, moral e educacional. O guardião tem a obrigação de prover todas as necessidades básicas da criança ou adolescente, incluindo alimentação, moradia, educação e cuidados emocionais.

1719

No sentido de família e guarda, destaca-se que existem dois tipos de guarda existentes no ordenamento brasileiro, sendo eles: Guarda unilateral (art. 1.583, §1º do CC/2002; guarda compartilhada (art. 1.583, §2º do CC/2002).

A regra no ordenamento brasileiro e a guarda compartilhada, há um equilíbrio entre a permanência da criança com os pais, trata-se de uma divisão de 50% a 50% de todas as responsabilidades que equivalem aos interesses das crianças. Quando não houver consenso entre as partes, será aplicada a guarda compartilhada, mesmo que um dos progenitores não deseje a guarda, mesmo assim pode ser definida de maneira compulsória (KERSTING; JUNQUEIRA, 2022).

Ainda nesse sentido, trata-se de uma modalidade que é costumeiramente aplicada no ordenamento jurídico, por conceder a ambos os genitores a participação ativa na vida e convivência com o filho.

Além disso, incube-se a guarda compartilhada a solução para uma preocupação quanto a alienação parental, que segundo Amaral (2023) é uma maneira de assegurar que não ocorra a Síndrome de Alienação Parental (SAP), um distúrbio infantil que um dos genitores faz imagem ruim do outro, a guarda compartilhada é uma maneira de coibir esses casos.

Em contrapartida, a guarda unilateral ocorre através do consenso dos genitores ou mesmo por medida judicial, o poder familiar continua sendo exercido por ambos os pais, em que apenas o que é guardião a tomar decisões de forma autônomas, mesmo assim cabe ao outro genitor a supervisão e o direito de visitação. Mesmo assim, deve haver a compensação de pensão alimentícia. Conforme o art. 1.583 (2015, n.p.) a modalidade de guarda unilateral se apresenta quando apenas um dos genitores ou a alguém que o substitua. Isso significa que a responsabilidade de cuidar e tomar decisões sobre a criança fica sob a responsabilidade de um dos pais ou de outra pessoa indicada, enquanto o outro genitor pode ter direitos de visitação e participação na vida da criança.

Mesmo assim, conforme apontam Teixeira e Soares (2022) essa modalidade só deve ser aplicada quando a possibilidade de guarda compartilhada tiver sido descartada, considerado que mesma é sinônimo de maior participação na convivência entre os genitores.

Vale ressaltar que existe uma diferença entre guarda e direito a convivência, o art. 1.589 do CC/2002, estabelece que aquele que não possui a guarda, poderá realizar visitas periódicas ao menor. Este direito poderá ser fixado pelo juiz ou ser requerido pelas partes, atendendo ao princípio do melhor interesse da criança.

1720

Exploração do princípio do melhor interesse da criança

Para garantir que exista igualdade parental e divisão de cuidados físicos e educacionais de uma criança, diante do ordenamento jurídico em vigor há uma busca dos operadores do direito a garantirem ao menor atendendo a suas necessidades psicossociais, toda uma equipe multidisciplinar para exercer a competência de guarda e proteção dos direitos da criança e do adolescente (SANTOS,2022).

Historicamente, somente a partir do século XIX para o XX os jovens passaram a ter significância social. Em razão principalmente de uma demanda imposta pelos próprios pais

quanto ao descontrole social instalado à época, diante da necessidade de intervenção do estado (RIZZINI, 2013).

Sendo assim, com a promulgação da CRFB/1988 e da criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, crianças e adolescentes passam a ser sujeitos de direito e o Estado assume um papel de proteção integral, inclusive de cobrar daqueles que detêm o poder familiar de exercê-lo em observância as normas jurídicas.

Para Lôbo (2023), o princípio do melhor interesse, surge a partir da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, e estabelece uma prioridade entre os atores que garantem a proteção dos interesses desse grupo (Estado, família e sociedade, em geral) principalmente quanto a garantia do desenvolvimento para que acessem a Dignidade plena. Isso demonstra uma inversão do que vinha sendo empregado nos tribunais, visto que, ao contrário do pátrio poder (direitos que a lei confere aos pais) passou-se a instalar o poder familiar que garante o interesse do filho como prioridade.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2011 87% dos casos de guarda eram de guardas unilaterais para que os filhos ficassem com as mães, em advento da lei da guarda compartilhada de 2014, os casos de guarda compartilhada em 2014 passaram de 7,5% para 34,5% em 2020 (IBGE, 2020).

1721

Conforme mencionado a lei atualmente consagra o princípio do melhor interesse, pode-se apresentar como exemplo encontrado na jurisprudência a seguinte aplicação do princípio, em sede de recurso especial quanto a guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em razão da separação conjugal e ação de guarda:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA DO SISTEMA. ART. 1.584, §2º, DO CÓDIGO CIVIL. CONSENSO DOS GENITORES. DESNECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR. 1. A instituição da guarda compartilhada de filho não se sujeita à transigência dos genitores ou à 27 existência de naturais desavenças entre cônjuges separados. 2. A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis nºs 11.698/2008 e 13.058/2014, ressalvadas eventuais peculiaridades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício, o que não ocorreu na hipótese dos autos. 3. Recurso especial provido. (STJ – Resp: 1591161 SE 2015/0048966-7, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA. Data de Julgamento: 21/02/2017, T3-TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/02/2017) .

A guarda compartilhada, conforme supramencionada é regra no caso de desavenças entre os genitores, mesmo assim, os julgadores consideraram o fato de existirem casos que inviabilizam a implementação dessa modalidade.

Isso ocorre, em razão da falta de diálogo entre as partes e quando são afastadas as possibilidades de acordo, sendo assim, necessária a intervenção estatal para uma solução madura, visto que, a convivência entre os ex-cônjuges por si só causa dano ao filho (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021).

Mesmo assim, alerta Ferreira (2022, p.27) que “há limites ao conflito parental para verificar as condições de compartilhar da guarda do filho”. Conforme se explica logo abaixo, nem sempre os problemas entre pais divorciados tratam-se unicamente de conflitos de convivência. Considerando que filhos que assistem conflitos de pais em casos extremos tem a sua formação prejudicada, nestes casos são impostas a guarda unilateral. Mesmo assim, o princípio induz que o magistrado deva sempre atender o melhor para a criança.

A presença da violência doméstica nas relações parentais em separações conjugais com filhos

Conforme o título do presente trabalho apresenta, a canção de Elza Soares ilustra o quão, conturbada é a situação de um término em uma relação conjugal em casos de violência doméstica e eventual expulsão de um agressor de sua residência, conforme trechos aqui apresentados: “Aqui você não entra mais Eu digo que não te conheço [...] cê vai se arrepender de levantar a mão pra mim”. Isso ocorre em meio a todo o caos instalado, diante da existência dos filhos, que impedem a mulher de se ver livre do agressor, em razão da necessidade de manutenção da relação parental.

1722

A violência doméstica é caracterizada como ação ou omissão, que atinge fisicamente, patrimonial ou moralmente em razão do gênero, que podem provocar problemas físicos ou psicológicos. Isso pode acontecer na unidade familiar ou no âmbito da família que pode alcançar a mulher diante de afinidade, ou vontade expressa. Para isso aconteça é necessário a relação e proximidade da vítima e do agressor.

Mesmo que o entendimento das normas de proteção das vítimas de violência doméstica e familiar, o primeiro passo para proteção da vítima é retirar o agressor de acesso à mesma, as violências cessam, as medidas protetivas são acionadas, isso para a mulher estar segura

novamente. No entanto, ao tratar-se de uma relação de violência contra a mulher que possui filhos, como garantir essa proteção do Estado?

Insta salientar, que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é fato primordial para o exercício do poder familiar. De acordo com a doutrina este princípio acaba sendo mitigado em razão de conflitos entre os pais, e nesses casos a criança passa a ser objeto de decisão judicial. Mesmo assim, é papel do magistrado observar além do fator biológico a concreta razão socioafetiva que envolve a criança e o ambiente no qual ela está inserida (LÔBO, 2023).

Na prática, o contato físico entre vítima e agressor em razão da guarda compartilhada é um fator de risco, conforme observa-se na jurisprudência abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DELITO COMETIDO NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. WRIT INDEFERIDO LIMINARMENTE. SÚMULA 568/STJ. 1. De acordo com o contexto fático delineado no Juízo de origem, qual seja, de que as agressões ocorreram quando a ofendida foi até a residência do investigado buscar seus dois filhos, com quem compartilha a guarda (fl. 64), portanto, em decorrência de conflito familiar, incide a Lei n. 11.340/2006. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no HC: 669943 MG 2021/0164661-o, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 14/10/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/10/2021)

1723

Vejamos, que o agressor usou da presença da mulher no ambiente doméstico para a prática da violência, isso em razão da sua vulnerabilidade e confiança de garantir ao menor o acesso ao genitor. Além disso, é possível identificar através de outro julgado que a solução plausível nesses casos, visualizando a proteção da vítima, principalmente a evitar crimes mais severos como, por exemplo, o feminicídio.

Em razão disso, existe uma movimentação do poder legislativo quanto a preservação da mulher. Os projetos de Lei 2491/2019 e 29/2020 apontam a necessidade de que em casos que provam o indício de violência praticada contra a mulher e/ou contra o menor, não seja concedida a guarda compartilhada. A preocupação surge quanto a aplicação a cada caso concreto, importante, portanto, a participação do juiz e do Ministério Público.

Aplicabilidade jurídica da guarda unilateral em casos de violência doméstica a partir da tese do melhor interesse

A Lei 11.340 de 2006, aponta que a violência doméstica e familiar contra mulher é toda e qualquer ação ou omissão que se baseia no gênero, que ocasione a sua morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e seus efeitos podem ser moral ou patrimonial. Para ocorrer, não é necessariamente com cônjuge e esposa, mas podem ser no âmbito da unidade doméstica, por laços por afinidades, ou em qualquer relação de afeto, isso porque, basta que ambos tenham convivido independente de coabitarem.

Nos casos analisados no presente trabalho, relacionam-se as práticas de violência doméstica e familiar diante da aplicação do princípio do melhor interesse para os filhos em casos de separação de pais, para isso utilizando-se da guarda unilateral.

Para entender o papel da mulher e referente a prática estudada neste trabalho, é importante esclarecer que a guarda unilateral não se trata de regra no ordenamento pátrio e depende de decisão do magistrado quanto a sua aplicabilidade, considerando entre outros princípios básicos do Direito de família quanto a guarda de menores, o de melhor interesse para criança e ao adolescente.

Apesar disso, conforme apresenta Lôbo (2023, p.03):

[...] os princípios não oferecem solução única (tudo ou nada), segundo o modelo das regras jurídicas. Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão freqüente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais.

Isso ocorre em virtude de que ao contrário das regras jurídicas específicas, os princípios não fornecem respostas diretas ou soluções definitivas para situações específicas. Eles são mais abstratos e flexíveis em sua aplicação. O conteúdo de um princípio pode ser adaptado ao longo do tempo, para refletir a sociedade que o assevera, por isso, tão necessário acompanhar as interpretações judiciais, pois são eles que aplicam conforme os casos concretos. Conforme se observa nos casos jurisprudenciais abaixo elencados:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. OBRIGATORIEDADE. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. GUARDA

ALTERNADA. DISTINÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA DOS GENITORES EM CIDADES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. 1- Recurso especial interposto em 22/7/2019 e concluso ao gabinete em 14/3/2021. 2- O propósito recursal consiste em dizer se: a) a fixação da guarda compartilhada é obrigatória no sistema jurídico brasileiro; b) o fato de os genitores possuírem domicílio em cidades distintas representa óbice à fixação da guarda compartilhada; e c) a guarda compartilhada deve ser fixada mesmo quando inexistente acordo entre os genitores. 3- O termo "será" contido no § 2º do art. 1.584 não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção relativa de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. 4- Apenas duas condições podem impedir a aplicação obrigatória da guarda compartilhada, a saber: a) a inexistência de interesse de um dos cônjuges; e b) a incapacidade de um dos genitores de exercer o poder familiar. 5- Os únicos mecanismos admitidos em lei para se afastar a imposição da guarda compartilhada são a suspensão ou a perda do poder familiar, situações que evidenciam a absoluta inaptidão para o exercício da guarda e que exigem, pela relevância da posição jurídica atingida, prévia decretação judicial. 6- A guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada e não demanda custódia física conjunta, tampouco tempo de convívio igualitário dos filhos com os pais, sendo certo, ademais, que, dada sua flexibilidade, esta modalidade de guarda comporta as fórmulas mais diversas para sua implementação concreta, notadamente para o regime de convivência ou de visitas, a serem fixadas pelo juiz ou por acordo entre as partes em atenção às circunstâncias fáticas de cada família individualmente considerada. 7- É admissível a fixação da guarda compartilhada na hipótese em que os genitores residem em cidades, estados, ou, até mesmo, países diferentes, máxime tendo em vista que, com o avanço tecnológico, é plenamente possível que, à distância, os pais compartilhem a responsabilidade sobre a prole, participando ativamente das decisões acerca da vida dos filhos. 8- Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1878041 SP 2020/0021208-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/05/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/05/2021)

1725

Conforme mencionado, o Código Civil, de acordo com a Lei 13.058/14, estabelece a guarda compartilhada como a regra a ser aplicada em casos de separação ou diferenças, mesmo quando há discordância entre os pais. Sendo assim, A guarda compartilhada não será aplicada apenas em casos de inaptidão de um dos genitores para exercer o poder familiar ou quando um dos pais declarar expressamente desinteresse em exercer a guarda. O julgamento menciona que, apesar da guarda compartilhada ter sido regulamentada, o regime de convivência entre o pai e a filha continua sendo o regime anteriormente vigente, que presumivelmente incluía basicamente a residência habitual com a mãe, sendo assim, o tribunal deu provimento ao recurso, em que a filha continuou residindo com a mãe.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA UNILATERAL REQUERIDA PELA GENITORA, QUE EXERCE A GUARDA DE FATO DO FILHO. ALEGAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFERINDO A GUARDA COMPARTILHADA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DO MELHOR

INTERESSE DOS MENORES. NÃO OPOSIÇÃO DO GENITOR. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Nas ações envolvendo a disputa pela guarda de menor deve ser observado o princípio do melhor interesse, além das garantias de segurança afetiva e emocional, promoção da saúde e do desenvolvimento sadio, da educação e dos atributos intelectuais, além do afeto e de um salutar convívio familiar, cabendo a guarda àquele que demonstra reunir as melhores condições para dirigir a educação dos menores. 2. Na hipótese há elementos probatórios que desaconselham a guarda compartilhada, notadamente o boletim de ocorrência com registro de que o genitor praticou violência doméstica contra a genitora, consistente em lesão corporal, ameaça e injúria, que ultimou a aplicação de medidas protetivas, em caráter de urgência em processo judicial que tramitou em Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher neste Tribunal de Justiça. 3. Guarda unilateral que se concede em favor da genitora. 4. Provimento do recurso. (TJ-RJ - Apelação Cível: 0174999-41.2011.8.19.0001, Relator: Elton Martinez Carvalho Leme, Data de Julgamento: 17/02/2016, Décima Sétima Câmara Cível, publicado no DJe em 19.02.2016) (BRASIL, 2016, p. 337).

No caso em tela, houve pedido de guarda unilateral em razão de agressões contra a própria e contra os filhos. O relator apontou a impossibilidade de diálogo entre as partes, em razão dos possíveis crimes cometidos e a prática de maus tratos. Decidiu pelo provimento, o recurso interposto pelo Ministério Público contra o genitor, em razão de provas documentais como Boletim de Ocorrências por violência doméstica demonstram a preocupação com a proteção da vítima e do menor que estava exposto aos acontecimentos.

Quando se trata de separações, parte dos casamentos desfeitos envolvem violência no núcleo familiar, isso inclusive motiva que a união seja desfeita. Observar por esse ângulo, demonstra divergência entre a Lei nº 13.058/2014 e a Lei 11.340/2006, visto que, em um divórcio que envolve filhos e violência doméstica as tratativas não podem ser as mesmas de casos de meras desavenças (TONETTI; GOMES, 2023).

Desta forma, é perceptível que nesses casos de violência doméstica a guarda compartilhada deva ser descartada, e mesmo assim, entende-se como melhor interesse para os menores que presenciam esses conflitos, a guarda compartilhada é meio de diálogo, quando o genitor pratica violência contra a genitora e não existe essa possibilidade de comunicação, principalmente em casos de medidas protetivas, encerrasse a possibilidade de convivência saudável entre os genitores e é necessária manutenção das relações pelo magistrado, assim, ajusta-se para a guarda unilateral, a fim de proporcionar bem-estar para o menor (MARTINS; MESQUITA; ROCHA, 2023).

Apesar de conforme supramencionado, mesmo nos casos em que a mãe recebe a guarda unilateral, o direito de convivência é mantido, conforme versa ao art. 1.589 do CC/2002, garantindo ao genitor que possa ter contato com o menor, esse direito é afixado pelo juiz de ofício ou a pedido das partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado ao longo do trabalho, existe uma movimentação legislativa e judicial no contexto de esforços compartilhados entre os organismos envolvidos com a proteção contra a violência familiar e para a proteção integral do menor, ao longo deste trabalho foram levantados vários pontos que culminam a problemática e os pontos a serem considerados para arguição de proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar. Isso por que, a guarda da criança pode ser utilizada pelo agressor para ter acesso à vítima e praticar novas violências, isso induz que o ciclo não se encerre mesmo com medidas protetivas.

Após a análise doutrinária e jurisprudencial, considera-se que o instituto da guarda compartilhada promove insegurança para mulheres que foram vítimas de violência. Inclusive impraticável em casos de medidas protetivas, sendo incumbido ao magistrado administrar a melhor maneira de proteger a vítima e de garantir o interesse do menor assistido pelo Estado.

1727

Importante ressaltar que a guarda compartilhada não é, por si só, prejudicial para o menor em casos de violência doméstica. Na verdade, a guarda compartilhada pode ser benéfica para as crianças quando os pais podem cooperar eficazmente e criar um ambiente seguro e saudável para o filho. No entanto, em casos de violência doméstica, ela pode se tornar prejudicial, diante da exposição à violência, isso pode causar sérios danos emocionais e psicológicos significativos, sendo assim, ainda que seja concedida a guarda unilateral, incide este instituto no princípio do melhor interesse para o menor.

Desta forma, conclui-se que a guarda unilateral nos casos de violência familiar e doméstica a guarda unilateral se apresenta como um mecanismo de proteção não somente da mulher vítima de violência doméstica, mas do menor que está inserido e exposto e isso afetar diretamente o desenvolvimento físico, cognitivo, social, emocional e comportamental. Existem muitas lacunas que podem ser abordadas em estudos futuros, entre eles a avaliação dos riscos

associados a guarda compartilhada em casos de violência, não apenas por pesquisas na seara do Direito, mas por profissionais de assistência social e/ou psicológicas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Jullyane Oda. **Guarda compartilhada: princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.** Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) Pontifícia Universidade Católica de Goiás. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Emenda constitucional nº5, de 15 de agosto de 1995. **Altera o §2º do art. 25 da Constituição Federal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc05.htm Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 1 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra [...] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 1 set. 2023.**

1728

BRASIL. Lei nº 13.105, de 1 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm Acesso em: 1 set. 2023.

BRASIL. Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014. **Dispõe sobre a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em: 25 de set de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça **AgRg no HC: 669943 MG 2021/0164661-0**, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 14/10/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/10/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp: 1591161 SE 2015/0048966-7**, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA. Data de Julgamento: 21/02/2017, T3- TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/02/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **REsp: 1878041 SP 2020/0021208-9**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/05/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/05/2021.

FERREIRA, Joice Lopes da Cunha. **Guarda compartilhada internacional: os efeitos do instituto e sua aplicabilidade no âmbito nacional.** Curso de direito (Monografia) Faculdade evangélica de Rubiataba. Rubiataba-GO, 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – direito de família.** vol. 6. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE) Casamentos reduzem pelo quarto ano seguido e passam a durar menos tempo. **Agência IBGE Notícias.** Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29647-casamentos-reduzem-pelo-quarto-ano-seguido-e-passam-a-durar-menos-tempo> Acesso em: 14 set. 2023.

KERSTING, Cassiane de Barros. JUNQUEIRA, Caroline Cristiane Werle. A eficácia da guarda compartilhada frente a desarmonia entre os genitores: uma análise a partir do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. **Revista de Direito Faculdade Dom Alberto,** 2022, v. 13, n. 02, p. 63-77.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** v. 5. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book. ISBN 9786553628243. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628250/>. Acesso em: 18 set. 2023.

MARTINS, Aline Sanches; MESQUITA, Felipe Silva; ROCHA, Karen Richardson. A recorrente aplicação do instituto da guarda compartilhada em casos de violência doméstica: o recurso especial nº 1.629.994 e o entendimento doutrinário e jurisprudencial brasileiro. **Revista Jurídica do Cesupa.** V. 4, n.1, 2023.

1729

RIZZINI, Irene. **Justiça e Assistência à Infância no Brasil.** In: GONÇALVES, Rafael S (Org). O Papel Social da Infância na Imposição da Ordem Urbana na Passagem do Século XIX para o XX. Pobreza e Desigualdade social: Ontem e Hoje. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013. Pág. 33-50.

SANTOS, Jamille de Santana. O papel do poder judiciário brasileiro no exercício responsável da paternidade após a dissolução conjugal. **Revista Direito e Feminismos** Volume 1, número 2, Dez. de 2022. revista.ibadfem.com.br

TEIXEIRA, Amanda Arruda; SOARES, Emmanuelli Carina de G. M. A influência das medidas protetivas nos processos de guarda. **Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN,** Natal, n.6, jan. /dez. 2022

TONETTI, Gabryela Maria Brum; GOMES, João Nilo Martins. **Instituto da guarda compartilhada em desconformidade com as medidas protetivas em casos de violência contra a mulher.** Curso de Direito Centro Universitário Multivix Vitória. 2023. Disponível em: <https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2023/08/instituto-da-guarda-compartilhada-em-desconformidade-com-as-medidas-protetivas-em-casos-de-violencia-c.pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.