

A Guarda dos Filhos nos Casos de Violência Doméstica Contra a Mulher

The Custody of Children in Cases of Domestic Violence Against Women

Aquiles Martins¹
Lucas Fuchs²
Thais Cury³

Resumo

Este artigo pretende discutir a guarda dos filhos menores advindos de relacionamentos onde há a ocorrência de violência doméstica. A princípio, se buscará trabalhar o conceito deste tipo de violência de gênero e os artifícios legais a serem adotados em relação às vítimas, sobretudo dispostos pela Lei Maria da Penha. As medidas protetivas de urgência, previstas na referida lei, representam instrumento apto na busca de assegurar maior segurança às mulheres que sofrem esse tipo de abuso. Porém, na vigência de tais medidas, como ficaria a situação dos filhos desse casal? Em seguida, defendemos que a natureza da relação abusiva existente entre os pais implica numa impossibilidade de comunicação entre eles, dificultando a guarda compartilhada, que pressupõe a tomada de decisões em conjunto. Nossa proposta é a de que seja estabelecida a guarda unilateral para a mãe, pelo menos enquanto dure a ameaça por parte do agressor.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Lei Maria da Penha. Relacionamento Abusivo. Guarda. Filhos.

Abstract

This article intends to discuss the custody of children whose parents live a relationship marked by domestic violence. At first, we will work on the concept of this kind of gender-based violence and the legal strategies that can be used by the victims, especially the ones brought by Maria da Pena Law. The restraining orders, predicted by this law, represent an effective instrument in the pursuit of achieving safety to women who suffer this kind of abuse. However, when this type of measure is applied, what would the situation of this couple's children be? Moving forward, we defend that the nature of an abusive relationship between the parents implies on an impossibility of communication between them, making it hard to have the shared custody, which demands that parents make decisions together through dialogue. Our purpose is that the one-sided custody should be established, at least while the threat by the aggressor persists.

Keywords: Domestic Violence. Maria da Penha Law. Abusive Relationship. Custody. Children.

¹ Graduando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Administração Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: aquilesmartins@ufmg.br

² Assistente Jurídico no escritório Tomaz de Aquino, Costa Vilar Sociedade de Advogados. Graduando na Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: lucas.fuchs.2012@gmail.com

³ Estagiária de Direito na Defensoria Pública da União. Graduanda na Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: thaisscury@hotmail.com

1 – Introdução

É inegável que a sociedade é violenta com as mulheres. De forma capilarizada e por muitas vezes sutil, a reprodução de estereótipos de gênero e estipulação de rígidas posições sociais ditas como “normais” ou “esperadas” fazem com que a busca pela igualdade entre os gêneros sofra entraves e adiamentos.

A violência de gênero, nesse contexto, se dá em razão dessa estrutura social de desigualdade e hierarquia entre homens e mulheres e representa uma das barreiras à busca por uma maior igualdade de direitos entre eles. Tal tipo de violência é uma forma de expressão da organização social vigente, em que impera a dominação masculina, enquanto as mulheres constantemente têm suas vozes caladas e individualidades cerceadas.

A violência doméstica é um dos tipos de violência de gênero. Trata-se da violência inserida dentro de uma relação afetiva, no âmbito familiar. Esse tipo de violência pode ser física, sexual, patrimonial, moral e psicológica. É muito comum que, em relações onde ocorre esse tipo de violência, haja um ciclo de saídas e retornos à relação, até que haja a ruptura efetiva (acaso ocorra).

Os impactos desse tipo de violência são enormes e não ficam adstritos apenas ao casal que a vivencia, mas também à família, principalmente aos filhos menores do casal. O presente artigo pretende discutir a questão da guarda dos filhos cujos pais vivenciam esse tipo de situação.

Para tanto, se buscará analisar a forma como a lei brasileira lida com esses casos de violência, a partir da Lei Maria da Penha e o artifício das medidas protetivas de urgência. Após, haverá um estudo acerca dos tipos de guarda dos filhos no Brasil e qual a possível melhor opção para o caso em estudo.

A discussão acerca do tema violência doméstica, apesar de já ter sido repisada por diversas autoras e autores, ainda é muito necessária e atual. Os números de ocorrência desses casos são alarmantes e as relações abusivas estão presentes em todas as classes sociais, faixas etárias e contextos históricos e geográficos.

Aqui, se tratará principalmente das relações entre homens e mulheres, como nossa opção metodológica, sem, com isso, se desconsiderar que as relações abusivas se dão não apenas no âmbito heterossexual, mas em todas as relações afetivas humanas.

2 – A Lei Maria da Penha e as medidas protetivas

A Lei Maria da Penha, de número 11.340/2006, foi criada no Brasil após uma longa trajetória de combate à violência doméstica. Maria Berenice Dias, em sua obra “Lei Maria da Penha na Justiça”, nos conta a história da mulher que deu nome a essa lei:

A justificativa é dolorosa, pois a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes foi mais uma das tantas vítimas de violência doméstica deste país. Como muitas outras mulheres ela reiteradamente denunciou as agressões que sofreu. Chegou a ficar com vergonha de dizer que tinha sido vítima da violência doméstica e pensava: *se não aconteceu nada até agora, é porque ele, o agressor, tinha razão de ter feito aquilo*. Mas, ainda assim, não se calou. Em face da inércia da Justiça, Maria da Penha escreveu um livro, uniu-se ao movimento de mulheres e, como ela mesmo diz, não perdeu nenhuma oportunidade de manifestar sua indignação.” (DIAS, 2007, p. 13).

Após duas tentativas de assassinato por parte de seu marido e várias denúncias feitas na cidade de Fortaleza, no Ceará, o agressor de Maria da Penha foi condenado pelo tribunal do júri em 1991, mas o julgamento foi anulado posteriormente. Foi julgado novamente em 1996, tendo sido condenado a dez anos de prisão. Cumpriu, em regime fechado, apenas dois deles.

Essa história de impunidade fez com que órgãos internacionais como o Centro de Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM denunciassem o descaso do Brasil no cuidado às vítimas de violência doméstica junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.

A denúncia fez com que o Brasil fosse condenado internacionalmente em 2001. O relatório da OEA, além de impor o pagamento de indenização no valor de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, responsabilizou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando a adoção de várias medidas, entre elas ‘simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual’. (DIAS, 2007, p. 14).

Apesar de a condenação ter ocorrido em 2001, ainda transcorreram cinco anos até que o Brasil aprovasse a Lei Maria da Penha, em agosto de 2006.

A aprovação dessa lei foi muito significativa para o direito das mulheres no Brasil. Reconheceu-se que a violência doméstica não é um problema apenas do âmbito privado,

deslegitimando a frase do senso comum que diz que “*em briga de marido e mulher, não se mete a colher*”. A violência doméstica, então, passa a ser considerada matéria de âmbito público, devendo ser combatida pelo Direito brasileiro.

Ademais, a lei ofereceu instrumentos de proteção à mulher que permitiram que as vítimas desse tipo de violência pudessem vislumbrar a possibilidade de sair de uma relação abusiva. Delegacias de atendimento especializado à mulher vítima de violência doméstica, defensorias estaduais especializadas, centros de acolhimento às mulheres que estejam sob ameaça são alguns dos instrumentos criados a partir da aprovação dessa lei. Como medida imediata a ser tomada a partir da denúncia de agressão (leia-se: agressão física, psicológica, patrimonial, moral e sexual), está a medida protetiva de urgência. Depreende-se da leitura dos artigos 12, 18 e seguintes da lei que as medidas protetivas de urgência deverão ser enviadas pela própria autoridade policial ao Judiciário, que terá o prazo de 48 horas (art. 18 da lei) para concedê-las, independente da oitiva das partes e do Ministério Público, devendo estes, todavia, serem comunicados (art. 19).

Veja-se o que dispõe a lei acerca das medidas protetivas em relação ao agressor e à vítima:

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) freqüentação 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.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

(...)

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

- I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
- III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
- IV - determinar a separação de corpos.

É possível observar que tais medidas impõem um afastamento necessário ao casal que se encontra em situação de violência doméstica. Tal afastamento implica em uma maior proteção à mulher, que está numa situação de grande vulnerabilidade.

O contato entre o agressor e a vítima na vigência das medidas protetivas, portanto, violaria determinação judicial e poderia, inclusive, ensejar na prisão preventiva do agressor, disposta no art. 20 da lei:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Assim, restaria impossibilitado qualquer tipo de contato ou aproximação, o que dificulta o estabelecimento da guarda compartilhada dos filhos, por exemplo. Vamos à análise da guarda no Direito Civil Brasileiro.

3 – Guarda e Convivência

A dissolução de uma relação conjugal, quer seja casamento, quer seja união estável é quase sempre um processo delicado e penoso para um casal, sobretudo, quando há filhos envolvidos, a situação se torna ainda mais complexa. Na separação dos pais, uma das questões causadoras de desentendimentos é a definição sobre a guarda das crianças.

Nosso Código Civil, em seu Art. 1.632, estabelece que não há qualquer alteração na relação entre pais e filhos em caso de dissolução do casamento ou união, nestes termos: “Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Altera-se a convivência física direta com os filhos, porém, mantém-se aquelas obrigações e os deveres oriundos do poder familiar, tais como os de prover a educação, sustento material e o desenvolvimento tanto físico, como emocional da criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, ao conferir proteção e prioridade

absoluta a crianças e adolescentes, transformou-os em sujeitos de direito, trazendo toda uma nova concepção, destacando os direitos fundamentais das pessoas com idade inferior a 18 anos. Emergia, assim, o princípio do melhor interesse da criança, que trouxe para o centro da tutela jurídica o interesse da criança, devendo este prevalecer sobre os interesses dos pais em conflito.

Nos ensinamentos de Paulo Lôbo (2011, p. 189):

A concepção da criança como pessoa em formação e sua qualidade de sujeito de direitos redirecionou a primazia para si, máxime por força do princípio constitucional da prioridade absoluta (art. 227 da Constituição) de sua dignidade, de seu respeito, de sua convivência familiar, que não podem ficar comprometidos com a separação de seus pais. A cessação da convivência entre os pais não faz cessar a convivência familiar entre os filhos e seus pais, ainda que estes passem a viver em residências distintas. (LÔBO, 2011, p. 189)

Evoca-se, nessa seara, o instituto da guarda, previsto no artigo 33 e seguintes do ECA, *in verbis*: “Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

Da mesma forma que o conceito de família - construção cultural que se amolda aos anseios e arranjos sociais - se transformou ao longo dos anos, a noção de guarda também se modificou. Essa remodelagem tem ligação direta com a situação jurídica da mulher no Brasil, especificamente no que tange ao direito civil e constitucional. Salvo em poucos episódios históricos, a mulher sempre viveu num mundo patriarcal e preconceituoso, rebaixada frente aos homens e com seus direitos muitas vezes anulados.

Proveniente de uma lógica estabelecida pelo Código Civil de 1916, a mulher casada era considerada relativamente incapaz do ponto de vista civil. Tal concepção apenas foi modificada em 1962, com a Lei 4.121, de 27 de agosto, e a consequente aprovação do Estatuto Civil da Mulher que, em certa forma, equiparou os direitos dos cônjuges. Embora ainda mantivesse o homem como “chefe da família” e a mulher apenas como colaboradora, a prioridade na guarda para a mãe restou por garantida.

Em razão da clássica e machista divisão familiar do trabalho, preconizava-se que a mulher teria uma capacidade (quase dever) natural para cuidar melhor dos filhos. De maneira mordaz e acurada, Maria Berenice Dias (2015, p. 518), sintetiza essa forma de pensar dominante:

Historicamente, os filhos sempre estiveram sob os cuidados da mãe, pelo absoluto

despreparo dos homens em desempenhar as funções de maternagem. Afinal, nunca puderam brincar com bonecas. Nem entrar na cozinha. Aliás, a eles nunca foi permitido sequer chorar, levar desaforo para casa. Precisavam ser fortes e competitivos. Por isso, seus brinquedos sempre foram bolas, armas, carrinhos. Também foram educados para serem os provedores da família. Por certo, esta cultura nunca lhes permitiu adquirir habilidade para assumir o cuidado dos filhos ou a administração da casa. Estas tarefas eram atribuições exclusivas da mulher. Para isso elas foram educadas. Além de puras e recatadas, tinham que aprender a ser donas de casa e mães. Até hoje seus brinquedos são bonecas, panelinhas e até ferrinho de passar. Tudo porque as convenceram de que seriam a rainha do lar, doce lar. Qualquer atividade fora de tais afazeres gerava enorme sentimento de culpa. Sentiam-se como se estivessem descumprindo responsabilidades que eram exclusivamente delas: “quem pariu que embale”. No máximo, podiam contar com o auxílio do marido, a depender da boa vontade deles, é claro! (DIAS, 2015, p. 518)

O Código Civil de 1916 era repressivo, punitivo, objetificava a prole e determinava que, em caso de desquite, os filhos menores ficavam com o cônjuge inocente. A Lei nº 6.515/77 - Lei do Divórcio - disciplinou a guarda dos filhos em seus artigos 9º a 16, derogando os artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil de 1916. Embora tenha passado a facultar ao juiz decidir diversamente, ainda privilegiava a figura da inocência.

Nos últimos anos isso vem se reformulando, pois ao mesmo tempo em que as mulheres se empoderaram e ganham mais espaço no mercado de trabalho e na vida acadêmica, querendo dividir melhor a guarda, os pais querem participar mais da vida dos filhos.

Na atualidade, fora a constância do casamento, ou união estável, em que há a guarda simultânea, podemos identificar mais três espécies de guarda. O Código Civil de 2002 disciplina o instituto da guarda nos artigos 1583 a 1590, sendo eles a guarda compartilhada, introduzida pela Lei nº 11.698/08, e a guarda unilateral, a qual ainda comporta as modalidades alternada e nidal - ou aninhamento.

Na guarda compartilhada há a fixação de uma residência para o(s) filho(s) e os pais tomam em conjunto as decisões referentes aos filhos, tais como em qual escola estudar, escolha das atividades complementares, lazer, etc., o que dá continuidade à relação de afeto já existente entre pais e filhos e evita disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da(s) criança (s).

Em relação à guarda unilateral, prevista no artigo 1.583 do Código Civil, tem-se por aquela atribuída a apenas um dos genitores ou a alguém que o substitua. Somente é fixada se não possível a compartilhada e cabe ao juiz o arbítrio para atribuir a guarda ao genitor (ou terceiro) que possuir melhores condições de proteger os direitos do menor.

A guarda alternada constitui uma variante da unilateral. É uma criação doutrinária e jurisprudencial sem previsão expressa no código civil. Caracteriza-se por haver

compartilhamento (alternância) do tempo e residências do pai e da mãe. Há guarda unilateral quando se está sob o poder direto e exclusivo do pai, ou da mãe. É criticada, sobremaneira na infância e pré-adolescência, pois interfere na rotina da criança, tornando confusos certos referenciais cruciais na fase inicial de sua formação.

Outrossim, há a guarda nidal, a qual é extremamente incomum no Brasil e se configura com o estabelecimento de uma casa (ninho) para o menor. Os pais é que se revezam na residência onde está o menor.

A Lei n. 13.058/2014 determina a guarda compartilhada como regra, com base nos preceitos constitucionais de interesse primordial da criança e do adolescente, já mencionado. Na lição de Paulo Lôbo (2010, p. 190), mais do que a guarda, concebida tradicionalmente como direito preferencial de um pai contra o outro, a proteção dos filhos constitui direito primordial destes e direito/dever de cada um dos pais. Invertendo-se os polos dos interesses protegidos, o direito à guarda converteu-se no direito à continuidade da convivência ou no direito de contato. Os pais preservam os respectivos poderes familiares em relação aos filhos, com a separação, e os filhos preservam o direito de acesso a eles e ao compartilhamento recíproco de sua formação.

Conforme explanado até aqui, a predileção pela guarda compartilhada denota que a criança não tem que escolher entre o pai ou a mãe, mas, sim, é direito dela ter o contato com ambos.

Entretanto, não se fazem necessários maiores conhecimentos sobre psicologia e comportamento humano para antever que o sucesso da guarda depende da participação conjunta dos pais nas decisões que envolvem os filhos, o que torna necessária a convivência harmônica entre os genitores.

Retomando a situação da mulher, principal alvo dos casos de violência doméstica, temos que na dissolução do casamento ou união estável em decorrência de absoluta incapacidade de manter a vida conjugal com o próprio agressor, essa se vê em uma encruzilhada.

Ao mesmo tempo em que as medidas protetivas estipuladas pela Lei Maria da Penha, tais como afastamento do agressor do lar ou local de convivência com a vítima, contribuem para sua integridade física e mental; elas constituem empecilho para a convivência do seu filho com o pai.

Podem, inclusive, antagonizar com outros instrumentos legais como a Lei 13.058/14, conhecida como Lei da Igualdade Parental e a Lei nº 12.318/2010 - Lei da Alienação Parental.

Quanto à Lei nº 12.318/2010, seu objetivo único é a proteção da saúde psíquica da criança e do adolescente, na medida em que procura coibir campanha denegatória de um dos genitores sobre o filho com a intenção de dificultar ou mesmo impedir vínculos com o outro. Visa impedir a manifestação da chamada Síndrome de Alienação Parental. Referida norma traz consigo ações judiciais que vão desde a advertência do alienador (aquele que dificulta a convivência familiar) até a suspensão da autoridade parental, perpassando ainda a possibilidade de alteração da guarda unilateral para a guarda compartilhada ou sua inversão.

Ocorre que, embora tenha motivações nobres, a lei visa unicamente à proteção dos rebentos, sem muito considerar a condição dos cônjuges. Em se tratando de situações de violência doméstica em que a vítima, na proposição em comento, a mulher, se encontra fragilizada emocional e psicologicamente, entendemos temerário não considerar esse elemento no momento de decidir qual pretensão das partes está mais amparada na lei e consequente estabelecimento da guarda compartilhada como padrão.

O Direito possui natureza interlocutória, quer entre seus diversos ramos, quer em relação a outras áreas do conhecimento. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra Mulher são exemplos diretos dessa necessidade de interdisciplinaridade e a intervenção legal de profissionais de saúde de modo a proporcionar atendimento psicológico e recomendações sociais e educacionais não só para a mulher, mas para toda família podem ajudar a minimizar as consequências negativas, mormente para os filhos. Não se pretende defender, e, com isso, reavivar o aspecto revanchista outrora idealizado no Código de 1916, com a simples decretação de um inocente e um culpado ou mesmo atacar o direito inalienável da criança ou adolescente de manter o convívio familiar; mas, tão somente, admitir que, na dissolução de relacionamentos que envolvam violência contra a mulher, a questão sobre guarda, convivência e visita tornam-se ainda mais complexas.

A tendência/regra da guarda compartilhada deve comportar exceções em prol da guarda unilateral nos casos de violência doméstica. Contudo, essa não parece ser a tendência hegemônica, conforme análise jurisprudencial.

4 - JURISPRUDÊNCIA

Conforme discorrido no presente artigo, percebe-se que são fundamentais para a determinação de guarda, visitas e eventuais medidas restritivas, a verificação do princípio do

melhor interesse da criança, bem como garantias de segurança afetiva e emocional, promoção da saúde e do desenvolvimento sadio, da educação e dos atributos intelectuais.

Perpassam sobre tais institutos, ainda, o afeto e um salutar convívio familiar, sendo, via de regra, deferida a guarda àquele que demonstra reunir as melhores condições para dirigir a educação dos menores.

Em casos de violência contra a mulher, verifica-se que o simples registro de ocorrência policial desencadeia procedimento de medida protetiva de urgência a ser encaminhada a juízo. Consequentemente, tal ocorrência implica em direto silogismo no sentido de que afetados estarão a garantia da segurança afetiva e emocional do infante e o afeto no relacionamento geral em âmbito familiar. Senão vejamos:

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 Câmara Cível)

Em sentido semelhante, tem-se a decisão de medida liminar, em sua íntegra, nos autos de n. 405644-02.2014.8.09.0175, em trâmite no Tribunal de Justiça de Goiás. Como forma de impedimento à ocorrência de males e inconvenientes maiores, tais como agressões físicas e morais, constrangimentos, serviu o sistema judiciário como instrumento para preservação da pessoa dos filhos e cônjuges. Veja-se:

Decisão trata-se de medida cautelar de separação de corpos c/c pedido de alimentos provisionais proposta por Daniela Oliveira Silva Borges, devidamente qualificada, em desfavor de Ibraim Suedes Borges, também qualificado. Alega a autora que é casada com o requerido desde o dia

30.04.2004, sob o regime da comunhão parcial de bens, e desta relação advieram dois filhos menores, Isabella Oliveira Borges e Gustav Oliveira Borges, nascidos em 30.09.2004 e 14.01.2008, respectivamente, conforme documento de f. 21/22. Sustenta a

requerente que atualmente, vem enfrentando uma longa crise, sendo que não foram poucas as discussões e os desentendimentos entre o casal, fazendo com que o convívio entre eles se tornasse insuportável. Os constantes desentendimentos entre o casal causou pouco a pouco, uma desilusão à requerente que, por sua vez, passou a repudiar seu cônjuge e, via de consequência, tal sentimento tornou irremediavelmente insuportável o retorno à vida em comum, tendo em vista que os dois filhos do casal, se encontram em situação de pânico. Ao final requer, liminarmente, a decretação da separação de corpos, a concessão da guarda unilateral provisória dos filhos e alimentos provisionais em favor da requerente e dos filhos na ordem de 10 (dez) salários mínimos, oficiar a delegacia da receita federal para que encaminhe copias das últimas 5 (cinco) declarações de imposto

De renda do requerido e oficiar ao DETRAN/GO via do convenio RENAJUD, a fim de que seja bloqueada a venda e a comercialização de todo e qualquer veículo pertencente ao requerido. Acompanham a inicial os documentos de fls. 16/113. É o relatório. Decido. A separação pretendida visa o afastamento do requerido do lar conjugal, pelo que vejo prudente a concessão da liminar pleiteada, apenas com base em alegações da inicial. A ação de separação de corpos, visa, através do afastamento do cônjuge da morada conjugal, impedir a ocorrência de males e inconvenientes maiores, tais como agressões físicas e morais, constrangimentos, servindo, portanto, como verdadeiro instrumento para preservar a pessoa dos filhos e cônjuges. A decretação depende apenas da averiguação da existência do casamento. O deferimento da liminar de separação de corpos levar a em consideração o simples esgotamento dos laços afetivos, independentemente da prova efetiva de ocorrência de dano a integridade física ou psíquica de um dos cônjuges, dos filhos ou de terceiros integrados ao lar. Vale ressaltar que a medida tem cunho eminentemente preventivo, devendo ser adotadas para evitar situações piores que podem culminar em atos de violência. E uma salvaguarda a ampla proteção da personalidade dos cônjuges. O reconhecimento da dignidade humana e da liberdade de cada integrante de entidade familiar e o indicativo seguro para que o juiz não mantenha no mesmo espaço físico duas pessoas que não querem mais conviverem juntas. Vejamos o que preleciona a doutrinadora Maria Berenice dias: Desnecessária, para o deferimento do pedido de separação de corpos, a alegação e muito menos a prova de que esteja o cônjuge sujeito a risco. O simples esfacelamento da efetividade e a intenção de buscar o desenlace do vínculo autorizam decretar o fim do convívio. *Não há precisar maiores provas.: havendo alegação de violência doméstica, o simples registro de ocorrência policial desencadeia procedimento de medida protetiva de urgência a ser enviada a juízo.* (DIAS, Maria Berenice, CF. Manual de direito). [grifo nosso].

O pedido de separação de corpos procede, na medida em que as fundadas alegações da parte autora a respeito do comportamento da parte requerida indicam que seu afastamento do lar conjugal é medida urgente e imperiosa, a ser deferida liminarmente. Vislumbra-se, nesse passo, em juízo de cognição sumária, a presença dos requisitos para a concessão da liminar, quais sejam: o periculum in mora, consistente na ameaça a direito irreparável que é integridade da parte requerente, e o fumus boni iuris, consistente na possibilidade, em tese, da desconstituição da sociedade conjugal com

fundamento no art. 1.572 do cc. São requisitos para o deferimento do pedido liminar, inaudita altera parte a existência de plausibilidade do direito afirmado pela requerente *fumus boni juris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha de aguardar o tramite normal de processo. Ademais, entendo que nada obsta que tal providência possa ser acolhida antes da manifestação da parte requerida, pelas razões já expostas alhures e principalmente, pela reversibilidade da medida, caso haja alteração da realidade fática. Ante o exposto, defiro a liminar pleiteada e decreto a separação de corpos do casal litigante. Expeça-se o respectivo mandado, também para afastamento compulsório do lar conjugal da parte requerida, que poderá levar consigo pertences pessoais. *Ante as alegações da autora e a comprovação de que os menores encontram-se sob sua guarda fática, bem como levando-se em consideração o princípio da proteção integral da criança, seu bem-estar e pleno desenvolvimento social, psicológico e educacional, defiro a guarda provisória* de Isabella Oliveira Borges e Gustavo Oliveira Borges a sua genitora, Daniela Oliveira Silva Borges. Defiro parcialmente os alimentos provisionais a serem pagos aos filhos menores em 05 (cinco) salários mínimos vigente, à míngua de maiores elementos a respeito da capacidade financeira da parte alimentante, também das necessidades da parte alimentada, a serem pagos pelo requerido mediante conta bancária a ser informada pela requerente, ou mediante recibo. Indefiro alimentos provisionais à requerente posto não comprovada a necessidade. Oficie-se a delegacia da receita federal para que encaminhe copias das ultimas 2 (duas) declarações de imposto de renda do Sr. Ibraim Suedes Borges. (DJ-GO - P. 689, Seção II, 04/08/2015) [grifo nosso].

Tem-se, pois, após análise das decisões supra, a verificação de que além da violência física contra a mulher, também são tidos como fundamentais à determinação do afastamento do cônjuge do lar conjugal, e o conseqüente deferimento de guarda unilateral à mãe, o iminente risco de dano à pessoa dos filhos.

Sob outra ótica, no caso abaixo colacionado, foi interposto Agravo de Instrumento requerendo o deferimento da liminar para que o pai do infante ficasse com a guarda de seu filho, revertendo-se a guarda provisória em favor da mãe, a visita e a pensão. Alegou o agravante que gozava de fortes laços afetivos com o menor, em razão de ter vivido durante um longo período com a criança. Tentou demonstrar que a agravada não tomava os devidos cuidados inerentes à criação saudável de uma criança. Sem acolhimento.

Percebe-se, com a referida decisão, que o interesse do menor, ou seja, sua segurança, seu bem-estar, é o objetivo primeiro e último da jurisdição. Não se entendeu por cabível a pretensão de reparo da fixação de guarda unilateral por não haver relacionamento saudável e clima entre os litigantes para o exercício da guarda compartilhada, o que seria ideal. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE FIXAÇÃO DE GUARDA, VISITAS E PENSÃO ALIMENTÍCIA. INFANTE DE TENRA IDADE.

CONCESSÃO À GENITORA. DECISÃO

MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Não havendo elementos de convicção que sustentem a conduta desabonadora da genitora em prejuízo da criança, deve esta última, se de tenra idade, permanecer no convívio materno em face de pressupostos psicopedagógicos autorizadores. (TJ-SC - AI: 841160 SC 2010.084116-0, Relator: Stanley da Silva Braga, Data de Julgamento: 03/08/2011, Sexta Câmara de Direito Civil)

Por fim, trazemos dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que sopesam a importância da existência do relacionamento familiar entre pai e filho, quando clara e evidente a intenção exclusiva de obstaculização do convívio, por meio da judicialização de desentendimentos entre os cônjuges. No que, sabiamente, apontou a Desembargadora Renata Machado Cotta se tratar de disputa muitas vezes egoísta e irracional das partes.

Fazemos nossas as palavras da Dra. Maria Auxiliadora Ornellas, que em caso de situação semelhante vaticinou: "Na briga dos elefantes quem sofre é a grama".

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DO CONVÍVIO DO GENITOR NÃO GUARDIÃO COM O FILHO MENOR. INTERESSE PRIMORDIAL DA CRIANÇA. INEXISTÊNCIA DE FATOS OU CIRCUNSTÂNCIAS QUE DESQUALIFIQUEM O GENITOR PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PARENTAL. AUSÊNCIA DE RESPALDO PARA O ESTABELECIMENTO DE VISITAÇÃO RESTRITA. Agravo de Instrumento interposto em face da decisão proferida nos autos da ação de guarda compartilhada do filho menor que deferiu a antecipação da tutela de modo a regulamentar a visitação do pai não guardião. Pretensão recursal da mãe da criança para a reforma da decisão, com a fixação de convívio restrito e vigiado, ao argumento de que o comportamento agressivo do pai que, inclusive originou o deferimento de medidas protetivas pelo V Juizado de Violência Doméstica, em que foi deferido o afastamento do lar conjugal, bem como a proibição de aproximação da ex-mulher, poderia colocar em risco a preservação física e emocional da criança. Insurgência infundada. Presente recurso que versa sobre a análise da presença ou não dos requisitos contidos no artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, em vigor à época de sua, para o deferimento da tutela antecipada requerida pelo autor, ora agravado, nos autos da ação de guarda compartilhada movida em face da agravante. Análise detida dos argumentos apresentados pelas partes e dos documentos que instruíram o presente Agravo de Instrumento que evidencia que o recurso não comporta provimento, já que inexistem elementos concretos que aconselhem a proibição do genitor em conviver com o filho, como alegou a recorrente. Existência de intenso conflito entre os pais que não conduz, automaticamente, ao entendimento de que o convívio com o genitor irá de encontro ao melhor interesse da criança. Vínculo de parentalidade que, efetivamente, deve ser preservado e qualquer afastamento mais prolongado, sem qualquer justificativa, não é aconselhável no caso e somente vem a dificultar a retomada do convívio no futuro. Inexistência de circunstâncias comprovadas nos autos que desqualifiquem o genitor para o exercício de sua função parental e que justificassem a limitação do contato com o filho. Manutenção integral da decisão. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-

RJ -

AI: 007232376.2015.8.19.0000, Relator: Alcides da Fonseca Neto, Data de Julgamento: 05/10/2016, Vigésima Câmara de Direito Civil)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REVERSÃO DE GUARDA.

REGULAMENTAÇÃO DE VISITA. O Estatuto da Criança e do Adolescente é o diploma legal regulamentador da norma constitucional que prevê a proteção integral das crianças e adolescentes recaindo tal obrigação à família, ao Estado e à sociedade, nos termos do art. 227, caput, da Constituição Federal. Logo, o princípio da proteção integral exige que tanto a família, quanto a sociedade e o Estado, zelem pelos direitos e cuidados inerentes à formação de crianças e adolescentes, nestes compreendidos quaisquer menores de 18 anos, estejam estes ou não em situação de risco pessoal ou social. Depreende-se, de todo o exposto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente é a lei que visa equilibrar o exercício do poder familiar com o princípio do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar. Nada obstante, o direito à convivência familiar, seja na família natural, seja na família extensa, prevista no art. 19 do ECA, nem sempre representa o melhor interesse da criança ou adolescente. É a hipótese dos autos. Ora, no exame da guarda de criança ou adolescente, o escopo da Justiça fixa-se exclusivamente nos interesses do menor, ou seja, na sua segurança, no seu bem-estar. Isso, pois, cuidando-se de guarda e posse de crianças e adolescentes, as decisões referentes aos menores não podem guardar, inclusive por determinação legal, uma aplicação extremamente dogmática e fria, devendo-se observar qual situação é mais vantajosa para a criança. Nessa esteira, a preocupação fundamental do julgador deve estar voltada ao bem-estar da criança e não na disputa muitas vezes egoísta e irracional das partes. No caso em tela, restou exaustivamente demonstrado o clima conflituoso entre os genitores, através do registro de ocorrência da violência doméstica reiteradamente praticada pelo agravado contra a agravante (doc. 15, 24), o que teria dado azo ao divórcio das partes. Além disso, a animosidade entre as partes culminou na disputa pela guarda do filho do casal, o que ensejou a propositura de ações de guarda, reversão de guarda e busca e apreensão do menor. Nada obstante, como pontuou o juízo a quo e destacou a Douta Procuradoria de Justiça, não há notícias sobre problemas na relação entre pai e filho, que conta com 13 anos incompletos atualmente, pois nascido em junho de 2002. Pelo contrário, como sublinhou o juízo de 1ª instância, o menor, em mais de uma oportunidade, declarou o desejo de permanecer com o pai, oferecendo resistência em relação à visitação materna, além de relatar que era agredido fisicamente com frequência pela mãe (doc. 33, doc. 41 do Anexo 1). Do extenso relato oferecido pelo juízo a quo (doc. 33), depreende-se, ainda, que o adolescente informou seu paradeiro ao pai, o que possibilitou o cumprimento da decisão que determinou a sua busca e apreensão em razão da propositura de ação de reversão de guarda pelo agravado. Assim, embora não sejamos insensíveis à apreensão relatada pela agravante, inexistindo circunstância que desabone a manutenção da guarda do adolescente com o agravado, bem como noticiada a vontade do filho de casal de continuar na companhia de seu genitor, mostra-se adequada a conservação da decisão recorrida. Importante frisar, por derradeiro, que o menor apresenta sinais de depressão e transtorno de estresse pós-traumático, provavelmente, em razão do litígio sobre a guarda, de modo que a suspensão da visitação materna, infelizmente, considerando a resistência demonstrada pelo adolescente, é providência que deve ser mantida enquanto não é promovida melhor e ampla instrução através de

estudo social e avaliação psicológica, medidas já chanceladas pelo juízo a

quo. Recurso desprovido. (TJ-RJ - AI: 0001061-32.2016.8.19.0000, Relator: Renata Machado Cotta, Data de Julgamento: 27/04/2016, Terceira Câmara de Direito Civil)

Após a singela análise jurisprudencial, verifica-se, pois, que diversas são as nuances que podem vir a ser determinantes no deferimento da guarda a qualquer dos cônjuges litigantes. Todavia, como já anteriormente frisado, o princípio do melhor interesse da criança, sua segurança e seu bem-estar são requisitos sempre analisados pelo judiciário, considerados e fundamentais a qualquer determinação judicial.

A violência doméstica contra a mulher, porquanto, ocasiona abalo psicológico também aos infantes, os quais terão por afetados, conseqüentemente, suas garantias de segurança afetiva e emocional, motivo pelo qual importam, acaso ocorram, no deferimento (mais que devido) de guarda à pessoa da mãe.

5 – Considerações Finais

Por todo o exposto, podemos concluir nossa opção em defender a guarda unilateral materna nos casos de agressão contra a mulher pelo pai dos filhos menores. Apesar de tal opção ir contra a tendência atual de dividir as responsabilidades da criação dos filhos entre ambos os pais, a situação explanada no presente artigo demanda maior atenção às suas particularidades. A violência doméstica invade uma relação afetiva de forma muito intensa e cruel. Forçar a convivência entre a vítima e o agressor em função dos filhos traria tensão, possibilidade de novas agressões e até mesmo impactos irreversíveis aos filhos que presenciam esse tipo de relação.

Ressalte-se que o estabelecimento da guarda unilateral só cabe enquanto presentes as condições de ameaça e violência ensejadoras das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. Da mesma forma que tais medidas são temporárias até que persista o perigo para a vítima, a guarda unilateral materna também deve ser encarada dessa forma.

Esse aspecto temporário se dá justamente em função do melhor interesse dos filhos menores, que têm o direito a uma boa convivência familiar com ambos os pais. Além disso, o pai agressor continua tendo responsabilidades para com os filhos menores que não podem ser deixadas de lado. A medida da guarda unilateral não pode ser uma forma de eximi-lo de seu dever de cuidado com os filhos em momento algum, ela serve apenas para a proteção da mulher, reiteramos, enquanto seja necessário.

Por fim, importante que seja mantido, por parte dos magistrados, o equilíbrio dos valores e princípios em discussão. Nos casos de violência doméstica, a eventual alegação de que a guarda unilateral possa vir a esfacelar a entidade familiar não deve prosperar, vez que a violência, em si, já é ensejadora de problemas estruturais no âmbito familiar, como também feroz proporcionadora de problemas quanto à formação psicológica dos menores envolvidos.

Referências Bibliográficas

BRASIL, Lei Maria da Penha, 11.340/2006.

BRASIL, Lei nº 13.058/2014 - Lei que estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação.

BRASIL, Lei nº 12.318/2010 - Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher* / Maria Berenice Dias - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais. 2007

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias I* Maria Berenice Dias. -- 10. ecl. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

LÔBO, Paulo. *Direito civil: Famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed.– No mesmo sentido: São Paulo: Saraiva, 2011

