

A LEI Nº 14.173/2023 E A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA EM SITUAÇÕES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Ana Beatriz Caetano da Silva dos Santos¹

Resumo – A recente Lei nº 14173/2023 alterou o Art. 1584, § 2º, do Código Civil Brasileiro e acrescentou o Art. 699-A, ao Código de Processo Civil, no tocante à aplicação do instituto da guarda compartilhada nas situações de violência doméstica e familiar contra a mulher. No presente trabalho, visa-se à análise dos inúmeros modelos de família existentes e da proteção constitucional dada a estas. Além disso, busca-se analisar essas alterações legislativas tendo por horizonte a jurisprudência sobre o tema, com a finalidade precípua de se verificar se a nova legislação está em harmonia com todo o conjunto normativo em vigor. Para tanto, defende-se a compatibilização da Lei nº 14173/2023 com o restante do ordenamento jurídico, de maneira a viabilizar o alcance da nova norma com o objetivo de manter resguardados não só os fundamentos legais e constitucionais do Direito de Família, mas também os direitos constitucionais e legais das mulheres e das crianças, vítimas de todo o ato violento por parte dos genitores.

Palavras-chave – Guarda compartilhada. Violência doméstica e familiar. Direito de família. Mulheres. Crianças. Vítimas.

Sumário – Introdução. 1. A origem do termo “família” e as modalidades de guarda. 2. Os direitos das mulheres e o surgimento da Lei nº 11340/2006. 3. A violência, a situação dos filhos e a (im)possibilidade da guarda compartilhada sob o olhar da jurisprudência. Conclusão. Referências.

¹ Advogada. Aluna do Curso de Pós-Graduação em Direito Público e Privado da EMERJ. Integrante do programa de estágio do CEDES.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Lei nº 14.173/2023 surge a possibilidade de aplicação, ou não, do instituto da guarda compartilhada nos casos em que se apresenta um cenário de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A nova legislação traz alterações tanto no Código Civil (Art. 1584, § 2º)² quanto no Código de Processo Civil (Art. 699-A)³. Oriunda do Projeto de Lei do Senado (PL nº 2491/2019) e aprovada pela Câmara, sob relatoria da deputada Laura Carneiro (PSD-RJ), tem como objetivo a proteção de crianças e adolescentes nos processos de guarda, os quais envolvam situação de violência doméstica e familiar, impedindo o(a) agressor(a) de exercer a guarda dos menores nessa situação. Nesses casos, cabe ao juiz o dever de indagar previamente ao Ministério Público e às partes sobre uma possível situação de violência, envolvendo o casal e os filhos.

Se por um lado ocorre a perda do exercício do poder familiar pelo(a) agressor(a) de forma provisória e indeterminada, uma vez que tal medida atua como causa impeditiva ao exercício de guarda, o que também deve ser levado em consideração, de outro, tal novidade legislativa traz uma segurança considerável para os filhos, diante das consequências bastantes negativas de uma separação e até mesmo de uma possível situação de violência contra a mulher e ainda sobre seus filhos.

Com a evolução das sociedades, o conceito de família deixou de estar ligado ao aspecto do pátrio poder e adquiriu um viés de companheirismo, afeto e amor. Os novos valores constituídos para uma classificação deste conceito de família se mostraram em sintonia com a promulgação da nossa Carta Mãe (Constituição Federal de 1988), o que levou à introdução, no meio social, de ideias como igualdade, afetividade e ainda a dignidade humana (Art. 1º, III, Art. 5º, I, CF/88).

As mudanças na sociedade, no que diz respeito à forma de se relacionar com o outro e à questão da globalização fizeram com que houvesse mudanças consideráveis no meio familiar.

² Art. 1.584, § 2º, do Código Civil - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda da criança ou do adolescente ou quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar. (Redação dada pela Lei nº 14.713, de 2023)

³ Art. 699-A, do Código de Processo Civil - Nas ações de guarda, antes de iniciada a audiência de mediação e conciliação de que trata o art. 695 deste Código, o juiz indagará às partes e ao Ministério Público se há risco de violência doméstica ou familiar, fixando o prazo de 5 (cinco) dias para a apresentação de prova ou de indícios pertinentes. (Incluído pela Lei nº 14.713, de 2023)

Hoje, existem diversos tipos de família, tais como a monoparental, homoafetiva, a união estável e o próprio casamento, instituto que ainda vigora em nosso ordenamento jurídico, todas consideradas entidades familiares.

O estudo empregado possui objetivo de analisar a concessão ou não do instituto da guarda compartilhada em situações de violência doméstica e familiar contra a mulher, sob o olhar da Lei nº 14.713 de 2023, trazendo para o debate a importância da atuação do Poder Judiciário e a intervenção do Ministério Público na defesa dos incapazes.

Assim, no primeiro capítulo, discute-se o instituto da família e as modalidades de guarda, à luz do Código Civil, e se o conceito de família trazido tanto por estudiosos quanto pela legislação é capaz de abarcar os diferentes tipos familiares existentes e como estes influenciam na criação dos filhos.

Segue-se para o segundo capítulo, no qual pretende-se discutir a existência dos movimentos de resistência da mulher, a luta por sua independência e as situações de violência doméstica e familiar e sua influência na vida dos filhos. Se os atos violentos praticados pelos genitores têm sido levados em consideração para a regulamentação da guarda e para possibilitar o afastamento da regra geral de estabelecimento da guarda compartilhada. Analisando, dessa forma, como o contexto da violência doméstica é considerado para aplicação da regra da guarda compartilhada.

Por fim, no terceiro capítulo, busca-se analisar, tendo em vista que devemos garantir a prevenção da violência e a proteção da vítima, se é ou não possível a fixação de guarda compartilhada no contexto específico de violência doméstica.

A metodologia do estudo caracteriza-se como realizada por meio de uma pesquisa qualitativa bibliográfica analítica. Os dados foram coletados de fontes secundárias, colhidos na doutrina, na jurisprudência e através de pesquisa de material na internet, tendo em vista o que está disposto na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990).

1 - A ORIGEM DO TERMO “FAMÍLIA” E AS MODALIDADES DE GUARDA

Com a evolução do espaço social, modelos de gerência no âmbito familiar passaram a não ser mais vistos como efetivos. No momento em que a sociedade inova em suas relações, o direito, a doutrina e os entendimentos jurisprudenciais devem caminhar para que haja a concretização e a

aplicação das novas realidades em todo ordenamento jurídico, de forma tanto eficaz quanto justa na vida dos indivíduos⁴:

Com o passar do tempo e a evolução da sociedade, o modelo familiar mudou, graças à influência dos ideais de democracia, igualdade e, notadamente, dignidade da pessoa humana. De fato, a unidade familiar passou a ser mais democrática, afastando-se da inflexibilidade matrimonial, para dar origem a outras formas de constituição. Neste novo modelo todos os membros são dotados de igualdade no ambiente familiar, tendo como aspecto comum o atendimento das suas necessidades e a busca da felicidade.

Desta forma, a revalorização social e jurídica do papel da paternidade deve ser discutida, ainda que os pais não cumpram com o dever obrigacional dos alimentos, tema que neste trabalho não será discutido. Se, de um lado, existe um pai que gostaria de manter por perto sua prole, de outro, temos absolutamente incapazes que, muitas vezes, são apaixonados por seus genitores e que sofrem devido à separação que, em algumas circunstâncias, acaba sendo inevitável.

A título de conhecimento, a expressão “família” foi inventada pelos romanos, com o objetivo de designar um inédito organismo social. Era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O *pater familias* era quem exercia todo o poderio familiar, com o *manus* sobre os seus descendentes, mulheres e escravos.

Engels preconiza que família é “o elemento ativo, nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado”⁵.

No Brasil, com a instituição do divórcio (Lei nº 6.515/77)⁶, oficializou-se de forma legal o desmembramento do pátrio poder, uma vez que homens e mulheres passaram a contribuir e decidir ativamente no suporte familiar, dividindo as responsabilidades alimentares em relação aos seus filhos (Art. 20). Traz a lei ainda, em seu artigo 27, que: “o divórcio não modificará os direitos e deveres em relação aos filhos”⁷, o que só reafirma a plausibilidade da guarda conjunta, em nosso país, bem como sua recomendação, com a exceção das hipóteses previstas em lei.

⁴ VILASBOAS, Luana Cavalcanti. **O novo conceito de família e sua desbiologização no direito brasileiro.** *Revista Artigos.* v. 13, 2020, p. 01.

⁵ ENGELS, Fredrich. **A origem da Família, da propriedade privada e do Estado.** 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 22 e 30.

⁶ BRASIL. **LEI Nº 6.515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977.**

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em 01 jan. 2024.

⁷ Ibid.

Apenas para análise de estudo, sob o âmbito cível, existem no ordenamento algumas modalidades de guarda. Há a *guarda unilateral* (Art. 1.583, § 1º, do Código Civil)⁸, que é aquela em que somente um dos cônjuges ou alguém que os substitua exercerá o poder de gerência na vida da criança ou do adolescente. Seja por questões judiciais, de abandono ou até mesmo por conciliação, o responsável determinado para tal finalidade exercerá o poder sobre o menor, mas não impedirá o direito de visitação à outra parte, salvo nas vedações legais.

Existe também a *guarda judicial*, a qual é concedida pelo juiz. É aquela em que se dá ao genitor ou alguém o poder familiar. É importante frisar que, na ausência dos genitores, existe a possibilidade dessa guarda ser concedida a um avô, avó, tio ou tia. Prefere-se conceder a guarda a esses membros por motivos óbvios, quais sejam, o vínculo afetivo que se presume ser preexistente entre os interessados, situação em que não será preciso considerar a necessidade de estágio de convivência ou qualquer outro meio de aproximação entre as partes, como ocorre muitas vezes nos processos de adoção e guarda regidos pelo ECA (Art. 167, parágrafo único).

Outra não menos importante é a *guarda compartilhada de natureza alternada*, que não pode ser confundida com o instituto em estudo. A guarda compartilhada de natureza alternada é aquela em que a criança ou adolescente possui duas residências e com isso fracionará seus dias de estadia. Nos dias estipulados, a criança ou adolescente permanecerá na residência de um genitor e, nos demais, na residência do outro. Ou seja, não se terá aqui a hipótese de residência fixa e ambos os genitores possuirão poder isonômico de gerência na vida do menor.

Embora exista a possibilidade da aplicação deste modelo nos processos em que haja acordo entre os genitores, o instituto da guarda alternada, até o presente momento, não se encontra positivado no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que o Judiciário, através do Magistrado, Ministério Público e toda a equipe interdisciplinar do juízo, contribua para aplicação deste modelo, através de relatórios e pareceres, visando sempre o princípio do melhor interesse da criança (Art. 227 da CF/88 e Art. 3º do ECA).

E por fim, temos a *guarda compartilhada*, tema em discussão neste trabalho. Este modelo, instituído pela Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, possui o condão de, mesmo em uma situação de separação entre os cônjuges e mormente quando há acordo entre os mesmos, garantir a isonomia no poder de controle e gerência na vida dos filhos. Tal modelo visa garantir

8 BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 01 jan. 2024.

a participação dos genitores em todas as atividades e acontecimentos dos pequenos, no sentido de que isto possa contribuir para a formação equilibrada de sua personalidade.

Vale destacar que, nesta modalidade, haverá fixação de alimentos, devidos àquele cônjuge com quem a criança ou adolescente mantém residência fixa, tendo em vista que mesmo que ambos os genitores arquem com as despesas do incapaz menor ou adolescente, sempre supõe-se que aqueles que tiverem a residência considerada como fixa despendam maiores recursos financeiros na manutenção do(s) filho(s).

Na guarda compartilhada, diferentemente da alternada, a criança ou adolescente terá uma residência fixa, que servirá de base e lar principal. Suas atividades e referências estarão ligadas ao local que fora escolhido através do processo judicial, o qual contará com a intervenção precisa do Ministério Público e ainda com apoio da equipe técnica interdisciplinar, vinculada ao juízo.

Tal instituto está preconizado no Art. 1583, § 2º do Código Civil:

1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

(...)

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Pode-se concluir que, nesta modalidade, sempre serão partes legítimas para solicitarem informações e/ou prestação de contas ambos os genitores. Ainda que a proposta não seja de instituição de alimentos, será considerado por certo fiscalizar sua correta aplicação e, em caso de má gestão financeira por parte do cônjuge responsável, o outro deverá promover as ações cabíveis, no sentido do melhor interesse do incapaz menor.

2 - OS DIREITOS DAS MULHERES E O SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA

A concepção do homem como o sexo forte se justifica cristalinamente pela questão do patriarcado e do machismo que preponderou em épocas passadas. A palavra “submissão” fazia parte das relações familiares, inclusive em relação aos filhos, os quais eram expectadores diários das humilhações sofridas por suas mães. Como já exposto anteriormente, o pátrio poder era exercido de forma unilateral pelo genitor, não tendo a genitora qualquer gerência tanto sobre sua vida, como sobre a vida das crianças. Diante disso, as mães em nada podiam opinar na formação dos filhos.

A título de conhecimento, se faz necessário entender o contexto histórico acerca da questão da violência contra a mulher no âmbito familiar e o surgimento da Lei nº 11.340/2006, objetivando sua proteção.

Como já citado, sob a égide patriarcal, da qual decorria o pátrio poder, em que este era concentrado nas mãos do homem, chefe e provedor da família tradicional, a mulher jamais possuiu o direito de tomar decisões acerca dos acontecimentos familiares. Sob o aspecto educacional, por exemplo, de acordo com a revista “Nossa Causa”, somente no ano de 1827 as meninas foram liberadas para frequentarem as escolas, com um único objetivo de adquirir conhecimento, serem respeitadas e garantir seu lugar em um mundo machista e, via de regras, preconceituoso.

Mais tarde, nos anos de 1975 a 1985, a chamada “Década da mulher” foi instituída pela Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de se discutir, em fóruns de âmbito mundial, a situação do gênero feminino. Cita-se como exemplo, no ano de 1976, o surgimento, no “Jornal Brasil, do suplemento “Mulher”, considerado de “decisivo papel na elaboração de uma concepção emancipacionista, incentivando a participação feminina na organização de congressos e encontros de mulheres e na luta pela democracia”. Tem-se também, no ano de 1980, a “II Conferência mundial sobre o direito da mulher”, em Copenhague, Dinamarca. Outro marco importante ocorre no ano de 1985, em que é criada a primeira Delegacia de Atendimento Especializado à Mulher (DEAM) em São Paulo. Essas delegacias especializadas da Polícia Civil realizam, essencialmente, ações de proteção e investigação dos crimes de violência doméstica e violência sexual contra as mulheres.

Após inúmeros acontecimentos históricos, decisivos para a proteção dos direitos das mulheres, o Brasil ratificou a “Convenção de Belém do Pará”⁹, através do **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996, através do qual assumiu o compromisso de adotar uma ação afirmativa que visasse a proteção da mulher** em situações de violência no âmbito doméstico e familiar. Anos depois, nasce a Lei nº 11.340, publicada em 07 de agosto de 2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”¹⁰. Esta possui tal designação devido à luta da farmacêutica Maria da Penha, cuja vida foi marcada por agressões que culminaram com o tiro de espingarda que recebeu do ex-companheiro, deixando-a paraplégica.

⁹ BRASIL. **Decreto Nº 1.973, De 1º De Agosto De 1996. Disponível em:** https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 01 jan. 2024.

¹⁰ BRASIL. **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em:** https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 01 jan. 2024.

Vale frisar que, em seu livro “*Sobrevivi...posso contar*”, no ano de 1994, muito antes da Lei nº 11.340 ser sancionada, Maria da Penha e suas três filhas já sofriam todo tipo de violências, o que só reforça a importância da legislação de proteção para todas as mulheres.

O objetivo desta legislação já se encontra disposto no Art. 1º da referida Lei:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir 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 Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Em seu artigo 5º, o conceito “violência doméstica” dispõe ser “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Um fator positivo trazido pela Lei Maria da Penha é que esta não se restringe somente à aplicação do direito material na situação de violência praticada contra a mulher. Existe toda uma rede de proteção e apoio, para que a vítima se sinta acolhida e protegida e para que seu agressor não possa mais ter qualquer tipo de contato ou poder sobre ela.

As medidas protetivas de urgência, que possuem natureza cautelar, são divididas em dois grupos. Aquelas relacionadas aos agressores estão dispostas no Art. 22 e as que são direcionadas às vítimas nos artigos 23 e 24.

Dentre as medidas previstas nesta lei, enfatiza-se o Art. 23, inciso III, no qual se lê: “Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: (...) III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos”.

Segundo Maria Matilde Alonso Ciorciari, em seu artigo “A Guarda Compartilhada no Contexto da Violência Doméstica”¹¹, na época, defensora pública no estado do Rio de Janeiro, destacou que, no ano de 2019, segundo pesquisa elaborada pela “Diretoria de Pesquisas da DPGE/RJ”, os juízes, em geral, aplicavam as medidas protetivas de urgência em desfavor do

¹¹ CIORCIARI, Maria Matilde Alonso. **A Guarda Compartilhada no Contexto da Violência Doméstica**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

agressor, respeitando o art. 22, incisos II e III da Lei Maria da Penha, notadamente, o afastamento do lar; proibição de aproximação de contato com a vítima, seus familiares e testemunhas; e proibição de frequentar determinados lugares. Não havendo nos registros, segundo ela, dados que dissessem respeito à questão de alimentos e principalmente da guarda dos filhos, já que obviamente o juízo da violência doméstica, naquele momento, não era competente para tratar do tema, dada a competência absoluta do juízo de família.

Ocorre que não só as mulheres precisam de proteção, também os menores são vítimas de violência no âmbito doméstico. E é por isso que o legislador decidiu pela aprovação dos novos dispositivos, preconizados tanto no Código Civil como também no Código de Processo Civil. Mais uma vez, em observância ao princípio do melhor interesse da criança, não seria coerente proteger-se a mulher enquanto os filhos permaneciam desprotegidos, no momento da separação dos cônjuges, aqueles filhos poderiam permanecer com quem conhecem ser o agressor de um de seus provedores.

3 - A VIOLÊNCIA, A SITUAÇÃO DOS FILHOS E A (IM)POSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA SOB O OLHAR DA JURISPRUDÊNCIA

Como já exposto, o conceito de família vem sofrendo alterações e o direito precisa caminhar junto a essas modificações. Perdendo sua rígida hierarquia, o conceito familiar é abrangido também sob o aspecto de companheirismo e amor. E, com isso, as crianças e os adolescentes passam a obter seu espaço de maneira especial na ordem jurídica.

Hoje se mostra necessário, observadas as disposições do caso em concreto, conferir aos incapazes o direito de convivência com ambos os genitores, no sentido de fornecer um ambiente saudável e feliz que, de certa forma, poderá intervir na personalidade e no caráter dos pequenos, valores que serão levados para vida adulta.

Para Ramos¹², o deferimento liminar da guarda compartilhada ou da ampliação do direito de visitação é consequência lógica da preferência legal pela guarda compartilhada, que não comportaria visitação vigiada, salvo casos de grave infração dos deveres parentais, como exposição da criança a perigo, maus-tratos e abuso sexual, ou nas situações de violência doméstica.

¹² RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 87-88.

Outra questão que deve ser levada em consideração é a situação na qual um dos genitores expressem o desinteresse na criação e supervisão da vida de seus filhos e ainda sob a questão da violência doméstica, situação em que tal instituto de guarda, quando gerar prejuízos psíquicos e morais, não deve ser aplicado.

É necessário entender que uma simetria no que diz respeito aos gêneros feminino e masculino não é, *in casu*, aplicável. De fato, a responsabilidade concernente à guarda compartilhada não é igualmente dividida. E por isso, a hierarquia e discriminação com relação ao gênero ainda se faz presente.

Um fator importante a ser mencionado é que a violência doméstica contra a mulher não é tratada nos livros sobre os estudos das famílias. Efetua-se uma espécie de romantização do instituto familiar, em que, de forma programada, se faz a comparação do conceito de família, radical e contemporânea, e a dicotomia das legislações em relação à Constituição Federal de 1988. Entende-se que tal dogmática leva ao retrocesso, pois inviabiliza o estudo e o debate sobre a violência doméstica contra a mulher que persiste no meio social.

O site Terra¹³ publicou um estudo realizado no presente ano pelo Grupo Globo e o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) no qual se constata que “mais de 48% dos lares brasileiros têm mulheres como chefes de família. Ou seja, como as principais responsáveis pelo sustento da casa e dos filhos”. Mostra ainda que “o número representa quase o dobro do percentual levantado em 1995 — que era de 25% — e tende a aumentar ainda mais quando olhamos para os 20,65 milhões de lares de baixa renda no país, dos quais 81,6% são chefiados por mulheres”.

Se forem computadas as horas destinadas a essa função, resta evidenciada a predominância da responsabilidade da mulher pelos cuidados no seio familiar.

Segundo o Guia de Avaliação de Risco para o Sistema de Justiça¹⁴, feito pelo Ministério Público do Distrito Federal, no “Fator de risco n. 16”, menciona que questões que envolvem guarda e/ou visitação dos filhos podem gerar situações conflituosas, o que pode potencializar os acontecimentos de violência. Tais visitas podem ser usadas pelo agressor como forma de

¹³ TERRA. **48% dos lares brasileiros têm mulheres como chefes de família**. Disponível em: https://www.terra.com.br/economia/48-dos-lares-brasileiros-tem-mulheres-como-chefes-de-familia,e47ac91413d122f61f51b9b859a1d8c7audwnzz8.html?utm_source=clipboard. Acesso em: 01 jan. 2024.

¹⁴ MPTDF. **Guia de avaliação de risco para o sistema de justiça**. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/imprensa/cartilhas/Guia_avaliacao_risco_sistema_justica_MPDFT.pdf. Acesso em: 01 jan. 2024.

intimidar a vítima, mostrando para ela que, mesmo diante da situação em que se encontra, ainda detém a posição de dominador sobre ela.

A Recomendação Geral nº 35 do Comitê CEDAW¹⁵, no “item 32. b”, na série “Tratados Internacionais de Direitos Humanos” (2019), preconiza que deve ser implementado pelos Estados partes medidas quanto ao processo de punição em relação aos agressores de mulheres vítimas de violência de gênero e que estas não sejam levadas à presença de seus agressores, garantindo a “proteção adequada dos direitos das mulheres e das crianças, bem como intervenção sem estereótipos ou revitimização das mulheres. Procedimentos alternativos não devem constituir obstáculo ao acesso das mulheres à Justiça formal”.

Sob o aspecto do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990)¹⁶, tal inovação vai ao encontro *prima facie* do seu art. 1º que preconiza: “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. É que tal alteração jamais poderia ser realizada senão em observância à lei especial, que trata da proteção de um público tão vulnerável e dependente tanto da atenção do Estado como também dos que os rodeiam.

Ainda no ECA, é possível verificar a confirmação dos preceitos trazidos pela “Carta Maior” ao aderir, além dos direitos dos filhos, os direitos e deveres dos pais, ao tempo em que traz em seu art. 4º, *caput*, o que o art. 227 da CF já contém: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes (...) e à convivência familiar e comunitária”.

O art. 5º do mesmo diploma legal se manifesta no sentido de que: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência (...) punido na forma da Lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”. Coloca o art. 6º: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta (...) e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”. O art. 16, *caput*, traz: “O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos (...)” “V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação”. Já o art. 19, complementa: “Toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família (...)”. E por último, não menos importante, o art. 27 preconiza: “aos pais

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação geral n. 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (cedaw).**

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2024.

¹⁶ BRASIL. **Lei 8.069 de 1990.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 01 jan. 2024.

incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Porém, embora operadores do direito e até mesmo o ordenamento prezem pela família e pelo convívio dos menores com os seus pais, quando o assunto versa sobre violência doméstica deve-se olhar sob um prisma diferente. E é nesse momento em que o princípio do melhor interesse da criança deve ser respeitado e de forma alguma sofrer qualquer tipo de ponderação.

Sob o olhar da doutrina, em entrevista ao site Migalhas¹⁷, o professor Gustavo Tepedino expressa a importância da aplicação da guarda compartilhada mas menciona que “normalmente, a pessoa que não foi um bom cônjuge durante a relação, não será um bom parceiro no compartilhamento da guarda”. Preconizou ainda pelos requisitos lógicos de aplicação ou não do instituto, a existência de um acordo entre as partes e a sensibilidade do magistrado na percepção do caso concreto:

A guarda compartilhada extrapola os limites da decisão judicial e requer muita responsabilidade. E a responsabilidade se vincula aos deveres da parentalidade que são próprios da autoridade parental. E autoridade parental não é reduzida e não deveria ser reduzida com a separação.

Sob o aspecto da jurisprudência, mais precisamente à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito da Terceira Turma, no REsp nº 1.629.994/RJ, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, até a edição da nova lei firmava-se a concepção de que a guarda compartilhada será aplicável mesmo nos casos em que houver situação de violência doméstica e familiar. É que nestes casos, o termo “será”, nas palavras da relatora, “não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção *jure tantum* de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito”.

Espera-se que a guarda seja exercida com flexibilidade, paridade e equilíbrio, para que a convivência das crianças com a família, que nunca se dissolveu, seja sempre a mais tranquila possível, propiciando a formação saudável da personalidade das crianças, com aumento da autoestima, verdadeiro fim da parentalidade. A busca da construção de uma rotina, objeto de inúmeras controvérsias entre os pais, propiciará uma melhor organização para a convivência de todos os envolvidos. É justamente por acreditar que essa dinâmica poderá ser ajustada, com o planejamento razoável e concessões recíprocas quando se fizerem cabíveis, tendo em vista as peculiaridades do “dia a dia”, que se concede,

¹⁷ MIGALHAS. Advogados analisam PL que proíbe guarda compartilhada com agressor. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/392676/advogados-analisam-pl-que-proibe-guarda-compartilhada-com-agressor>. Acesso em: 01 jan. 2024.

no caso concreto, a guarda compartilhada. Rel. Min. Nancy Andrichi, por unanimidade, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016.

Ainda no âmbito da mencionada Turma, no mesmo Recurso Especial, sob o enfoque do ministro Ricardo Vilas Bôas Cueva, este concordou em parte com o posicionamento da relatora. Nas palavras do ministro, “apesar de a guarda compartilhada ser a regra atual no ordenamento brasileiro, é possível, a depender do caso analisado, instituir a guarda unilateral “quando houver inaptidão de um dos genitores”. Ao contrário do entendimento da relatora, para o ministro, a separação não implica necessariamente a retirada do poder familiar do genitor inapto. “Aliás, é também um direito do filho conviver com seus pais, ainda que a guarda fique sob a exclusividade de apenas um deles”.

A partir de então, a Terceira Turma decidiu, no caso em tela, que a guarda seria compartilhada, mesmo com a comprovação de atos violentos ocorridos no núcleo familiar, além da presença de condenações pela prática de violência doméstica por parte do genitor face à genitora, o que acabou contrariando a decisão do TJRJ, a qual considera que tais atos violentos podem refletir nos filhos do casal de forma negativa. Devendo-se destacar que apenas no caso de um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do menor é que tal instituto não será aplicado.

É de se concluir que, no âmbito da jurisprudência superior, o instituto da guarda compartilhada sempre foi visto e respeitado à luz do direito material. Através do princípio do melhor interesse da criança é possível perceber que a família, também sob um viés constitucional, possui posição principal na cadeia dos direitos e garantias fundamentais trazidos pela Carta Magna de 88 e demais legislações que vão sendo sancionadas no decorrer dos anos.

O advogado Fernando Salzer e Silva, da Comissão da Infância e Juventude do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, salienta que:

“As alterações legislativas efetivadas pela Lei 14.713/2023, por serem ainda muito recentes, ainda estão sendo digeridas pela comunidade jurídica.”¹⁸

Ainda segundo SALZER:

¹⁸ IBDFAM. **Sancionada lei que impede guarda compartilhada em caso de violência doméstica.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/11277/Sancionada+lei+que+impede+guarda+compartilhada+em+caso+de+viol%C3%Aancia+dom%C3%A9stica>. Acesso em: 01 jan. 2024.

“as alterações reforçam que o instituto da guarda não representa a outorga de um título de propriedade, de um prêmio concedido egoisticamente a pais e/ou mães, mas, sim, uma medida protetiva, destinada a assegurar, prioritariamente, da forma mais integral possível, os melhores e superiores interesses dos filhos crianças e adolescentes.”¹⁹

Nos tempos atuais, mesmo com todo avanço social, a simetria dos gêneros ainda é falsa, ela não garante necessariamente a igualdade, e, de fato, a real responsabilidade pelos cuidados dos filhos, nas famílias em guarda compartilhada, não é igualmente dividida. Assim, não representa o fim de hierarquias ou da discriminação de gênero, mas sim uma dicotomia que leva ao regresso social.

A título de conhecimento, no tocante ao acesso à justiça, sob o aspecto internacional, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres²⁰ (CEDAW) traz que o direito de acesso à justiça por todas as mulheres é essencial, uma vez que a desigualdade entre as famílias sustenta um sistema que, pelo aspecto cultural, ideológico e social, ainda traz em seu bojo pensamentos machistas que desvalorizam o público feminino, daí a existência do parágrafo 46, alínea b:

Considerem a criação, no mesmo marco institucional, de mecanismos judiciais ou quase judiciais de família sensíveis a gênero que tratem de questões como o estabelecimento de propriedade, direito à terra, herança, dissolução do matrimônio e guarda dos filhos;

Para que a convivência das crianças com a família seja ampla e duradoura, sob o aspecto da aplicação da guarda compartilhada, quando há situação de violência doméstica e familiar, deve-se atentar às peculiaridades do caso concreto, se podem servir ou não como argumento para que não seja implementada a guarda compartilhada. Para isso é de suma importância a atuação de todos, pais, Estado, Poder Judiciário, legislativo e demais órgãos de proteção infantil, para que as crianças, ao chegar na vida adulta, não sofram com as consequências de uma família

¹⁹ Ibid.

²⁰ CEDAW. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres**. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2024.

desestruturada e de um passado que será necessário esquecer para que possam viver uma vida plena, feliz e digna de boas lembranças.

CONCLUSÃO

Se por um lado o novo conceito de família amolda inúmeras formas de exercício do poder familiar, por outro é necessário considerar a existência de violência doméstica contra a mulher.

As mudanças culturais capazes de influenciar homens e mulheres trazem à tona uma nova realidade nas famílias brasileiras. A entidade familiar não é mais a mesma, a inserção da mulher no mercado de trabalho quebra a simbologia do pátrio poder, além disso a Constituição Federal colocou em igualdade homem e mulher e definiu que ambos eram responsáveis no mesmo teor pela guarda dos filhos, deixando de lado a guarda monoparental materna, dando ao genitor masculino os mesmos atributos da genitora.

Portanto a figura paterna não mais representa a autoridade absoluta, tendo então caráter meramente complementar, de forma a auxiliar nas questões domésticas e principalmente na atuação do poder familiar.

As mulheres cada vez mais ganham força e garantem seu espaço em um mundo ainda coberto pelo machismo e pela ultrapassada concepção do pátrio poder, em que as diretrizes e decisões tomadas no seio familiar derivavam somente do genitor e as opiniões emanadas pelas genitoras sequer eram consideradas.

É necessário destacar que, inegavelmente, o direito material familiar não trata das questões de violência contra a mulher e que a existência da Lei Maria da Penha se justifica pela sua aplicação de forma pontual sobre essas questões, visando proteger o público feminino.

Em que pese o entendimento da jurisprudência acordando pela implementação do instituto da guarda compartilhada mesmo nos casos de violência doméstica e familiar, uma vez que, hipoteticamente, tal situação não atinge diretamente os filhos comuns do casal, percebe-se que tal pensamento não se mostra correto. Além da vítima propriamente dita, as crianças também sofrem com os atos violentos, o que influencia na sua convivência tanto familiar como social.

Conforme já explicado, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito da Terceira Turma, consolidou a concepção de que a guarda compartilhada seria aplicável mesmo nos casos em que houvesse situação de violência doméstica e familiar. Dessa forma, a guarda compartilhada poderia ser considerada a regra no ordenamento brasileiro, apenas não sendo aplicada no caso de um dos genitores declarar ao juiz que não desejava a guarda do menor.

Com a promulgação da Lei nº 14.173/2023, o risco de violência doméstica ou familiar passou a ser considerado causa impeditiva ao exercício da guarda compartilhada, cabendo ao juiz, em cada caso concreto, indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situações de violência doméstica ou familiar que envolvam o casal ou os filhos.

O superior interesse da criança sempre deve nortear todas as decisões referentes à definição do exercício do poder familiar. O estudo dos modelos e formas de exercícios da guarda e suas alterações ao longo das transformações históricas e evolutivas da sociedade se mostra bastante importante, uma vez que através dele surge a possibilidade de se aferir melhor em quais situações deve ser determinada a aplicação do instituto da guarda compartilhada.

O presente artigo buscou analisar a Lei nº 14.173/2023 e a possibilidade de aplicação do instituto da guarda compartilhada quando há casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e se esta, quando levada em consideração, pode servir ou não como argumento para que não seja implementada a guarda compartilhada. Através do princípio do melhor interesse dos menores, as partes poderão demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, podendo o Juiz com o auxílio do Ministério Público e da equipe multidisciplinar, estabelecer diretrizes que visem a proteção das crianças para que não sofram com as consequências de uma dissolução dolorosa e violenta.

Dessa forma, é necessário perceber de forma clara que a guarda compartilhada não se associa automaticamente à igualdade de gêneros, pois as relações sociais e familiares são sempre muito complexas.

REFERÊNCIAS

ENGELS, Fredrich. *A origem da Família, da propriedade privada e do Estado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

IBDFAM. *Guarda Compartilhada: Novo Padrão Contemporâneo do Direito de Família*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/453/IBDFAM+ACAD%C3%8AMICO+-Guarda+Compartilhada%3A+Novo+Padr%C3%A3o+Comtepor%C3%A2neo+do+Direito+de+Fam%C3%Adlia>. Acesso em: 30 dez. 2023.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.**

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 01 jan. 2024.

PAI LEGAL. *A guarda compartilhada alternada*.

Disponível em: <https://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/68-aguardacompartilhada-ealternada>. Acesso em: 01 dez. 2023. Acesso em: 01 jan. 2024.

VILASBOAS, Luana Cavalcanti. *O novo conceito de família e sua desbiologização no direito brasileiro*. *Revista Artigos.Com*, v.13, 2020, p. 01.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. *A nova roupagem da guarda compartilhada*. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.957.02.PDF. Acesso em: 01 jan. 2024.

TODA MATÉRIA. *Lei Maria da Penha*. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 01 jan. 2024.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. *Sobrevivi posso contar*. 2º ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. Disponível em:

<https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/resumo-da-lei-maria-da-penha.html>. Acesso em: 01 jan. 2024.

NOSSA CAUSA. *Conquistas do feminismo no Brasil: uma linha do tempo*. Disponível em: https://nossacausa.com/conquistas-do-feminismo-no-brasil/?gad_source=1&gclid=CjwKCAiAvJarBhA1EiwAGgZl0Av8GTNUdjxjAlzWNMoVJaF0wsPo iQdk_aboAxPR3MZ_0vfaqldkNRoCVIAQAvD_BwE. Acesso em: 01 jan. 2024.

ONU MULHERES. *Conferências Mundiais da Mulher*. Disponível em:

<https://www.onumulheres.org.br/planeta5050-2030/conferencias/>. Acesso em: 01 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto Nº 1.973, de 01 de agosto de 1996**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm . Acesso em: 01 jan. 2024.

BRASIL. **Lei 8.069 de 1990**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 01 jan. 2024.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o Processo Penal no caminho da efetividade*. São Paulo: Atlas, 2015, p.50.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder Familiar e Guarda Compartilhada. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 87-88.

TERRA. *48% dos lares brasileiros têm mulheres como chefes de família*. Disponível em: https://www.terra.com.br/economia/48-dos-lares-brasileiros-tem-mulheres-como-chefes-de-familia,e47ac91413d122f61f51b9b859a1d8c7audwnzz8.html?utm_source=clipboard. Acesso em: 01 jan. 2024.

MPTDF. *Guia de avaliação de risco para o sistema de justiça*. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/imprensa/cartilhas/Guia_avaliacao_risco_sistema_justica_MPdFT.pdf. Acesso em: 01 jan. 2024.

MIGALHAS. *Advogados analisam PL que proíbe guarda compartilhada com agressor*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/392676/advogados-analisam-pl-que-proibe-guarda-compartilhada-com-agressor>. Acesso em: 01 jan. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação geral n. 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (cedaw)*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2024.

CEDAW. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres*. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02Recomendacao-Geral-n33-Comite CEDAW.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2024.

CIORCIARI, Maria Matilde Alonso. *A Guarda Compartilhada no Contexto da Violência Doméstica*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

IBDFAM. Sancionada lei que impede guarda compartilhada em caso de violência doméstica. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/noticias/11277/Sancionada+lei+que+impede+guarda+compartilhada+em+caso+de+viol%C3%Aancia+dom%C3%A9stica>. Acesso em: 01 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 01 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 6.515, 26 de dezembro de 1977. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm. Acesso em 01 jan. 2024.