

MEDIDA PROTETIVA NA LEI MARIA DA PENHA: INCOMPATIBILIDADE COM A GUARDA COMPARTILHADA

PROTECTIVE MEASURE IN MARIA DA PENHA LAW: INCOMPATIBILITY WITH SHARED GUARD

Bruna Oliveira Freitas^{*}

Resumo

Este trabalho visa analisar a (in)compatibilidade da medida protetiva deferida na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) com a guarda compartilhada, levando em consideração que é necessário identificar se esse instituto tem como pressuposto o diálogo e consenso entre os genitores. Para alcançar este objetivo, foi realizada uma revisão bibliográfica com o intuito de perquirir a abordagem de outros pesquisadores em relação ao presente tema. Nessa revisão, foi possível perceber que alguns doutrinadores sustentam que, para efetivação da guarda compartilhada, é necessária a existência de um diálogo mínimo e consenso entre os genitores, eis que todas as decisões relacionadas ao filho deverão ser tomadas em conjunto. Também, chegou-se à conclusão de que em um cenário de conflito entre o ex-casal, a guarda compartilhada seria incompatível. Porém, esse ainda é o instituto que melhor persegue o Princípio do Interesse do Menor. Portanto, entende-se que a mediação é o instituto necessário para resolução dos conflitos conjugais, propiciando assim a guarda compartilhada. Ainda, em relação as decisões judiciais conflitantes, concluiu-se que cabe ao juízo Criminal determinar as medidas protetivas para assegurar a proteção da mulher em situação de risco. Enquanto às questões relativas ao exercício da paternidade, deverão ser levadas à Vara de Família, tendo em vista sua especialidade técnica.

Palavras-chave: Medidas Protetivas, Lei Maria da Penha, Vara Criminal, Guarda Compartilhada, Vara de Família.

^{*} Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade ...*Católica de Minas Gerais – PUC-Minas (2017). E-mail: bruna.0309@hotmail.com

^{**} Esse artigo é decorrente do trabalho de TCC, apresentado no final do ano de 2017, na F.M.D. PUC Minas, sobre a orientação da professora Zamira de Assis

Abstract

This work aims at analysing the (in)compatibility of the protective measure deferred in the Maria da Penha Law (Law nº 11.340/2006) with shared custody, taking into account that it is necessary to identify if this institute has as a presupposition the dialogue and consensus among the parents. In order to reach this objective, a bibliographical review was carried out in order to investigate the approach of other researchers in relation to the present theme. In this review, it was possible to perceive that some teachers maintain that the existence of a minimum dialogue and consensus among the parents is necessary for the realization of shared custody, since all decisions related to the child should be taken together. Besides, it has reached a conclusion that in a conflict scenario between the ex-couple, the shared guard would be incompatible. However, this is still the institute that best pursues the Principle of the Interest of the Minors of age. Therefore, it is understood that mediation is the institute necessary to resolve marital conflicts, thus providing shared custody. Also, in relation to conflicting judicial decisions, it is concluded that it is for the Criminal Court to determine the protective measures to ensure the protection of women at risk. While the issues related to the exercise of paternity, should be taken to the Family Court, in view of their technical expertise.

Keywords: Protective Measures, Maria da Penha Law, Criminal Court, Shared Custody, Family Court.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.340/2006, largamente conhecida como “Lei Maria da Penha” (LMP), cria uma série de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra mulher, um instrumento próprio de amparo e proteção às vítimas desse tipo de violência. O tema abordado é proposto com base no elevado índice de mulheres vítimas de violência doméstica no âmbito familiar, motivo pelo qual o legislador criou um instrumento jurídico inédito, com uma sistemática que permite uma ação imediata e eficiente da polícia, do juiz e do Ministério Público para garantir a segurança da vítima e de sua prole (DIAS, 2010b), as medidas protetivas de urgência da LMP.

Contudo, diante do cenário atual, é necessário discutir a compatibilidade da medida protetiva deferida na LMP com a guarda compartilhada. Isto porque, nos termos do art. 1.583 do Código Civil – CC/02 (BRASIL, 2002), a guarda compartilhada é a responsabilização e o exercício de direito e deveres dos pais que não vivem sob o mesmo teto em relação ao poder familiar dos filhos comuns.

Cabe-se ressaltar que nessas relações é possível encontrar um ambiente de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse sentido, havendo uma situação de risco da vítima,

serão deferidas pelo Juiz as medidas protetivas elencadas na LMP, que podem inviabilizar ou dificultar o exercício do papel de pai do investigado. Assim, apesar da Vara da Família lhe garantir o direito de convívio com o filho, por meio da guarda compartilhada, também haverá uma determinação judicial proferida pela Vara Criminal determinando seu afastamento.

Destarte, o estudo proposto é relevante, uma vez que analisa a (in)compatibilidade da medida protetiva deferida na LMP com a guarda compartilhada, levando em consideração que é necessário identificar se esse instituto tem como pressuposto o diálogo e consenso entre os genitores.

2 MEDIDA PROTETIVA NA LEI MARIA DA PENHA (LMP)

2.1 Breves Considerações sobre a LMP

A LMP carrega a história da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes que sofreu as mais variadas formas de violência de seu marido (DIAS, 2010b). Depois de ter sido quase assassinada e ter ficado paraplégica, Maria da Penha resolveu denunciar as agressões e o seu caso teve repercussão internacional. Após 25 anos desse episódio, o Brasil editou a Lei nº 11.304/2006, dando cumprimento às convenções e tratados internacionais do qual é signatário, adotando medidas frente a violência doméstica (DIAS, 2010b).

Segundo Maria Berenice Dias (2010b), este crime apresenta contornos próprios que, mais do que uma lei, foi transformado em um estatuto que abarca as circunstâncias peculiares que estão relacionadas à violência doméstica.

2.2 O ciclo da violência doméstica e familiar contra a mulher

Para entender a especificidade da violência doméstica contra a mulher, é primordial pensar em um verdadeiro “ciclo da violência”, que abarca várias modalidades de agressões: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

O chamado “ciclo da violência” é amplamente tratado no livro “The battered woman”, que apresenta três fases que se repetem continuamente. A Fase 1 – Evolução da tensão – caracterizada pelo comportamento ameaçador e violento do agressor e da postura passiva, paciente e de culpa da vítima. Fase 2 – Incidente de agressão – aumenta a tensão e o agressor comporta-se de maneira descontrolada e as agressões contra a vítima são de grande intensidade; e Fase 3 – Lua de Mel – arrependido e com medo de ser abandonado pela vítima, o agressor promete mudanças no comportamento. A vítima acredita que novos eventos de

violência não se repetirão. Contudo, aos poucos retorna à fase de tensão (WALKER apud GEVID, 2017).

Em 1993, na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, foi definido que a violência contra a mulher é uma violação aos direitos humanos, sendo essa proclamada pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica em 1994. Em 1995, tal Convenção foi ratificada pelo Brasil e incorporada na ementa da LMP (DIAS, 2010b).

2.3 Da aplicação da Lei no. 9.099/1995 (antes da LMP)

Antes da promulgação da LMP, os delitos de pequeno potencial ofensivo, que previa pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, eram solucionados utilizando as normas estabelecidas na Lei dos Juizados Especiais (Lei nº. 9.099/1995). Essa Lei tem por objetivo a celeridade, criando um sistema mais ágil, chamado de rito sumaríssimo, com características peculiares, quais sejam: oralidade, informalidade, econômica processual, eficiência, justiça consensual, institutos despenalizadores e a própria celeridade (DIAS, 2010b).

Ocorre que, a proposta da Lei nº 9.099/1995 evidentemente não era o meio adequado para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, preceito esse trazido no bojo do art. 226, § 8º da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Resultado é que o crescente número de vítimas da violência doméstica e familiar, homicídios, prescrição, etc. espelhou a inoperância do sistema tradicional.

Nesse cenário, com a implementação da LMP, restou expressamente afastada a incidência da Lei do Juizados Especiais, assim preconiza o art. 41 da LMP, “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

2.4 Dinâmica da Medida Protetiva na LMP

2.4.1 Das Medidas Cautelares no Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal (CPP), Decreto-Lei nº 3.689/1941, no Título IX, do Livro I – Do Processo em Geral, trata de três grandes temas: prisão, medidas cautelares e da liberdade provisória. O enfoque são as medidas cautelares diversas da prisão e essas podem ser aplicadas pelo juiz de duas formas: primeiramente, como instrumento contracautela, ou

seja, em substituição à prisão cautelar. Ou como instrumento de cautela, onde a medida será aplicada aquele indivíduo que estiver em pleno gozo da liberdade (art. 292, CPP).

A decretação das medidas cautelares de natureza pessoal está condicionada a dois pressupostos, quais sejam, o *fumus comissi delicti*, que corresponde a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (art. 312, CPP). E o *periculum libertatis*, em outras palavras, é o perigo concreto que a permanência do acusado em liberdade representa para a aplicação da lei penal, a instrução probatória e a segurança da sociedade (art. 282, inciso I, CPP) (LOPES, 2015).

É bem verdade que o CPP trouxe instrumentos importantíssimos e bem delimitados com o cunho acautelatório, porém para o juiz deferir qualquer medida deve preencher rigorosamente os requisitos determinados na lei de forma taxativa. Contudo, os crimes de violência doméstica e familiar contra mulher possuem contornos próprios e, portanto, as medidas cautelares do CPP mostram-se insuficientes.

Assim, a LMP, criou um instrumento de suma importância para propiciar meios efetivos ao combate dessas espécies de crimes: as denominadas Medidas Protetivas de Urgência da LMP com suas devidas especificidades.

2.4.2 *Das Medidas Protetivas de Urgência na LMP*

Breve comparação da Medida Protetiva na LMP, Medidas Cautelares do CPP e Ação Penal:

As medidas protetivas previstas na LMP são espécies das medidas cautelares criminais, porém possuem finalidades diversas. Isto porque, as medidas cautelares previstas no CPP objetivam garantir o resultado do processo (art. 282, I e II, CPP). Ao contrário, as medidas protetivas na LMP são instrumentos com o fim de proteger direitos fundamentais, com o cunho de evitar a violência contra a mulher e sua continuidade, portanto, não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Desse modo, as medidas protetivas da LMP para serem concedidas não precisam atender os requisitos de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* previstas para as medidas cautelares criminas, conforme disposto nos arts. 282, I e II e 312 do CPP (LIMA, 2012).

Sendo assim, as medidas protetivas previstas na LMP não são acessórias de processos principais e, tampouco existe vinculação a eles. Portanto, a medida protetiva subsiste independente da ação penal e do inquérito policial (LIMA, 2012). Nesse mesmo sentido, as medidas de urgências contidas na LMP, que tem como objetivo único a cessão ou

acautelamento da violência doméstica contra a mulher, podem ser solicitadas independentemente de inquérito policial, processo criminal ou ação principal contra o suposto agressor (CAMBI, DENORA, 2017).

Para requerer as medidas protetivas basta ocorrer qualquer tipo de violência doméstica elencada no art. 7º da LMP, isto é, as medidas podem ser deferidas mesmo na ausência da prática delitiva, pois não visam provar/investigar crimes e sim coibir a violência (LIMA, 2012). Para a sua concessão basta a existência de indícios uma vez que a comprovação definitiva da violência doméstica ou familiar será obtida na instrução processual (FARIA, ROSENVALD, 2014, p. 125).

Peculiaridades das Medidas Protetivas da LMP

- Da não caducidade das medidas protetivas

A medida protetiva na LMP tem natureza satisfativa, no sentido que, não há prazo de eficácia, perdurando, em regra, enquanto persistir a situação de risco. Isto porque, essas medidas visam a proteção da mulher em situação de violência. De acordo com Eduardo Cambi e Emmanuella Margo Denora (2017) estas medidas têm como objetivos impedir a prática e a continuidade das agressões não servindo como garantia para a formulação de ação judicial.

- Da ausência de contraditório

Conforme determina os arts. 18, I e 19 § 1º da referida LMP, a medida será concedida pelo juiz imediatamente, no prazo de 48 horas, independente de manifestação prévia do acusado e do próprio Ministério Público.

- Do Procedimento

Nos arts. 22, 23 e 24, são previstas as medidas protetivas de urgência que são avaliadas e concedidas pelo (a) juiz (a) (art. 18, da LMP). Conforme art. 19, as medidas protetivas poderão ser requeridas a pedido da ofendida (na Delegacia, na Promotoria de Justiça ou na Defensoria Pública), de ofício pelo juiz ou pelo Ministério Público, não sendo necessário aguardar o pedido da mesma e também poderá ser requerida contra sua vontade (LIMA, 2012).

- Competência jurisdicional

Conforme o art. 14 os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM) são órgãos da Justiça comum, com competência cível e criminal para o processo, julgamento e a execução das causas decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Conforme art. 33 da LMP “enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher” (BRASIL, 2006).

Em suma, após a solicitação da vítima pelas medidas protetivas de urgência, esse pedido é encaminhado aos JVDFM. Se o juiz deferir a medida, em sede liminar ou depois de audiência, cabe a esse assegurar a execução. No caso de indeferimento, as medidas de cunho cível, podem ser pleiteadas pela vítima por meio de uma ação no âmbito cível perante a Vara de Família (DIAS, 2010b).

Enquanto não instalados esses Juizados Especializados, as medidas protetivas são enviadas ao juízo criminal, inclusive as de natureza cível. Quanto às medidas protetivas de natureza cível, quando deferidas e “depois de intimado o agressor [...], o procedimento é enviado ao juízo cível ou de família. Havendo inadimplemento, a execução cabe ser buscada junto à vara para onde os expedientes foram remetidos: Vara Cível ou de Família” (DIAS, 2010b, p. 110), uma vez que as Varas Criminais não possuem atribuição de competência para o procedimento executório.

Nessa esteira, após a medida protetiva ser concedida pelo juiz criminal, os autos serão enviados a juízo cível ou especializado da família. Haverá a redistribuição e o advogado ou Defensor Público da vítima deve ser intimado. Ao receber os autos, o juízo cível poderá reapreciar de ofício, a requerimento da vítima ou do Ministério Público a decisão proferida pelo juízo criminal, isto é, deferir medida pleiteada, substituir medida, cumular com outras ou aplicar novas.

No caso de deferimento das medidas protetivas, quando chegarem ao juízo cível e o magistrado entender que não é necessária alteração dessas, os autos são arquivados, em seguida o Ministério Público e as partes são intimadas (por meios de seus procuradores). Não havendo recurso, o incidente é arquivado (DIAS, 2010b). No caso de indeferimento da medida protetiva, caso o juízo cível entenda que de fato não é caso de concessão da medida, encaminhará a vítima ao serviço de assistência judiciária, conforme art. 18, II, da LMP.

Das Espécies de Medidas Protetivas na Lei Maria da Penha

Em suma, as medidas protetivas de urgência na LMP possuem natureza criminal e civil, e são divididas em dois grandes grupos: no art. 22 se encontram as “medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor” e nos art. 23 e 24 as “medidas protetivas de urgência à ofendida”.

- Das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor

O artigo 22 da LMP enumera um conjunto de medidas protetivas que obrigam o agressor, impondo-lhe obrigações e restrições (PORTO, 2007). Primeiramente, o inciso I do art. 22 traz a “suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826/03”. O que evidencia a preocupação com a incolumidade física da mulher tendo em vista os dados estatísticos que apontam a utilização de arma de fogo nos crimes contra a mulher (CUNHA; PINTO, 2011).

A segunda medida protetiva está prevista no inciso II, do art. 22, em que impõe o “afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida” (BRASIL, 2006), tem por objetivo dificultar a reiteração das agressões e o desconforto moral da vítima pelo fato dela estar sob o mesmo teto do agressor (SOUZA, 2007).

A terceira medida, conforme inciso III, do art. 22, proíbe a aproximação (fixando limite mínimo de distância), contato por qualquer meio e/ou frequência de determinados lugares por parte do agressor em relação a ofendida, seus familiares e testemunhas. Tais medidas, apesar de serem consideradas uma das mais eficazes na proteção das vítimas, dependem de um sistema que permita efetiva fiscalização (PORTO, 2007).

A quarta medida estabelece a “restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar” (inciso IV, do art. 22 da LMP).

Tal medida, refere-se ao “direito de visita”, previsto no art. 15 da Lei 6.515/77, o qual reconhece que “os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visita-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”. Nesse sentido, o objetivo é impossibilitar que o suposto agressor induza psicologicamente o filho a adotar posição favorável a ele, bem como evitar que a agressão alcance esse dependente (SOUZA, 2007).

Para proferir decisão aplicando essa medida ocorrerá a prévia oitiva da equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar, pois por vezes o suposto agressor mantém

um bom relacionamento com os filhos, sendo necessário apenas evitar que as visitas sejam realizadas no lar da ofendida (CUNHA, PINTO, 2011).

A quinta medida protetiva é a prestação de alimentos provisionais ou provisórios. Para deferimento dessa o juiz deve analisar o binômio possibilidade-necessidade e analisar os requisitos constantes na Lei de Alimentos e no art. 1.694 e os do Código Civil (SOUZA, 2007).

Por fim, destaca-se que, conforme o art. 22, § 1º, há também a possibilidade de o juiz deferir outras medidas protetivas não previstas expressamente na LMP, desde que entenda necessária para a segurança da vítima.

Portanto, é claro que as medidas protetivas possuem um impacto relevante não apenas na relação existente entre vítima e agressor. Essas medidas podem ter repercussão no âmbito da efetiva relação conjugal e também interferir na vida dos filhos, que estão vivendo naquele mesmo ambiente de conflito, interferindo, então, na esfera do Direito das Famílias.

- **Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida**

Conforme previsto nos arts. 23 e 24 da LMP, o juiz também poderá determinar medidas relacionadas à proteção da ofendida e do patrimônio do casal ou dos bens particulares da ofendida, como exemplo encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento e suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor.

As medidas relacionadas à proteção da ofendida, que afetam diretamente no âmbito do Direito das Famílias quanto à guarda compartilhada, já foram abordadas no item 2.3.2.3.1 deste trabalho. Ademais, as medidas de proteção ao patrimônio não têm relação com o objeto guarda compartilhada. Portanto, ambas não serão analisadas.

3 DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1 Da Proteção da Pessoa dos Filhos

O CC/02, espelhado no princípio da igualdade entre homem e mulher estabelecido na CF/88, art. 226, § 5º e no princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes, inaugurado com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promoveu diretrizes no capítulo XI, titulado “Da Proteção da Pessoa dos Filhos”, tratando da guarda dos filhos em que os pais deixam de conviver sob o mesmo teto (DIAS, 2010a).

3.1.1 Das Espécies de Guarda

O CC/02, em seu art. 1.583, tratou de duas espécies de guarda, quais sejam: a unilateral e a compartilhada (BRASIL, 2002). A guarda unilateral é aquela “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”, §1º do art. 1.583 (BRASIL, 2002). Enquanto a guarda compartilhada é aquela em que “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”, §1º art. 1.583 (BRASIL, 2002).

A guarda compartilhada é a regra e a unilateral exceção. Nessa esteira Maria Berenice Dias pontua: “[...] o poder familiar compete conjuntamente a ambos os cônjuges, o marido não mais o exerce com exclusividade, mas com a colaboração da mulher, pois apenas na falta ou impedimento de um deles o outro o exercerá com exclusividade” (DIAS, 2010a, p.164).

Quando não houver acordo entre os pais em relação a guarda dos filhos comuns e nenhum dos genitores manifestar-se no sentido de não desejar a guarda do menor, será aplicada a guarda compartilhada (art. 1.584, § 2º, CC/2002). Ocorre que, conforme Rolf Madaleno:

A redação atual do § 2º do artigo 1.583 do CC/02 ordena que na guarda compartilhada o tempo de convívio com os filhos seja dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos, e sempre sob esta visão exclusiva deve ser judicialmente examinada a questão relativa à guarda compartilhada, que nem sempre deverá constituir-se na melhor solução voltada para os interesses da criança e do adolescente. (MADALENO, 2015, p. 454).

A guarda é um atributo do poder familiar (DIAS, 2010a). Portanto, em princípio, a guarda será definida pela vontade dos genitores, mas poderá ser exercida por outra pessoa, de preferência membro da família, conforme art. 1.584, § 5º, do CC/02 (BRASIL, 2002). Diante de um ambiente de conflito, na audiência de conciliação, o juiz deverá esclarecer aos pais o conceito e informar qual é a dinâmica da guarda compartilhada, conforme dispõe o art. 1.583, § 1º (BRASIL, 2002). No caso de estabelecer guarda unilateral, o art. 1.589 estabelece que o genitor que não a deter terá o direito de visita dos filhos e de supervisionar seus interesses (BRASIL, 2002).

Conforme Maria Berenice Dias, “mesmo que a definição da guarda e da visitação esteja a cargo dos pais, o que for acordado depende da chancela judicial, o que só ocorre após a ouvida do Ministério Público” (DIAS, 2010a, p. 431). Nesse sentido, caso o juiz entenda

que o acordo estabelecido entre os genitores não está alinhado com o interesse do menor, poderá determinar a guarda compartilhada (DIAS, 2010a). Ainda, “a alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor”, art. 1.584, § 4º do CC/02 (BRASIL, 2002).

Por fim, menciona-se os ensinamentos de Rolf Madaleno:

Compete aos pais ter os filhos em sua companhia e custódia, e não meramente em uma companhia física, mas uma relação de comunicação que englobe não apenas o espaço físico do filho em interação com seu genitor, mas que nesse ambiente também impere uma relação de afeto e de carinho unindo ascendente e filho com laços de verdadeira e ilimitada comunhão de um fraterno amor. [...] Os pais têm o dever, e não a mera faculdade de ter seus filhos menores em sua companhia. [...] proteção que passa pela presença física, psicológica e afetiva dos pais, sendo esses os principais pressupostos da responsabilidade parental. (MADALENO, 2015, p. 456).

3.2 Aspectos da Guarda Compartilhada

A Lei nº 11.698/2008 instituiu e consagrou expressamente no CC/02 o instituto da Guarda Compartilhada - também denominada Guarda Conjunta -, estabelecendo para os genitores, que não vivem sob o mesmo teto, o direito de custódia e responsabilidade mútua em relação aos filhos, devendo alternar os períodos de posse de forma pré-estabelecida (MADALENO, 2015).

Ressalta-se que por muito tempo a guarda compartilhada foi reduzida a uma repartição de tempo dos genitores com os filhos comuns. Ocorre que, essa guarda carrega em seu escopo muito mais do que a mera divisão de tempo, carrega os direitos e deveres dos pais para com os filhos, que abarca uma corresponsabilidade parental do dever de vigilância e controle desses, bem como propiciar um ambiente harmônico e com constante comunicação (MADALENO, 2015).

Nesse sentido, Waldyr Grisard Filho pontua:

[...] a guarda compartilhada tem como premissa a continuidade da reação da criança com os dois genitores, tal como era operada na constância do casamento, ou da união fática, conservando os laços de afetividade, direito e obrigações recíprocos, [...] não prevalecendo contra eles a desunião dos pais, pois, mesmo decomposta, a família continua biparental. (FILHO, 2000, p.145).

Assim, em razão da separação dos pais as responsabilidades desses com os filhos não desaparecem, ao contrário, devem ser redobradas, correspondendo em uma guarda que deve

ser realizada de forma conjugada e simultânea do poder familiar por ambos genitores (MADALENO, 2015). Nesse sentido Denise Maria Perissini da Silva pontua:

A convivência, na guarda compartilhada, baseia-se na necessidade de preservação dos vínculos da criança com ambos os pais, e estes devem acompanhar ativamente os acontecimentos do filho. Com base nisso se estabelece a intimidade entre o pai e o filho para que se crie um ambiente psicologicamente saudável. (SILVA, 2009, p. 07).

A Lei nº 11.698/2008 trouxe regras para disciplinar a guarda compartilhada, em que aborda dois aspectos que devem ser analisados: o tempo de convivência e orientação técnico-profissional.

Em relação a repartição de tempo entre os pais, o art. 1.584, inciso II, do CC/02, estabelece que o juiz deve distribuir o tempo do filho com os pais de forma a atender as necessidades do menor. Novamente, nota-se a supremacia do interesse do menor. Nesse sentido Rolf Madaleno pontua que a guarda compartilhada:

[...] deve ser compreendida como sendo o coexercício dos pais acerca da sua responsabilidade com respeito ao sadio desenvolvimento mental de seus filhos comuns, porquanto, eles repartem estas suas naturais responsabilidades como pais, sem que a custódia conjunta represente uma rotatividade de residências, como infelizmente, muitos confundem com a guarda alternada, na qual se alternam ou se dividem os dias de permanência dos pais com seus filhos [...]. (MADALENO, 2015, p. 466).

Ademais, para estabelecer a guarda compartilhada o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá valer-se da orientação técnico-profissional ou da equipe interdisciplinar para auxiliá-lo na distribuição das atribuições e períodos de convivência dos pais, conforme art. 1.584, § 3º do CC/02 (BRASIL, 2002).

4 DA (IN)COMPATIBILIDADE DA MEDIDA PROTETIVA DEFERIDA NA LEI MARIA DA PENHA COM A GUARDA COMPARTILHADA

4.1 Da necessidade de diálogo entre os genitores para o funcionamento da Guarda Compartilhada

A necessidade ou não da cooperação entre os pais para o sucesso do instituto da guarda compartilhada é um assunto bastante polêmico gerando, assim, divergência doutrinária e jurisprudencial. Rolf Madaleno (2015) e Maria Berenice Dias (2010a) se inclinam no sentido de que é necessário o mínimo de diálogo entre os genitores. Porém, segundo essa última, quando esse requisito não estiver presente, ainda sim o juiz deve optar pela guarda

compartilhada, eis que, é a espécie de guarda que melhor atende os interesses da criança e, ademais, com o tempo, os pais irão ganhar maturidade para disciplinar essa convivência (DIAS, 2010a).

A Guarda Compartilhada, conforme Maria Berenice Dias “assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, mesmo quando cessado o vínculo de conjugalidade” (DIAS, 2010a, p. 431). Nesse sentido, para que a guarda seja frutífera é necessário que os pais se apoiem ao princípio dos melhores interesses dos filhos. Portanto, é imprescindível existir a cooperação entre os genitores, com o objetivo de assegurar à prole uma educação de qualidade e um ambiente propício ao desenvolvimento psíquico de forma sadia (MADALENO, 2015). Nesse mesmo sentido Maria Berenice Dias pontua “sua aplicabilidade exige dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e das frustrações” (DIAS, 2010a, p. 433).

Em sentido contrário, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2012), entendem que o diálogo entre os genitores não é requisito para a implementação e eficácia da guarda compartilhada:

A existência ou a inexistência de vínculo conjugal ou de companheirismo entre os pais, igualmente e concomitantemente titulares da guarda, interfere apenas na coordenação do exercício de tal direito – e dever. Afinal, o primeiro caso, um único ambiente de convivência cotidiano será comum a todos; no segundo, haverá pluralidade de núcleos convivenciais e certo fracionamento de tempo da companhia do filho (ALMEIDA; JÚNIOR, 2012, p. 465/566).

Nessa esteira, o STJ decidiu que a falta de diálogo entre ex-cônjuges não inviabiliza a guarda compartilhada (o número do processo não será divulgado por estar em segredo de justiça):

STJ - Falta de diálogo entre ex-cônjuges não inviabiliza guarda compartilhada
Em decisão unânime, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reformou decisão de tribunal estadual que negara a ex-cônjuge o direito de exercer a guarda compartilhada dos filhos, por não existir uma convivência harmoniosa entre os genitores. A guarda foi concedida à mãe, fato que ensejou o recurso do pai ao STJ. Ele alegou divergência jurisprudencial, além de violação ao artigo 1.584, parágrafo 2º, do CC/02, sob o argumento de que teria sido desrespeitado seu direito ao compartilhamento da guarda. O relator, ministro Paulo de Tarso Sanseverino, acolheu o pedido. Segundo ele, a guarda compartilhada passou a ser a regra no direito brasileiro, uma vez que ambos os genitores têm direito de exercer a proteção dos filhos menores. Sanseverino acrescentou também que já está ultrapassada a ideia de que o papel de criação e educação dos filhos estaria reservado à mulher. (TJSP, 2016).

Para analisar melhor esse antagonismo dois pontos serão: o jurídico e o fático. No aspecto jurídico, o consenso entre os genitores não é requisito para a decretação da guarda compartilhada. Isto porque, a guarda é decorrente do poder familiar e esse não possui como requisito o consenso. Dessa forma, o guarda também dispensaria tal elemento. Ocorre que, no aspecto fático, é translúcido que um ambiente de conflito entre os genitores compromete a efetividade da guarda compartilhada (ALMEIDA; JUNÍOR, 2012).

Então, em um ambiente de conflito entre o ex-casal, fica a questão se é compatível ou não a guarda compartilhada diante desse cenário. O que se espera dos pais é uma postura com a mínima maturidade correspondente ao papel que desempenham. Uma vez que, nesse assunto deve sempre prevalecer o bem-estar do filho que se encontra em desenvolvimento psíquico e educacional (SILVA, 2009). Nesse sentido, entende Denise Maria Perissini da Silva:

[...] o mais importante aqui é a relação da criança com seus pais, e não a relação entre o ex-casal, pois as desavenças não permitirão que nenhum tipo de guarda funcione (na guarda monoparental, por exemplo, pode ocorrer o impedimento de visitas, a restrição ao convívio). A criança precisa da vinculação com ambos os pais, e não pode ser “punida” ou “responsabilizada” pelas divergências e desavenças entre os pais. (SILVA, 2009, p. 4).

Cabe ainda mencionar a dimensão psicológica, uma vez que a criança que vive em um ambiente de violência, também é vítima de uma violência. Ainda, como a criança constrói sua personalidade por identificação, estudos e estatísticas revelam que aquelas que vivem em um lar violento têm uma forte tendência a repetir o padrão de agressividade (homens) ou tolerância à violência (mulheres), sem que isso seja uma regra absoluta (HIRIGOYEN, 2006).

Por fim, resta translúcido que o sistema da guarda compartilhada não funciona quando não há entendimento dos pais. Tal instituto pressupõe a existência de o mínimo de diálogo e consenso entre os genitores, eis que todas as decisões relacionadas ao filho serão tomadas em conjunto. Ainda, para efetivação da guarda compartilhada é necessário que os pais tenham a disposição e compromisso de respeitar as medidas acordadas em relação ao filho.

4.2 Da existência de decisões judiciais conflitantes

Conforme já abordado no item 2, quando a vítima solicita as medidas protetivas existentes na LMP, essa será concedida pelo juiz quando da existência de elementos que demonstrem situação de risco (DIAS, 2010b).

A medida protetiva imposta ao investigado pode trazer restrição irreparável a sua liberdade de ir e vir, na medida que impede o exercício do seu sagrado e constitucional direito de conviver com seu filho, direito normalmente já reconhecido e vigente por decisão do Juízo da Vara de Família (PORTO, 2007).

É incompatível a medida protetiva com a guarda compartilhada na dimensão em que inviabiliza o pai de exercer seu papel. Pois, a medida deferida para a proteção da mulher, por vezes, impede que o investigado se aproxime dela, bem como, entre em contato telefônico ou por quaisquer outros meios de comunicação disponíveis. Portanto, é difícil (se não impossível) do pai conviver com o filho, pois, em regra, o filho comum vive com a mãe/vítima e não poderá buscar o filho dentro do contexto em que está proibido de manter qualquer tipo de contato com essa.

Assim, se cumprida a determinação judicial vigente na Vara de Família, que lhe garante o direito de convívio com o filho, poderá ser preso por descumprimento da medida protetiva (ordem deferida na Vara Criminal). Este fato pode proporcionar danos psicológicos ao filho com a interrupção de convivência com o pai.

Portanto, é necessário que os genitores entendam a diferença entre a conjugalidade e a parentalidade (SILVA, 2009). Iniciando assim, uma postura de separar os conflitos existentes entre o homem e a mulher, conseguindo exercer o papel de genitores de forma consciente com o objetivo único de perseguir o bem-estar e proporcionar um ambiente harmonioso para o filho comum (SILVA, 2009).

Dessa forma, temos de um lado a decisão da Vara de Família, que determina a vigência da guarda compartilhada, atendendo ao princípio do melhor interesse da criança. De outro lado, há a decisão proferida pela Vara Criminal, que visa resguardar a mulher vítima de violência doméstica, que proíbe o agressor de se aproximar ou manter qualquer tipo de comunicação com a ex-cônjuge.

4.3 Alternativas para solucionar os conflitos

Para solucionar os problemas familiares e conjugais deve-se recorrer aos recursos não judiciais por meio da mediação de conflitos. Não é somente a Vara de Família que deve promover um ambiente de diálogo e resolução de conflitos, mas também as Varas Criminais competentes para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, tendo a mediação papel fundamental para a efetivação e implementação da guarda compartilhada, necessário delimitar o seu conceito nas palavras de Denise Maria Perissini da Silva:

Processo de resolução de conflitos, no qual as partes apelam a um terceiro para ajudá-los a encontrar uma maneira de lidar com as mudanças, impasses e mesmo litígios. Implica em uma intervenção solicitada e aceita, de uma terceira pessoa imparcial que não tem a autoridade para tomar decisões. Sua finalidade é de favorecer a comunicação e ajudar as partes a explorar as possibilidades de acordo. [...] Meio eficaz de gerenciar os conflitos interpessoais, prevenindo sua cronificação. Permite uma intervenção construtiva e a conservação da integridade e da autonomia. (SILVA, 2011, p. 45).

Nesse sentido, cabe mencionar a iniciativa desenvolvida pelo juiz Marcelo Gonçalves de Paula, da 14ª Vara Criminal de Belo Horizonte, de adotar nos casos de violência doméstica contra a mulher a denominada “audiência de fortalecimento”, realizada nos autos de medidas protetivas (CARTA CAPITAL, 2017).

Essa audiência promove um ambiente, sob a proteção da Justiça, em que a mulher poderá falar tudo o que pensa e sente para o suposto agressor, com o objetivo de romper o medo e a relação de submissão. Para, então, abrir a possibilidade de um posterior diálogo, amadurecimento das partes e convivência baseada em respeito, e, principalmente, empoderamento da mulher em situação de risco, fazendo com que ela abandone o papel de vítima (CARTA CAPITAL, 2017).

Ainda, como resultado da "audiência de justificação", poderá ser promovido também um fortalecimento do diálogo entre as partes. Que tem como objetivo favorecer a efetivação da guarda compartilhada, esclarecendo que todas as decisões a serem tomadas em relação ao filho comum devem ser realizadas baseadas na igualdade, no consenso e na responsabilidade conjunta.

Ainda, conforme art. 226, § 8º da CF/88, a família tem proteção especial do Estado, cabendo a esse promover assistência de modo a criar mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar. De igual modo, o art. 227 da CF/88 preconiza como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ou adolescente, dentre outros direitos, a convivência familiar. Sendo assim, cabe ao Poder Judiciário disponibilizar para os genitores em conflito um espaço para o diálogo com o objetivo de viabilizar e efetivar a guarda compartilhada.

5. CONCLUSÃO

De todo o conteúdo acima exposto, há de se concluir que a Vara Criminal Especializada no Combate da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher não pode, por meio de medidas protetivas, pretender regulamentar direitos e obrigações relativos à menores cuja competência pertence a Vara de Família, por ser uma instância melhor aparelhada para deliberar sobre esse tema.

Portanto, a vedação do direito de visita somente pode ser feita tendo em vista valores relativos à proteção à infância, com acompanhamento próximo de setores técnicos especializados da Vara de Família. Por isto, a atuação da Vara Especializada no Combate a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher deve ser de forma reflexiva e periférica frente a outras varas devendo intervir apenas para atender urgência decorrente da situação de risco em que se vê inserida a vítima.

Quanto à existência do requisito diálogo entre os pais para efetivação da guarda compartilhada, em princípio, entende-se que tal instituto é incompatível com um ambiente conflituoso. Isso porque, na guarda compartilhada o poder familiar compete conjuntamente aos genitores. Esses deverão estabelecer a melhor forma de co-responsabilidade em relação à criança, de maneira a promover uma convivência harmoniosa e uma divisão madura de competências.

Todos os estudos psicossociais apontam que a guarda compartilhada é o melhor instrumento para garantir um crescimento saudável da criança. Nesse sentido, a mediação interdisciplinar proporcionará a resolução de conflitos familiares, fazendo com que a existência de litígio entre os genitores não prejudique a efetivação da guarda compartilhada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de Almeida; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues Júnior. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A.. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 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 as Mulheres e

da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 ago. 2006.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.009 de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

CAMBI, Eduardo; DENORA; Emmanuella Magro. Lei Maria da Penha: Tutela diferenciada dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, v. 133, p. 219-255, jul. 2017.

CARTA CAPITAL. **Em Minas, “audiência de fortalecimento” empodera mulheres contra violência doméstica**. Disponível em:

<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/23/em-minas-audiencia-de-fortalecimento-empodera-mulheres-contraviolencia-domestica/>. Acesso em: 30 set. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha: Comentada artigo por artigo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

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**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010b.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Grupo de Atuação Especial de Enfrentamento à Violência Doméstica (GEVID). **Apostila de Capacitação Jurídica: Projeto INSTRUIR: Explicando o Direito e a Lei Maria da Penha**. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 2017.

HIRIGOYEN, Marie-France. **A violência no casal: da coação psicológica à agressão física**; tradução de Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

LIMA, Fausto Rodrigues de. **Lei das Cautelares mudou aplicação da Maria da Penha**. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/fausto-lima-lei-medidas-cautelares-mudou-aplicacao-maria-penha> >. Acesso em: 01 set. 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e família contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: O que é isso?** São Paulo: Armazém do Ipê, 2009.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e Guarda Compartilhada: conquista para a família**. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher: Lei Maria da Penha 11.340/06: Comentários Artigo por Artigo, Anotações, Jurisprudência e Tratados Internacionais**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Gapri Informa STJ STF**. Disponível em: < <http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Boletins/2016/GapriInformaAbril2016.pdf> >. Acesso em: 30 set. 2017.