



Cuidados com a guarda unilateral e uso indevido da Lei Maria da Penha

A guarda compartilhada quebra hierarquias e uma estrutura de poder. “A guarda não é sua, nem minha. É nossa.” Isto por si só, já é um avanço, um grande passo em direção ao princípio de melhor interesse da criança e adolescente. Em 2014, a Lei 13.058 estabeleceu como regra geral a guarda compartilhada. Mas de fato, ela ainda não se efetivou, verdadeiramente, no Brasil.

Para entender as dificuldades de implementação da cultura do compartilhamento da “guarda” de filhos, é preciso refletir sobre o sistema patriarcal em que estamos inseridos. As mulheres é que criam os filhos, e os homens pagam as contas. Os mais compreensivos “ajudam” em tarefas domésticas e cuidados rotineiros. Mesmo com o acesso da mulher ao mercado de trabalho, esta situação ainda permanece na maioria das famílias brasileiras. Há sinais de mudança. Os homens vêm incorporando uma participação mais efetiva no compartilhamento dos cuidados diários com os filhos. Em um futuro, que espero esteja próximo, não precisaremos mais falar de “guarda”, que traz consigo o significante de objeto e não de sujeito. Passaremos a falar apenas de convivência e autoridade parental.

Spacca



Rodrigo da Cunha Pereira
advogado



Quando os pais se separam, muitas mulheres ainda têm medo de dividir, e delegar, ao ex-marido/companheiro os cuidados diários com os filhos, ainda que isto signifique uma sobrecarga de trabalho. Muitas acham que a guarda compartilhada não funciona e resistem a compartilhar essa exaustiva e árdua rotina de cuidados.

A estrutura e ideologia patriarcal, endossadas pelo sistema de justiça, nos faz acreditar que quem sabe criar e cuidar dos filhos é a mãe, e o pai é mero coadjuvante. Por isto, muitas ainda dizem, “eu deixo você visitar” o filho tal dia, tal hora. É preciso atualizar esse discurso. Primeiro, porque não se trata de deixar, mas de exercício de direitos. Depois, um pai não deveria nunca ser um “visitante” de seus filhos. A expressão “visita” também, traz consigo o significante de frieza, formalidade. Pais, salvo raras exceções, não visitam, mas sim, convivem com os filhos.

Muda-se as palavras e ressignifica-se seu conteúdo. E assim, vai se desprendendo da ideologia patriarcal, que inseriu o machismo estrutural em todos nós, homens e mulheres. Aos poucos, as mulheres vão reconhecendo que a quebra desse paradigma é importante para elas próprias e vão retirando os homens do lugar de “ajudantes” da criação dos filhos para, também, serem protagonistas. Aos poucos, vamos entendendo que o filho ter duas casas, pode ser melhor do que uma. E esta será a rotina que ficará incorporada na vida deles. É importante que eles entendam que casa do pai, e da mãe, também são deles.

Uma questão palpitante e que pode interferir, drasticamente, no sistema de guarda e consequentemente da convivência, é quando há violência doméstica. Foi neste sentido que a Lei 14.713 de 30/10/23 fez significativa alteração no sistema de cuidados com os filhos. Ela alterou o artigo 1.584 do Código Civil, que passou a vigorar com a seguinte redação:

§ 2º 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. (Grifamos)

A Lei Maria da Penha é um instrumento importantíssimo no combate à violência doméstica e vem sendo aprimorada, constantemente, no sentido de melhorias, inclusive, para as políticas públicas neste sentido. A violência contra as mulheres é uma realidade cruel, e precisamos todos, homens e mulheres, reconhecer e enfrentar os vários tipos de violência, não somente física, mas também, a psicológica e a patrimonial. A igualdade de direitos entre homens e mulheres só será efetivada a partir do reconhecimento das diferenças, químicas, físicas e biológicas, e que há um invisível trabalho doméstico, necessário de ser revalorizado. É preciso entender isso para avançar e efetivar o princípio constitucional da igualdade.

A Lei 14.713/23 também alterou o Código de Processo Civil introduzindo a cautela do convívio quando houver violência doméstica. *In verbis*:



Art. 699 – A – 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 apresentação de prova ou de indícios pertinentes. (Grifamos)

Esta lei, nos remete a reflexões importantes: o pai, agressor da mãe, pode continuar convivendo com o(s) filho(s) em regime de guarda compartilhada? Depende do caso. Obviamente que nos casos mais drásticos, como os de feminicídio poderá até mesmo ser destituído do poder familiar. O pai que agride a mãe na frente do filho pode continuar convivendo com o(s) filho(s)?

Embora a Lei Maria da Penha seja aplicável somente quando a vítima é a mulher, é comum também mulheres agredirem o marido/companheiro, inclusive na frente do(s) filho(s). Neste caso, as mulheres deveriam sofrer restrição no convívio com o(s) filho(s)? O potencial de maldade e agressividade humana não tem gênero. Mas cerca de 90% da violência física é praticada por homens (of. *Direito das Famílias* — Ed. Forense, 4ª edição, p. 510). Nada justifica a violência. Por isto, o Direito deve interferir para “barrar os excessos gozosos”, ou seja, colocar limites externos em quem não os tem internamente. Eis aí a importante função do Direito, que é conter as pulsões inviabilizadoras do convívio familiar e social.

A importância desta lei é inegável na valorização do combate à violência doméstica. Entretanto, ela traz consigo o paradoxo de impedir ou restringir o pai de conviver com seu(s) filhos(s) no exercício da guarda compartilhada. Já vivemos esta história antes. Até a década de 1990, a mulher perdia a guarda de seu filho se tivesse traído o marido. Viu-se, depois, que ela poderia até não ser uma “boa” esposa no sentido moral, mas, poderia ser uma ótima mãe. Foi assim que começou a se distinguir a família conjugal da família parental.

Na violência doméstica, também, é preciso separar agressões à mãe e agressões ao(s) filhos(s). O homem pode ser um péssimo marido/companheiro e, no entanto, ser um bom pai. Assim como há casos em que ele pode ser um ótimo marido/companheiro e não ser um bom pai. Certamente, há casos em que o agressor da mãe é, também, agressor do(s) filho(s) na medida em que desrespeita a mãe, principalmente na frente do filho. É preciso separar o joio do trigo, ou seja, conjugalidade de parentalidade, sob pena de trazer graves prejuízos aos filhos, ou mesmo usar a Lei como instrumento de vingança quando, na verdade, o seu espírito é o de proteção às pessoas vulneráveis. Portanto, não é qualquer indício de violência contra a mãe que autoriza a guarda unilateral. A referida lei alterou foi o Código Civil não a Lei Maria da Penha. Ou seja, a caracterização da violência, para efeitos desta lei deve ser em relação à criança e adolescente.



Estabelecer a guarda unilateral e restringir o convívio do pai com o filho é uma medida extrema, que deve ser feita excepcionalmente, com a maior cautela, até porque, há casos de abuso e uso indevido de invocação da Lei Maria da Penha. De qualquer forma, o norte para a aplicação da Lei 14.713/23 será sempre a busca do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, que é também a pergunta que deve nos guiar sempre para o estabelecimento e reflexão de proteção às pessoas vulneráveis. Ver a família sob a perspectiva da conjugalidade, separadamente da parentalidade, é um importante ponto de partida, e de chegada, para interpretação da Lei 14.713/23 e proteção e atendimento do princípio do superior interesse desses sujeitos em desenvolvimento.

Meta Fields