



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

IZABELLE PONTES RAMALHO WANDERLEY MONTEIRO

GUARDA COMPARTILHADA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DO PAI
CONTRA A MÃE: MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

JOÃO PESSOA
2020

IZABELLE PONTES RAMALHO WANDERLEY MONTEIRO

GUARDA COMPARTILHADA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DO PAI
CONTRA A MÃE: MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Luísa Celino Coutinho

Área de Concentração: Direitos Humanos.

Linha de Pesquisa: Direito Internacional dos Direitos Humanos, Estado Democrático de Direito e Cidadania, Gênero e Minorias.

JOÃO PESSOA
2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

M775g Monteiro, Izabelle Pontes Ramalho Wanderley.

Guarda compartilhada nos casos de violência doméstica do pai contra a mãe: melhor interesse da criança e do adolescente / Izabelle Pontes Ramalho Wanderley Monteiro. - João Pessoa, 2020.

162 f.

Orientação: Ana Luisa Celino Coutinho.

Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

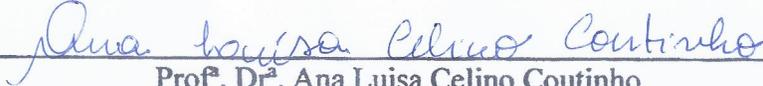
1. Violência doméstica e familiar. 2. Mulher. 3. Vulneráveis. 4. Guarda compartilhada. 5. Melhor interesse da criança e do adolescente. I. Coutinho, Ana Luisa Celino. II. Título.

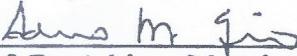
UFPB/CCJ

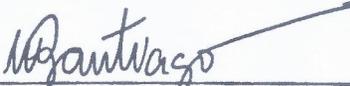
IZABELLE PONTES RAMALHO WANDERLEY MONTEIRO

GUARDA COMPARTILHADA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DO PAI
CONTRA A MÃE: MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Banca Examinadora:


Prof.^ª Dr.^ª Ana Luisa Celino Coutinho
Universidade Federal da Paraíba
Orientadora


Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho
Universidade Federal da Paraíba - UFPB
Examinador Interno ao PPGCJ


Prof.^ª Dr.^ª Maria Cristina Paiva Santiago
Universidade Federal da Paraíba
Examinadora Externa ao PPGCJ


Prof.^ª Dr.^ª Ana Adelaide Guedes Pereira Rosa Lira
Universidade Federal da Paraíba
Examinadora Externa ao PPGCJ

JOÃO PESSOA
2020

Aos meus pais, Izabel e Ronildo,
e ao meu companheiro de vida, Tiago,
dedico com todo o meu amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

A Deus, minha fortaleza e refúgio, pelo dom da vida e por todas as dádivas alcançadas no decorrer de minha caminhada, sempre sob a intercessão de Maria.

Aos meus amados pais, Izabel e Ronildo, exemplos de sabedoria e perseverança, sem os quais, pelas renúncias para minha criação e estudos, eu não teria alcançado a oportunidade de conquistar mais essa etapa profissional.

Ao meu amado esposo e companheiro de vida, Tiago, destino um agradecimento especial diante das renúncias e saudade, sempre regadas de apoio e compreensão, para que esse trabalho pudesse ser desenvolvido com o esmero merecido.

Aos meus amados irmãos, Levi, Romana e João, e à minha cunhada, Aninha, pelo carinho, apoio, cumplicidade e torcida de sempre.

Aos meus sobrinhos, Davi e Alice, fontes inesgotáveis de amor que tanto acalentam meu coração e enchem de esperança o meu existir.

Aos demais familiares, amigas e amigos que, longe ou perto, mas sempre no coração, estiveram comigo nesta caminhada.

Às famílias em situação de violência doméstica que foram por mim atendidas e acompanhadas na busca de paz e segurança, meu agradecimento por cada relato confidenciado e pela missão confiada, principais motivadores para o desenvolvimento do presente estudo.

À minha orientadora, professora Ana Luisa Celino Coutinho, por todos os longos momentos de escuta e conselhos, por tamanha sensibilidade, preocupação e zelo, e pela incansável motivação e suporte na condução desse estudo, agradeço com profunda emoção e admiração, na certeza de uma amizade para a toda a vida.

Aos professores Adriano Godinho, Maria Cristina Santiago e Ana Adelaide, membros da banca examinadora, agradeço por todos os ensinamentos através de um olhar atento e humano, exemplos inspiradores para minha trajetória.

Aos demais professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB que tive a honra de conhecer, agradeço por todos os momentos de atenção, cuidado e profissionalismo. E à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES), pelo apoio e financiamento em parte desta pesquisa.

Sem amor, eu nada seria.

RESUMO

O presente trabalho analisa a guarda compartilhada da criança e do adolescente nos conflitos familiares decorrentes de violência doméstica praticada pelo pai contra a mãe, nos termos da Lei n. 11.340/2006. Esse recorte foi adotado devido aos números alarmantes de violência doméstica contra a mulher nas relações íntimas de afeto heterossexuais, bem como à compreensão de que, enquanto destinatários da doutrina da proteção integral e, portanto, com direito a crescer com saúde, dignidade e salvos de todas as formas de violência, crianças e adolescentes são vítimas indiretas da violência perpetrada entre os pais e por eles vivenciada no convívio familiar. Recorrendo a estudos interdisciplinares, foram identificadas pesquisas que confirmaram a possibilidade de danos no desenvolvimento de crianças e adolescentes após vivenciarem as práticas de violência do pai contra a mãe, bem como o caráter cíclico e sistemático da violência doméstica que reveste essa problemática de tamanha complexidade e dificuldade para seu rompimento. Nestes termos, com foco nas situações de ruptura conjugal subjacentes a essa forma de violência, notadamente as que resultam na decretação das medidas protetivas de urgência de incomunicabilidade e distanciamento do agressor, nos termos da Lei Maria da Penha, o presente estudo é necessário para compreender se a aplicação da guarda compartilhada como regra no Brasil, assim estabelecida pela Lei nº 13.058/2014, alcança o melhor interesse das crianças e adolescentes em tais casos. Recorrendo a instrumentos normativos, entendimentos jurisprudenciais e debates doutrinários, a pesquisa realizada é do tipo exploratória, bibliográfica e documental, com o emprego do método de abordagem dedutivo. Na perspectiva da humanização do Direito Civil, especialmente no que se refere à tutela especial dos hipervulneráveis, o presente estudo concluiu que a aplicação da guarda compartilhada como regra em tais casos não garante o melhor interesse da criança, considerando, ainda, a necessidade de um aperfeiçoamento legislativo com proposta de possível afastamento inicial, mas com monitoramento multidisciplinar que viabilize o convívio familiar e, paulatinamente, permita a reanálise futura do compartilhamento, a depender de cada caso.

Palavras Chave: Violência doméstica e familiar. Mulher. Vulneráveis. Guarda Compartilhada. Melhor interesse da criança e adolescente.

ABSTRACT

This paper analyzes the shared custody of children and adolescents in family conflicts resulting from domestic violence practiced by the father against the mother, under the terms of the Law no. 11.340/2006. This approach was adopted because of the alarming numbers of domestic violence against women in intimate heterosexual relationships, as well as the understanding that, as recipients of the full protection doctrine and, therefore, with the right to grow up with health, dignity and saved from all forms of violence, children and adolescents are indirect victims of violence perpetrated between parents and experienced by them in family living. Using interdisciplinary studies, researches that confirmed the possibility of damage to the development of children and adolescents after experiencing the practices of violence by the father against the mother, were identified, as well as the cyclical and systematic nature of domestic violence that covers this problem of such complexity and difficulty in breaking it. In these terms, focusing on situations of marital break underlying this form of violence, especially those that result of the decree of emergency protective measures of incommunicability and distancing from the aggressor, under the terms of the Maria da Penha Law, this study is necessary to comprehend if the application of shared custody as a rule in Brazil, established by the Law No. 13,058 / 2014, reaches the best interest of children and adolescents in such cases. Using normative instruments, jurisprudential understandings and doctrinal debates, the research is exploratory, bibliographic and documentary, using the deductive approach method. In the perspective of the humanization of Civil Law, especially regarding to the special protection of hypervulnerable people, this study concluded that the application of shared custody as a rule in such cases does not guarantee the best interest of the child, also considering the need for a legislative improvement with a proposal for a possible initial removal, but with multidisciplinary monitoring that makes family living feasible and, progressively, allows the future reanalysis of sharing, depending on each case.

Keywords: Domestic and family violence. Woman. Vulnerable. Shared Guard. Best interest of the child.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

CC – Código Civil

CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança

CEDAW - *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*

CF – Constituição Federal

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

LMP – Lei Maria da Penha

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

UNICEF – *United Nations Children's Fund*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 AS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO PRIVADO PARA A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES FAMILIARES	16
2.1 Família patriarcal na legislação brasileira: a desigualdade de gênero e a invisibilidade da criança e do adolescente	16
2.1.1 Gênero como categoria de análise	20
2.1.2 Primeiros avanços para a emancipação jurídica da mulher no Brasil	25
2.2 A Carta democrática de 1988 e as transformações nas relações familiares	27
2.2.1 A constitucionalização do Direito Civil	28
2.2.2 Dignidade e solidariedade: os novos princípios fundamentais.....	30
2.2.3 Novos princípios gerais aplicáveis	34
2.3 A ratificação à Convenção sobre os Direitos da Criança e a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente	37
2.4 O advento do Código Civil de 2002 e o rompimento com o pátrio poder	41
3 CONVIVÊNCIA FAMILIAR E GUARDA DOS FILHOS	45
3.1 O Princípio do melhor interesse da criança e a doutrina da proteção integral	45
3.2 Do poder familiar à autoridade parental: o direito-dever	48
3.2.1 A guarda como aspecto da autoridade parental	52
3.2.2 A guarda e a autoridade parental no direito estrangeiro	53
3.3 A evolução do conceito de guarda na legislação brasileira	56
3.3.1 A guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente.....	60
3.3.2 A guarda segundo o Código Civil brasileiro de 2002	63
3.4 A evolução legislativa da guarda compartilhada.....	65
3.4.1 Guarda compartilhada no Direito estrangeiro.....	65
3.4.2 O advento da guarda compartilhada no Brasil.....	68
3.4.3 Controvérsias em torno da guarda compartilhada.....	71
3.4.3.1 Livre visitação?.....	71
3.4.3.2 Guarda alternada?.....	72
3.4.3.3 Prestação de alimentos.....	74
3.4.3.4 Dissenso entre os pais.....	75
4 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	77
4.1 Avanços brasileiros para o combate à violência doméstica contra as mulheres	77
4.1.1 O artigo 226, §8º, da Constituição Federal de 1988	79
4.1.2 Tratados internacionais ratificados pelo Brasil	80
4.1.2.1 A Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher.....	82
4.1.2.2 A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher	84
4.2 O caso Maria da Penha e a promulgação da Lei n. 11.340/2006	88
4.3 Violência doméstica e familiar contra a mulher	89
4.3.1 Formas de violência doméstica e familiar contra a mulher	91
4.3.1.1 Violência física	92
4.3.1.2 Violência psicológica	93
4.3.1.3 Violência sexual	95

4.3.1.4	Violência patrimonial	96
4.3.1.5	Violência moral	97
4.3.2	O Ciclo da Violência e suas condições peculiares	98
4.4	Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.....	102
4.5	Das Medidas Protetivas de Urgência.....	104
4.5.1	Da natureza jurídica das medidas protetivas	106
4.5.2	Das Medidas que obrigam o agressor.....	107
5	GUARDA COMPARTILHADA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR PERPETRADA PELO PAI EM FACE DA MÃE.....	110
5.1	A tutela especial dos vulneráveis no âmbito da violência doméstica conjugal contra a mulher.....	112
5.1.1	O direito civil humanizado e a categoria da hipervulnerabilidade.....	113
5.1.2	A (hiper)vulnerabilidade das mulheres vítimas da violência doméstica conjugal.....	115
5.1.2.1	Novas alterações legislativas ampliando a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica para além das Varas especializadas.....	118
5.1.3	Das crianças e adolescentes como vítimas indiretas da violência doméstica perpetrada pelo pai em face da mãe.....	120
5.1.3.1	Perda da autoridade parental em face da violência doméstica nos termos do art. 1.638, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro.....	125
5.2	A “rota crítica” enfrentada pela mulher vítima de violência doméstica.....	127
5.3	Os reflexos das medidas protetivas de urgência na convivência familiar.....	132
5.3.1	Conflitos entre a aplicação das medidas protetivas e a guarda compartilhada.....	134
5.3.1.1	Conflitos de competência entre Vara de família e Vara especializada de violência doméstica e familiar contra a mulher.....	135
5.3.1.2	Medidas protetivas de urgência de distanciamento e incomunicabilidade entre os pais como instrumentos garantidores da proteção integral da criança e adolescente.....	137
5.4	A guarda compartilhada subjacente à violência doméstica do pai contra a mãe atende ao melhor interesse da criança?	138
5.4.1	Entendimentos jurisprudenciais pelo afastamento.....	142
5.4.2	Projeto de Lei n. 29/2020.....	144
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	147
	REFERÊNCIAS	151

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar contra a mulher se configura, ainda na atualidade, como um problema alarmante e complexo, composto não apenas por aspectos subjetivos atrelados aos laços familiares envolvidos, muitas vezes intensificados devido à existência dos filhos, mas também a costumes e práticas culturais amparadas por sistemas jurídicos historicamente patriarcais.¹

Estudos comprovam que a violência doméstica não é episódica, ou seja, não ocorre de forma isolada e pontual. Segundo a psicóloga norte-americana Lenore Walker, esse tipo de violência se agrava gradativamente através de fases que ocorrem dentro de um ciclo que é constantemente repetido. A Teoria do Ciclo da Violência - *Cycle Theory of Violence* apresentada por Walker após a análise de cerca de 1500 casos de violência doméstica ocorridos em contextos conjugais, constata a dificuldade de rompimento dessa problemática tendo em vista o processo de adoecimento no qual ficam imersas as pessoas presentes nessas relações.

Com o advento da Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, fundamentada no art. 226, §8º da Constituição Federal, bem como na Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), o ordenamento jurídico brasileiro passa a tutelar a mulher em situação de violência doméstica e familiar, criando mecanismos voltados para sua assistência e proteção.

Dentre as conquistas advindas com a Lei Maria da Penha, estão as medidas protetivas de urgência previstas em seu art. 22 e seguintes, que, dentre outras providências, possibilitam a ordem judicial de distanciamento e incomunicabilidade do casal, surgindo um caminho concreto para o rompimento do ciclo da violência. Mas como ficam os filhos menores de idade nesse contexto?

Em 2015, entra em vigor a Lei nº 13.058/2014 que altera a legislação civil no sentido de estabelecer a guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico brasileiro. Embora com aparente tentativa de garantir o direito fundamental da criança e adolescente à convivência familiar com ambos os pais, e, ainda, contribuindo para desconstruir a desigualdade entre homens e mulheres quanto aos cuidados diários com os filhos, a guarda compartilhada merece ser problematizada nos casos de violência doméstica – delimitada, neste estudo, às situações do art. 5º, III, da Lei n. 11.340/2006, ou seja, decorrente de relação íntima de afeto, mais

¹ BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.14.

precisamente do pai em face da mãe.

Dados da Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (PCSVDF Mulher) informam que 55,2% (cinquenta e cinco inteiros e dois décimos por cento) das mulheres vítimas de agressões físicas confirmaram que os filhos presenciaram as cenas de violência (ano-base 2016)², não sendo contempladas nesse quantitativo as situações nas quais ocorreram as outras formas de violência doméstica (psicológica, moral, sexual, patrimonial)³ – o que sinaliza uma possibilidade do referido número ser ainda maior.

Segundo Manuela Lainetti, psicóloga do Centro Nacional de Referência para Vítimas de Violência (CNRVV), que acompanha crianças que vivenciaram tais situações, "presenciar já é uma forma de abuso psicológico em si"⁴. Os filhos, portanto, não estão alheios ao contexto da violência doméstica, haja vista que integram a entidade familiar e presenciam os episódios perpetrados pelos pais - o que pode acarretar consequências prejudiciais para o seu desenvolvimento sadio, motivo pelo qual é possível identificá-los como vítimas indiretas daquelas agressões.

O presente estudo, assim, será desenvolvido na tentativa de responder o seguinte problema: Nos casos de violência doméstica do pai em face da mãe, nos termos da Lei n. 11.340/2006, é possível aplicar a guarda compartilhada à luz do melhor interesse da criança? A partir das primeiras constatações, através dos dados apresentados que sinalizam os prejuízos psicológicos sofridos pelos filhos que presenciam a violência doméstica, parte-se da hipótese de que a aplicação em caráter imperativo e genérico da guarda compartilhada não necessariamente se configurará como melhor para o interesse da criança e do adolescente, merecendo ponderações em cada caso.

Nesse sentido, o objetivo geral do presente trabalho é analisar a guarda compartilhada, à luz do melhor interesse da criança e do adolescente, nos casos de violência doméstica e familiar perpetrada pelo pai em face da mãe. E para o alcance desse objetivo geral, foram traçados os seguintes objetivos específicos: discorrer sobre os principais avanços para a promoção da dignidade humana nas relações familiares; verificar os instrumentos normativos que disciplinam a autoridade parental e a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro; discorrer sobre os aspectos peculiares da violência doméstica e familiar contra as

² ONU Mulheres. *Relatório Executivo II – Primeira Onda – 2016*. Disponível em: <www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2017/11/violencia_domestica_trabalho_ago_17.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

³ Art. 7º da Lei n. 11.340/2006.

⁴ UNIVERSA. Filhos da Violência. Disponível em: <<https://universa.uol.com.br/especiais/filhos-da-violencia/index.htm>>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

mulheres e o sistema de proteção vigente; analisar a posição dos filhos menores enquanto vítimas indiretas da violência doméstica e familiar pelo pai contra a mãe; e estudar a guarda compartilhada em tais casos, à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, através da tutela dos (hiper)vulneráveis.

A escolha do presente tema foi motivada pela atuação profissional realizada junto ao Centro de Referência da Mulher Ednalva Bezerra (CRMEB)⁵, através da qual foi possível identificar, por meio do acompanhamento jurídico de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar no município de João Pessoa/PB, os conflitos existentes acerca da convivência familiar entre pais e mães com seus filhos após a decisão de ruptura conjugal em face dessa problemática. Ademais, o presente projeto encontra-se adequado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, especificamente quanto à Linha 2 do Mestrado com área de concentração em Direitos Humanos. Isso porque o estudo proposto encontra relação com os “Violência, gênero e direito” e “Direitos e proteção dos grupos vulneráveis”.

Quanto ao caminho a ser percorrido para a produção do conhecimento científico, o presente estudo é exploratório, tendo como fim analisar e desenvolver as categorias presentes na problemática investigada. Ademais, ocorrerá sob a égide do prisma qualitativo, por meio do método de abordagem dedutivo.

Quanto às técnicas de pesquisa, ocorrerão através dos procedimentos: de documentação indireta, por meio do levantamento bibliográfico e dos demais documentos com dados relacionados à temática de estudo, como o Relatório do PCSVDF Mulher, Dossiê Mulher, Instituto Brasileiro de Segurança Pública, DataSenado.

Dentre os métodos de procedimento, o histórico e o comparativo, através dos quais buscará analisar os aspectos históricos do objeto investigado como necessários para compreendê-lo na realidade atual, assim como em comparação à legislação estrangeira e outros institutos atrelados.

No primeiro capítulo, analisaremos os aspectos históricos sobre as transformações no direito privado para a promoção da dignidade humana nas relações familiares. Adotando o gênero como categoria de análise, observaremos o sistema jurídico patriarcal que vigorou por séculos no Brasil como determinantes para a perpetração da desigualdade e da violência no âmbito familiar, colocando também as crianças e adolescentes no campo da invisibilidade. Discorreremos, em seguida, sobre os primeiros avanços normativos para a emancipação da mulher, especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988 e o substrato axiológico

⁵Órgão da Secretaria Extraordinária de Políticas Públicas para Mulheres do município de João Pessoa/PB, cuja criação está prevista no artigo 35, inciso I, da Lei Maria da Penha.

por ela consagrado para a promoção da dignidade humana na entidade familiar.

Ainda no primeiro capítulo, analisando a constitucionalização do Direito Civil, estudaremos os novos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito das Famílias, especialmente a dignidade humana, a solidariedade, a igualdade e a afetividade; e discorreremos sobre a doutrina da proteção integral a partir da Constituição Federal, a ratificação à Convenção da Criança e o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda à luz das transformações ocorridas nas relações familiares, discorreremos sobre o rompimento com o pátrio poder através do advento do Código Civil de 2002.

No segundo capítulo, a partir do princípio do melhor interesse da criança e da doutrina da proteção integral, estudaremos a convivência familiar e a guarda dos filhos, esta enquanto aspecto da autoridade parental, realizando uma análise histórica sobre a evolução desses institutos no Brasil e um estudo comparado com a legislação de outros países. Com ênfase na guarda compartilhada enquanto regra no ordenamento jurídico brasileiro, também analisaremos seus aspectos históricos e as controvérsias em torno da sua compreensão e aplicação, dentre elas, nas situações de violência doméstica.

No terceiro capítulo, abordaremos a violência doméstica e familiar contra a mulher no ordenamento jurídico brasileiro, apontando os avanços normativos para o combate dessa problemática a partir da promulgação da Constituição Federal, especificamente seu art. 226, §8º, da ratificação brasileira a tratados internacionais que obrigam os países signatários a combater todas as formas de discriminação e violência contra as mulheres, e, finalmente, a Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, como importante instrumento para tutelar as mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Analisaremos, assim, os aspectos históricos da Lei Maria da Penha, bem como a definição por ela apresentada de violência doméstica e familiar contra a mulher, discorrendo sobre suas condições peculiares. E, ainda, abordaremos o ciclo da violência e seus reflexos prejudiciais para a criança e o adolescente, apontando a medida protetiva de urgência como importante mecanismo para a proteção de todas as pessoas inseridas nesse contexto.

No quarto e último capítulo, estudaremos a aplicação da guarda compartilhada nos casos de violência doméstica perpetrada pelo pai em face da mãe. Nesse sentido, a partir de pesquisas na área da psicologia, analisaremos a criança como vítima indireta da violência doméstica perpetrada pela mãe e, então, sua configuração como vítima indireta nesse contexto. Estudaremos, ainda, as alterações legislativas e entendimentos jurisprudenciais sobre a problemática, na tentativa de responder a pergunta problema que direciona o presente trabalho, tecendo considerações em prol do aperfeiçoamento do sistema vigente.

2 AS TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO PRIVADO PARA A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Por muitos anos, as relações familiares no Brasil foram estabelecidas através de um modelo único e absoluto de família, pautado no casamento indissolúvel, no qual o marido era o chefe da sociedade conjugal e titular do pátrio poder.

Esse modelo de família, caracterizado pela desigualdade entre seus membros, foi legitimado pela legislação brasileira desde o período colonial, sendo reflexo de uma sociedade patriarcal, na qual mulheres, crianças e adolescentes foram colocados em postos de subalternidade e invisibilidade em detrimento de um poder hegemonicamente masculino.

2.1 FAMÍLIA PATRIARCAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: A DESIGUALDADE DE GÊNERO E A INVISIBILIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

As Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil entre 1603 e 1916, consideravam as mulheres enquanto incapazes para os atos da vida civil com o fundamento de que possuíam “fraqueza de entendimento”⁶, devendo estar subordinadas aos maridos. Estes, por sua vez, dispunham de legitimidade jurídica para castigá-las quando entendessem necessário, tendo, inclusive, autorização para matá-las em caso de adultério – não sendo preciso sequer prova contundente para tanto, mas apenas fama pública⁷.

Tal modelo de família perpetuou na sociedade e no sistema jurídico brasileiro por influência do direito romano, pautado numa estrutura familiar rigidamente patriarcal a partir de um *pater familias* como autoridade absoluta em relação à mulher e aos filhos. Segundo Patrícia Ramos, “o *pater familias* era o chefe absoluto, sacerdote incumbido de officiar a veneração dos *penates*, deuses domésticos”, de modo que a família romana gozava de autonomia em relação ao Estado, não sofrendo intervenção estatal em suas relações⁸.

O modelo romano atrelava a família a uma finalidade patrimonial, que consistia na sua manutenção para fins econômicos. O chefe de família, enquanto autoridade absoluta, concentrava o patrimônio familiar sob sua administração, tendo o propósito de preservá-lo

⁶ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro IV, Título LXI, §9º; e CVII. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em 03 fevereiro de 2019.

⁷ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro V, Títulos XXXVI, XXXVIII e XCV. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2019.

⁸RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada*. 2.ed. v.2. São Paulo: 2018, p. 31.

acima de tudo e de todos. Por isso, os casamentos eram motivados pela possibilidade de crescimento patrimonial em detrimento da realização pessoal dos envolvidos.

Nas Ordenações Filipinas, essa finalidade materialista pode ser identificada, por exemplo, na norma que estabelecia a necessidade de outorga da mulher para que o marido litigasse em juízo sobre determinados bens⁹. Essa proteção normativa não se voltava para a pessoa da mulher, mas sim para a preservação do patrimônio familiar. Ou seja, o caráter protetivo da norma possuía apenas para fins patrimoniais.

Esse cenário de desigualdade familiar e de predomínio de uma visão patrimonialista sobre as relações privadas, completamente destituída de aspectos personalíssimos e indiferente à dignidade humana, se manteve com o advento do Código Civil de 1916.

As normas contidas no referido diploma demonstravam uma preocupação do legislador em proteger o patrimônio. Inclusive quanto àquelas atinentes ao direito das famílias, voltadas, essencialmente, para a preservação do patrimônio familiar.

Nesse sentido, os dispositivos que regulavam o casamento estavam direcionados ao regime de bens, não havendo normas destinadas à satisfação e realização da pessoa em atenção à dignidade humana como valor existencial e objetivo máximo do ordenamento jurídico.

Além disso, o diploma civil de 1916 deu continuidade ao cenário patriarcal historicamente perpetrado pelas famílias brasileiras. Conforme se observa no art. 380 do Código Civil de 1916¹⁰, ao homem era destinado o exercício do pátrio poder, enquanto chefe de família, cabendo à mulher fazê-lo apenas em caráter excepcional e subsidiário. O homem era autoridade máxima da família, considerado chefe da sociedade conjugal, administrando os bens do casal e decidindo sobre os atos a serem praticados pela mulher e seus filhos.

A entidade familiar regida pelo diploma civil de 1916 era, assim, centrada em uma só pessoa: o homem – não em sentido *lato sensu*, que abrangeria a humanidade como um todo, mas em sentido *strito sensu*, ou seja, em sentido estrito de pessoa do sexo masculino que exercia o papel de chefe de família, autoridade máxima no núcleo familiar.

Nesse contexto, aos filhos menores era dado o dever de obediência, estando sujeitos à autoridade paterna, que podia, inclusive, agir com violência e coercibilidade. Não havia, em tais casos, qualquer limitação legislativa ao pátrio poder em proteção à integridade física e psíquica dos filhos menores. Essa forma de estruturação das relações familiares acabava por distanciar

⁹ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro V, Títulos XXXVI, XXXVIII e XCV. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2019.

¹⁰Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

pais e filhos da prática do afeto, tão necessário para o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente¹¹.

Além disso, tanto a legislação quanto a jurisprudência eram uníssonas no sentido de admitir a segregação entre filhos não havidos na constância do casamento, os quais eram considerados ilegítimos. Inclusive, o artigo 358 do Código Civil de 1916¹² estabelecia que os filhos incestuosos e os adúlteros não podiam ser reconhecidos.

Assim, apenas os filhos nascidos de uma relação conjugal eram considerados legítimos e possuíam direitos sucessórios, sendo o casamento o único meio admitido para o reconhecimento de uma entidade familiar.

A proteção normativa recaía, portanto, sobre o instituto da família e sua função essencialmente patrimonial - e não, em si, sobre as pessoas de seus membros. A atenção legislativa destinada à criança e ao adolescente se detinha, em especial, aos casos de situação irregular, de modo que aqueles considerados “delinquentes” eram submetidos a medidas judiciais pelas infrações cometidas por força da Lei n. 6.697/1979 – Código de Menores¹³.

Quanto às mulheres, o CC/1916 contribuiu para a manutenção de uma sociedade conjugal desenhada através de relações hierárquicas de gênero, com papéis de dominação do masculino em face do feminino, mantendo a mulher em situação de desigualdade e invisibilidade.

O artigo 6º, inciso II, inseria as mulheres casadas no rol de relativamente incapazes¹⁴; e, ainda, os artigos 233¹⁵ e 242¹⁶ cerceavam a autonomia feminina não apenas dentro do contexto familiar, mas também quanto aos atos da vida civil, ao exercício de uma profissão e à administração de bens particulares. Independentemente de sua idade, a mulher casada era relativamente incapaz, não podendo contratar sem a chamada outorga marital, ou seja, sem a

¹¹MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 677.

¹²Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.

¹³SALUM, Maria José Gontijo. O sujeito de direitos, o ECA e o sujeito adolescente. In: *Criança e Adolescente: sujeitos de direitos*. Belo Horizonte: Conselho Regional de Psicologia de Minas Gerais, 2010. p.57.

¹⁴ Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos; II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal; III. Os pródigos; IV. Os silvícolas.

¹⁵ Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial. III. direito de fixar e mudar o domicílio da família. IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal. V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

¹⁶ Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido: I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher. II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens. III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra. IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado. V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público. VI. Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251. VII. Exercer profissão. VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal. IX. Aceitar mandato.

autorização do cônjuge enquanto chefe da família.

A classificação de direitos e deveres dos cônjuges estabelecida pelo CC/1916 demonstrava a manutenção de um tratamento desigual entre homens e mulheres por parte do legislador enquanto reflexo da sociedade predominantemente conservadora e patriarcal da época. Nesse sentido, analisa Carbonnier:

A inferioridade da mulher se traduzia em duas instituições: 1ª – o poder marital, comparável ao poder paterno sobre os filhos, consistindo em poder forte sobre a pessoa; o marido, ensinava o Código, deve proteção, a mulher obediência; 2ª – a incapacidade, que interditava a mulher de figurar na cena jurídico-judiciária sem autorização do marido e a colocava no mesmo nível de um menor.¹⁷

Às mulheres, portanto, cabia o papel de submissão aos homens, seja enquanto filhas ou cônjuges. Ensinadas a serem obedientes e resilientes, não havia outro destino senão o casamento, a maternidade e as tarefas domésticas - e sempre de acordo com as regras estabelecidas pelo chefe da sociedade conjugal e detentor do pátrio poder.

Segundo analisa Patrícia Pimentel Ramos sobre esse contexto, “pouco importava se os membros da família estavam felizes ou não, visto que a infelicidade não era motivo para a dissolução da sociedade conjugal. A dignidade dos membros da família era um dado secundário”.¹⁸

Além disso, o art. 219, inciso IV, do CC/1916, previa a possibilidade de invalidação do casamento por erro essencial da pessoa do outro nos casos de defloramento da mulher desconhecido pelo marido¹⁹. Ou seja, se o marido descobrisse que mulher havia mantido relações sexuais com outra pessoa antes da união conjugal, o casamento poderia ser objeto de anulação. Vale ressaltar que tal requerimento, por força do art. 220 do mesmo diploma, só poderia ser pleiteado pelo marido em face da mulher²⁰.

Essa visão patriarcal adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde o período colonial, acabou por naturalizar, historicamente, a violência perpetrada pelo homem em face da

¹⁷CARBONNIER, Jean. *Droit et passion du droit*. Paris: Forum/Flammarion, 1996, p. 213.

¹⁸RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada*. 2.ed. v.2. São Paulo: 2018, p. 34.

¹⁹Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: I. O que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal, que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. II. A ignorância de crime inafiançável, anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condenatória. III. A ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de por em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência. IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido.

²⁰Art. 220. A anulação do casamento, nos casos do artigo antecedente, nºs I, II e III, só poderá demandar o outro cônjuge e, no caso do nº IV, só o marido.

mulher e dos filhos. O homem, destinado a um papel de autoridade a ser obedecida e temida no núcleo familiar, reproduzia comportamentos violentos para, inclusive, afirmar seu poder em face dos demais membros.

Por muitos séculos, a violência doméstica foi invisível para a sociedade e para o legislador, que não a enxergavam como problema. O ditado popular “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher” é fruto de uma cultura que reforçou secularmente a violência doméstica enquanto questão de foro íntimo, restrita ao âmbito privado e sem a necessidade, portanto, de intervenção do Estado. Nesse sentido, analisa Maria Berenice Dias: “A ideia sacralizada da família e a inviolabilidade do domicílio sempre serviram de justificativa para barrar qualquer tentativa de coibir o que acontecia entre quatro paredes. Como eram situações que ocorriam no interior do ‘lar, doce, lar’, ninguém interferia”.²¹

Em tal contexto, as mulheres, relegadas a papéis femininos restritos às tarefas domésticas e maternas, eram impelidas a serem resilientes e toleráveis com o comportamento violento dos maridos. Em meio a uma família hierarquizada formada por um casamento indissolúvel, no qual repousava a sociedade brasileira, as mulheres eram subjugadas e silenciadas enquanto sujeitos de direitos. Ensina Ana Carolina Carpes Madaleno:

(...) anedotas à mesa de bar, informes publicitários, crenças e padrões arraigados que delegam à mulher um espaço inferior na família e um papel de submissão e aceitação, até crimes cometidos em nome de uma honra masculina ou em virtude de a esposa não exercer as tarefas de casa conforme dela a cultura social esperava.²²

Esse tratamento desigual destinado às mulheres se encontra, portanto, atrelado à violência doméstica nas relações afetivas, de modo que os debates de gênero, pautados na análise do papel hierárquico do masculino em face do feminino, acabam se tornando necessários para uma melhor compreensão da problemática. Inclusive, foi a partir da eclosão desses debates dentro da teoria do direito, especialmente na segunda metade do século XX, que os primeiros avanços normativos foram alcançados para a afirmação dos direitos humanos das mulheres.

2.1.1 Gênero como categoria de análise

²¹DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 35.

²²MADALENO, Ana Carolina Carpes. *A violência doméstica sob a ótica sistêmica: uma experiência do Judiciário*. In: Revista do IBDFAM: família e sucessões. v.30, nov/dez – Belo Horizonte: IBDFAM, 2018, p. 99.

As discussões sobre a situação de invisibilidade das mulheres, desprovidas de direitos civis e políticos e delimitadas aos espaços domésticos na condição de submissas ao poder masculino, não são inauguradas no século XX.

No final do século XVIII, Mary Wollstonecraft²³ publicou *A vindication of the rights of woman*, se contrapondo à Constituição Francesa de 1791 que, apesar de afirmar direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, ignorou a situação de invisibilidade das mulheres na condição de cidadãs. O referido manifesto denunciou as desigualdades de gênero existentes naquele contexto histórico, que, não obstante as conquistas decorrentes da Revolução Francesa, mantinham as mulheres em situação de submissão doméstica, econômica e intelectual em relação aos homens.

Segundo Wollstonecraft, a luta por direitos encabeçada pela Revolução não contemplou a pauta feminina, de modo que os direitos conquistados foram destinados, literalmente, ao homem e cidadão – e não à mulher e cidadã. A justiça social deveria, assim, ter alcance universal, não podendo contemplar apenas determinados grupos em detrimento dos demais. No caso, a cidadania plena dos homens indiferente à invisibilidade das mulheres.

A partir do manifesto de Wollstonecraft, outros importantes debates acerca da condição histórica de desigualdade das mulheres passam a ser desenvolvidos, motivo pelo qual *A vindication of the rights of woman* é considerado o documento fundador do feminismo²⁴.

Com o advento do século XX, sobretudo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos enquanto tentativa de evitar novas atrocidades, como a eugenia praticada na Segunda Guerra Mundial, direitos humanos passam a ser afirmados em caráter universal, de modo que debates específicos, como aqueles voltados para as mulheres, são ampliados e ganham visibilidade.

Na França, a escritora Simone de Beauvoir adentra nas discussões provocadas pelo existencialismo, questionando as desigualdades vivenciadas pela mulher com um viés político e filosófico. Merece destaque a teoria por ela sustentada de que “não se nasce mulher, mas se torna”.

Segundo Beauvoir, os papéis de gênero desempenhados socialmente não seriam produto da natureza biológica das pessoas, mas sim de uma fabricação cultural promovida pelo poder hegemônico masculino em opressão ao feminino.

²³ NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher*. Centro de Informação das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1994.

²⁴ NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher*. Centro de Informação das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1994.

O gênero, portanto, seria decorrente de um ato performativo, e não de alguma ordem natural. Ou seja, o “ser mulher” seria construído a partir de regras sociais formuladas por uma cultura patriarcal que relegava as mulheres a postos de invisibilidade restritos ao ambiente doméstico, sem participação nos espaços de decisão política, ditando-lhes uma “performance” a ser por elas exercida na sociedade. Sobre essa teoria, analisa o professor Eduardo Rabenhorst:

Para Beauvoir, a mulher tampouco se definiria por si mesma, mas para tanto faria apelo ao homem, que outorgaria significado. O homem seria o Sujeito, enquanto cumpriria à mulher ocupar o lugar de Outro (com ‘O’ masculino), isto é, de ser sujeito passivo do olhar masculino.²⁵

Essa é a facticidade sustentada por Beauvoir, que se volta para a constatação de que, em um mundo governado majoritariamente por homens e para homens, o sexo feminino se encontra em segundo plano enquanto “segundo sexo”. A mulher existiria, assim, como ser relativo ao masculino, em função dele e para ele.

A existência do feminino estaria, portanto, condicionada à decisão do masculino sem margem para o exercício pleno de si mesma. Nos dizeres de Izilda Johanson:

Beauvoir introduz, desse modo, a questão do gênero nuclear da existência para o existencialismo, recolocando-a, então, em uma nova perspectiva: uma perspectiva feminista em que ela, mulher, passa a ocupar o lugar não mais de simples objeto de investigação ou de um discurso, mas de sujeito autêntico e legítimo do conhecimento.²⁶

Essa chamada de consciência suscita questionamentos à luz do existencialismo que levam a mulher a constatar que não há justificativa para ser submetida à condição de “segundo sexo” em detrimento do domínio do homem. Afinal, ainda nos dizeres Johanson: “no que consiste, para um indivíduo do sexo feminino, existir nesse mundo? Como nós, mulheres, nos tornamos segundo sexo? Como isso se torna possível? Por que meios? De que maneira?”²⁷

Beauvoir questiona, assim, os fatores que levam à realidade de opressão à mulher, que não possuía a autonomia, liberdade e nem tampouco consciência acerca de sua própria existência, sendo relegada a papéis estritamente domésticos e familiares submetidos à

²⁵ RABENHORST, Eduardo. *Aquela sou eu? Sobre espelhos e mulheres*. João Pessoa: Ideia, 2012, p. 29.

²⁶ JOHANSON, Izilda. A dimensão ética de Simone de Beauvoir. In: Revista Cult. *Simone de Beauvoir e os paradoxos do feminino*. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/simone-de-beauvoir-dimensao-etica/>>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

²⁷ JOHANSON, Izilda. A dimensão ética de Simone de Beauvoir. In: Revista Cult. *Simone de Beauvoir e os paradoxos do feminino*. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/simone-de-beauvoir-dimensao-etica/>>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

autoridade do homem.

Porém, como dito, sua análise é política e filosófica, estando voltada não apenas para o pleito reivindicatório em prol da afirmação de direitos, mas para a transformação da consciência e da tomada de decisão a partir de uma reflexão pautada na liberdade e na facticidade.

Essas discussões acerca da subalternidade feminina inaugurada em 1949 por Beauvoir no campo filosófico também se difundem em outras áreas do conhecimento, sobretudo na década de 1970 com a eclosão dos estudos feministas que verificam a necessidade de analisar o gênero enquanto produto de construções culturais arbitrárias causadoras de problemas sociais como, por exemplo, a violência contra a mulher. Sobre esse contexto, discorre Maria Luiza Heilborn:

Ao iluminar o caráter arbitrário das noções de masculinidade e feminilidade, a distinção entre sexo e gênero permitiu que pesquisadoras e militantes feministas salientasse a natureza eminentemente social (e política) da subordinação das mulheres e apontassem, portanto, sua possível alteração.²⁸

O gênero seria, então, diferenciado do sexo, estando sua definição atrelada a fatores culturais e não biológicos. E a desigualdade vivenciada pelas mulheres estaria diretamente atrelada aos papéis de gênero.

Nas Ciências Sociais, especialmente no Direito, os estudos também são incorporados apenas na segunda metade do século XX. Conforme analisa Ana Lucia Sabadell, as teóricas feministas “constatarem a ambivalência do discurso jurídico em relação ao gênero feminino, que implicava na insuficiente, inefetiva e inadequada tutela de direitos fundamentais das mulheres”.²⁹

Estando moldada por um poder hegemônico masculino, inclusive no processo de elaboração das leis, a estrutura social não daria espaço para o reconhecimento das mulheres enquanto sujeitos de direitos com cidadania plena. É o que entende West, ao analisar a teoria moderna do direito como masculina, nos seguintes termos:

(...) ao afirmar que a teoria moderna do direito é masculina quero dizer duas coisas. Primeiro que os valores, os perigos e o que chamei de “contradição fundamental” que caracteriza as vidas das mulheres não estão refletidos em nenhum nível nos contratos, nem no direito de danos, nem no direito

²⁸ HEILBORN, Maria Luiza. Usos e desusos do conceito gênero. In: Revista Cult. *Simone de Beauvoir e os paradoxos do feminino*. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/simone-de-beauvoir-dimensao-etica/>>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

²⁹ SABADELL, Ana Lucia. Prefácio. In: BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.14.

constitucional, assim como tampouco em nenhum outro campo da doutrina legal. Os valores que fluem do potencial material de conexão física das mulheres não são reconhecidos como tais pelo Estado de Direito, e os perigos que acompanham esta condição tampouco são reconhecidos por ele.³⁰

A desigualdade de gênero, portanto, estaria legitimada pelo ordenamento jurídico, de modo que apenas os debates em outras áreas do conhecimento não seriam suficientes para um enfrentamento à problemática. Ao Direito careceria, portanto, a incorporação dessas discussões.

É sob essa compreensão de uma teoria do direito patriarcal que, em contraposição a ela, surgem as teorias feministas do direito que revestem as discussões jurídicas de debates sobre as desigualdades de gênero, questionando a influência dos interesses masculinos no processo de elaboração das leis e, assim, na manutenção do cenário desigual para as mulheres.

O gênero utilizado como uma categoria útil de análise nas mais diversas áreas do conhecimento, conforme apresenta Joan Scott, seria imprescindível para compreender o contexto social de modo a influenciá-lo. Ratificando essa proposta de Scott e sua contribuição para as Ciências Sociais, a exemplo do Direito, observam Carla Rodrigues e Maria Luiza Heilborn:

(...) na medida em que gênero se integra na metodologia das ciências sociais, conforme a categoria gênero se torna aquela a que se recorre para rejeitar explicações biológicas para as relações sociais, e sobretudo quando gênero aparece como uma categoria social que se impõe sobre um corpo sexuado, a categoria nos oferece novas perspectivas sobre as relações de poder e nos permite pensar igualdade política e social com o objetivo de incluir além da dimensão de gênero, as questões de classe e raça que até ali subjaziam em análises cujo ponto de partida era a neutralidade do humano enquanto tal e o caráter ontológico do sujeito.³¹

As diferenças existentes entre os papéis masculinos e femininos, portanto, estariam atreladas às problemáticas identificadas nas relações sociais. Assim, os estudos de gênero permitiriam um aprofundamento da investigação social para uma melhor compreensão da causa e efeito dos problemas identificados.

É através do desenvolvimento desses estudos dentro das ciências jurídicas que as reivindicações das mulheres ganham maior visibilidade e os avanços normativos começam a ser alcançados na segunda metade do século XX. Por isso, considera-se fundamental a utilização dessa categoria para o presente estudo.

³⁰ WEST, Robin. *Gênero y teoria Del derexo*. Bogotá: Uniandes, 2000, p. 155.

³¹ RODRIGUES, Carla. HEILBORN, Maria Luiza. *Gênero e Pós-gênero: um debate político*. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013, ISSN 2179-510X.

2.1.2 Primeiros avanços para a emancipação jurídica da mulher no Brasil

No Brasil, apenas no século XX, o cenário legislativo patriarcal narrado sofreu transformações em prol da emancipação feminina, as quais demonstram ter caminhado de acordo com o próprio processo evolutivo acerca dos estudos de gênero em prol dos direitos humanos das mulheres.

Embora a maioria desses avanços significativos tenha se concretizado na segunda metade do referido século, a conquista do direito ao voto pelas mulheres em 1932 merece ser destacada. Tal pleito em prol do reconhecimento normativo de direitos políticos às mulheres chegou a compor os debates parlamentares para a elaboração da Constituição de 1891, mas não prosperou.

Campos e Corrêa atribuem esse fracasso à ausência de reivindicação política por parte de movimentos feministas, que ocorreu apenas posteriormente, na década de 1920, quando um grupo de mulheres, inspiradas nas conquistas americanas dessa natureza, lideraram um movimento político no Brasil para o alcance do voto feminino que contou com apoio da imprensa e de organizações profissionais³². Contudo, apesar dessa importante conquista, as mulheres casadas continuaram, para a lei civilista da época, consideradas relativamente incapazes.

O primeiro passo efetivo para a mudança desse cenário no Brasil ocorreu apenas com a promulgação da Lei n. 4.121/1962 – Estatuto da Mulher Casada, que modificou o CC/1916 no sentido de garantir capacidade civil plena a esse grupo de pessoas. Dentre outras alterações provocadas pela referida lei, também estão aquelas atinentes à redação do artigo 380 que estabelecia expressamente o marido como chefe de família e detentor exclusivo do pátrio poder.

A mulher casada que até então não tinha o direito de exercer o pátrio poder, de fixar domicílio, de gerir suas finanças e patrimônio e tampouco se ausentar da residência sem autorização expressa do marido, agora dá um passo significativo para o exercício de sua autonomia.

Importante destacar que, assim como ocorrera na conquista do direito ao voto feminino, a edição do Estatuto da Mulher Casada em 1962 também foi fruto de reivindicações de movimentos de mulheres através de campanhas que contaram, igualmente, com o apoio da imprensa e outras instituições.

A mencionada lei acompanhou, nesse sentido, as transformações ocorridas nos

³²CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos Humanos das Mulheres*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 72.

ordenamentos jurídicos domésticos impulsionadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Cíveis à Mulher da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Contudo, em que pesem os importantes avanços mencionados, a desigualdade familiar se manteve, pois o ordenamento jurídico continuou a estabelecer direitos e deveres diferenciados aos homens ao dispor no art. 380 que, em caso de divergência nas decisões relativas aos filhos, a vontade daqueles prevaleceria, sendo as mulheres tão somente suas colaboradoras³³.

Outro passo para a emancipação feminina ocorreu com a promulgação da Lei n. 6.515/1977, que introduziu o divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, rompendo com a indissolubilidade absoluta do casamento até então vigente.

Naquele momento, já havia no Brasil a possibilidade de separação judicial por meio do desquite, através do qual ocorria a partilha patrimonial e da separação de corpos, mas o vínculo matrimonial se mantinha, impedindo a realização de novo casamento.

Embora a impossibilidade de constituir novo casamento fosse para o homem e a mulher, Amini Haddad Campos e Lindinalva Rodrigues Corrêa analisam que, no caso das mulheres, a isso eram somados efeitos discriminatórios:

(...) uma mulher desquitada que pretendesse constituir nova família, com base legal, não podia fazê-lo. Multiplicavam-se as uniões de fato, que criavam diferentes formas de discriminação contra as mulheres – pelo fato de não estar legalmente ‘casada’ – e para os filhos nascidos de novas uniões. Entre essas formas de discriminação estava a recusa de aceitar filhos de pais não casados legalmente em determinadas escolas particulares de elite, em se permitir que as mulheres desquitadas fossem consideradas – por homens machistas – como ‘livres’, isto é, passíveis de serem objeto de abordagem sexual sem responsabilidade.³⁴

Apesar dos avanços alcançados com a Lei do Divórcio, a legislação manteve tratamentos desiguais entre homens e mulheres na sociedade conjugal, conforme mencionado. E, além disso, as práticas culturais da época foram relutantes a esse novo instituto do direito de família, de modo que mulheres divorciadas passaram a ser discriminadas e subjugadas socialmente, assim como ocorria quanto ao desquite.

³³Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

³⁴CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Direitos humanos das mulheres. 1.ed (ano 2007), 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p.73.

Segundo abordado anteriormente, apenas na década de 1970 que eclodem os movimentos feministas com notoriedade e articulação necessária para os avanços teóricos, políticos e normativos em relação aos direitos das mulheres. Inclusive, o ano de 1975 é estabelecido pela ONU como Ano Internacional da Mulher, a partir do qual são fomentados estudos e articulações, juntamente com movimento de mulheres, em prol da afirmação de direitos.

Como resultado desses processos no plano internacional, em 1977 foi instaurada a Comissão Parlamentar de Inquérito no Congresso Nacional brasileiro para averiguar as situações de discriminação ainda vivenciadas pelas mulheres, sendo ouvidos inúmeros depoimentos, os quais integraram um relatório final que constatou a realidade ainda de subalternidade feminina no Brasil³⁵.

Além disso, os movimentos de mulheres, sobretudo de juristas feministas, chegaram a pleitear a promulgação de um novo Código Civil que eliminasse de vez o tratamento discriminatório mantido apesar do Estatuto da Mulher Casada. Uma Comissão Especial do Código Civil, inclusive, foi criada no Congresso Nacional para discutir o projeto de lei n. 634/1965, mas não prosperou naquele momento.

Apenas no final do século XX, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem-se a consagração da igualdade entre homem e mulher na sociedade conjugal, à luz da dignidade humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, e, assim, uma nova ordem constitucional que deu início a uma série de transformações nas relações familiares.

2.2 A CARTA DEMOCRÁTICA DE 1988 E AS TRANSFORMAÇÕES NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Com o advento do Estado Democrático de Direito e a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro é transformado, havendo uma grande mudança de paradigma nas relações jurídicas.

A Constituição se torna o eixo central do ordenamento jurídico, do qual decorrem os princípios fundamentais que passam a reger as normas infraconstitucionais e a própria hermenêutica dentro de um único sistema. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, essa sistematização hierárquica significa que os valores propugnados pela Constituição enquanto

³⁵Campos, Amini Haddad; Corrêa, Lindinalva Rodrigues. *Direitos humanos das mulheres*. 1ª ed (ano 2007), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p.74.

princípios superiores “estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público x direito privado”³⁶.

É nesse contexto de superação da clássica dicotomia público-privado que os princípios e valores constitucionais passam a reger todo o ordenamento jurídico³⁷. Ou seja, a delimitação anteriormente existente entre direito público e direito privado passa a ser superada pela emigração dos institutos básicos do direito civil para a Carta Constitucional, havendo a proliferação de microssistemas, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Locações, entre outros, que retiram de normas codificadas a exclusividade de tratar determinadas matérias.

Sobre esse fenômeno, ensina Orlando Gomes:

Essa condensação dos valores essenciais do direito privado passou a ser cristalizada no direito público. Ocorreu nos últimos tempos o fenômeno da emigração desses princípios para o Direito Constitucional. A propriedade, a família, o contrato, ingressaram nas Constituições. É nas Constituições que se encontram hoje definidas as proposições dos mais importantes institutos do direito privado.³⁸

A tríplice base fundante do direito civil (família, propriedade e contrato) acaba sendo afetada.³⁹ Não apenas quanto às normas constitucionais expressas acerca desses institutos, mas também pela própria doutrina e jurisprudência quando do estudo e da interpretação das legislações especiais de direito civil à luz do novo direcionamento constitucional.

2.2.1 A constitucionalização do Direito Civil

Através do processo de constitucionalização do direito privado, conforme analisa Maria Luiza Alencar, uma série de transformações passam a ocorrer nas relações privadas, anteriormente guiadas por objetivos patrimoniais, mas agora atentas à garantia da dignidade humana como valor supremo do ordenamento jurídico.⁴⁰

³⁶MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 9.

³⁷AMARAL, Francisco. *Direito civil brasileiro: introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 150.

³⁸GOMES, Orlando. A agonia do Código Civil. *Revista de Direito comparado luso-brasileiro*. Ed. Forense. 1988. n. 7. p.5.

³⁹BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Família após a Constituição de 1988: transformações, sentidos e fins. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. P. 610.

⁴⁰FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Humanização do Direito Civil Constitucional ou por um direito civil social*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, Ano 4, Vol. 11, 2017.

O Código Civil deixa de ser o centro das relações privadas, que passam a ser direcionadas ao objetivo constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária, tendo a pessoa humana como norte. Ou seja, direito público e direito privado passam a convergir, em equilíbrio, para o alcance de direitos sociais, tendo sempre como objetivo a dignidade humana.

O novo modelo de Estado apresentado, à luz de princípios democráticos, é aquele no qual “se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos liberal e social que antecederam e que propiciaram seu aparecimento no curso da História”⁴¹.

Há, assim, uma releitura dos institutos de direito civil a partir de uma metodologia pautada nos direitos fundamentais estabelecidos pela nova ordem constitucional. Uma interpretação sistemática de direito civil-constitucional, que passa a reger as relações privadas.

Conforme ensina Gustavo Tepedino, a incidência direta dos princípios constitucionais sobre as relações privadas, especialmente no direito de família, passa a requerer do intérprete a separação dogmática entre as situações jurídicas patrimoniais e as situações jurídicas existenciais.⁴²

Nesse sentido, mais precisamente quanto ao instituto da família, ao abarcá-lo, a Constituição Federal o reconhece, em seu art. 226, como base da sociedade e destinatário de proteção especial do Estado⁴³. A família, com uma nova função social, passa a ser tutelada pelo Estado em vários aspectos.

A entidade familiar é redirecionada para a promoção da dignidade humana de todos que a integram, deixando seu cunho essencialmente patrimonialista para, agora, se voltar aos valores existenciais das pessoas que a integram.

Surge, assim, uma perspectiva voltada para a personalização das famílias, no sentido de fazer prevalecer os valores existenciais em face do cunho patrimonial utilizado tradicionalmente, inclusive, enquanto impedimentos nas relações familiares, conforme sugere professor Paulo Lôbo nos seguintes termos:

Esses tipos de impedimento não devem persistir nas atuais relações de família, centrada no princípio de liberdade estabelecido na nova Constituição e nas forças vivas da instituição social (...). Não deve a proteção do patrimônio suplantam a proteção das pessoas.⁴⁴

⁴¹BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

⁴²TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*: tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 174.

⁴³Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁴⁴LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: Bittar, C. A. (Coord.). O direito de família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p.66.

Os direitos da personalidade são abrangidos pelo artigo 5º da Constituição, e os princípios e preceitos constitucionais passam a reger as relações privadas, resguardando valores inerentes à pessoa humana no âmbito dessas relações.

Essas transformações impactam substancialmente não apenas no direito positivado – o que ocorrerá no Código Civil de 2002 e em outras leis especiais –, mas também na metodologia adotada pela hermenêutica. A Constituição Federal se torna chave hermenêutica para garantir a dignidade humana e outros valores fundamentais nas relações privadas⁴⁵.

2.2.2 Dignidade e solidariedade: os novos princípios fundamentais

Conforme mencionado, o Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio foram importantes marcos para as transformações no direito de família no Brasil em relação às mulheres. Porém, a grande mudança de paradigma nas relações familiares ocorre apenas com o advento do Estado Democrático de Direito através da promulgação da Constituição Federal de 1988, que abarca os institutos de direito privado em seu texto, dando-lhes um novo direcionamento à luz da dignidade humana⁴⁶.

A elevação da dignidade da pessoa humana ao posto supremo do ordenamento jurídico se configura como contraposição ao individualismo. Substitui-se o indivíduo pela pessoa, ou seja, afasta-se a concepção jurídica de indivíduo para considerar a pessoa humana a partir de suas especificidades, de suas vulnerabilidades, de sua realidade.

Na família patriarcal, o objetivo estava na manutenção da paz, da harmonia, da segurança e da coesão formal familiar em detrimento de a realização individual de seus membros⁴⁷.

No caso da mulher, sua invisibilidade enquanto sujeito de direitos e detentora de dignidade era relativizada em prol da manutenção do lar através das tarefas domésticas, criação dos filhos e deveres conjugais em contraprestação ao marido que provinha o sustento de todos. Uma autonomia, portanto, ainda não alcançada.

⁴⁵O presente estudo adota a lógica da metodologia civil-constitucional, pautada na incidência direta dos princípios constitucionais nas relações privadas, sustentada por civilistas como o professor Gustavo Tepedino, à luz da construção da legalidade constitucional nas relações privadas.

⁴⁶Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – pluralismo político.

⁴⁷ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 39, p. 131-153, dez./jan.2007.

Com advento da Constituição de 1988, a mulher conquista um novo espaço nas relações familiares, tendo sua dignidade reconhecida formalmente. Nos dizeres de Maria Celina Bodin⁴⁸, a ordem constitucional coloca os valores existenciais “no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que é este o valor que conforma todos os ramos do direito”. Há, portanto, uma mudança de paradigma no direito civil no sentido de privilegiar as relações existenciais, abandonando o cunho essencialmente patrimonialista até então dominante.

A família, após a Constituição Federal, se torna instrumento voltado para a satisfação das pessoas que a integram. Ensina Paulo Lôbo: “a família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros”⁴⁹.

A família se volta para o “ser” – e não mais para o “ter”. Agora, com uma função social, se torna o meio para o alcance da felicidade, da solidariedade e do afeto por parte de todas as pessoas que a integram.

Tem-se, assim, um novo olhar direcionado para a tutela da pessoa, que se torna destinatária da proteção especial do Estado, em respeito ao caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana⁵⁰.

Mas o que seria dignidade? Recorremos a Kant:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.⁵¹

Sob essa reflexão, a dignidade compreende os valores indisponíveis, imensuráveis e inalienáveis atrelados à pessoa humana. O valor humano enquanto imperativo categórico a ser obedecido pelo próprio ser humano enquanto ética máxima.

Na visão kantiana, a dignidade estaria atrelada a um valor humano individual e insubstituível, ao qual impossível seria a atribuição de algum preço. Tal valor está ligado à personalidade, distinta de cada ser humano, no exercício da razão e da moral que o move⁵².

⁴⁸MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p11.

⁴⁹LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. Vol.5. ed. 9. Saraiva: São Paulo, 2019, p. 59.

⁵⁰SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32.

⁵¹KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, p.77.

⁵²CUNHA, Alexandre dos Santos. *Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental do Direito Civil*. In: A

Assim, ao ser inserida no rol de fundamentos do Estado brasileiro, a dignidade surge como vetor máximo do ordenamento jurídico, se tornando prioridade absoluta na elaboração e interpretação do direito civil, conforme ensina Gustavo Tepedino⁵³:

(...) consagra-se uma nova tábua axiológica, alterando o fundamento de validade de institutos tradicionais do direito civil. A dignidade da pessoa humana, a cidadania, a igualdade substancial tornam-se fundamentos da República, ao mesmo tempo em que os valores inerentes à pessoa humana e um expressivo conjunto de direitos sociais são elevados ao vértice do ordenamento jurídico. A partir de então, todas as relações de direito civil, antes circunscritas à esfera privada, hão de ser revisitadas, funcionalizadas aos valores definidos no Texto Maior.⁵⁴

Rompe-se com a prevalência da finalidade patrimonial, inaugurando-se um novo sistema fundado nas relações existenciais para garantir à pessoa humana a tutela e a proteção prioritária⁵⁵. A entidade familiar se torna o meio de promoção do desenvolvimento dos filhos, bem como de efetivação da dignidade de todos os membros que a integram, deixando de ser um mero instituto⁵⁶.

Nos dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes, “(...) será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”⁵⁷.

A mulher, em especial, alcança o reconhecimento normativo da autonomia e liberdade, historicamente relegadas pela legislação, sendo este um passo decisivo para a sua emancipação jurídica e, assim, para a sua dignidade. Na própria visão kantiana, a dignidade encontra-se respaldada na emancipação, ocorrendo através do exercício da autonomia e da liberdade⁵⁸.

A família, abarcada por esse processo de constitucionalização do direito civil, deixa de ser disciplinada por um diploma civil isolado de cunho essencialmente patrimonial e insensível aos valores voltados para a pessoa humana. A lei n. 8.009/1990 é um exemplo disso, ao estabelecer a impenhorabilidade do bem de família, objetivando, assim, resguardar o direito à

reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado. Org. Judith Martins-Costa.

⁵³TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵⁴TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁵⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 31.

⁵⁶TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 422.

⁵⁷MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

⁵⁸SALOMÃO, Kátia Rocha; JUNIOR, Waldomiro Salles Svolinski. Kant: os fundamentos da dignidade da pessoa humana como condição para uma hermenêutica do dever. E-Civitas - Revista Científica dos Cursos de Direito e Relações Internacionais do UNIBH - Belo Horizonte - ISSN: 1984-2716. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/viewFile/1422/856>>. Acesso em 20 de julho de 2019.

moradia como valor fundamental imprescindível para a dignidade humana.

O ser humano alcança, assim, a primazia do ordenamento jurídico, deixando de ser meio para se tornar fim. Nos dizeres do professor Miguel Reale, a pessoa humana enquanto valor-fonte de todos os valores:

Partimos dessa ideia, a nosso ver básica, de que a pessoa humana é o valor-fonte de todos os valores. O homem, como ser natural biopsíquico, é apenas um indivíduo entre outros indivíduos, um animal entre os demais da mesma espécie. O homem, considerando na sua objetividade espiritual, enquanto ser que só se realiza no sentido de seu dever ser, é o que chamamos de pessoa. Só o homem possui a dignidade originária de ser enquanto deve ser, pondo-se como razão determinante do processo histórico. A ideia de valor, para nós, encontra na pessoa humana, na subjetividade entendida em sua essencial intersubjetividade, a sua origem primeira, como valor-fonte de todo o mundo das estimativas, ou mundo histórico-cultural.⁵⁹

Sob o prisma jurídico e, especialmente, sobre as relações familiares, Pablo Stolze e Pamplona Filho reconhecem a dignidade humana enquanto princípio solar do ordenamento jurídico que “traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade”⁶⁰.

Nesse mesmo sentido, analisa Ingo Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁶¹

Além da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o diploma constitucional também estabelece em seu artigo 3º, inciso I, o princípio da solidariedade como objetivo do Estado brasileiro.⁶²

⁵⁹REALE, 1989, p. 168.

⁶⁰GAGLIANO, P. S; PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 82.

⁶¹SARLET, I. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2001, p. 60

⁶²Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Pautado da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o princípio da solidariedade também provoca uma mudança de paradigma nas relações privadas, em especial nas relações familiares. Ensina Paulo Lôbo:

Na evolução dos direitos humanos, aos direitos individuais vieram concorrer os direitos sociais, nos quais se enquadra o direito de família. No mundo antigo, o indivíduo era concebido apenas como parte do todo social; daí ser impensável a ideia do direito subjetivo. No mundo moderno liberal, o indivíduo era o centro de emanção e destinação do direito; daí ter o direito subjetivo assumido a centralidade jurídica. No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos.⁶³

A solidariedade se projeta no mundo jurídico enquanto categoria ética e moral vinculada a um sentimento racionalmente guiado pelos valores humanos afirmados na Carta democrática atrelados aos direitos sociais.⁶⁴ Tem-se, assim, o abandono do individualismo, cuja solidariedade perpassa a esfera da responsabilidade estatal. A sociedade e cada um dos membros que nela vivem também assumem essa responsabilidade.⁶⁵

As relações familiares ganham um direcionamento constitucional pautado em valores essenciais à pessoa, tendo a dignidade humana e a solidariedade como núcleo existencial. A solidariedade surge como cláusula geral a guiar as relações privadas.

Com o advento da Constituição, a dignidade e solidariedade se tornam, portanto, presentes em todo o ordenamento jurídico, inclusive nas normas que regem as relações familiares, sendo considerados para a doutrina como princípios jurídicos fundamentais do direito de família.

2.2.3 Novos princípios gerais aplicáveis

Diante das transformações ocorridas no direito civil, princípios gerais também podem ser observados de forma expressa e implícita, estes derivados da interpretação das normas constitucionais e do próprio princípio da dignidade humana.

Com as mudanças narradas, o modelo familiar historicamente tradicional passa a ser

⁶³LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. Vol.5. ed. 9. Saraiva: São Paulo, 2019, p. 60.

⁶⁴DENNINGER, Erhard. “*Segurança, diversidade e solidariedade*” ao invés de “*liberdade, igualdade e fraternidade*”. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte: UFMG, n. 88, dez. 2003.

⁶⁵WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 719.

superado no Brasil de modo que o afeto se torna o requisito primeiro para sua nova estruturação. Diante disso, o padrão familiar pautado na heteronormatividade⁶⁶ passa a ser rompido pelo reconhecimento de outras uniões afetivas.

Nessa perspectiva do direito civil-constitucional, outras formas de entidades familiares passam a ser consideradas, sendo o afeto uma nova categoria jurídica para promoção da dignidade da pessoa humana. A família sofre uma mudança estrutural e funcional que rompe com o modelo patriarcal e patrimonial vigente na legislação civil brasileira, adquirindo, agora, uma finalidade humanista pautada na afetividade enquanto bem jurídico.⁶⁷

O afeto surge como fundamento e requisito para os laços familiares, podendo se sobrepor, inclusive, a laços consanguíneos, contrariando, assim, o diploma civil de 1916 que reconhecia família apenas se houvesse casamento.

Com as transformações provocadas pela Constituição, outros modelos de entidades familiares passaram a ser reconhecidos normativamente e jurisprudencialmente. Segundo Giselle Câmara Groeninga⁶⁸: “O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável”. Um afeto, portanto, que decorre da liberdade que toda pessoa humana tem de afeiçoar-se a outra, se torna a mola propulsora das entidades familiares.⁶⁹

A família também recebe o nome de democrática que, pela acepção da palavra, não contempla mais apenas um padrão, mas sim todos os arranjos familiares nos quais haja afeto e promoção da dignidade humana - observadas as condições peculiares de todos os membros enquanto pessoas que os integram. Nesses aspectos, analisa Maria Celina Bodin de Moraes:

Democracia como modelo significa igualdade, social e civil, e a rejeição de qualquer discriminação e preconceito. O termo diz respeito também à liberdade, incluindo liberdade de decidir o curso da própria vida e o direito de protagonizar um papel ao forjar um destino comum. Abriga ainda as noções de pluralismo e de diversidade cultural, vinculando solidariamente os membros de grupos e de estilos de vida, interligando os diferentes grupos

⁶⁶Segundo Foster (2001, p. 19): “Por heteronormatividade, entende-se a reprodução de práticas e códigos heterossexuais, sustentada pelo casamento monogâmico, amor romântico, fidelidade conjugal, constituição de família (esquema pai-mãe-filho(a)(s)). Na esteira das implicações da aludida palavra, tem-se o heterossexismo compulsório, sendo que, por esse último termo, entende-se o imperativo inquestionado e inquestionável por parte de todos os membros da sociedade com o intuito de reforçar ou dar legitimidade às práticas heterossexuais.

⁶⁷ MADALENO, Rafael. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. 3. Ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 20.

⁶⁸ GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre-desenvolvimento da personalidade. In: *Família e dignidade humana*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: IBDFAM. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006, p. 448.

⁶⁹ BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: *Família e dignidade humana*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: IBDFAM. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006, p. 885.

sociais em direção à coexistência pacífica e a uma respeitosa integração.⁷⁰

O modelo de família democrática se pauta justamente na concretização da dignidade humana. Conforme conceitua a aludida autora⁷¹: “famílias democráticas nada mais são do que famílias em que a dignidade de cada membro é respeitada e tutelada”.

Além disso, a Constituição promove a emancipação de todas as pessoas que integram a família consagrando o princípio da igualdade no artigo 5º e, de modo específico à sociedade conjugal, no §5º do artigo 226. Essa isonomia, portanto, não reflete apenas nos homens e nas mulheres enquanto sociedade conjugal, mas também a todos os demais membros.

Isso influencia, futuramente, na supressão do pátrio poder no Código Civil aprovado em 2002, bem como em outras legislações especiais, como aquelas atinentes aos filhos. Afinal, com a consagração desse princípio da igualdade familiar, os filhos antes considerados ilegítimos por não serem frutos do casamento, agora, passam a ter os mesmos direitos que os demais, inclusive sucessórios.

A igualdade familiar surge como braço do princípio fundamental da dignidade humana, rompendo com o modelo assimétrico que colocava as mulheres em situação de desigualdade e subalternidade nas relações conjugais. Inclusive, garantindo que não apenas os direitos, mas também as obrigações com os filhos menores, especialmente quanto à criação, educação e proteção deles que, historicamente, foram atribuídas com exclusividade à mãe, passem a ser divididas por igual.

Importante destacar também o §8º do art. 226 da CF/1988, que determina a tutela da família por parte do Estado no sentido de coibir a violência no âmbito de suas relações, criando mecanismos estatais necessários para tanto.⁷²

Assim, não apenas a igualdade conjugal é reconhecida, mas também o dever do Estado de garantir a preservação da dignidade humana de cada pessoa que dentro dela integra. A violência antes naturalizada e legitimada por um modelo familiar patriarcal consagrado normativamente, deixa de ser considerada problema de foro íntimo restrito ao âmbito privado, passando a se tornar problema de interesse público a ser combatido pelo Estado, por imperativo

⁷⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 211.

⁷¹MORAES, Maria Celina Bodin de. *A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas*. In: TEIXEIRA, Ana CAROLINA Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p.6.

⁷²Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

constitucional.

Através da introdução desses novos ideais e princípios, dando espaço para a família democrática, as relações familiares passam a ser tuteladas progressivamente pelo Estado nas suas mais diversas configurações, de modo que legislações específicas são promulgadas no sentido de regulamentarem a proteção estabelecida constitucionalmente às pessoas vulneráveis no contexto familiar, a exemplo da mulher, da criança e do adolescente. Anote-se a definição de vulnerável conforme ensina Cláudia Lima Marques:

Como indica a própria etimologia do adjetivo ‘vulnerável’, que deriva de *vulnus* no latim a significar machucado, atacado por um mal ou frágil (nas línguas indo-europeias: *welanos*), vulnerabilidade é o estado daquele que tem um ponto fraco (*vulnus*), aquele que pode ser ‘ferido’ (*vulnerare*) ou é vítima facilmente.⁷³

É na análise desse debate que pontua Maria Celina Bodin de Moraes: “a igualdade de gênero também é condição essencial da democratização de qualquer instituição sendo necessário pôr termo à desigualdade fática da mulher nas mais diversas situações”⁷⁴.

A partir desse modelo, o sistema jurídico se volta para a tutela de direitos com o objetivo de promover a dignidade humana através da concretização da equidade e da cidadania, sobretudo dos hipossuficientes.

Sobre esses aspectos, ensina o professor Enoque Feitosa: “uma concepção de cidadania e desenvolvimento historicamente situados só adquire potencial heurístico se reconhecer indivíduos reais em suas condições materiais de vida”⁷⁵.

É a partir dessa compreensão que as minorias podem ser identificadas, a exemplo das mulheres e das crianças e adolescentes inseridos nos conflitos familiares, analisando as transformações ocorridas no Estado brasileiro para a promoção da dignidade humana de todos e para a tutela dos vulneráveis nesse contexto.

2.3 A RATIFICAÇÃO À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA E A PROMULGAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

⁷³MARQUES, Cláudia Lima. *Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro*. In: GRUNDMANN, Stefan et. al. (org.). *Direito privado, Constituição e fronteiras – encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 313.

⁷⁴MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 232.

⁷⁵FEITOSA, Enoque. *Para superação das concepções abstratas e formalista da forma jurídica*. In: BELLO, Enzo (Org.). *Ensaio crítico sobre direitos humanos e constitucionalismo*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

Conforme mencionado anteriormente, criança e adolescente não eram reconhecidos como sujeitos de direito antes da Constituição Federal de 1988.

Em 1979, foi promulgado o Código de Menores brasileiro o qual se dirigiu às crianças em situação de risco social, considerando que tal condição as colocava sob a necessidade de intervenção do Estado – e não de proteção.

Com o advento da Constituição de 1988, a reconstrução das categorias dos direitos de família, a partir dos valores consagrados constitucionalmente, uma série de transformações também ocorrem para o reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente.

Em 1990, através do Decreto n. 99.710/990, o Estado brasileiro ratifica a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, que estabelece a doutrina da proteção integral no sentido de reconhecer a necessidade de tutelar a criança e o adolescente enquanto destinatários da proteção especial do Estado e sujeitos direitos que merecem crescer em um ambiente familiar de felicidade, amor e compreensão.

Nos termos do artigo 18.1 da Convenção, os pais ou, quando for o caso, os representantes legais, possuem obrigações comuns atreladas à educação e ao desenvolvimento da criança, devendo os Estados signatários promover medidas capazes de garantir o reconhecimento desses deveres atrelados ao melhor interesse da criança⁷⁶.

A doutrina da proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos em face não apenas do Estado, mas da família e de toda a sociedade. Uma visão, portanto, divergente daquela operante antes da Constituição de 1988 quando da vigência da doutrina da situação irregular segundo a qual tais pessoas eram desprovidas de direitos, sendo tratadas pelo legislador de forma coisificada.

Nesse contexto, outro importante instrumento é promulgado no ordenamento jurídico: a Lei no 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que incorpora a Convenção, reconhecendo o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade como direitos também assegurados à criança e ao adolescente. Os direitos nela afirmados norteiam o sistema jurídico brasileiro, devendo ser aplicados sem qualquer tipo de discriminação.

O Estatuto ratifica a doutrina da proteção integral, introduzindo uma nova perspectiva no tratamento jurídico a esse grupo de pessoas, promovendo o desenvolvimento sadio e o

⁷⁶Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710/1990): 1. Os Estado Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

protagonismo da infância e da juventude enquanto sujeitos de sujeitos, que passam a merecer atenção especial do Estado, da família e da sociedade. Nos dizeres de Gaburri e Silva: “as crianças deixaram de ser meros ‘objetos’ de intervenção estatal para se tornarem sujeitos protagonistas e detentores legítimos de direitos”⁷⁷.

Diante de todos esses direcionamentos, a Constituição estabelece expressamente em seu artigo 227 o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar a proteção integral da criança e do adolescente, os colocando a salvo de toda forma de violações e lhes dando absoluta prioridade na concretização dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Tais direitos são afirmados à criança e ao adolescente diante de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, motivo pelo qual merecedores de atenção especial, integral e prioritária do Estado, da sociedade e da família nesse sentido.

O melhor interesse da criança presente no artigo 227 da Constituição Federal⁷⁸ também se encontra previsto no artigo 3.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU⁷⁹ enquanto princípio a ser observado no cumprimento da proteção integral.

Os princípios da convivência e da responsabilidade familiar surgem também enquanto princípios gerais do direito de família e necessários para a proteção integral da criança e do adolescente ao passo que garantem aos mesmos crescer com na presença de seus pais, os quais podem ser responsabilizados por omissão, inclusive, afetiva.

Categorias do direito de família codificadas, a exemplo da filiação, são revistas à luz do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, de modo que a doutrina da proteção integral, além de ratificar tal princípio como critério hermenêutico, lhe dá natureza de cláusula geral identificada nos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal⁸⁰.

⁷⁷GABURRI, Fernando; SILVA, Aurélia Carla Queiroga da. Criança e adolescente: sujeitos de direito e superação da condição de vulnerabilidade no Estado Democrático de Direito. In: FERRAZ, Carolina; LEITE, Glauber Salomão. *Direito à Diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015, p.429.

⁷⁸Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁷⁹Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 3.1: Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

⁸⁰BARBOZA, Heloisa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Disciplina da Filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *O Melhor Interesse da Criança: um Debate Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 115.

Acerca da norma disposta no art. 227 do texto constitucional, analisam Moraes e Teixeira:

Pela dicção do art. 227 da Constituição, não há dúvida de que os direitos ali previstos têm caráter de essencialidade e são destituídos especificamente ao menor. Para tanto, basta proceder à verificação da fundamentalidade material dos direitos em análise, ou seja, a circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana⁸¹.

Ao Estado, à sociedade e à família passa a ser imputado o dever de assegurar, de forma prioritária, todos os direitos necessários para que a criança e o adolescente tenham um desenvolvimento pleno.

A responsabilidade, a convivência familiar e o melhor interesse surgem, portanto, como princípios que vinculam a família, a sociedade e o Estado a proteger a criança e do adolescente como prioridade a partir de normas internacionais e domésticas.

Essa realidade rompe com o regime anterior, que “foi produto de uma mentalidade privatista, segundo a qual criança e adolescente eram considerados ‘objeto’ de preocupação unicamente da família e nunca do Estado”⁸², de modo que ao ente estatal caberia intervir tão somente nas relações sociais e domésticas que envolvessem menores que cometessem atos infracionais.

Os filhos, agora, não mais se encontram em situação de invisibilidade e desigualdade. Pelo contrário: recebem proteção especial a ser concretizada pelo Estado, pela sociedade e pela família.

Tem-se, assim, o fim de concretizar a dignidade humana da criança e do adolescente diante da condição de vulnerabilidade que os revestem⁸³; e, também, do valor intrínseco como seres humanos e sua necessidade especial como pessoas em desenvolvimento com valor prospectivo de dar continuidade ao seu povo e à sua espécie⁸⁴.

A criação e educação dos filhos assume uma função social a ser exercida pela família,

⁸¹MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 227, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. P. 2.129.

⁸²GABURRI, Fernando; SILVA, Aurélia Carla Queiroga da. Criança e adolescente: sujeitos de direito e superação da condição de vulnerabilidade no Estado Democrático de Direito. In: FERRAZ, Carolina; LEITE, Glauber Salomão. *Direito à Diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015, p.428.

⁸³LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁸⁴COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente*. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 19.

pela sociedade e pelo Estado, buscando sempre a proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente, repousando, desse modo, no princípio da solidariedade familiar.

2.4 O ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O ROMPIMENTO COM O PÁTRIO PODER

Ao longo do século XX, o Direito Civil Brasileiro passa por um processo de descodificação, de modo que o seu centro gravitacional, antes atrelado a um único diploma normativo, passa a ser guiado por diversas leis esparsas voltadas para categorias específicas.

Além desse processo de descodificação iniciado ao longo do século XX, os institutos relacionados às relações familiares, conforme visto anteriormente, passam a receber um novo direcionamento à luz dos princípios constitucionais, sendo transformados axiologicamente num espaço voltado para a realização do afeto e da dignidade humana⁸⁵.

Tais transformações acabam por influenciar as normas infraconstitucionais e a própria hermenêutica aplicada nas relações jurídico existenciais, a exemplo do reconhecimento da filiação enquanto processo destinado à afirmação e desenvolvimento da personalidade, reconstruindo o direito de família à luz dos valores fundamentais⁸⁶.

Por esses motivos, o novo Código Civil Brasileiro, promulgado em 2002, sofreu críticas doutrinárias, as quais sustentaram a desnecessidade de um novo diploma codificado, haja vista o processo de descentralização já iniciado ao longo do século XX e a possibilidade de aplicação das leis esparsas e dos princípios estabelecidos constitucionalmente através de uma metodologia sistemática exercida pelo Judiciário e pela doutrina.

Em que pese tais críticas, é possível identificar no Código Civil de 2002 algumas alterações em consonância aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente e às normas decorrentes de tratados internacionais recepcionados pelo Estado Brasileiro, especialmente quanto aos institutos do direito de família. Exemplo disso está na supressão do termo “pátrio poder”.

Conforme abordado anteriormente, o Código Civil de 1916 destinava o exercício do pátrio poder ao marido, de modo que somente em caso de impedimento ou ausência deste, a mulher poderia fazê-lo⁸⁷. E mesmo após as alterações ocorridas com o Estatuto da Mulher

⁸⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁸⁶TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 200, p. 175.

⁸⁷Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

Casada, em 1962, a mãe permaneceu na função subsidiária, enquanto colaboradora do marido, o qual teria decisão prevalente em caso de divergência⁸⁸.

O Código Civil de 2002 substitui o termo “pátrio poder” por “poder familiar”, estabelecendo o seu pleno exercício, de forma igualitária, a ambos os pais, além de deixar expresso que, em caso de divergência, o desacordo será solucionado pela autoridade judicial – não havendo mais prevalência da decisão do pai, como anteriormente⁸⁹. Tem-se, agora, o exercício da autoridade parental por ambos.

Tal mudança acaba por contribuir para a desconstrução das desigualdades de gênero que, historicamente, destinava unicamente às mulheres os deveres diretos atrelados à educação e criação dos filhos menores em detrimento de uma figura paterna provedora e distante afetivamente.

Essas transformações traduzem a realização da igualdade e da colaboração democrática nas relações familiares, suprimindo não apenas uma expressão em si, mas a perspectiva patriarcal que permeou, secularmente, o sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, analisa Fachin:

Ao projetar em contraste os contornos do “pátrio poder” com o “poder familiar”, ver-se-á que a distinção entre ambos também se consolida, de certo modo, em um desdobrar de perspectivas. Destarte, se no “pátrio poder” o que se percebe é a preponderância da figura paterna sobre os filhos, no “poder familiar” se destaca a relação entre pais e filhos, relacionamento que, na verdade, se consubstancia distante da unilateralidade⁹⁰.

Rompe-se com a superioridade patriarcal historicamente vigente através da equiparação entre homens e mulheres nas relações familiares, evidenciando a necessidade de ambos cuidarem dos filhos menores enquanto sujeitos de direito destinatários da proteção integral.

Essa substituição do termo “pátrio poder” por “poder familiar”, atrelada ao próprio reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, acaba por consolidar, à luz de uma metodologia civil-constitucional, o novo perfil da família democrática.

⁸⁸Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

⁸⁹Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

⁹⁰FACHIN, Luiz Edson. *Do pater familias à autoridade parental: elementos da travessia entre “pátrio poder”, “poder familiar” e “autoridade parental”*. *Revista do Advogado*, n.112, p. 99-103, jul. 2011. p.100.

É nesse sentido que Caio Mário da Silva Pereira⁹¹ define o poder familiar como o “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o art. 226, §5º, da Constituição”.

Ademais, as conquistas com tal mudança legislativa não atingem apenas as pessoas dos pais, mas, sobretudo, dos filhos. O poder familiar é consagrado no Código Civil de 2002 não somente no sentido de conceder direitos iguais a ambos os pais enquanto autoridades parentais, mas também deveres.

A denominação tradicional do antigo pátrio poder, atrelada a um caráter despótico inspirado no direito romano, é abandonada com o novo diploma civil, se tornando muito mais um complexo de deveres do que um conjunto de direitos amplos e ilimitados dos pais sobre o filho⁹². Segundo Vilela e Olivieri, “da figura do pátrio poder, centrado na função de gestão patrimonial, caminhou-se para a autoridade parental, que assume função educativa, de promover as potencialidades criativas dos filhos”⁹³.

O poder familiar se torna o meio através do qual os pais, mães ou outros responsáveis legais passam a exercer, igualmente, o dever de promover o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente, através da convivência familiar harmoniosa, com a devida subsistência afetiva e material. Analisam Xavier e Colombo:

Acompanhando a profunda ressignificação da família, segundo a metodologia civil-constitucional, também a linguagem foi compatibilizada com os valores emergentes do novo contexto sociocultural das relações familiares. O “pátrio poder”, expressão tradicionalmente adotada pelo Código Civil de 1916, foi substituída por “poder familiar”, indicando a desconstrução da assimetria das relações conjugais, base do sistema patriarcal e, por via de consequência, enaltecendo o caráter democrático da família constitucionalizada⁹⁴.

Conforme mencionado, os fins públicos e privados se fundem quanto à promoção da dignidade humana nas relações familiares, em especial na proteção das crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade.

Por força normativa e principiológica, um novo direcionamento é dado à entidade

⁹¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11.ed. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 240.

⁹²GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 389.

⁹³MULTEDO, Renata Vilela. OLIVIERI, Isabella. A heteronomia estatal judicial no exercício da autoridade parental por meio do reconhecimento da parentalidade socioafetiva. In: *Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos*. Adriano Marteleto Godinho... (et al.); org. Ana Carolina Brochado Teixeira, Luciana Dadalto. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 39.

⁹⁴XAVIER, Marília Pedroso. COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Guarda e Autoridade Parental: por um regime diferenciador. In: *Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos*. Adriano Marteleto Godinho... (et al.); org. Ana Carolina Brochado Teixeira, Luciana Dadalto. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 39.

familiar. O pátrio poder de cunho hierárquico, antes legitimado pelo ordenamento jurídico, passa a ser rechaçado em face da dignidade humana de todas as pessoas que integram a entidade familiar. Assim, as violações físicas e psíquicas cometidas pela autoridade despótica do pai contra a mulher e os filhos, na condição de subservientes à autoridade patriarcal, passam a ser combatidas.

3 CONVIVÊNCIA FAMILIAR E GUARDA DOS FILHOS

A Constituição Federal de 1988, consagrando a pluralidade democrática a partir da liberdade, da igualdade e da solidariedade, passou a reconhecer a entidade familiar através de diversos arranjos revestido de aspectos existenciais atrelados ao afeto e à dignidade humana.

O modelo de família patriarcal, historicamente perpetuado e legitimado pela própria legislação, foi perdendo espaço para a necessidade de uma maior participação do pai na criação direta com os filhos e na realização das tarefas domésticas, bem como para a contribuição financeira da mãe com as despesas do lar, especialmente com a inserção da mulher no mercado de trabalho e as modificações advindas com o avanço do capitalismo. O consumo passa a ser foco da produção econômica, e não mais a família, exigindo do homem e da mulher a realização de atividades laborais fora do convívio familiar e a educação dos filhos voltada para um ambiente de trabalho competitivo e cada vez mais distante da autoridade parental.⁹⁵

Nesse sentido, com uma maior limitação do tempo e exigência de aperfeiçoamento técnico nas atividades profissionais, surge a necessidade de uma família colaborativa, pautada na divisão de tarefas relativas à criação dos filhos a partir de responsabilidades mútuas e recíprocas.

3.1 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Dentre as transformações advindas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), a Convenção dos Direitos da Criança (1989) e, especialmente, com a Constituição Federal de 1988, tendo a dignidade humana como fundamento, está a consagração da Doutrina da Proteção Integral, em substituição à Doutrina da Situação Irregular, do Código de Menores (Lei n. 6.697/79), impactando, significativamente, no tratamento destinado às crianças e adolescentes pelo ordenamento jurídico.

O art. 227 da CF estabelece enquanto dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros, a convivência familiar:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao

⁹⁵VENESO, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 247.

adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁹⁶

Um dever imputado sobretudo aos pais, por força do art. 229 do mesmo diploma constitucional, em relação aos filhos menores.⁹⁷

Marcos normativos, portanto, basilares para a Doutrina da Proteção Integral, eixo fundamental do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado em 1990 no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme analisa Melissa Barufi: “A Doutrina da Proteção Integral assenta-se em três estruturas básicas: crianças e adolescentes como sujeitos de direito, ou seja, deixam de ser objetos passivos para se tornarem titulares de direitos; destinatários de absoluta prioridade; e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.⁹⁸

De disciplinadas a protegidas, crianças e adolescentes passam a ser reconhecidas como sujeitos de direitos destinatários de uma proteção especial do Estado, da família e da sociedade, devendo os seus interesses serem tutelados integralmente enquanto garantia de um desenvolvimento sadio e pleno. Uma mudança de paradigma, portanto, na perspectiva de que são seres em formação e desenvolvimento físico, emocional e intelectual que necessitam de proteção integral e prioridade para que tenham um desenvolvimento saudável para a formação do que serão no amanhã, enquanto adultos e cidadãos.

Embora não previsto expressamente na legislação, o princípio do melhor interesse da criança – *best interest of the child*, opera-se no direito brasileiro através da ratificação do Brasil, por meio do Decreto n. 99.710/09, à Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que assim prevê em seu art. 3.1:

(...) todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.⁹⁹

O melhor interesse das crianças e adolescentes reconhecido, assim, enquanto diretriz a

⁹⁶Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

⁹⁷Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁹⁸BARUFI, Melissa Telles. “Proteção integral de crianças e adolescentes: conquista a ser conservada e ampliada”. In: *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, ed. 45, p. 6, jun./jul. 2019.

⁹⁹Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

guiar todo o Estado, através de todas as atividades desempenhadas por seus Poderes, bem como toda a sociedade, através das instituições privadas que a compõem, dentre elas, a família.

A partir dessa concepção de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos destinatários de proteção integral e cujos interesses devem ser priorizados, as relações familiares também são transformadas a partir da igualdade, do afeto e da solidariedade para a realização da dignidade humana dos vulneráveis.

O princípio do melhor interesse da criança surge, assim, como garantidor da doutrina da proteção integral, sendo utilizado enquanto critério hermenêutico e cláusula genérica que se traduz nos direitos fundamentais da criança e do adolescente, especialmente nas relações parentais, para o bom desenvolvimento dos filhos menores.¹⁰⁰

Além disso, como também centro da tutela jurídico-familiar, a partir da concepção da criança como sujeito de direitos e pessoa em desenvolvimento merecedora de proteção especial, constituem, assim, a convivência familiar como direito do filho a ser exercido como direito-dever pela autoridade parental.

A incidência desse princípio em conjunto com o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial transforma a hermenêutica no sentido de, segundo Gustavo Tepedino, “separar dogmaticamente as situações jurídicas patrimoniais das situações jurídicas existenciais e assim, conseguintemente, a lógica das relações de apropriação e da atividade econômica privada da lógica da vida comunitária familiar, destinada à formação e desenvolvimento da personalidade”.¹⁰¹

A partir dessas transformações, os deveres e cuidados com os filhos passam a ser estabelecidos de forma igualitária, em responsabilidades e obrigações a ambos os pais, sempre voltadas para o melhor interesse da criança e do adolescente. As categorias do direito das famílias tradicionalmente abordadas dogmaticamente, dentre elas a filiação e a guarda, passam a ser reconstruídas a partir de valores existenciais.

Esse novo direcionamento dá aos filhos o direito à convivência familiar, independentemente da guarda. Rompe-se com a sistemática legal anterior de que a proteção da criança se resumia a quem ficasse com sua guarda, colocando o dever a ambos os pais de conviver com os filhos, estando ou não na condição de guardião. Nestes termos, analisa Paulo Lôbo:

¹⁰⁰BARBOZA Heloisa Helena. O estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 115.

¹⁰¹TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, vol. 17, jan./mar., 2004, p. 34.

Mais do que a guarda, concebida tradicionalmente como poder sobre os filhos de um pai contra o outro, a proteção dos filhos constitui direito primordial destes e direito/dever de cada um dos pais. Invertendo-se os polos dos interesses protegidos, o direito à guarda converteu-se no direito à continuidade da convivência familiar ou no direito ao contato.¹⁰²

A proteção dos filhos assume, assim, uma conceituação mais abrangente, que, inclusive, promove a igualdade material entre homens e mulheres, retirando a carga histórica imputada unilateralmente à mãe quanto à criação dos filhos. Criança e adolescente passam a ter a garantia constitucional de conviver com ambos os pais. Assim, mesmo diante do rompimento da relação afetiva entre os genitores, o exercício da autoridade parental em relação aos filhos se mantém enquanto direito-dever para ambos.

3.2 DO PODER FAMILIAR À AUTORIDADE PARENTAL: O DIREITO-DEVER

A autoridade parental, estabelecida como poder familiar no Código Civil, está atrelada aos direitos e aos deveres dos pais em relação aos filhos até que alcancem a capacidade civil plena. Uma nova realidade que rompe com o modelo de caráter patrimonialista e patriarcal historicamente estabelecido nas relações familiares.

Nos termos do art. 1.634 do Código Civil, o “poder familiar” abrange um conjunto de responsabilidades a serem partilhadas igualmente pelos pais, independentemente da situação conjugal.¹⁰³ O novo diploma civil acompanha os direcionamentos traçados para a família democrática, mais precisamente no §5º do artigo 226¹⁰⁴ e no artigo 229¹⁰⁵ da Constituição Federal de 1988, que estabelecem a igualdade entre os cônjuges e reconhecem a necessidade de proteger integralmente criança e adolescente enquanto pessoas em desenvolvimento.

Os filhos não estão mais em situação de sujeição quanto ao pátrio poder. Agora, reconhecidos enquanto sujeitos de direito e destinatários da proteção integral, passam a ocupar

¹⁰²LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. Vol.5. ed. 9. Saraiva: São Paulo, 2019, p. 192.

¹⁰³Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder , p. familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda .unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

¹⁰⁴Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) §5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

¹⁰⁵Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

o centro das relações familiares com total atenção e prioridade. Segundo Perlingieri, essa nova relação educativa paterno-materno-filial “não é mais entre um sujeito e um objeto, mas é uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro”.¹⁰⁶

As relações entre pais e filhos assumem, nessa ótica, uma concepção igualitária e participativa, distante da ideia de sujeição e hierarquia coercitiva. Tem-se, assim, a consolidação da família democrática, fundamentada na dignidade da pessoa humana e funcionalizada através de um arcabouço principiológico destinado à realização dos valores existenciais, especialmente no que diz respeito à tutela dos vulneráveis.

Analisa Patrícia Pimentel Ramos:

Na atualidade, a concepção do poder familiar é instrumental e democrática, funcionalizada para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho, visando à sua educação e criação de forma participativa, com respeito à sua individualidade e integridade biopsíquica, e, sobretudo pautada no afeto.¹⁰⁷

Os pais assumem o dever não apenas de prover os filhos no sentido material, mas também de lhes dirigir proteção e afeto a partir de um viés democrático de colaboração. Promover o pleno desenvolvimento da personalidade dos filhos com vistas à sua emancipação, mas respeitando sua dignidade pessoal.¹⁰⁸ Contudo, esse direito não se destina apenas aos filhos, mas também aos pais, que, além de terem a obrigação de prover a prole, possuem o direito de presenciar seu crescimento. Observa Fachin: “Ao auxiliar no desenvolvimento da personalidade dos filhos, educando-os, estarão os pais satisfazendo o desenvolvimento da sua própria personalidade”.¹⁰⁹

A autoridade parental tem, assim, uma função atrelada não apenas ao bem-estar dos filhos, mas de todas as pessoas que compõem aquela relação familiar. Um encargo destinado aos pais que também lhes serve como meio para o bem-estar, pois, além atrelado ao sustento, proteção e responsabilidade, também encontra guarida na construção do afeto, da identidade familiar e da felicidade. É o que professor Pietro Perlingieri denomina de direito-dever:

Esse constitui um verdadeiro ofício, uma situação de direito-dever: como fundamento da atribuição dos poderes existe o direito de exercê-los. O exercício da *potestà* não é livre, arbitrário, mas necessário no interesse de

¹⁰⁶PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 999.

¹⁰⁷RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada*. 2.ed. v.2. São Paulo: 2018, p. 43.

¹⁰⁸MENEZES, Joyceane Bezerra de; BODIN DE MORAIS, Maria Celina. Autoridade parental e a privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v.20, n.2, p.504, mai./ago. 2015, p. 505.

¹⁰⁹FACHIN, Luiz Edson. Do pater famílias à autoridade parental: elementos da travessia entre o “pátrio poder”, “poder familiar” e “autoridade parental”. *Revista do Advogado*, n. 112, jul. 2011, p. 201.

outrem ou, mais especificamente, no interesse de um terceiro ou coletividade.¹¹⁰

A nova ordem jurídica estabelece a ambos os pais uma série de responsabilidades que se voltam mais para o cumprimento de deveres parentais necessários para o desenvolvimento digno dos filhos do que, em si, para a manutenção de um poder autoritário e temido – o que vem ensejando críticas doutrinárias à utilização do termo “poder familiar” utilizado pelo Código Civil de 2002. Analisa Paulo Lôbo:

(...) não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), como fez o Código Civil de 2002, ao denominá-lo “poder familiar”. A mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento. Não há mais poder do pai ou dos pais sobre os filhos.¹¹¹

Assim, a necessidade da substituição do termo poder, pois tal função está mais atrelada à necessidade de uma liderança organizativa, ou seja, de uma superioridade hierárquica necessária para buscar os meios devidos para o pleno desenvolvimento do filho. Segundo Jean Carbonier, um direito-função pautado na proteção dos filhos;¹¹² e segundo Pietro Perlingieri, “mais uma função educativa que propriamente de gestão patrimonial, e é ofício finalizado à promoção das potencialidades criativas dos filhos”.¹¹³

Portanto, embora cunhado como “poder”, está atrelado a um direito-dever. O dever enquanto encargo e responsabilidade; o direito enquanto meio para realização plena do desenvolvimento. Nesse sentido, o poder familiar a ser exercido é um poder que, na verdade, decorre de uma autoridade pautada em um direito-dever. Um equilíbrio entre responsabilidades e direitos a caminharem em conjunto na busca do melhor interesse da criança e do adolescente.

Diante disso, embora o Código Civil utilize a expressão “poder familiar”, a doutrina tem consagrado a expressão “autoridade parental” sob a ótica do conjunto de deveres – e não apenas de poderes - que formam esse instituto. O termo, nesse entendimento, encontra-se mais adequado à axiologia constitucional. Assim analisa Fachin:

Melhor que poder familiar, a expressão autoridade parental traduz uma gama de conjunturas que informam a caracterização de direitos e a assunção de deveres consecutórios, o que desconstrói, por assim dizer, a noção de poder decorrente da terminologia indicada pelo Código Civil (CC) brasileiro em seu

¹¹⁰PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.700.

¹¹¹LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. Vol.5. ed. 9. Saraiva: São Paulo, 2019, p. 303.

¹¹²CARBONNIER, Jean. *Droit et passion du droit*. Paris: Forum/Flammarion, 1996, p. 236.

¹¹³PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 258.

art. 1.631.

Pelas características do poder familiar estabelecidas no artigo 1.634 do Código Civil, bem como no próprio arcabouço de normas constitucionais e infraconstitucionais existentes antes da promulgação do referido diploma, a conotação que o termo “poder” sugere, de fato, não seria a mais apropriada. E, em que pese a consagração normativa da igualdade formal, as desigualdades fáticas ainda persistentes nas relações familiares acabam exigindo, minimamente, transformações atentas à semântica das palavras.

Por isso, a necessidade de utilizar o termo “autoridade parental”, desconstruindo costumes culturais ainda herdados do sistema de violações anteriormente vigente. Ademais, a cláusula geral da tutela da pessoa humana, estreitamente atrelada à igualdade entre cônjuges e à proteção integral da criança e do adolescente, também fundamenta a utilização desse termo.

O exercício da autoridade parental se constitui espécie de situação jurídica existencial que enseja a configuração da filiação. Além desta, a identidade genética. Ou seja, por meio de vínculos decorrentes de fatores biológicos ou do exercício da autoridade parental, o status de filho é alcançado – seja juridicamente ou até mesmo pessoalmente, na condição de pessoa humana e suas referências parentais. Ensina Maria Christina de Almeida: “Cada pessoa se vê no mundo em função de sua história, criando uma auto-imagem e identidade pessoa a partir dos dados biológicos inseridos em sua formação, advindos de seus progenitores”.¹¹⁴

Em que pese a utilização do termo poder familiar no Código Civil promulgado em 2002, a Lei n. 12.318/2010, ao dispor sobre a alienação parental, utiliza expressamente o termo “autoridade parental” ao inserir tal instituto na legislação civil, sinalizando transformações nesse sentido. Ademais, a própria Constituição ao estabelecer os deveres destinados à família, estabelecendo o múnus dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores, respectivamente, em seus artigos 227 e 229, se distancia da concepção de poder. A autoridade parental atrelada aos pais enquanto encargo ligado à proteção e defesa dos filhos em desenvolvimento, assim delegados pela sociedade e pelo Estado por força constitucional.¹¹⁵

Além disso, também encontra consonância no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, que preceituam a obrigação de ambos os pais no desenvolvimento físico e psíquico dos filhos, de forma igualitária e independentemente de situação conjugal. O exercício da autoridade parental, portanto, torna-se meio para promover os direitos fundamentais do menor, à luz do princípio do melhor interesse da criança enquanto

¹¹⁴ALMEIDA de, Maria Christina de Almeida. *O DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 79.

¹¹⁵LÓBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. Vol.5. ed. 9. Saraiva: São Paulo, 2019, p. 306.

pessoa em desenvolvimento e merecedora de proteção especial do Estado, da sociedade e da família.

3.2.1 A guarda como aspecto da autoridade parental

No Brasil, a compreensão do direito à convivência entre pais e filhos não está atrelada, necessariamente, à guarda. E, tradicionalmente, a guarda foi compreendida como um direito subjetivo a ser conferido, unilateralmente, a um dos pais após a ruptura da relação conjugal, de modo que o outro ficaria com mero direito de visita.

O vocábulo guarda remete à noção de proteção, vigilância, posse. Essa compreensão, tradicionalmente atrelada à custódia dos pais em relação aos filhos no Direito das Famílias, acaba trazendo consigo a ideia de vigilância e posse, como se o filho fosse coisa guardada por alguém. Nesse sentido, analisa Rodrigo da Cunha Pereira:

(...) uma significante que está mais para objeto do que para sujeito; mais para posse e propriedade do que cuidado com os filhos. Embora seja um simples vocábulo, traduz a força e o poder do significante, que é preciso mudar, tirar esse sentido de frieza que a palavra impõe. Enquanto a expressão guarda ainda vigora, precisamos fazer alguns ajustes em sua concepção, que carrega o ranço do patriarcalismo e a tradução de uma antiga, e hoje inadequada, forma de criar os filhos de pais separados.¹¹⁶

A mera atribuição da guarda acaba sendo interpretada como dever direto sobre as demandas envolvendo os filhos quando, na verdade, esse dever é imputado a ambos os pais, independente de qual seja o guardião. O compartilhamento de responsabilidades, na verdade, é abarcado, assim como a guarda, pela autoridade parental. Analisa Tepedino:

(...) acaba-se por desvirtuar o instituto da guarda, retirando-lhe a função primordial de salvaguardar o melhor interesse da criança ou do adolescente. Tal perspectiva, contudo, nitidamente inspirada na dogmática do direito subjetivo, própria das relações patrimoniais, torna-se ainda mais inadequada quando a legislação leva em conta a conduta (culpada ou inocente) dos cônjuges antes da separação como critério de atribuição da guarda.¹¹⁷

Uma compreensão, portanto, inadequada aos princípios da igualdade e solidariedade que hoje norteiam as relações familiares, tornando ambos os pais responsáveis pela educação

¹¹⁶PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Dois lares são melhores do que um”. In: *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, ed. 40, p. 5-7, ago./set. 2018.

¹¹⁷TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, vol. 17, jan./mar., 2004, p. 36-37.

dos filhos, independentemente de estarem ou não em um relacionamento afetivo. Além disso, conforme abordado, também ao próprio direito de convivência familiar da criança e adolescente.

Por tais motivos, essa denominação com sentido de poder sobre os filhos tem sido abandonada pela legislação de vários países.¹¹⁸ Isso porque, enquanto o direito à convivência é exercido, reciprocamente, pelos pais e pelos filhos, o direito à guarda é exercido apenas pelos pais, seja unilateralmente ou de forma compartilhada, ou até mesmo por um terceiro. Assim, se apenas um dos pais for guardião, não significa que o outro não detém a autoridade parental, muito menos que não tenha o direito-dever de exercer a convivência familiar com o filho.

A guarda dos filhos é um aspecto da autoridade parental, instituto que, no direito brasileiro, é mais abrangente, pois vincula os pais a direitos e deveres que independem da condição de guardiões ou não. Por tais motivos, é possível que uma terceira pessoa detenha a guarda sem estar na titularidade da autoridade parental. Exemplo disso está nos casos em que os pais continuam no direito-dever de exercerem a autoridade parental mesmo quando a guarda é deferida aos avós.

A guarda, portanto, embora seja configurada enquanto aspecto da autoridade parental, não é, em si, um aspecto exclusivo dessa condição. Constitui um direito distinto e autônomo por quem a detém, sendo independente da autoridade parental. Segundo analisa Tepedino, a autoridade parental acaba sendo mal enquadrada dogmaticamente na figura do direito subjetivo, recebendo atenção doutrinária apenas quanto aos deveres patrimoniais ou às suas hipóteses de perda ou suspensão, e não quanto à sua natureza existencial, atrelada à responsabilidade de ambos os pais no processo educacional dos filhos, independentemente de estarem em sua companhia.¹¹⁹

3.2.2 A guarda e a autoridade parental no direito estrangeiro

Em Portugal, com a promulgação da Lei 61, de 31 de outubro de 2018, alterando alguns institutos do Direito de Família presentes no Código Civil lusitano, a guarda passou a ser restrita às pessoas que não sejam os pais. Preceitua o art. 1906, 1, do Código Civil de Portugal:

As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos

¹¹⁸LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. Vol.5. ed. 9. Saraiva: São Paulo, 2019, p. 192.

¹¹⁹TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, vol. 17, jan./mar., 2004, p. 38.

termos que vigoravam na constância do *matrimonio*, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.¹²⁰

Segundo Douglas Philips, tal reforma deixou claro que, independentemente de estarem juntos, os pais exercem conjuntamente a responsabilidade parental, que abarca a guarda.¹²¹ Não haveria sentido, portanto, estabelecer a guarda para a autoridade parental, mas apenas para terceiras pessoas que excepcionalmente ficassem com esses atributos.

A legislação do Peru estabelece que estando os pais separados, a autoridade parental será exercida por aquele que estiver com a guarda. Em tais casos, o não guardião fica com o exercício da autoridade parental suspenso. Preceitua o art. 420 do Código Civil peruano:

*Artículo 420º.- Patria potestad en caso de decaimiento o invalidación del vínculo matrimonial. En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.*¹²²

Na Bolívia, além de também estabelecer que a autoridade parental é exercida pelo guardião, também dispõe a preferência pela guarda materna, nos termos do art. 255 do Código de Família vigente no país:

*Art. 255.- (AUTORIDAD SOBRE LOS HIJOS RECONOCIDOS POR SUS PADRES). La autoridad sobre los hijos reconocidos por sus padres se ejerce por el que tiene la guarda de los hijos. Esta guarda corresponde regularmente a la madre, aunque sea menor de edad o el reconocimiento hecho por ella sea de fecha posterior al del padre, a no ser que el hijo haya sido entregado a este último o haya quedado de otra manera en su poder. No obstante, el juez, atento el interés del hijo, puede confiar la guarda de éste al padre, y aun entregarle en tutela a otra persona, prefiriendo a los parientes más próximos. A falta de la madre puede adoptarse la misma determinación. Los acuerdos que celebren entre sí los progenitores, pueden aceptarse, siempre que no sean perjudiciales al interés del hijo. En caso diverso, el hijo puede ser entregado a un establecimiento especializado*¹²³

Verifica-se a cultura da guarda materna, também existente no Brasil mesmo com o advento da Lei n. 13.058/2014, que estabeleceu a guarda compartilhada como regra no

¹²⁰Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/106487514/201703311258/73409386/element/diploma>> Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

¹²¹PHILIPS, Douglas. *A nova guarda compartilhada*. 2. ed. Florianópolis: VOXLEGEM, 2015, P.41.

¹²²Disponível em: < <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/E30704584D944BE305256D25005C8ECA?opendocument> >. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

¹²³Disponível em: < <https://att.gob.bo/sites/default/files/archivosvarios/Codigo%20de%20familia.pdf> >. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

ordenamento jurídico brasileiro – o que será visto mais adiante.

Na Venezuela, a autoridade parental incorpora os atributos da guarda, da representação e da administração patrimonial dos filhos menores, buscando o cuidado, desenvolvimento e educação, nos termos dos artigos 347 e 348:

Artículo 347: Se entiende por patria potestad el conjunto de deberes y derechos del padre y de la madre en relación con los hijos e hijas que no hayan alcanzado la mayoría, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos e hijas.

Artículo 348: La Patria Potestad comprende la responsabilidad de crianza, la representación y la administración de los bienes de los hijos sometidos a ella.¹²⁴

Semelhante ao direito brasileiro¹²⁵, na Venezuela, a autoridade parental é exercida conjuntamente pelos pais durante o matrimônio, buscando o melhor interesse dos filhos, podendo o Judiciário ser acionado para resolver algum conflito em caso de divergência nesse exercício. Assim estabelece o art. 349 do Código Civil da Venezuela:

Artículo 349. Titularidad y ejercicio de la Patria Potestad. La Patria Potestad sobre los hijos e hijas comunes habidos durante el matrimonio y uniones estables de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, corresponde al padre y a la madre y la misma se ejerce de manera conjunta, fundamentalmente en interés y beneficio de los hijos e hijas. En caso de desacuerdo respecto a lo que exige el interés de los hijos e hijas, el padre y la madre deben guiarse por la práctica que les haya servido para resolver situaciones parecidas. Si tal práctica no existe o hubiese dudas sobre su existencia, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente puede acudir ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Primero del artículo 177. de esta Ley.¹²⁶

Quanto ao exercício da autoridade parental no caso de filhos nascidos fora do casamento, o seu exercício será conferido a ambos os pais se o registro da certidão de nascimento ocorrer conjuntamente. Estabelece o art. 350 do Código de Família Venezuelano:

Artículo 350. Titularidad fuera del matrimonio y de las uniones estables de hecho. En los casos de hijos e hijas comunes habidos fuera del matrimonio o de las uniones estables de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, la Patria Potestad corresponde y la ejercen conjuntamente el padre

¹²⁴Disponível em: <<https://aquirehabladerecho.com/2019/01/31/ejercicio-unilateral-de-la-patria-potestad/>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

¹²⁵Código Civil brasileiro. Art. 1.631. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

¹²⁶Disponível em: <http://leyes.tuabogado.com/lopnna/index.php?option=com_content&view=category&id=56&Itemid=106>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

*y la madre. Cuando el padre y la madre ejerzan de manera conjunta la Patria Potestad, los desacuerdos respecto de los hijos e hijas se resolverán conforme con lo previsto en el artículo anterior.*¹²⁷

Caso o reconhecimento da filiação ocorra primeiramente por um dos pais e o outro não o faça nos seis meses após o nascimento do filho, a titularidade da autoridade parental será apenas daquele que reconheceu inicialmente. Caso contrário, somente por decisão judicial.

3.3 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O termo guarda decorre da palavra francesa *garden*, atrelada ao sentido de vigilância, proteção, conforme analisa Tânia Pereira.¹²⁸ Guarda enquanto “ato de vigiar e cuidar, tendo consigo alguém ou alguma coisa, a exemplo das obrigações que assume o depositário em um contrato de depósito, fato que lhe acarreta também a obrigação de cuidar e de manter a coisa para ser posteriormente devolvida ao depositante”, segundo compara Conrado Paulino.¹²⁹

Um vocábulo que recebe muitas críticas quando utilizado no direito de família, tendo vista sua destinação a pessoas e não a coisas, estando, assim, atrelado a circunstâncias que vão além do ato de vigiar e cuidar, pois envolvem sentimentos e emoções na sua aplicabilidade.¹³⁰

Analisa Rodrigo da Cunha Pereira:

As palavras têm força e poder e veiculam, além de um significado, também um significante, que é a representação psíquica do som, tal como nossos sentidos o percebem. Guarda de filho é uma expressão que tende a acabar. É que ela traz consigo um significante que está mais para objeto do que para sujeito; mais para posse e propriedade do que cuidado com os filhos. Embora seja um simples vocábulo, traduz a força e o poder do significante, que é preciso mudar, tirar esse sentido de frieza que a palavra impõe. Enquanto a expressão guarda ainda vigora, precisamos fazer alguns ajustes em sua concepção, que carrega o ranço do patriarcalismo e a tradução de uma antiga, e hoje inadequada, forma de criar filhos de pais separados.¹³¹

Muitas são as definições para a guarda encontradas na doutrina. Algumas, inclusive, que, por vezes, se confundem com a própria definição de autoridade parental e, também, dela

¹²⁷Disponível em: <http://leyes.tuabogado.com/lopna/index.php?option=com_content&view=category&id=56&Itemid=106>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

¹²⁸PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 393.

¹²⁹ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

¹³⁰ASSIS, Zamira de; RIBEIRO, Wesllay Carlos. A base principiológica do melhor interesse da criança: apontamentos para análise da (im)propriedade da expressão “guarda de filhos” quando do rompimento da conjugabilidade dos genitores. *Revista IOB de Direito de Família*, v. 71, abr./maio 2012, p.88

¹³¹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Dois lares são melhores do que um”. In: *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, ed. 40, p. 5-7, ago./set. 2018.

divergindo em alguns aspectos.

Conforme lições de Mário Aguiar Moura, em sentido jurídico, a guarda constitui a convivência com o menor sob o mesmo teto e o dever de provê-lo materialmente em prol da sua sobrevivência e seu pleno desenvolvimento psíquico.¹³² César Peluso, por sua vez, define a guarda como manifestação operativa da autoridade parental alicerçada na convivência na mesma residência e tendo o guardião, dentre outros, a autorização para o filho sair de casa e o dever de mantê-lo sob sua vigilância, cuidando e evitando que fique em perigo.¹³³ Segundo Jorge Shiguemitsu, a guarda é um instituto ligado à responsabilidade sobre um menor de 18 anos de idade não emancipado, bem como ao dever de atender todas as suas necessidades vitais, provendo assistência material e imaterial.¹³⁴ Guilherme Gonçalves Strenger denomina a guarda como poder-dever dos genitores e submetido a um regime jurídico criado para facilitar o exercício e o amparo daquele que o exercer.¹³⁵ A guarda enquanto poder e dever decorrente da autoridade parental. Rolf Madaleno define a guarda como “convivência propriamente dita, constituído de direito de viver com o filho menor ou incapaz na mesma habitação, com o correlato dever de assumir a responsabilidade direta de velar pelos interesses dos filhos”.¹³⁶

Para uma análise melhor desse instituto, necessário, assim, um resgate histórico acerca da evolução do seu conceito na legislação.

Tradicionalmente, no ordenamento jurídico brasileiro, o termo guarda foi cunhado no sentido de posse, enquanto prerrogativa inerente ao antigo pátrio poder, segundo é possível identificar no art. 384, II, do Código Civil de 1916¹³⁷ antes das alterações provocadas pela Lei n. 6.515/1977 (Lei do Divórcio).

As alterações advindas com a Lei do Divórcio estabeleceram critérios para a fixação da guarda pautados na ideia da culpa, de modo que ao denominado “cônjuge inocente”, configurado como aquele que não deu causa à separação, seria atribuída a guarda; e, em caso de culpa recíproca, a guarda seria priorizada à mãe.¹³⁸ Era admitida, portanto, a discussão acerca da culpa pelo término do casamento em caso de separação litigiosa, sendo excetuada apenas em caso de término amigável, nos termos dos artigos 325 e 326 do CC/1916.¹³⁹

¹³²MOURA, Mário Aguiar. Guarda do filho menor. *Ajuris*. n. 19. vol. 7. p. 15. Porto Alegre: Ajuris, jul. 1980.

¹³³PELUSO, Antonio Cezar. O menor na separação. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. vol. 80. p. 16. São Paulo: Lex, 1983.

¹³⁴FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 86.

¹³⁵STREGER, Guilherme. Gonçalves. *Guarda dos filhos*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 31.

¹³⁶MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 454.

¹³⁷Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

¹³⁸Lei n. 6.515/77. Art. 10. Na separação judicial fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que não houve dado causa.

¹³⁹Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges

Além disso, no caso de culpa recíproca, os filhos de até 6 anos de idade e as filhas até completarem a maioridade ficariam sob a guarda da mãe. Completando 6 anos, o menino passaria a ficar sob a guarda do pai. A regulação de outra maneira somente ocorreria se o juiz assim entendesse de acordo com o melhor interesse da criança.

Com as alterações promovidas no Decreto-lei 3.200/1941, especificamente do seu art. 16, foi estabelecido que a guarda do filho natural seria do genitor que o reconhecesse, período em que ainda havia a distinção entre filho natural e filho “de criação”.¹⁴⁰ Com a promulgação do Decreto-lei 5.213/1943, a norma contida nesse dispositivo foi alterada no sentido de priorizar a guarda paterna caso ambos os pais o reconhecessem como filho, salvo apenas se isso implicasse prejuízo para a criança e adolescente, situação em que caberia ao juiz decidir de outro modo.¹⁴¹

Também é possível identificar a promulgação Decreto-lei 7.701/1946, estabelecendo, em seu art. 1º, a norma de que, havendo desquite judicial sem a fixação da guarda para os pais, seria deferida para pessoa idônea da família do cônjuge inocente, sendo mantido direito de visitas ao cônjuge culpado.

Anos depois, com o advento da Lei 4.121/1962 – Estatuto da Mulher Casada, idade e sexo da criança deixaram de ser critério para a fixação da guarda, mas houve a manutenção da averiguação da culpa. Nesse sentido, caso houvesse cônjuge inocente, este teria prioridade na guarda. E não havendo inocente, prevaleceria a guarda materna. O Judiciário continuou com a prerrogativa de decidir de outra forma se considerasse melhor para a criança e adolescente inseridos naquele contexto, podendo estabelecer uma terceira pessoa como guardiã e mantendo o direito de visitas dos pais.

Embora a atribuição de prevalência da guarda unilateral materna, sob a perspectiva da guarda enquanto “prêmio”, aparentemente, representasse uma garantia dada à mãe enquanto “avanço” em prol da afirmação de direitos promovidos pelo Estatuto da Mulher Casada, reforçou a cultura da guarda materna ainda hoje presente nos costumes sociais e na jurisprudência brasileira enquanto óbice à efetivação da igualdade e corresponsabilidade parental necessária não apenas para o melhor interesse da criança, mas também para redução da sobrecarga feminina nas relações familiares.

acordarem sobre a guarda dos filhos. Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. § 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. § 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

¹⁴⁰Art. 16. O pátrio poder será exercido por quem primeiro reconheceu o filho, salvo destituição nos casos previstos em lei.

¹⁴¹Art. 16. O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menor.

Em 1970, com a promulgação da Lei 5.582/1970, o art. 16 do Decreto-lei 3.200/1941 foi novamente alterado, passando a estabelecer que o filho natural ficaria sob a guarda do genitor que o reconhecesse e, em caso de reconhecimento de ambos, ficaria sob a guarda da mãe, podendo o juiz decidir, excepcionalmente, de outra forma em prol do melhor interesse do menor.¹⁴²

Com a instituição do divórcio no Brasil, através da Lei n. 6.515/1977, a regra seguiu a mesma lógica estabelecida nos casos de desquite de que, em caso de dissolução consensual, os pais poderiam acordar sobre a guarda dos filhos; e, em caso de litígio, a guarda seria estabelecida ao cônjuge que não deu causa à separação, à mãe se a causa foi dada reciprocamente ou a algum familiar idôneo, se o juiz entendesse melhor para o interesse da criança.¹⁴³

Segundo Marcial Barreto Casabona, esta última possibilidade é um dos pontos mais significativos trazidos pela Lei do Divórcio, no §2º do art. 10 e no art. 13, dando ao juiz poderes de afastar as regras da guarda, mas que, na prática, foi raramente e inadequadamente utilizada.¹⁴⁴ Uma regra, contudo, não inovadora, haja vista a mesma compreensão já aplicada anteriormente para os desquites, antes da inserção do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro.

Com a nova legislação à época, se a separação judicial ocorresse com fundamento no § 1º do art. 5º, os filhos ficariam sob o “poder” do cônjuge em cuja companhia estivessem quando da ruptura conjugal.¹⁴⁵ Se houvesse separação de fato há mais de 5 anos, a guarda seria

¹⁴²Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor. § 1º Verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o Juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores.

§ 2º Havendo motivos graves, devidamente comprovados, poderá o Juiz, a qualquer tempo e caso, decidir de outro modo, no interesse do menor.

¹⁴³Art. 10. Na separação judicial fundada no "caput" do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa. § 1º Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. § 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges. Art. 11. Quando a separação judicial ocorrer com fundamento no § 1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum. Art. 12. Na separação judicial fundada no § 2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação. Art. 13. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais. § 2º Havendo motivos graves, devidamente comprovados, poderá o Juiz, a qualquer tempo e caso, decidir de outro modo, no interesse do menor.

¹⁴⁴CASABONA, Marcial Barreto. *Guarda compartilhada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 109.

¹⁴⁵Art. 5º A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum. § 1º A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 5 (cinco) anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.

estabelecida ao cônjuge que esteve na companhia do filho nesse período. E se a separação ocorresse em decorrência de enfermidade mental de um dos cônjuges, manifestada após o casamento, a guarda seria daquele que estivesse em condições saudáveis de exercer os cuidados com os filhos.

Apesar das modificações ocorridas ao longo do século XX, verifica-se que, tradicionalmente, apesar das diversas conceituações, a guarda surge enquanto direito-dever atribuído a apenas um dos genitores após a separação, sendo ao outro garantido o denominado direito de visitas. O melhor interesse da criança por vezes secundarizado em detrimento da culpa dos pais e da posição de inocência e “vitória” do que não deu causa à separação, como se a guarda fosse um prêmio a ser conferido. Uma perspectiva inspirada na dogmática do direito subjetivo, própria das relações patrimoniais.¹⁴⁶

Apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, que assegurou o dever da família, da sociedade e do Estado garantir às crianças e adolescentes o direito à proteção integral, abrangendo, dentre outros, o direito à convivência familiar, desencadeando, nos anos seguintes, a promulgação da Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.3.1 A guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente

Segundo analisam Rolf e Rafael Madaleno, embora Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil utilizem o termo “guarda”, o sentido da palavra não é o mesmo em todas as abordagens realizadas por esses diplomas.¹⁴⁷

Para José Fernando Simão, a guarda possui conceito unitário (ter o menor em sua companhia e sob seus cuidados) e, por isso, não comporta espécies.¹⁴⁸ Contudo, segundo observa Livia Leal, o mesmo autor admite que o termo idêntico utilizado no CC e no ECA possui sentidos distintos.¹⁴⁹

O art. 19 do ECA estabelece que toda criança e adolescente tem direito de ser criada e educada no seio de sua família, sendo colocada em família substituta apenas

¹⁴⁶TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.]. *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 309.

¹⁴⁷MADALENO, Rafael; MADALENO Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p.50.

¹⁴⁸SIMÃO, José Fernando. Guarda de menores: um conceito unitário no Direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-28/processo-familiar-guarda-menores-conceito-unitario-direito-brasileiro>>. Acesso em: 12 de março 2020.

¹⁴⁹LEAL, Livia Teixeira. As controvérsias em torno da guarda compartilhada. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 68-94, Maio/Agosto 2017, p 73.

excepcionalmente.¹⁵⁰ E, nestes casos, segundo o art. 28 da mesma lei, a colocação em família substituta ocorrerá através de guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente.¹⁵¹

Neste dispositivo do ECA, a guarda é apresentada como modalidade possível a ser exercida por família substituta, mesmo que provisoriamente. Um sentido semelhante àquele estabelecido pelo direito português, em caráter de substituição, nos casos de exercício por terceiro em razão da impossibilidade dos pais, conforme anteriormente abordado.

Assim, o ECA prevê a utilização da guarda para o fim de regularizar a “posse de fato” da criança e do adolescente em situação irregular, seja enquanto medida liminar ou incidental nos procedimentos de tutela ou adoção (§1º do art. 33) ou medida de proteção por falta, abuso ou omissão dos pais (§2º do art. 33)¹⁵² ou, ainda, em razão de sua conduta (art. 98, III, e art. 101, VIII).¹⁵³

Esse aspecto atribuído à guarda pelo ECA não é o mesmo utilizado pelo CC/2002. O Código Civil limita a utilização do termo guarda enquanto atribuição própria da autoridade parental que, em regra, são os pais, independentemente de relação conjugal.

Em seu art. 22, o ECA reconhece o sentido atribuído à guarda pelo CC, enquanto dever decorrente dos pais ou responsáveis¹⁵⁴, e, em seu art. 129, VIII, prevê a sua perda por quem não

¹⁵⁰ECA. Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

¹⁵¹ECA. Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 1º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada. § 2º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

¹⁵²Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

¹⁵³Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta. Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - abrigo em entidade; VIII - colocação em família substituta.

¹⁵⁴ECA. Art. 22. Aos pais 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. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

cumprir esses deveres decorrentes da autoridade parental.¹⁵⁵

Porém, o ECA apresenta um sentido à guarda não previsto no CC: o de medida de regularização da posse da criança e do adolescente, através da colocação provisória em família substituta. A guarda, em tal sentido, tem cunho de medida de proteção, podendo sanar a ausência dos pais ou outro responsável ao estabelecer um guardião para representar a criança ou adolescente, com dever de assistência material, moral e educacional, e também com prerrogativas expressas, como conceder ao menor a condição de dependente para fins jurídicos, nos termos do art. 33, *caput* e §3º, do Estatuto.¹⁵⁶ Inclusive, os Códigos de Menores de 1927 e de 1979 já faziam previsões semelhantes em seus artigos 49¹⁵⁷ e 24¹⁵⁸, respectivamente.

Contudo, há algumas divergências acerca da aplicabilidade desse sentido de guarda apresentado pelo ECA: se a qualquer criança e adolescente ou apenas àquelas em situação irregular. Dentre os doutrinadores favoráveis, Rolf e Rafael Madaleno assim consideram:

(...) a guarda tratada no Estatuto da Criança e do Adolescente pode ser deferida para qualquer menor de 18 anos independentemente de sua situação, consoante aduz claramente o art. 28 do ECA, dispositivo que afirma que a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente. Excepcionalmente, e sempre em função do melhor interesse do menor, a guarda poderá ser deferida judicialmente para atender a situações peculiares, e ordena a colocação do menor em família substituta fora dos casos de tutela e adoção, de molde a regularizar a posse de fato, exceto se tratando de adoção por estrangeiros, ou no caso de o menor ser órfão ou abandonado.¹⁵⁹

Sob essa compreensão, o ECA não seria aplicado apenas aos casos de crianças e

¹⁵⁵ ECA. Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de promoção à família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII - advertência; VIII - perda da guarda; IX - destituição da tutela; X - suspensão ou destituição do pátrio poder.

¹⁵⁶ ECA. Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

¹⁵⁷ Decreto n. 17.943-A/1927. Art. 49. Quando o menor for entregue por ordem da autoridade judicial a um particular, para que fique sob a sua guarda ou á soldada, não ha necessidade de nomeação de tutor, salvo para os actos da vida civil em que é indispensavel o consentimento do pae ou mãe, e no caso do menor possuir bens: podendo, então, a tutela ser dada á mesma pessoa a que foi confiado o menor ou a outra.

¹⁵⁸ Lei n. 6.697/79. Art. 24. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive pais. § 1º Dar-se-á guarda provisória de ofício ou a requerimento do interessado, como medida cautelar, preparatória ou incidente, para regularizar a detenção de fato ou atender a casos urgentes. § 2º A guarda confere ao menor a condição de dependente, para fins previdenciários.

¹⁵⁹ MADALENO, Rafael; MADALENO Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p.52.

adolescentes em situação irregular, inclusive porque tal legislação incorpora a doutrina da proteção sociojurídica integral estabelecida pela ONU, que rompe com o instituto da situação irregular e se destina a todas as crianças e adolescentes.

Ainda nos ensinamentos de Rafael e Rolf Madaleno, a guarda estabelecida de maneira própria pelo ECA pode ser classificada em duas modalidades: a definitiva, que regulariza a posse de fato da criança e do adolescente, deferida nos processos de tutela e adoção em sede de cautelar preparatória ou incidental, nos termos do art. 33, §1º; e a provisória, que atende situações peculiares ou supre a ausência dos pais ou responsáveis em casos não abrangidos pela tutela ou adoção, nos termos do art. 33, §2º.¹⁶⁰

Segundo Waldyr Grisard Filho, a revogação da guarda provisória aplicada na ausência dos pais pode ocorrer a qualquer tempo por decisão judicial fundamentada após parecer do Ministério Público, posto que sua concessão não faz coisa julgada.¹⁶¹

3.3.2 A guarda segundo o Código Civil brasileiro de 2002

Com a consagração constitucional do princípio da igualdade entre os cônjuges e da proteção integral da criança, sob o prisma da dignidade da pessoa humana, novos aspectos passam a revestir a guarda, dentre eles o afeto entre as partes. A CF/1988 estabelece em seu art. 229 que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”.

A guarda é estabelecida pelo Código Civil como dever decorrente do exercício da autoridade parental, sendo abordada nos arts. 1.566, IV, 1.583, 1.584 e 1.634, II.

Em seu art. 1.566, IV, o CC insere a guarda no rol de deveres de ambos os cônjuges¹⁶² – norma que, por força do art. 226, §3º, e do art. 227, §6º, da Constituição Federal¹⁶³, bem como do art. 1.596 do mesmo diploma civil¹⁶⁴, é extensível a todos os pais e mães independentemente

¹⁶⁰ MADALENO, Rafael; MADALENO Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p.55.

¹⁶¹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 56.

¹⁶² CC. Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

¹⁶³ CF. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁶⁴ CC. Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

de estarem casados, em união estável ou manterem relação íntima, sendo afastados os antigos critérios da culpa ou do sexo para sua possível fixação. A guarda, portanto, enquanto dever e direito de ambos os pais, assim como também preceitua o art. 1634, II, do CC. Os pais, homem ou mulher, estando no gozo de suas faculdades e não ensejando riscos aos filhos tem a obrigação e prerrogativa de exercer a guarda.

Nesse sentido, rompe-se, ao menos no plano normativo, com a prevalência da guarda materna, decorrente do direito canônico, que definia o matrimônio como proteção da prole a partir da mãe (*mater*), outorga esta que, em caráter imperativo, conforme analisa Thelma Fraga:

(...) é princípio recolhido, nos umbrais do tempo, ao direito do século passado, perdendo toda a atualidade. Nos tempos modernos, não pode haver previsão legal em que se estabeleça, por um critério objetivo e abstrato, qual será a pessoa dentro do núcleo familiar mais apropriada para o exercício da função de guardião, sob pena de ser considerado verdadeiro privilégio, em desconformidade com a ordem constitucional.¹⁶⁵

Segundo o art. 1.584, §5º, do CC, caso verifique que o filho não deve permanecer sob a guarda dos pais, o juiz poderá deferir a guarda para pessoa que revele compatibilidade para seu exercício, de preferência, pessoas com grau de parentesco e relações de afinidade e afetividade.¹⁶⁶ Além disso, o art. 1.586 do mesmo diploma estabelece a possibilidade de o juiz regular a guarda de outra maneira, além daquela estabelecida normativamente, quando constatar motivos graves que coloquem em risco os interesses da criança ou adolescente.¹⁶⁷

Conforme analisado anteriormente, a transferência da guarda não necessariamente altera a titularidade da autoridade parental, por não ser a guarda um atributo exclusivo desse instituto. Nos termos do art. 1.632 do CC, com a separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável, as relações entre pais e filhos não serão alteradas senão quanto ao direito relativo ao regime de convivência.¹⁶⁸

O instituto da guarda é um dos deveres inerentes à autoridade parental, devendo atender aos interesses da criança e do adolescente e garantir a preservação dos seus direitos, e obrigando quem exercê-lo a prestar assistência material, moral e educacional.

Ressalte-se que, quando de sua promulgação, em 2002, o Código Civil, apesar dos

¹⁶⁵ FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito de visitação sob o prisma do afeto*. Niterói: Impetus, 2005, p. 37-38.

¹⁶⁶ CC. Art. 1.584. § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

¹⁶⁷ CC. Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

¹⁶⁸ CC. Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

importantes avanços promovidos, não trouxe previsão para a guarda compartilhada, embora os novos direcionamentos constitucionais de igualdade, solidariedade e convivência familiar com reflexos significativos nas relações familiares.

Ao ser promulgado em 2002, o CC dispunha em seu art. 1.583 que, quando da dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, os cônjuges acordariam sobre a guarda dos filhos, prevendo em seu antigo art. 1.584 a guarda unilateral como regra ao estabelecer que “decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”. Havia, portanto, a compreensão de que a guarda ficaria com um dos cônjuges.¹⁶⁹

3.4 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA GUARDA COMPARTILHADA

Historicamente, o sistema jurídico brasileiro não contemplou a guarda conjunta entre os pais, sendo a guarda unilateral tradicionalmente utilizada, engendradora nos costumes sociais e imputada, quase que sacramentalmente, à mãe, dando ao pai o direito de “visitas”. Segundo Grisard Filho, a guarda destinada a apenas um dos pais pretendia reduzir os riscos da ambivalência do filho.¹⁷⁰

Porém, estudos interdisciplinares passaram a considerar que a ausência de um dos pais, em aspectos físicos, psíquicos e afetivos, poderia trazer prejuízos psicológicos graves para o desenvolvimento da criança. Assim analisa Evandro Luiz Silva:

É preciso sublinhar que a percepção psicológica que tem a criança da passagem de tempo é notavelmente diferente da percepção que tem um adulto. (...) A guarda exclusiva, com visitas quinzenais, pode trazer diversos problemas para a criança. Se ela tiver até por volta de cinco anos de idade, quinze dias podem significar a sensação de passagem de tempo de dois meses. Tempo este suficiente para manifestar o medo de abandono e o desapego com quem não tem a guarda.¹⁷¹

3.4.1 Guarda compartilhada no Direito estrangeiro

A previsão de guarda compartilhada ocorrida em 1957, na legislação do Estado da

¹⁶⁹ Redação original Código Civil de 2002. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07DEZ2001.pdf#page=200>>. Acesso em 27 de janeiro de 2020.

¹⁷⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 p. 106.

¹⁷¹ SILVA, Evandro Luiz. *Guarda de filhos: aspectos psicológicos*. In: APASE (org.). *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005, p. 27.

Carolina do Norte, nos Estados Unidos, é considerada o primeiro registro normativo de instituição desse instituto em algum ordenamento jurídico, segundo Waldyr Grisard Filho.¹⁷²

Em 1997, a Lei Uniforme sobre Jurisdição e Aplicação da Custódia de Crianças (*Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* - UCCJEA), adotada por 49 estados dos EUA, estabeleceu o contato cotidiano da criança com ambos os pais após o rompimento conjugal, sendo o estado de Massachusetts o único que não adotou tal legislação, prevalecendo, na legislação norte-americana, o exercício da guarda compartilhada (física e jurídica) enquanto melhor interesse da criança e do adolescente, impondo-se um percentual mínimo de 35% no tempo de convivência.¹⁷³

Adota-se, assim, o modelo *joint custody* (custódia conjunta) ou *shared custody* (custódia compartilhada) aplicável enquanto regra, na maioria dos estados americanos, quando do divórcio e separação dos pais.¹⁷⁴

Na Europa, é possível identificar tal previsão na França, após a reforma promovida pela Lei n. 305 de 2002, que consagrou o princípio *l'exercice conjoint de l'autorité parentale*, estabelecendo o direito da coparentalidade a ser aplicado em todos os estados do país.¹⁷⁵ Entendimento pautado na compreensão de que a guarda unilateral é uma modalidade discriminatória para ambos os pais, que devem ser igualmente responsáveis pela educação diária dos filhos, através da aplicação da guarda compartilhada.¹⁷⁶

Além da França, essa preferência legislativa pela custódia compartilhada também se consagrou na Alemanha, Dinamarca e Suécia nos últimos anos, porém, no Brasil ocorreu a passos lentos, conforme já analisava Rolf Madaleno em 2009: “entre nós, tal qual ocorre na Espanha, segue sendo alvo de *luzes e sombras*, havendo razões contrárias e favoráveis”.¹⁷⁷

Na Espanha, a primeira mudança legislativa nesse sentido ocorreu em 2005, através da promulgação da Lei n. 15, de 08 de julho de 2005, que modificou o Código Civil ao prever a

¹⁷² GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: uma nova dimensão na convivência familiar*. O discurso do Judiciário. In: APASE (org.). *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005, p. 78/80.

¹⁷³ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: uma nova dimensão na convivência familiar*. O discurso do Judiciário. In: APASE (org.). *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005, p. 78/80.

¹⁷⁴ ABELLÁN, Emilia Fernández-Luana. *Custodia compartida y protección jurídica del menor*. 2017. Tesis doctoral. - Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017, p. 114-115.

¹⁷⁵ Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000776352&categorieLien=id>>. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

¹⁷⁶ SUNTURA, Clavijo. *El interés del menor em la custodia compartida*. 2008, p. 121. Tesis doctoral. - Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008. Disponível em: <<https://gredos.usal.es/jspui/handle/10366/18496>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2020.

¹⁷⁷ IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/539/Alguns+apontamentos+sobre+Guarda+Compartilhada>>. Acesso em 13 de janeiro de 2020.

guarda compartilhada no art. 92, mais precisamente, em seus itens 5 e 8, permitindo sua aplicação se acordado consensualmente pelos pais ou, excepcionalmente, após requerimento de um dos pais seguido de parecer favorável do Ministério Público:

Artículo 92.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.¹⁷⁸

Apesar do caráter excepcional dado à guarda compartilhada pelo Código Civil da Espanha, cuja previsão sinaliza que sua aplicação deverá ocorrer apenas se solicitado e após a devida apreciação, é possível identificar na jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol o entendimento de prevalência da guarda compartilhada sobre a guarda unilateral:

IGNORANCIA DE DOCTRINA. CUSTODIA COMPARTIDA. Se señala que la sentencia recurrida desconoce, como si no existiera, la doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo y poniendo en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares. Se reitera doctrina sobre que la custodia compartida de los hijos menores debe ser el sistema normal y deseable tras la separación de los progenitores. Se estima el recurso de casación.¹⁷⁹

Assim como no Brasil, em que a guarda compartilhada foi instituída apenas em 2008, pela Lei n. 11.698/08, mas sem previsão expressa de sua aplicação enquanto regra¹⁸⁰, deixando a matéria para apreciação do Judiciário.

Atualmente, a guarda compartilhada tem sido adotada em quase a totalidade de países da Europa, sendo a custódia física conjunta o modelo elegido pela maioria das legislações.¹⁸¹ Atribui-se parte dessas transformações ao movimento pró custódia promovido

¹⁷⁸ Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000776352&categorieLien=id>>. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

¹⁷⁹ Código Civil da Espanha. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. Acesso em 02 de dezembro de 2019.

¹⁸⁰ Previa o §2º inserido ao art. 1.584 do Código Civil pela Lei n. 11.698/08: § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

¹⁸¹ BERNARDES, Júlio César. *Desvendando os mitos sobre o compartilhamento da guarda e custódia física dos*

pela organização britânica *Fathers 4 Justice*, fundada em 2001, através de manifestações populares reivindicando os direitos dos pais ao compartilhamento da guarda dos filhos.¹⁸²

3.4.2 O advento da guarda compartilhada no Brasil

Tradicionalmente, a guarda unilateral prevaleceu no Brasil motivada pela ótica, ainda herdada de uma cultura patriarcal, que coloca a mãe enquanto primeira responsável pelos cuidados diretos com os filhos e o pai enquanto visitante e alimentante. Uma guarda, portanto, exercida por apenas um dos pais ou alguém que os substitua, distante dos ideais basilares da família democrática.

Em 2006, a doutrina já apontava a importância de se implementar a guarda compartilhada quando, na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado 335, assim considerando: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar”.¹⁸³

Esse direcionamento de “estímulo” sinalizava a compreensão de um cenário social ainda pautado na cultura da guarda materna e do pai visitante, perpetrada historicamente e naturalizada nas relações familiares que, em situações inversas, de excepcional guarda paterna e visitação materna, gerariam comuns represálias sociais àquela mãe em face de uma supervalorização, quase que uma canonização, ao pai guardião.

A inserção normativa expressa da guarda compartilhada no Brasil apenas ocorreu em 2008 com a promulgação da Lei n. 11.698/08, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, prevendo tal modalidade ao lado da guarda unilateral. A nova legislação definiu a guarda compartilhada no §1º do art. 1.583 como 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.

A nova legislação, embora tenha previsto essa nova modalidade no ordenamento jurídico, estabeleceu que sua aplicação se daria “sempre que possível” nos casos de desacordo entre os pais, nos termos do §2º do art. 1.584, o que acabou não impactando significativamente a convivência familiar, haja vista o predomínio da cultura da guarda materna permeando não

filhos – análise multidisciplinar a partir dos modelos europeu e norte-americano. p. 143. In: Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. p. 137-153, ISBN: 2319-0876.

¹⁸² Father 4 Justice. Disponível em: <<https://www.fathers-4-justice.org/>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2020.

¹⁸³ Enunciado 335, CNJF. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/vi-ew>>. Acesso em 13 fevereiro de 2020.

apenas as relações pessoais, mas também as decisões judiciais.

Diante disso, em 2014, foi promulgada uma nova lei para tratar da guarda compartilhada, esclarecendo, com mais detalhes, o significado do instituto ao inserir §2º ao art. 1.583 do CC, estabelecendo que o tempo de convívio com os filhos deverá ser dividido de forma equilibrada entre os pais, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Assim, conforme analisam Rolf e Rafael Madaleno, Lei n. 13.058/2014 instituiu a guarda compartilhada física, além da guarda compartilhada jurídica já prevista desde a promulgação da Lei 11.698/2008.¹⁸⁴ Com base nisso, os referidos autores consideram que a guarda compartilhada compreende os aspectos decorrentes do exercício da autoridade parental (jurídica) e os aspectos relativos à convivência presencial com o filho (física), assim observando:

A novidade trazida pelos movimentos de defesa dos pais separados e divorciados, para uma nova regência de guarda compartilhada, sustentada na retórica da igualdade de direitos dos progenitores, abre outro conceito de custódia compartilhada, que pressupõe um sistema de equalização de permanência dos menores com cada genitor ou na linguagem da legislação, uma divisão equilibrada do tempo de convívio com os filhos, entre o pai e a mãe.¹⁸⁵

Uma guarda voltada também para a dedicação de tempo de cuidados no cotidiano dos filhos, de modo que os pais visitantes não ficariam mais com momentos pontuais de lazer nos finais de semana quinzenais, conforme tradicionalmente era atribuído aos visitantes, mas agora com obrigações ligadas à participação direta no cotidiano da criança, que envolve, por exemplo, a administração de suas atividades escolares.

Dentre outras alterações promovidas pela Lei n. 13.058/14, a mais significativa para a transformação das relações familiares quanto à convivência dos pais com os filhos foi, sem dúvida, a consagração da sua aplicabilidade como regra no ordenamento, alterando a redação do §2º do art. 1.584 nos seguintes termos:

Art. 1.584. § 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 do menor.

Com a guarda compartilhada estabelecida como regra no ordenamento jurídico, ganha

¹⁸⁴ MADALENO, Rafael; MADALENO Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p.177.

¹⁸⁵ Enunciado 335, CNJF. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/vi ew>>. Acesso em 13 fevereiro de 2020.

maior efetividade o §1º do art. 1.584, inserido ao Código Civil desde a Lei n. 11.698/08, que estabelece a obrigação do juiz de informar aos pais, na audiência de conciliação, o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

Analisa Rolf e Rafael Madaleno:

Com a edição das duas leis vigentes para normatizar uma mesma função dos progenitores, restou evidente a queda do clássico modelo da guarda materna exclusiva ou da custódia unilateral, mostrando o legislador a sua inclinação pela guarda em as modalidade compartilhada de responsabilidades e de tempo de convivência de cada genitor ao lado de seus filhos comuns, havendo toda uma movimentação social e processual para a adoção da custódia compartilhada física dos filhos.¹⁸⁶

A “Nova Lei da Guarda Compartilhada” também retira os critérios de fixação da guarda atrelados a melhores aptidões para prestar afeto, saúde, segurança e educação, partindo do pressuposto já reconhecido constitucionalmente da igualdade em direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. E, ainda, retira a possibilidade de redução de horas de convivência com o filho, prevista sob a égide da lei anterior, em caso de alteração não autorizada ou descumprimento imotivado da guarda, sendo esta mais uma alteração em prol da efetividade do melhor interesse da criança e do direito constitucional à convivência familiar.

Além disso, reforça a necessidade da oitiva de ambas as partes perante o juiz nas demandas que versem sobre a guarda dos filhos, sendo tal ato dispensado apenas nos casos em que a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte.

Conforme analisa Livia Leal, essas transformações normativas sinalizam a adaptação do ordenamento jurídico “à nova realidade de filiação, que se apresenta, hoje, como um reflexo da igualdade entre os pais, e como um meio para a implementação do melhor interesse da criança, sendo a função parental exercida em razão do interesse dos filhos”.¹⁸⁷ Contudo, conforme analisa a própria autora e boa parte da doutrina, a aplicação desse instituto no Brasil vem sendo alvo de muitas críticas e enfrentando algumas controvérsias que dificultam sua implementação devida, inclusive, desde a primeira lei sobre a guarda compartilhada – o que levou o legislador a promulgar uma nova lei da guarda compartilhada no ordenamento, sendo o Brasil o único país com duas legislações para tratar desse instituto.

¹⁸⁶ MADALENO, Rafael; MADALENO Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p.174.

¹⁸⁷ LEAL, Livia Teixeira. As controvérsias em torno da guarda compartilhada. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 68-94, Maio/Agosto 2017, p 77.

3.4.3 Controvérsias em torno da guarda compartilhada

Em que pese os avanços advindos com a instituição da guarda compartilhada no Brasil, muitas controvérsias ainda existem e são objeto de críticas e discussões doutrinárias. Dentre elas, as que versam sobre a definição do seu conteúdo e a forma do seu exercício em meio aos inúmeros processos de mutação sofridos pelas famílias que não permitem o caráter genérico de determinadas normas quando da aplicação de determinados institutos.

3.4.3.1 Livre visitação?

Uma das controvérsias enfrentadas na aplicação da guarda compartilhada está no equívoco de interpretá-la como livre visitação.

Segundo Rol Madaleno, “o exercício do poder familiar não passa pela necessidade de repartição equilibrada do tempo dos filhos entre seus pais, mas pressupõe, sim, níveis de igualdade na repartição das responsabilidades parentais”.¹⁸⁸ Nesta mesma compreensão, o Enunciado 603 da VII Jornada de Direito Civil assim estabeleceu:

Enunciado 603. A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2 do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais.¹⁸⁹

Assim, a efetivação da guarda compartilhada não está na distribuição rígida do tempo nem tampouco apenas na divisão de responsabilidades que visem o cumprimento de direitos e obrigações relativos ao instituto, mas o melhor interesse da criança através do equilíbrio de cuidados em relação ao filho e, especialmente, no modo sempre colaborativo de participação no seu processo de desenvolvimento e formação da personalidade. Tudo na busca do seu melhor interesse e realização pessoal de todos que integram esse núcleo familiar.

Inclusive, o §3º do art. 1.584 do CC estabelece que o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pode basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada. Justamente para “buscar, não uma repartição matemática de tempo,

¹⁸⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 470.

¹⁸⁹ Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/832>>. Acesso em 26 de março de 2020.

e sem uma divisão que considere as individualidades dos sujeitos envolvidos, de modo a tornar a convivência saudável para todos, sobretudo para a criança ou o adolescente”¹⁹⁰.

Contudo, ao estabelecer que o tempo de convívio dos filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre os pais, a Lei 13.058/2014 acaba dando margem para a interpretação de que o compartilhamento está pautado na alternância igualitária de tempo. Isso acaba desencadeando equívocos sobre a compreensão da guarda compartilhada, chegando a ser confundida com o da guarda alternada, conforme veremos adiante.

3.4.3.2 *Guarda alternada?*

Segundo a definição de guarda alternada apresentada por Flávio Tartuce, sob esse regime é que, de fato, haveria uma divisão rígida do tempo:

Guarda alternada: o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de exemplo, o filho permanece de segunda a quarta-feira com o pai e de quinta-feira a domingo com a mãe. Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com tom didático, pode-se dizer que essa é a guarda pingue-pongue, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos ininterruptos. Alguns a denominam como guarda mochileiro, pois o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir à outra casa.¹⁹¹

Além disso, a guarda alternada, além da alternância de residências, também consiste na alternância dos direitos e deveres atribuídos à autoridade parental. Ou seja, o pai ou a mãe que estiver com o filho naquele período, também estará com a totalidade de poderes e deveres que integram a autoridade parental, conforme analisa Jorge Augusto Pais ao definir a guarda alternada:

(...) possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser de um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada do dia a dia e, conseqüentemente, durante este período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental.¹⁹²

¹⁹⁰ LEAL, Livia Teixeira. As controvérsias em torno da guarda compartilhada. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 68-94, Maio/Agosto 2017, p 79.

¹⁹¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*, 5 ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 951-952.

¹⁹² AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Do casamento ao divórcio*. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 168.

Também sob essa compreensão, Silvio Neves Baptista analisa que a guarda alternada, na verdade, constitui “uma duplicidade de guardas unilaterais e exclusivas”, ensejando ao filho a perda do lar de referência enquanto elemento de segurança necessário para o seu bom desenvolvimento.¹⁹³

Em face desses equívocos provocados pelo texto normativo apresentado pela Lei n. 13.058/2014, Flávio Tartuce denomina a “nova lei da guarda compartilhada” de “nova lei da guarda alternada obrigatória”, afirmando que essa legislação se volta muito mais para os direitos dos pais do que para o interesse dos filhos, podendo, inclusive, aumentar os conflitos familiares.¹⁹⁴ Em igual sentido, Gisele Groeninga observa que a referida Lei, ao se confundir como instituto da guarda alternada, privilegia “muito mais o que os pais veem como seus direitos, sem considerar seus reais efeitos para o desenvolvimento da criança”.¹⁹⁵

Apesar dessas críticas doutrinárias, importante ressaltar que não há previsão legal expressa da guarda alternada no Brasil, mas apenas das guardas unilateral e compartilhada. Porém, Waldyr Grisard Filho, ao tecer as críticas à referida Lei, assim analisa ao considerar que a guarda compartilhada, em si, ainda não foi consagrada: “a norma projetada não só mantém vivos alguns dos velhos equívocos à sua atribuição como ressuscita outros, de nefasta memória, como a guarda alternada, nunca disciplinada em nosso ordenamento jurídico. Assim, a guarda compartilhada permanece na berlinda”.¹⁹⁶

Além disso, também merece destaque a análise de Ana Maria Milano Silva ao analisar a guarda alternada como prejudicial para os interesses da criança:

É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrão de vida e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica, uma vez que a alternatividade é estabelecida a critério dos pais e difere substancialmente quando passa por um período de férias com o genitor não guardião.¹⁹⁷

¹⁹³ BAPTISTA, Silvio Neves. *Guarda Compartilhada: breves comentários aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, alterados pela Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008*. Recife: Bagaço, 2008, p. 31.

¹⁹⁴ TARTUCE, Flávio. *A Lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória – Análise crítica da Lei 13.058/2014*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/215990/a-lei-da-guarda-compartilhada-ou-alternada-obrigatoria-analise-critica-da-lei-13058-2014-parte-i> >. Acesso em 08 de abril de 2020.

¹⁹⁵ GRONENIGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário*. Tese de doutorado. Acesso em 11 de abril de 2020.

¹⁹⁶ GRISSARD FILHO, Waldyr. A guarda compartilhada na berlinda. *Revista do IBDFAM n. 18*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 12.

¹⁹⁷ SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 2. ed. São Paulo: JH, Mizuno, 2008, p. 57.

Assim, além de ser considerada prejudicial para a criança e adolescente, outro ponto negativo da guarda alternada, segundo Rolf e Rafael Madaleno, é que, diante das rotineiras trocas, possíveis animosidades preexistentes entre os pais podem ser potencializadas, pois acabam se encontrando com maior frequência, de modo que:

(...) neste verdadeiro vai-e-vem dos filhos, há também uma tendência, naqueles casais conflituosos, de culpar o ex-cônjuge por todo e qualquer acontecimento e fugir da própria responsabilidade, com mudanças no cronograma de última hora devido aos seus interesses particulares.¹⁹⁸

3.4.3.3 Prestação de alimentos

Outro ponto também de controvérsias é aquele relacionado ao dever de pagar alimentos, que muitos são levados a entender como motivo para exoneração ou minoração em face da suposta repartição de deveres.

Diante da equivocada noção de guarda compartilhada como guarda alternada, após a promulgação da Lei n. 13.058/2014, muitos pais passaram a requerer a reversão da guarda unilateral para a guarda compartilhada acompanhada do pedido de revisão ou até exoneração de alimentos. Isso porque, entendendo, equivocadamente, que a criança passaria a ter dois lares, nos quais ficaria a mesma quantidade de tempo em cada um e, por isso, os pais teriam despesas equivalentes.

De fato, a mudança de uma guarda unilateral para uma guarda compartilhada, pelas características que as revestem, dão margem para a compreensão de que o valor da pensão alimentícia fosse ser alvo de alterações, especialmente devido à possibilidade de compartilhamento da convivência e dos cuidados. Porém, não é algo absoluto. Dependerá de cada caso, de cada realidade.

A Lei n. 13.058/14 incluiu o §5º ao art. 1.583, prevendo a possibilidade de “qualquer dos genitores solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos”.

Assim, se a referida lei promoveu alterações no CC justamente acerca da guarda compartilhada, prevendo a possibilidade de prestação de contas e informações sobre alimentos, sinaliza a sua não retirada tácita. No mesmo sentido, a manutenção da previsão de alteração da

¹⁹⁸ MADALENO, Rafael; MADALENO Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p.104.

guarda devido à ausência de prestação de contas.

3.4.3.4 *Dissenso entre os pais*

Outro ponto que será abordado no próximo capítulo é acerca da aplicabilidade da guarda compartilhada no caso de dissenso dos pais, em virtude das peculiaridades fáticas que, muitas vezes, inviabilizam a aplicação da guarda compartilhada de maneira harmônica e pacífica entre os pais, apta a ensejar prejuízos para a criança.

Sobre a questão, a Recomendação n. 25 do CNJ de 22 de agosto de 2016 orientou juízes a aplicarem a guarda compartilhada como regra, mesmo em caso de não acordo entre os pais, justificando, em caso de decretação da guarda unilateral, a impossibilidade de aplicação da compartilhada.

Porém, esse entendimento geral é alvo de críticas. Rolf Madaleno apresenta uma posição contrária em tais casos considerando que “existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os divorciandos, não há como encontrar lugar para uma pretensão judicial da guarda compartilhada pela autoridade do julgador, e não pela vontade consciente dos pais”.¹⁹⁹

Lívia Leal também segue a mesma compreensão:

Sem dúvida, apesar da alteração legislativa, ainda há muitos obstáculos à implementação da guarda compartilhada na falta de consenso entre os pais. Não se pode negar que há casos em que os conflitos entre os genitores são tão intensos que o compartilhamento da guarda sem um acompanhamento adequado pode representar uma violação maior ao melhor interesse da criança.²⁰⁰

Um exemplo disso está nos casos de violência doméstica que, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019, dentre os casos registrados de violência doméstica no país, 88,8% refere-se à violência conjugal, detectando-se, ainda, um aumento 0,8% dos casos totais de violência doméstica e familiar contra a mulher, comparando-se ao estudo realizado em 2018.

Problemática, portanto, que precisa ser estudada para a averiguação da viabilidade da guarda compartilhada como meio para a concretização da proteção integral da criança, à luz do seu melhor interesse e realização, sem desconsiderar, ainda, a necessidade de tutelar as mulheres vítimas em meio à convivência familiar estabelecida após a ruptura conjugal – o que

¹⁹⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 474.

²⁰⁰ LEAL, Lívia Teixeira. As controvérsias em torno da guarda compartilhada. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 68-94, Maio/Agosto 2017, p 82.

será abordado no próximo capítulo.

4 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme analisado, historicamente, a violência doméstica e familiar não foi vista como um problema social e político no Brasil, sendo possível identificar, na legislação que vigorou entre o período colonial e o século XX, autorização normativa à sua prática.

As Ordenações Filipinas sujeitavam as mulheres ao pai ou ao esposo, inclusive a castigos por eles determinados que, segundo registros, eram dos mais variados e desumanos, como golpes com pedaços de madeira com espinhos, proibição para alimentar-se, imposição para dormir ao ar livre, enclausuramento forçado, entre outros – além da própria autorização para matar a mulher em caso de adultério.²⁰¹

Na condição de filhas ou de esposas, as mulheres eram tratadas como propriedades masculinas, que deveriam assegurar a honra do seu pai através da virgindade ou a honra do seu marido através da fidelidade. A concretização da honra do homem dependeria, portanto, do próprio cerceamento da autonomia da mulher – podendo, inclusive, ser defendida pelo pai ou marido enquanto bem a ser tutelado com o uso da violência.²⁰²

O papel imputado à mulher não lhe dava margem de fala e sequer de escolha, podendo sofrer violência como forma de disciplina caso não seguissem o padrão de comportamento estabelecido.²⁰³ Essa violência ocorrida no âmbito privado, fundamentada no pátrio poder, além de não ser vista como problema social e político, servia de instrumento de controle para a manutenção da dominação masculina.

4.1 AVANÇOS BRASILEIROS PARA O COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES

No anseio de evitar novas atrocidades como o holocausto ocorrido na Segunda Guerra Mundial, especialmente com a Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1945 e 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos surge como um instrumento consagrador da dignidade humana.

²⁰¹Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/especiais/2013/07/04na-epoca-do-brasil-colonial-lei-permitia-que-marido-assassinasse-a-propria-mulher>>. Acesso em: 24 de agosto de 2018.

²⁰²BARSTED, Marcela. *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. 4. ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p.56.

²⁰³NADER, M. B.; LIMA, Lana da Gama. Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social. In: PISK, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (Org.). *Nova história das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2012, v. 1, p. 286-312, p. 287.

Através dessa supremacia das normas de direitos humanos enquanto nova ordem internacional a ser observada pelos Estados, limites são estabelecidos no sentido de evitar que práticas que violem a dignidade humana, voltem a ocorrer, mesmo que aceitas por um determinado povo com base em suas crenças religiosas e culturais.

A partir da Declaração, outros documentos específicos para determinado grupo de pessoas passam a ser elaborados no sentido de afirmar seus direitos fundamentais, em caráter universal e para além dos poderes estatais. Nesse sentido, sobretudo a partir da década de 1970, com a importante contribuição dos processos de luta protagonizados pelos movimentos feministas, os debates acerca das desigualdades de gênero ganham maior visibilidade, possibilitando o alcance de novas conquistas no plano internacional.

Nesse cenário, eclodem debates acerca da emancipação das mulheres a partir da rediscussão entre o público e o privado, com o objetivo de provocar uma transformação cultural e jurídica na sociedade. No Brasil, esses estudos ganharam maior visibilidade e expansão nas décadas de 1970 e 1980, marcadas por emblemáticas reivindicações de combate à violência doméstica.

Merece destaque o caso da mineira Ângela Diniz, assassinada em 1976 pelo namorado, que alegou ter matado por amor, inconformado com o término do relacionamento por parte da vítima. Com base nesses fundamentos e na argumentação de que a vítima mantinha relacionamentos amorosos paralelos, o acusado sustentou a tese de legítima defesa da honra, sendo absolvido no julgamento de primeiro grau – o que gerou intensa comoção social, desencadeando várias manifestações e uma maior mobilização do movimento feminista através do lema “quem ama não mata”, que ganhou a mídia nacional e ampliou os debates jurídicos e sociais acerca das causas determinantes desses crimes. Em 1981, a decisão foi reformada e o acusado foi condenado.²⁰⁴

Após tais reivindicações, a década de 1980 foi promissora para as primeiras conquistas públicas no combate à violência doméstica no Brasil, dentre elas: a implantação das primeiras Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher e o surgimento de organizações de apoio às mulheres vítimas de violência. Segundo Maria Amélia Teles, “a mobilização das mulheres foi marcante – tanto no período que antecedeu às eleições como durante os trabalhos constituintes – e facilitada pela criação dos órgãos específicos para questão das mulheres”.²⁰⁵

²⁰⁴ Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/54506/caso-angela-diniz-revisitado>>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

²⁰⁵ TELES, Maria Amélia de Almeida. Breve história do feminismo no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 144.

A primeira dessas organizações foi a “SOS Mulher”, fundada no Rio de Janeiro, em 1981, voltada para atender mulheres vítimas de violência, lhes dando suporte para uma mudança de vida. Tal organização, identificando as especificidades da violência doméstica a partir dos relatos das vítimas acolhidas, passou a propor essas reivindicações aos candidatos políticos quando do retorno das eleições diretas, em 1985.²⁰⁶ Há registros de que foi através dos grupos de estudos do “SOS Mulher”, as responsáveis pelos atendimentos diretos às vítimas foram credenciadas a atuarem no Congresso Constituinte, expondo suas experiências e sugestões às comissões temáticas.²⁰⁷

De fato, com a mobilização dos movimentos feministas, a pauta da violência contra a mulher, aos poucos foi ganhando notoriedade, passando a ocupar programas de candidatos políticos com o advento das eleições diretas no decorrer da década de 1980, inclusive com a campanha “Constituinte para valer tem que ter direitos da Mulher”, de modo que os debates sobre a problemática alcançaram a Assembleia Nacional Constituinte quando da elaboração da Carta Democrática de 1988.²⁰⁸

4.1.1 O artigo 226, §8º, da Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 é considerada uma das mais avançadas do mundo no que se refere à equidade de gênero.²⁰⁹ Com a ativa participação das mulheres nos embates da Constituinte, a preocupação com a violência doméstica tornou-se pauta estatal, representando um avanço significativo no sentido de descortinar tal problemática. Essa é considerada uma das principais contribuições que o movimento deu à sociedade brasileira na busca pela realização democrática.²¹⁰

Ao consagrar a dignidade humana como fundamento do ordenamento jurídico, abarcando e ressignificando o instituto da família, a Constituição Federal de 1988 inaugura um importante marco para o enfrentamento às violações ocorridas nas relações familiares e

²⁰⁶ PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 81.

²⁰⁷ SARTI, Cynthia Andersen. Feminismo no Brasil: uma trajetória particular. *Cadernos de Pesquisa*, v. 64, p. 38-47, 1988.

²⁰⁸ MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.29.

²⁰⁹ BELTRÃO, Kaizô Iwakami; ALVES, José Eustáquio Diniz. Reversão do hiato gênero na educação brasileira no século XX. *Cadernos de Pesquisa*, v. 39, n. 136, p. 135, jan.-abr. 2009; *Cadernos de Pesquisa*, v. 39, n. 136, p. 135, jan.-abr. 2009.

²¹⁰ CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. *Estudos Avançados*, v. 17, n. 49, p. 117-133, 2003. SOUZA, Eros de; BALDWIN, John R.; ROSA, F. H. da. A construção social dos papéis sexuais femininos. *Psicologia: reflexão e crítica*, v. 13, n. 3, p. 485-496, 2000.

conjugais.

Pela norma disposta no *caput* do seu art. 226, a família é reconhecida como base da sociedade e destinatária de proteção especial do Estado. E, especificamente, no §8º, a violência ocorrida no ambiente privado e familiar passa a ser tratada como problema de ordem social e política, ficando expresso o dever do Estado de criar mecanismos com o fim de coibi-la.²¹¹

O enfrentamento à violência doméstica se torna pauta estatal. Um problema que anteriormente fora restrito ao âmbito privado, agora é estabelecido como questão a ser enfrentada pelo poder público, a fim de promover a dignidade humana nas relações familiares. Importante destacar, ainda, que o referido disposto constitucional não apenas estabelece o dever do Estado de criar mecanismos para coibir a violência ocorrida no âmbito familiar, mas também de assegurar assistência a todas as pessoas que integram tais relações – sinalizando o foco constitucional na pessoa humana, e não somente no combate à violência.

Segundo Mello e Paiva, a nova ordem constitucional “representa uma reação à realidade sociocultural secular – mas ainda presente – fundada em grande discriminação sofrida pelas mulheres, decorrente da cultura misógina da antiga sociedade patriarcal (...)”.²¹² A igualdade, conforme anteriormente tratado, é reconhecida constitucionalmente, de modo que a mulher alcança, no plano formal, o mesmo tratamento jurídico que, por séculos, foi dado apenas ao homem. E embora a sua consolidação na legislação civil somente tenha ocorrido com o Código Civil de 2002, essa conquista desencadeia, sem dúvidas, uma importante mudança de paradigma não apenas para as relações familiares, mas para o ambiente sociocultural em geral.

O Direito que, historicamente, contribuiu para a perpetuação da violência doméstica, através de normas essencialmente patriarcais e discriminatórias, se volta, agora, para a pessoa. Do sujeito à pessoa, o sistema jurídico é ressignificado para a promoção dos valores fundamentais. Se a construção do papel feminino ocorreu mediante estratégias discursivas do poder patriarcal, sobre as quais o Direito teve inegável participação ao disciplinar e reprimir condutas sociais, agora o mesmo Direito estabelece um novo direcionamento que rompe com o sistema historicamente vigente.²¹³

4.1.2 Os tratados internacionais ratificados pelo Brasil

²¹¹Constituição Federal. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

²¹²MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Livia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.55.

²¹³MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Livia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.28.

Inexiste norma constitucional que autorize a recepção automática de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Nos termos dos artigos 84, VIII, e 49, I, da Constituição Federal, a interação entre os poderes Executivo e Legislativo será determinante para a celebração desses instrumentos. Conforme ensina Ingo Sarlet, a interação entre Executivo e Legislativo é decisiva para a recepção de um tratado internacional ao direito interno.²¹⁴

Nesse sentido, a executoriedade interna das disposições normativas contidas em um tratado somente é adquirida após decreto legislativo do Congresso Nacional seguido de decreto presidencial.²¹⁵ Ademais, com o advento da EC 45/2004, inserindo o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais enunciados em tratados e convenções internacionais que versarem sobre direitos humanos poderão ser recepcionados no ordenamento jurídico como emenda constitucional quando aprovados em dois turnos, por maioria qualificada, em cada Casa do Congresso Nacional.²¹⁶

Diante disso, discussões surgem acerca da natureza dos tratados internacionais ratificados antes da referida emenda. Segundo Flávia Piovesan, independente de votação especial pelo Congresso Nacional que lhes destinem caráter de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, §2º, da Constitucional Federal, em vigor desde 1988, os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados antes ou após a EC 45/2004, são materialmente constitucionais.²¹⁷

Sob a mesma ótica, Francisco Rezek ensina que a inserção do §3º ao art. 5º da Constitucional Federal sem nenhuma ressalva em relação aos tratados de direitos humanos anteriormente ratificados por aprovação simples reforça a natureza constitucional desses instrumentos.²¹⁸ Assim, sendo apenas materialmente (aprovação simples) ou materialmente e formalmente (aprovação especial de emenda constitucional), todos os tratados de direitos humanos devem ter natureza constitucional.

É com base em tais argumentos que Maria Berenice Dias sustenta a natureza constitucional da Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Pena, por ser um instrumento legislativo

²¹⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 140.

²¹⁵MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo. Atlas: 2017, p. 616.

²¹⁶ Constituição Federal. Art. 5º. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

²¹⁷ Constituição Federal. Art. 5º. §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²¹⁸REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 03.

regulamentador de direitos assegurados em tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil.²¹⁹ A Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher são os tratados elencados expressamente pela Lei Maria da Penha.²²⁰

4.1.2.1 A Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher

No plano internacional, um importante marco é alcançado na luta contra a desigualdade de gênero. Adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembleia das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979, após reivindicações dos movimentos sociais, em especial os movimentos feministas, a CEDAW – *Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women*, traduzida como Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, foi o primeiro tratado sobre os direitos humanos das mulheres, tendo como objetivo promover a igualdade de gênero e combater todas as formas de discriminação contra esse grupo específico de pessoas.²²¹

Fruto da I Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida em 1975 no México, a CEDAW entrou em vigor em 03 de setembro de 1981, quando foi ratificada pelo número mínimo de países, os quais assumiram a obrigação de adotar medidas de combate às discriminações contra as mulheres em seus territórios nacionais.

Conforme analisam Mello e Paiva, a CEDAW é “um dos tratados internacionais de direitos humanos mais efetivo na conquista da igualdade de oportunidades e tratamento entre homens e mulheres”.²²² Com o objetivo de promover os direitos humanos das mulheres a partir da igualdade de gênero, prevê a necessidade de medidas concretas para eliminar todas as formas de discriminação contra as mulheres como meio para o exercício pleno da cidadania por parte desse grupo de pessoas, reconhecendo os fatores culturais como causadores determinantes das desigualdades e estabelecendo ações afirmativas de saúde, educação, trabalho, direitos civis e políticos.

²¹⁹DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 52.

²²⁰Lei n. 11.340/2006. 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.

²²¹ONU. *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher*. Centro de Informação das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1994.

²²²MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.42.

A CEDAW, assim, se torna parâmetro mínimo à comunidade internacional quanto à promoção dos direitos humanos das mulheres. E dentre as recomendações nela estabelecidas, está a adoção, pelos Estados signatários, adotarem legislação especial em seus ordenamentos que tratem, especificamente, da violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Nestes termos, os Estados que ratificam tal tratado assumem o dever de adotar, concretamente, todas as medidas legais, políticas e programáticas necessárias, inclusive no combate à violência doméstica, para eliminar as discriminações contra as mulheres.²²³ A CEDAW, portanto, embora não incorpore, especificamente, a questão da violência de gênero, acaba por adotar a teoria de gênero a partir de pautas emergentes e específicas necessárias para a promoção dos direitos humanos das mulheres, segundo analisa Liliana Lyra Jubilut:

Tal Convenção se insere no advento da teoria de gênero e busca garantir proteção específica às mulheres, à qual devem se acrescer todos os direitos humanos assegurados de modo geral. Trata-se, assim, de se atentar para as particularidades das mulheres e, de sobretudo buscar geral igualdade real, e não apenas formal entre elas e os homens.²²⁴

Inicialmente, em 1984, o Estado brasileiro ratificou a CEDAW com reservas quanto ao compromisso de eliminar a discriminação contra a mulher ocorrida no casamento e nas relações familiares.²²⁵ Apenas a partir do processo de democratização, com o advento da Constituição Federal de 1988, que o Brasil, conforme ensina Flávia Piovesan, revela “a consciência ética contemporânea, compartilhada pelos Estados, na medida em que traduzem o consenso internacional acerca de parâmetros protetivos mínimos relativos aos direitos humanos: o mínimo ético irredutível”.²²⁶

Assim, com o advento do Estado Democrático de Direito, esse cenário de desigualdade e discriminação passa a ser enfrentado pelo Estado. Segundo analisa Maria Celina Bodin de Moraes: “a igualdade de gênero também é condição essencial da democratização de qualquer instituição sendo necessário pôr termo à desigualdade fática da mulher nas mais diversas situações”.²²⁷ Nesse sentido, a mudança de paradigma traçada pela Carta Democrática, pautada

²²³PIMENTEL, Silvia. O monitoramento do Comitê CEDAW e a violência contra a mulher. In: KATO, Shelma Lombardi de (coord.). *Manual de capacitação multidisciplinar*. Tribunal de Justiça do Mato Grosso, 2006, p. 59

²²⁴JUBILUT, Liliana Lyra. *O combate à violência contra a mulher no âmbito da ONU*. Disponível em: <<https://lilianajubilut.jusbrasil.com.br/artigos/121940395/o-combate-a-violencia-contra-a-mulher-no-ambito-da-onu>>. Acesso em 05 de novembro de 2019.

²²⁵SOUSA, Valquiria Alencar de. *Por trás das Cortinas de Damasco: A dinâmica da violência doméstica*. João Pessoa: Centro 8 de Março, 2004.

²²⁶PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. *Boletim IBCRIM*, n. 153, p. 8-9, ago. 2005.

²²⁷MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 232.

na realização da dignidade humana de todas as pessoas, passa a transformar o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, em 1994, o Decreto Legislativo n. 26/94 supre as reservas à CEDAW, ratificando o tratado em sua integralidade.

Importante registrar também a II e a III Conferências Mundiais sobre a Mulher ocorridas, respectivamente, em Copenhague - Dinamarca (1980) e em Nairóbi - Quênia (1985). A II Conferência revisou o plano elaborado pela I Conferência (1975), inserindo outras questões, dentre elas os desafios femininos relacionados à educação, saúde e emprego. A III Conferência, por sua vez, avaliou os resultados alcançados nos anos de 1975 e 1985, desde a realização da I Conferência, período este denominado de Década das Nações Unidas para a Mulher.

Além disso, em 1993, foi realizada a Conferência de Direitos Humanos das Nações Unidas, ocorrida em Viena, que estabeleceu a violência contra mulher, expressamente, como violação aos direitos humanos.

4.1.2.2 A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher

No âmbito da proteção regional dos direitos humanos, em 1994, foi adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, na cidade de Belém do Pará, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, motivo pelo qual ficou conhecida como Convenção de Belém do Pará.

Tal Convenção foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos que abordou a violência de gênero e, dentre os direitos das mulheres reconhecidos e protegidos em seu teor, está o de viver sem violência, devendo os Estados signatários adotarem medidas para preveni-la, puni-la e erradicá-la.

Nesse sentido, a Convenção de Belém do Pará define, em seu art. 1º, a violência contra a mulher como aquela ocorrida no âmbito público e privado que, baseada no gênero, enseja a morte ou algum dano à mulher: “(...) entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.²²⁸

Traz, portanto, a violência contra a mulher como pauta internacional, considerada grave problema social e de saúde pública. E conforme analisa Bianchini, reconhece a relação existente

²²⁸Convenção para prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em 05 de novembro de 2019.

entre violência de gênero e discriminação, no sentido de que quanto maior a segunda, maior a primeira.²²⁹ Ou seja, a violência contra as mulheres enquanto resultado da hierarquização dos papéis masculino e feminino. Nestes termos, consagra em seu art. 6º o direito das mulheres de viverem sem violência e livres de toda forma de discriminação.

Quanto aos deveres estatais, a Convenção os classificou como aqueles a serem cumpridos “sem demora” e aqueles a serem cumpridos progressivamente pelos Estados signatários. Importante destacar as medidas a serem adotadas “sem demora”:

- a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicas ajam de conformidade com essa obrigação;
- b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
- e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;
- f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;
- g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
- h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.²³⁰

Ao ratificar a Convenção, em 27 de novembro de 1995, a incorporando no ordenamento jurídico a partir da sua promulgação pelo Decreto 1.973 de 1º de agosto de 1996, o Estado brasileiro assume o compromisso de adotar, “sem demora”, tais medidas no sentido de prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher em seu território, podendo ser denunciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em caso de violação de algum dos deveres

²²⁹BIANCHINI, Alice. *Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.123.

²³⁰Convenção para prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em 05 de novembro de 2019.

assumidos nos termos da Convenção de Belém do Pará.²³¹

Importante ressaltar, ainda neste período, a realização da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim – China (1995), que culminou na criação da Plataforma de Ações destinado a promover a dignidade humana a partir de um modelo de desenvolvimento voltado para as pessoas, e não para os bens.²³²

4.2 O CASO MARIA DA PENHA E A PROMULGAÇÃO DA LEI N. 11.340/2006

Ao ratificar todos os instrumentos de proteção à mulher no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especialmente a CEDAW e a Convenção de Belém do Pará, o Estado brasileiro assumiu o compromisso perante a comunidade internacional de adotar medidas internas no sentido de combater todas as formas de discriminação e violência contra as mulheres em seu território.

Importante destacar também a ratificação do Brasil à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aderindo ao sistema de proteção de direitos humanos americano e à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que as decisões que dela emanada lhes são vinculantes.

Com base nisso, a brasileira Maria da Penha Fernandes, através de petição elaborada com as Organizações Não-Governamentais CEJIL-Brasil (Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional) e CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), em 1998, denuncia o Estado Brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA devido à morosidade no julgamento das tentativas de homicídio que sofrera, em 1983, por parte de seu companheiro.

Diante da denúncia recebida e após todos os procedimentos de apuração, ampla defesa e contraditório necessários, a Comissão Interamericana concluiu, no relatório n. 54 de 2001, que o Brasil violou as obrigações assumidas quando da ratificação à Convenção de Belém do Pará ao deixar de combater, em seu território, a violência doméstica contra as mulheres; e, assim, o condenou a adotar medidas capazes de cessar e evitar as violações dessa natureza, dentre elas a reforma do sistema legislativo e a implementação de novas formas para a resolução de conflitos.

Nesse mesmo sentido, em 2003, o Comitê da CEDAW também recomendou que o

²³¹Decreto n. 1973/1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em 05 de novembro de 2019.

²³²DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 49.

Estado Brasileiro criasse uma legislação específica para tratar a matéria, bem como mecanismos que garantissem sua efetividade.

Diante das mencionadas recomendações, as Organizações Não-Governamentais CLADEM BRASIL, CEPIA, CFEMEA, ADVOCACY e THEMIS, após realizar pesquisas e estudos articulados com movimentos de mulheres e instituições públicas atreladas à temática em todo o país, apresentaram um anteprojeto de possível legislação específica ao Congresso Nacional, resultando na promulgação da Lei nº 11.340/2006 no ordenamento jurídico brasileiro, conhecida como “Lei Maria da Pena”.²³³ Uma lei, portanto, não elaborada por uma iniciativa parlamentar pontual, mas fruto de uma construção social após o reconhecimento internacional de uma violação de direitos humanos devido à omissão do Estado Brasileiro no combate à violência doméstica.

A Lei Maria da Pena representa um importante instrumento para a efetivação dos direitos humanos das mulheres. Pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, a violência doméstica e familiar contra a mulher é definida por uma legislação específica, sendo expressamente considerada uma forma de violação aos direitos humanos.

Estabelecendo a criação de mecanismos para coibi-la, dentre os quais estão as varas especializadas para processar e julgar tais delitos, a lei Maria da Pena, fundamentada no dever assumido pelo Estado Brasileiro perante a comunidade internacional de adotar medidas e instrumentos eficazes para assegurar o acesso à justiça para as mulheres vítimas de violência, inaugura uma política integrada para prevenir, investigar, sancionar e reparar a violência contra a mulher.²³⁴

Reconhecida pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM) como uma das três legislações mais avançadas do mundo sobre a temática, a lei Maria da Pena define a violência doméstica e familiar contra as mulheres como violação de direitos humanos, criando mecanismos para coibi-la, dentre eles as medidas protetivas que determinam o distanciamento do agressor em relação à vítima e aos familiares da mesmas, nos termos do seu art. 22.²³⁵

Conforme analisam Piovesan e Pimentel, a lei Maria da Pena inaugura uma política integrada para prevenir, investigar, sancionar e reparar a violência contra a mulher,

²³³Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm> Acesso em: 19 de novembro de 2017.

²³⁴PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. A Lei Maria da Pena na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Pena comentada na perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.116.

²³⁵Unifem. Disponível em: <http://www.unifem.org/progress/2008/media/POWW08_Report_Full_Text_pt.pdf> Acesso em: 10 de novembro de 2018.

fundamentada no dever assumido pelo Estado Brasileiro perante a comunidade internacional de adotar medidas e instrumentos eficazes para assegurar o acesso à justiça para as mulheres vítimas de violência.²³⁶ Traz em seu âmago a proteção integral à mulher vítima de violência doméstica que não se limita ao direito penal. Embora traga um rico aparato dessa natureza, como a possibilidade, por exemplo, de decretação de prisão preventiva mesmo nos casos de pena inferior a dois anos de prisão, traz sua natureza cível, atrelada às medidas protetivas de urgência por ela inauguradas, que tem reflexo direto no direito das famílias.

Além disso, também inaugura uma série de políticas públicas, com assistência multidisciplinar e integrada, a serem desenvolvidas pelos Poderes, em suas diferentes esferas, no sentido de proteger e fortalecer a mulher e seus dependentes, além de prever a criação de centros de reabilitação para agressores. Através de tais políticas, o debate social acerca desse tema considerado, culturalmente, como tabu, passa a ser ampliado. O popular ditado “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher” passa a ser superado diante da visibilidade dada à problemática da violência doméstica. Analisam Mello e Paiva:

O debate estimulado pela Lei Maria da Penha permitiu a emergência de um tema pouco tratado pelo Poder Judiciário e abriu a possibilidade para que a sociedade brasileira, como o poder público, discutisse os mecanismos mais eficazes de combate à violência contra a mulher (...) ²³⁷

Inaugura-se, assim, uma verdadeira transformação no sistema jurídico que, apesar do art. 226, §8º, da Constituição Federal, bem como dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados, apenas vem sendo possível através da referida legislação.

4.3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Ao definir a violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei Maria da Penha descortina um problema existente na cultura brasileira, mas nunca abordado de maneira direta e específica pela legislação. Dentre os avanços, segundo Bianchini, “talvez o mais significativo seja o estabelecimento definitivo da discriminação e da violência de gênero como forma de insulto aos direitos humanos”.²³⁸

²³⁶ PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. *A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 116.

²³⁷MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Livia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.51.

²³⁸BIANCHINI, Alice. *Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.129.

Nos termos do art. 5º da Lei, a violência doméstica e familiar contra a mulher consiste em qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.²³⁹

Analisando tal conceito, é possível constatar que a lei não especifica o sujeito ativo. Por sua vez, a pessoa protegida pela lei será sempre a mulher vítima da violência doméstica e familiar. Ou seja, a lei protege a mulher que venha a sofrer esse tipo de violência, independente de quem a pratique, desde que seja em razão de gênero e no contexto afetivo, doméstico e/ou familiar.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a violência doméstica e familiar é aquela “praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade”.²⁴⁰ Nesse sentido, os elementos caracterizadores da violência doméstica e familiar contra a mulher são a motivação da ação ou omissão, bem como a natureza da relação com o/a sujeito/a ativo/a baseadas no gênero.

Quem pratica a violência, o faz motivado/a pela ideia de que aquela mulher deve ser submissa pelo fato de ser mulher, de modo que esse “ser mulher” não estaria atrelado ao sexo, mas ao gênero. Uma forma de violência, portanto, não ligada a aspectos biológicos, mas sim ao papel social desenvolvido por quem demonstra gestos de feminilidade.²⁴¹ Uma violência decorrente do desprezo ou possessividade ao feminino. Analisa Bianchini:

Não obstante, ao longo dos séculos, ao menos no Ocidente, o condicionamento

²³⁹Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

²⁴⁰“*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. AMEAÇA. SOGRE E NORA. 3. COMPETÊNCIA. INAPLICABILIDADE. LEI MARIA DA PENHA. ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. VIOLÊNCIA DE GÊNERO. RELAÇÃO DE INTIMIDADE AFETIVA. 4. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. 5. ORDEM NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO (...). A incidência da lei nº 11.340/2006 reclama situação de violência praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. Precedentes (...)” (HC 175.816/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013).

²⁴¹SEGATO, Rita Laura. *Las estructuras elementares de la violencia*. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal: Universidad de Quilmes, 2003, p. 23.

do corpo biológico a um modelo de comportamento produziu uma série de estereótipos, levando a crenças culturais de que pessoas pertencentes a cada um dos sexos deveriam ocupar lugares sociais predeterminados: aos homens, o espaço público; à mulher, o espaço doméstico. Essa estereotipagem contribuiu para a discriminação e a intolerância, levando à violação de direitos praticada em razão do gênero, como se verifica em condutas misóginas ou de violência.²⁴²

As relações sociais e afetivas definidas, assim, a partir de construções culturais acerca do papel do homem e da mulher na sociedade, sendo a violência de gênero motivada com base nessas desigualdades. Segundo Mello e Paiva, a violência gênero é a “prática destinada a disciplinar corpos femininos com base em um dever ser mulher”.²⁴³ Um “dever ser” ditado culturalmente, que impõe papéis comportamentais de submissão às mulheres. A mulher, dentro da relação, numa situação de vulnerabilidade caracterizada pela submissão.

Ademais, para ser caracterizada como violência doméstica e familiar, a violência de gênero deve ter sido cometida por parte de alguém com quem a mulher: mantenha algum vínculo familiar, seja por laços naturais, afinidade ou vontade expressa; mantenha ou tenha mantido alguma relação íntima de afeto, independentemente de coabitação; ou conviva na mesma unidade doméstica, independente de vínculo afetivo e familiar.

Tais condições estão determinadas nos incisos do art. 5º da Lei Maria da Penha: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Assim, a violência contra uma mulher por parte do seu pai, tio, irmão, namorado, companheiro, cônjuge, companheiro de quarto, por exemplo, pode ser configurada como violência doméstica e familiar. Importante ressaltar que, embora a lei mencione relação íntima de afeto com coabitação, a jurisprudência pacificou o entendimento de que tal relacionamento independe de coabitação ou comprovação de união estável.

Em que pese as variáveis relacionadas ao sujeito ativo e à natureza da relação para a configuração da violência doméstica, o presente estudo se destinará a estudar a violência

²⁴²BIANCHINI, Alice. *Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.129.

²⁴³MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.69.

doméstica ocorrida pelo masculino em face do feminino nas relações afetivas.

4.3.1 Formas de violência doméstica e familiar contra a mulher

A Lei Maria da Penha, em seu artigo 7º, apresenta um rol exemplificativo acerca das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher que, nos termos do art. 6º, constituem violação aos direitos humanos.²⁴⁴ Dentre elas, as violências física, psicológica, moral, sexual e patrimonial.

Desconstrói, assim, a noção equivocada de atrelar o termo “violência” a alguma conduta que seja, necessariamente, contra à constituição física da pessoa atingida. Conforme analisa Bianchini, “a Lei Maria da Penha, ao mesmo tempo que restringe o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, igualmente o amplia”.²⁴⁵ Isso porque não tutela a mulher de qualquer tipo de violência, mas apenas daquela baseada no gênero e ocorrida no contexto doméstico, familiar ou afetivo. Por outro lado, ao utilizar o termo violência, não o restringe ao âmbito do direito penal.

O termo “violência” utilizado pela Lei Maria da Penha não está necessariamente atrelado ao conceito clássico atribuído pelo direito penal, pois nem todas as condutas descritas como pela Lei possuem um correspondente penal. Abrange, assim, a violência definida ou não como crime pelo Código Penal brasileiro.

A palavra violência empregada pela Lei Maria da Penha tem, na verdade, um sentido sociológico, de modo que mesmo não havendo crime, ações assistenciais e de prevenção podem ser prestadas em favor da mulher, pautada no abalo psicológico, na necessidade de sentir-se

²⁴⁴Lei n. 11.340/2006. Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos. Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

²⁴⁵BIANCHINI, Alice. *Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.47.

segura e nas dificuldades de reconstruir sua vida após as agressões, a exemplo do acesso prioritário à remoção quando servidora pública, nos termos do seu art. 9º, §2º, I, conforme analisa Bianchini.²⁴⁶

4.3.1.1 Violência física

A violência física acaba sendo a mais visualizada, socialmente, como violência, podendo ocorrer através de um pontapé a um estrangulamento que resulta no feminicídio, por exemplo. Contudo, em sua maioria, são denunciadas apenas quando resultam em lesão corporal, haja vista a sua compreensão equivocada por parte da sociedade em geral.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Avon, em 2011, apenas 3% dos entrevistados consideraram a violência física como aquela que pode acarretar a morte.²⁴⁷ Além disso, dados do Dossiê Mulher do Estado do Rio de Janeiro indicam que, dos registros de violência física, o maior número é de lesões corporais dolosas, totalizando 505.846 vítimas nos últimos dez anos. E, desse quantitativo, 54,6% foram cometidos por companheiros ou ex-companheiros das vítimas. Ademais, dentre os atendimentos registrados no Ligue 180 no ano de 2018, os relatos de violência física corresponderam a 50,16% dos casos.

Nos termos do art. 7º, inciso I, da Lei Maria da Penha, a violência física é entendida como toda conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. Significa dizer que a lei define esse tipo de violência de forma ampla, pois abrange, inclusive, as práticas que não resultam em lesão corporal.

Assim, qualquer conduta que, no contexto afetivo, doméstico e/ou familiar, atinja a integridade ou saúde corporal da mulher, mesmo não deixando marca ou hematoma, é considerada violência física nos termos da Lei Maria da Penha. Segundo Cunha e Pinho, “socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras etc., visando, desse modo, ofender a integridade ou saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes, naquilo que se denomina, tradicionalmente, *vis corporalis*”.²⁴⁸ Portanto, ainda que a agressão não resulte em marcas aparentes, se ofender o corpo constitui violência física.

Além disso, segundo analisa Maria Berenice Dias, o estresse crônico e os transtornos de

²⁴⁶BIANCHINI, Alice. *Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.48.

²⁴⁷Disponível em: <<https://assets-compromissoeatitude-ipp.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/Avon-Ipsos-pesquisa-violencia-2011.pdf>> Acesso em 15 de outubro de 2019.

²⁴⁸CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada* artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.58.

estresse pós-traumático decorrentes das outras formas de violência doméstica, podem ser enquadrados como violência física:

É o que se chama de transtorno de estresse pós-traumático. É identificado pela ansiedade e depressão, a ponto de baixar ou reduzir a capacidade da vítima suportar os efeitos de um trauma severo. Como estes sintomas podem perdurar no tempo, independente da natureza da lesão corporal praticada, ocorrendo incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias ou incapacidade permanente para o trabalho, possível tipificar o delito como lesão grave ou gravíssima, pela perpetuação da ofensa à saúde (CP, art. 129, §1º, I e §2º, I).²⁴⁹

A jurisprudência tem assim reconhecido. Exemplo disso é possível identificar no julgado do Tribunal de Minas Gerais que reconheceu a saúde corporal, para além da integridade física, como destinatária da lei penal, considerando que o estresse crônico decorrente da violência também pode desencadear sintomas físicos, como dores de cabeça, fadiga, dores nas costas e até distúrbios do sono.²⁵⁰

4.3.1.2 Violência psicológica

Prevista no inciso II do art. 7º da Lei Maria da Penha, a violência psicológica é definida como qualquer conduta que atinja a integridade psicológica da mulher, lhe causando dano emocional e diminuição da autoestima, lhe prejudicando e perturbando o pleno desenvolvimento, degradando ou controlando suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangendo, humilhando, manipulando, isolando, vigiando, perseguindo, insultando, chantageando, violando sua intimidade, ridicularizando, explorando e limitando seu direito de ir e vir ou exercendo qualquer outra conduta que prejudique sua saúde psicológica e autodeterminação. Nos dizeres de Maria Berenice Dias, “consiste na agressão emocional, que é tão ou mais grave que a violência física”.²⁵¹

Essa forma de violência contra a mulher é abordada pela Convenção de Belém do Pará, sendo reconhecida expressamente na legislação brasileira apenas na Lei Maria da Penha, trazendo uma importante contribuição ao problematizar comportamentos naturalizados nas relações afetivas e familiares que, além de constituírem violações aos direitos humanos, são os primeiros sinais que antecedem a ocorrência das outras formas de violência.

Ao exemplificar formas de violência psicológica, a Lei Maria da Penha não inaugura

²⁴⁹DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 89.

²⁵⁰TJMG, ACr 10637140037424001, 6ª C. Crim., Rel. Des. Furtado de Mendonça, j. 25/07/2017.

²⁵¹DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 92.

um tipo penal, mas descortina essas condutas, associadas a variados crimes, como o constrangimento ilegal e a ameaça previstos nos artigos 146 e 147 do Código Penal, por exemplo, como violência doméstica.²⁵² E se configuradas como violência doméstica, podem ter suas penas majoradas devido ao aditamento promovido pela Lei Maria da Penha no Código Penal, mais precisamente no art. 61, inciso II, alínea f.²⁵³

Tal violência, segundo José Navarro Góngora, é caracterizada pela submissão da vítima em face do medo do agressor, bem como pela desqualificação da sua própria imagem, que lhe impedem de sair do cenário de violência.²⁵⁴ Uma agressão pautada na inferiorização e amedrontamento da vítima, a partir de humilhações, intimidações, depreciação, xingamentos, inserindo a mulher num processo de adoecimento psicológico que contribui para o ciclo da violência – a ser estudado mais adiante.

No contexto da relação afetiva, esse tipo de violência doméstica é praticada pelo companheiro em face da mulher com o condão de reduzir a autoestima e liberdade da mesma para que se mantenha submissa e dependente. O agressor, para afirmar-se como superior, inferioriza a vítima no que se chama de *vis compulsiva*.²⁵⁵

Uma forma de violência, portanto, que está fortemente alicerçada nas relações hierárquicas entre sexos, pautada na ideia de que a mulher é um ser inferior que necessita do poder masculino para subsistir, devendo a ele prestar obediência e devoção. E, conforme analisa Maria Berenice Dias, embora seja uma violência tão frequente, acaba sendo pouco denunciada, até mesmo porque, muitas vezes, a vítima não enxerga naquelas condutas um crime em si que merece ser denunciado.²⁵⁶

Segundo pesquisa realizada pelo DataSenado em 2017, das mulheres que sofreram violência doméstica, 47% afirmaram ter sofrido violência psicológica.²⁵⁷ Outrossim, segundo dados disponibilizados pelo Dossiê Mulher sobre os crimes de ameaça e de constrangimento

²⁵²Código Penal. Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. (...) Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

²⁵³Código Penal. Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

²⁵⁴GÓNGORA, Navarro José. *Violencia em las relaciones íntimas*. Una perspectiva clínica. Barcelona: Herder, 2015, p. 104.

²⁵⁵CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

²⁵⁶DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 93.

²⁵⁷DataSenado. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumentado-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>>. Acesso em 24 de agosto de 2019.

ilegal registrados no Estado do Rio de Janeiro, 67,6% e 47,5%, respectivamente, foram com vítimas mulheres.²⁵⁸

Em que pese os números bastante expressivos, Mello e Paiva analisam que, como esses crimes geralmente são registrados apenas quando a vítima sente que corre risco iminente de ser agredida, a subnotificação é evidente e, por isso, o resultado da pesquisa, mesmo já alarmante, não mensura a quantidade real de casos.²⁵⁹

4.3.1.3 Violência sexual

Segundo a Lei Maria da Penha, a violência doméstica e familiar contra a mulher do tipo sexual consiste na conduta que: a constranja a manter ou participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade; a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

A definição de violência sexual apresentada pela Lei Maria da Penha é mais ampla que aquela apresenta no Código Penal, especificamente em seu título destinado aos crimes contra a dignidade sexual.

Segundo dados do IPEA, 70% dos estupro registrados são cometidos por parentes, namorados ou outros conhecidos da vítima, indicando que “o principal inimigo está dentro de casa e que a violência nasce dentro dos lares”.²⁶⁰ Porém, a mesma pesquisa informa que somente 10% dos casos são notificados, havendo, assim, uma alarmante subnotificação. Além disso, a Pesquisa Nacional de Vitimização também informa que apenas 7,5% das vítimas de violência sexual registraram o crime na delegacia.²⁶¹

A violência sexual ocorrida no contexto doméstico e familiar é motivada, em sua maioria, pelo pensamento masculino de que a mulher, na condição de esposa tem a obrigação de conjugal de manter relações sexuais mesmo sem o seu consentimento. Nesse sentido,

²⁵⁸Instituto de Segurança Pública. Dossiê Mulher 2018/ Orlinda Claudia R. de Moraes, Flávia Vastano Manso (Org.) 13v. Rio de Janeiro: RioSegurança. Instituto de Segurança Pública (ISP-RJ), 2018.

²⁵⁹MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Livia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.86.

²⁶⁰IPEA. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar) Brasília, março de 2014.

²⁶¹DATAFOLHA. Pesquisa Nacional de Vitimização: questionário Senasp. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Relat%C3%B3rio-PNV-Senasp_final.pdf>. Acesso em 05 de setembro de 2019.

importante mencionar um fato, ocorrido no Reino Unido, de um juiz que, em 2019, proferiu decisão reconhecendo a prerrogativa de um homem ter relações sexuais com sua esposa enquanto direito humano fundamental e o poder do Estado em monitorar sua aplicabilidade.²⁶²

Embora tal julgado não tenha sido proferido no Brasil, esse pensamento de que a liberdade sexual da mulher é limitada em face da vontade do marido, reforça a chamada cultura do estupro. Conforme analisam Mello e Paiva, “esse tipo de pensamento legitima violências como o estupro conjugal e ajuda na invisibilidade dos crimes sexuais dentro dos lares”.²⁶³

A Lei Maria da Penha, mais uma vez, descortina a violência sexual ocorrida nas relações afetivas enquanto violação à dignidade humana que, por muitos anos, foi aceita como dever conjugal.

4.3.1.4 Violência patrimonial

Nos termos do art. 7º, IV, da Lei Maria da Penha, violência patrimonial consiste, dentre outras condutas, na retenção, subtração, destruição parcial ou total dos objetos da mulher, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer as suas necessidades. Tais condutas são tipificadas penalmente, devendo ter suas penas majoradas se configuradas como violência doméstica contra mulher.

Importante ressaltar que a violência patrimonial ocorre em muitos relacionamentos afetivos não apenas sobre bens materiais, mas também, por exemplo, quando da recusa do alimentante de, mesmo dispondo de recursos, prestar alimentos à esposa que não possui qualquer gerência sobre a administração financeira do lar. Segundo Maria Berenice Dias, nos casos de omissão de prestar alimentos, além de cometer violência patrimonial nos termos da Lei Maria da Penha, também incorre no crime de abandono previsto no art. 244 do Código Penal.²⁶⁴

Segundo dados da pesquisa do Dossiê Mulher, de 2017, dos registros de violência patrimonial, 43,3% tiveram como acusados companheiros e ex-companheiros da vítima. Contudo, estudos apontam que tais dados estão aquém dos reais, haja vista a subnotificação

²⁶²Disponível em: <<https://www.dailymail.co.uk/news/article-6879993/Fury-judge-tells-court-fundamental-human-right-man-sex-wife.html>>. Acesso em 05 de setembro de 2019.

²⁶³MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Livia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.89.

²⁶⁴DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 100.

desse tipo de violência.²⁶⁵

Paiva e Mello associam a causa desses crimes ao papel historicamente dado ao homem de chefe de família e, assim, a função de administrar as finanças e o patrimônio do casal, ao passo que a mulher estava condicionada a essa autoridade, inclusive, para exercer atos da vida civil.²⁶⁶

4.3.1.5 Violência moral

A violência moral, nos termos do inciso V do art. 7º da Lei Maria da Penha, é qualquer conduta que configura os crimes de calúnia, difamação ou injúria previstos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal, respectivamente.²⁶⁷

Segundo a legislação penal, calúnia consiste em imputar, falsamente, a alguém a prática de um ato definido como crime; a difamação consiste em imputar a alguém, publicamente, fato ofensivo à sua reputação; e a injúria consiste em ofender alguém em sua dignidade ou decoro. E se esses tipos penais ocorrem contra a mulher, em razão de gênero, dentro no âmbito de uma relação doméstica, familiar e/ou afetiva, serão considerados violência doméstica e familiar contra a mulher e, assim, ter a pena majorada nos termos do art. 61, II, f do Código Penal.²⁶⁸

Essa forma de violência doméstica, destinada a caluniar, difamar ou injuriar a mulher, macula a sua honra, estando diretamente atrelada ao não cumprimento do papel imputado ao gênero feminino pela cultura patriarcal vigente. A honra maculada na violência moral cometida contra a mulher no contexto de uma relação doméstica e familiar está fundamenta em preceitos morais que regem os papéis de gênero estruturados pelo poder patriarcal vigente.

Conforme analisam Mello e Paiva, “há uma condição intrínseca ao fato de ser mulher em uma sociedade patriarcal que deve ser levada em consideração pelos operadores do Direito – e que foi levada em consideração pelos legisladores quando elaboraram a Lei Maria da Penha”.²⁶⁹ Compreender a violência moral inserida no contexto doméstico e familiar carece,

²⁶⁵PEREIRA et all. O fenômeno da violência patrimonial contra a mulher: percepções das vítimas. *Oikos: Revista Brasileira de Economia Doméstica*, Viçosa, v.24, n.1, p. 207-236, 2013.

²⁶⁶MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.102.

²⁶⁷Código Penal. Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. (...) Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

²⁶⁸Código Penal. Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

²⁶⁹MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Lívia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo:

portanto, de uma perspectiva de gênero, entendendo que a sua prática ocorre como forma vigilante de manter a condição inferior da mulher nesse sistema hierárquico.

A violência moral está atrelada, de tal modo, à violência psicológica. Ambas ocorrem motivadas pela necessidade de reafirmar a sujeição da mulher na relação hierarquizada entre gêneros dentro do contexto doméstico familiar. Os dados do Dossiê Mulher reforçam essa realidade ao sinalizar que das violências morais registradas em 2017, 43,6% eram configuradas como violência doméstica e familiar e 54,9% ocorreram na residência da vítima.²⁷⁰

4.3.2 O ciclo da violência e suas condições peculiares

Devido aos laços entre a vítima e o agressor, que revestem a violência doméstica de elevada complexidade, estudos interdisciplinares são necessários no sentido de compreender o cenário cíclico configurado nesses conflitos.

Estudos comprovam que esse tipo de violência é episódico, ou seja, não ocorre de forma isolada e pontual, mas sim sistematicamente. Segundo a psicóloga Lenore Walker, esse tipo de violência se agrava gradativamente através de fases que ocorrem dentro de um ciclo que é reiteradamente repetido.

A Teoria do Ciclo da Violência - *Cycle Theory of Violence* apresentada por Walker após a análise de casos de violência doméstica ocorridos em contextos conjugais, constata a dificuldade de rompimento do conflito tendo em vista os laços afetivos e o processo de adoecimento no qual ficam imersas as pessoas naquele cenário familiar.²⁷¹ O ciclo da violência doméstica se constitui, assim, como categoria de análise necessária para a melhor compreensão dessa problemática.

Curiosamente, o que antecede o ciclo da violência doméstica é o aparente afeto. Afeto, contudo, associado à dependência e possessividade, de dominação do masculino em face do feminino, mesmo que sob a justificativa de que a mulher, enquanto indefesa e vulnerável, precisa estar acompanhada de um homem para sua proteção e segurança. Esses aspectos, atrelados à própria vulnerabilidade das relações afetivas, que afastam a estrita racionalidade dos envolvidos, potencializam a dificuldade de rompimento da relação aos primeiros sinais da violência.

Thomson Reuters Brasil, 2019, p.105.

²⁷⁰Instituto de Segurança Pública. Dossiê Mulher 2018/ Orlinda Claudia R. de Moraes, Flávia Vastano Manso (Org.) 13v. Rio de Janeiro: RioSegurança. Instituto de Segurança Pública (ISP-RJ), 2018.

²⁷¹WALKER, Lenore E. A. *The Battered Woman*. New York, Harper & Row, 1979, p. 112.

O início do ciclo ocorre quando dos primeiros sinais de tensão no relacionamento, por meio de silêncios, indiferenças, reclamações, questionamentos, humilhações, ameaças. Estando no seio de uma relação afetiva e cotidiana, os primeiros conflitos surgidos acabam sendo enxergados pela vítima como um mero problema conjugal distante de qualquer aspecto criminal.²⁷²

É na fase denominada “tensionamento” que a violência psicológica encontra seu ápice, atingindo o íntimo da mulher e, ainda, os próprios filhos: “As agressões não se cingem à pessoa da vítima. O varão destrói seus objetos de estimação, a humilha diante dos filhos. Sabe que estes são os seus pontos fracos e os usa como ‘massa de manobra’ ameaçando maltratá-los”.²⁷³

Diante da convivência, essas práticas passam a ocorrer sistematicamente e se agravam paulatinamente, de modo que, não havendo intervenção, a fase do tensionamento pode culminar na denominada “fase da explosão”, saindo de um cenário apenas de violência psicológica para de violência física.

Aos primeiros sinais da violência aguda, a primeira reação da vítima, assustada com o acontecimento, muitas vezes, é tomar alguma atitude no sentido de romper o relacionamento. Em alguns casos, procura, primeiramente, algum conhecido ou familiar; em outros, se dirige diretamente à autoridade policial ou outro profissional especializado.

Todavia, motivos adversos surgem para que não leve adiante a decisão de romper o ciclo, muitas vezes impulsionados pelos conhecidos e familiares que procurou. Dentre eles, o desencorajamento para não terminar a relação sob o convencimento de que talvez ela própria tenha dado causa ao problema, alimentada pelo pensamento patriarcal de que o homem é agressivo por natureza, não praticando violência intencionalmente; o receio das represálias e dificuldades que enfrentará no contexto cultural que culpabiliza a mulher; a dependência financeira do companheiro, não sabendo como se sustentará e, sendo o caso, sustentará os filhos.²⁷⁴

A mulher, imersa numa cultura que ainda herda costumes de origem patriarcal e, assim, lhe impõe um papel de submissão ao homem, sobretudo no ambiente doméstico e familiar, tende a assumir uma postura resiliente quando sofre violência, a qual acaba sendo confundida com os seus deveres enquanto esposa e mãe. E, ainda, questões de ordem financeira e, sobretudo, afetiva e emocional, atreladas aos laços familiares formados, muitas vezes intensificados devido

²⁷²Ibidem.

²⁷³DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 28-29.

²⁷⁴Bonetti, Pinheiro, L. S., & Ferreira, P. C. (2008). Violência contra as mulheres e direitos humanos no Brasil: uma abordagem a partir do Ligue 180. ENCONTRO DA ABEP, 16., 2008, Caxambu, MG. Anais., 16. Retrieved from http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008_1008.pdf.

à existência de filhos na relação, potencializam a não tomada de providências concretas contra o agressor.²⁷⁵

O agressor, por sua vez, conforme analisa Alice Bianchini, aproveitando-se da relação de convívio, intimidade e privacidade que mantém com a vítima, perpetua a violência contra a mulher certo do controle do “seu” território, dificilmente exposto a testemunhas – o que aumenta, ainda mais, o seu potencial ofensivo.²⁷⁶

Assim, aspectos afetivos relacionados aos laços familiares existentes acabam por potencializar o silêncio da mulher e a manutenção da violência doméstica por parte do agressor. Isso porque o agressor é alguém com quem a vítima convive e possui vínculo afetivo difícil de ser rompido imediatamente. Visualiza-se, assim, a situação de vulnerabilidade na qual se encontra a mulher vítima de violência doméstica, que é agravada quando a mesma depende financeiramente do agressor.

A manutenção do ciclo da violência está, assim, atrelada a diversos fatores de ordem cultural, afetiva e econômica que levam a vítima a buscar explicações e justificativas que descriminalizem a violência sofrida, imputando a si mesma a culpa pelo surgimento daquele cenário e passando a medir suas condutas para evitar que o companheiro volte a ser agressivo.²⁷⁷ Contudo, novas fases de tensão e explosão voltam a ocorrer, cada vez mais gravosas. A mulher, mais uma vez, recua devido aos diversos fatores que a desencorajam, perdendo o agressor e, posteriormente, sofrendo novamente as agressões, formando um cenário cíclico.

Nesse contexto de tensão, explosão e reconciliação, a mulher adentra num processo de adoecimento psicológico, fragilizada e descrente por não conseguir romper a relação e estar cada vez mais machucada pelas agressões sofridas de forma paulatinamente intensa e sem qualquer perspectiva de mudança.

Essa vivência de tensões e agressões sistemáticas, seguidas de promessas de mudanças frustradas, acabam fragilizando a vítima ao ponto de atingirem sua própria sanidade. Na maioria dos casos, o resultado do ciclo da violência, se não rompido, é o feminicídio da vítima por parte do agressor, mas estudos apontam que, não sabendo mais o que fazer naquele contexto, algumas mulheres chegam a cometer suicídio ou, ainda, matar o agressor. Por isso o ciclo da violência costuma ser desenhado como um espiral ascendente, haja vista o seu agravamento a cada nova

²⁷⁵Bonetti, Pinheiro, L. S., & Ferreira, P. C. (2008). Violência contra as mulheres e direitos humanos no Brasil: uma abordagem a partir do Ligue 180. ENCONTRO DA ABEP, 16., 2008, Caxambu, MG. Anais., 16. Retrieved from http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008_1008.pdf.

²⁷⁶WALKER, Lenore. *The Battered Woman Syndrome*. Nova York: Spring Publishing Company LLC, 2009.

²⁷⁷MARQUES, Alline de Souza. Os filhos da violência doméstica: crianças não são apenas testemunhas do fato, mas verdadeiras vítimas. In: *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v.11, n.3, p. 59, Março de 2016.

fase, podendo desembocar na morte dos envolvidos, em sua maioria da mulher.

Walker também discorre sobre a *battered woman's defense*, traduzida como síndrome das mulheres maltratadas. Tal síndrome acomete vítimas de violência doméstica através de reiterados ciclos e passam a apresentar um conjunto de sintomas psicológicos de descrença quanto à resolução da problemática. Configura-se, assim, na incapacidade da vítima de buscar ajuda e romper o ciclo da violência, matando o agressor como única possibilidade de defesa.²⁷⁸

Tamanha a problemática que, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), 38% de todos os assassinatos de mulheres são cometidos por parceiros íntimos.²⁷⁹ Além disso, pesquisa realizada pela Secretaria Nacional de Políticas Públicas para Mulheres apontou que, dentre as denúncias registradas no Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher, 72% dos casos de violência relatados foram cometidos por homens com quem as vítimas mantinham relação afetiva.²⁸⁰ De natureza semelhante, pesquisa realizada pelo Data Senado apontou que 67% das 1.116 mulheres ouvidas confirmaram ter sofrido algum tipo de agressão, das quais 74% foram por parte maridos, companheiros e namorados²⁸¹.

Além disso, dados da Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (PCSVDF Mulher) revelam que 55,2% das mulheres vítimas de agressões físicas confirmaram que os filhos presenciaram as cenas de violência (ano-base 2016)²⁸².

Segundo Manuela Lainetti, psicóloga do Centro Nacional de Referência para Vítimas de Violência (CNRVV), que acompanha crianças que vivenciaram tais situações, "presenciar já é uma forma de abuso psicológico em si".²⁸³ Assim, os filhos não estão alheios àquele contexto, haja vista que integram a entidade familiar e presenciam os episódios de violência doméstica perpetrados de forma prolongada pelos pais.

Estando inseridos num contexto cíclico e repleto de obstáculos para o seu rompimento,

²⁷⁸WALKER, Lenore E. A., The battered woman syndrome is a psychological consequence of abuse. In: Richard J. Gelles; Donileen R. Loseke (eds.), *Current Controversies on Family Violence*, Newbury Park, Sage Publications, 1993, p. 135.

²⁷⁹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Global and regional estimates of violence against women prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*. Geneva: WHO, 2013.

²⁸⁰Disponível em: <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/pesquisas/balanco-2015-do-ligue-180-central-de-atendimento-a-mulher-spm-2016/#em-72-dos-casos-o-agressor-e-o-parceiro-ou-ex>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2019.

²⁸¹Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=aumentanumero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2019.

²⁸² ONU Mulheres. Relatório Executivo II – Primeira Onda – 2016. Disponível em: <www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2017/11/violencia_domestica_trabalho_ago_17.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

²⁸³UNIVERSA. Filhos da Violência. Disponível em: <<https://universa.uol.com.br/especiais/filhos-da-violencia/index.htm>>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

os filhos menores acabam vivenciando os episódios de violência de forma duradoura e sofrendo, assim, consequências prejudiciais para o seu desenvolvimento sadio. De tal maneira, é possível identificá-los como vítimas indiretas daquelas agressões.

Verifica-se, assim, a vulnerabilidade na qual se encontram a mulher e os filhos menores inseridos no contexto da violência doméstica, carecendo, portanto, de uma abordagem multidisciplinar e uma proteção especial em vários aspectos, dentre eles o da guarda nos casos de rompimento da relação conjugal – cujos estudos serão aprofundados mais adiante.

4.3 OS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A Lei Maria da Penha dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher como foro competente para o processamento, julgamento e execução das causas decorrentes desses crimes, lhe atribuindo natureza cível e criminal, bem como rito ordinário.

A criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, prevista no artigo 14 da Lei Maria da Penha, além de promover um novo direcionamento à legislação vigente, garante a tramitação e o julgamento dos processos de tal natureza por uma unidade judiciária especializada e compromissada com o enfrentamento a esses crimes, de modo a evitar, conforme estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, novas violações semelhantes àquelas sofridas por Maria da Penha.²⁸⁴

Conforme analisa Bianchini, “por meio dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher foi possível centralizar, num único procedimento judicial, todos os meios de garantia dos direitos da mulher em situação de violência doméstica e familiar, antes relegado a diversos e diferentes órgãos jurisdicionais”.²⁸⁵

Antes da promulgação da Lei Maria da Penha, a violência doméstica e familiar contra a mulher, quando enquadrada na categoria de infração penal de menor potencial ofensivo, podia ser processada e julgada nos Juizados Especiais Criminais, nos termos da Lei n. 9099/1995. Ou seja, através do rito sumário, que permite a conversão da punição no pagamento de cestas básicas ou prestação pecuniária.

Importante destacar que muitos casos de violência doméstica são configurados como

²⁸⁴PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei n. 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁸⁵BIANCHINI, Alice. *Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.275.

crimes de lesão corporal leve e ameaça²⁸⁶, com pena máxima não superior a dois anos, motivo pelo qual, por força da Lei n. 9.099/1995, eram atraídos para o rito sumário dos Juizados Especiais na condição de infrações de menor potencial ofensivo. Com o advento da Lei Maria da Penha, tal possibilidade foi afastada pelo art. 17 da Lei Maria da Penha, que veda a aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.²⁸⁷

Além disso, a Lei prevê a atuação de uma equipe de atendimento multidisciplinar nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, composta por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde. Nos termos do art. 30, tal equipe poderá fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, podendo desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a mulher, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes²⁸⁸.

Segundo dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário brasileiro conta, atualmente, com 112 Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em funcionamento no país²⁸⁹. Um número expressivo, mas ainda aquém para a demanda brasileira. Na Paraíba, por exemplo, há apenas dois Juizados especializados, sendo um em João Pessoa e outro em Campina Grande, dentro de um universo de 78 comarcas.²⁹⁰

4.4 DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Consideradas, ao lado dos Juizados de Violência Doméstica, as principais inovações trazidas pela Lei Maria da Penha, as medidas protetivas de urgência, previstas nos artigos 18 a 26, constituem instrumentos salutares para a proteção da mulher. Não havia, até então,

²⁸⁶SABADELL, Ana Lucia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. *Revista dos Tribunais*. v.840, p.449, out. 2005.

²⁸⁷ Lei n. 11.340/2006. Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

²⁸⁸ Lei n. 11.340/2006. Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

²⁸⁹ Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDRResumo>. Acesso em 09 de junho de 2019.

²⁹⁰ Tribunal de Justiça da Paraíba. Disponível em: <<https://www.tjpb.jus.br/comarcas/lista>>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

instrumento de proteção próprio a ser efetivado com celeridade e objetividade na prevenção e no combate à violência doméstica. Analisa Bianchini: “Até então, o juiz, nesses casos, encontrava-se muito limitado nas suas ações voltadas à proteção da mulher, sendo a maioria das causas de competência dos Juizados Especiais Criminais(...)”.²⁹¹

A Lei Maria da Penha deixa claro que as medidas protetivas tem a finalidade de proteger a mulher, seus familiares e seu patrimônio (art. 19, §3º), podendo ser aplicadas sempre que a segurança e as circunstâncias o exigirem (art. 19, §2º) e sempre que os direitos por ela tutelados forem ameaçados ou violados (art. 22, § 1º). O fim dado às medidas protetivas é, em sua essência, voltado para assegurar à mulher o direito de viver sem violência.

Através desses mecanismos que tutelam a integridade da mulher, uma possibilidade maior é alcançada no sentido de interromper o ciclo da violência sem que haja, imediatamente, a privação da liberdade do ofensor. Medidas que não se amparam somente em dispositivos penais direcionados ao réu, mas que permitem proteger a vítima, seus familiares e patrimônio do cenário de violência doméstica vivenciado. Inclusive porque, em muitos casos, ao procurar ajuda, não necessariamente a mulher objetiva a prisão do agressor e, nem mesmo, o fim da relação.

Conforme próprio da complexidade que paira sobre esse tipo de violência, por vezes a vítima não se enxerga como tal, acreditando que aquele cenário de conflito não alcança a seara penal. E quando tem essa percepção, não quer denunciar o seu cônjuge/companheiro devido aos laços afetivos e familiares existentes, muitas vezes pai dos seus filhos. Além disso, pelo próprio receio da culpabilização e condenação social, diante de costumes culturais que ainda banalizam o comportamento agressivo do homem e duvidam da mulher que denuncia.

Dentre as medidas protetivas que a autoridade judicial pode aplicar imediatamente ao agressor diante da constatação da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, estão: a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente; o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; a proibição de determinadas condutas de aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; a proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; a proibição de frequentar determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; a prestação de alimentos

²⁹¹BIANCHINI, Alice. *Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.180.

provisionais ou provisórios.

Para além das medidas imputadas ao agressor, a lei permite ao juiz, quando necessário: encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento, determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; determinar a separação de corpos; determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.

Há, ainda, previsão de medidas que visam a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, como: a restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; a proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; a suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; a prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

O rol de medidas apresentado nos artigos 22, 23 e 24 da lei são exemplificativos, havendo, portanto, possibilidade de decretação de outras medidas protetivas a serem cumpridas pelo agressor, desde que o objetivo seja a proteção dos direitos tutelados pela Lei Maria da Penha. Outrossim, a lei dispõe expressamente que as medidas protetivas podem ser aplicadas em conjunto ou separadamente, a depender da análise do caso concreto. A finalidade sempre será a proteção da mulher, de seus familiares e patrimônio, podendo o juiz requisitar o auxílio de força policial quando necessário para a efetividade dessas medidas.

Conforme analisam Didier e Oliveira, há uma atipicidade que reveste as medidas protetivas e mantém o sistema “aberto” diante dessa possibilidade conferida ao magistrado de, em cada caso concreto, estabelecer as medidas que entender mais adequadas para a proteção da mulher, mesmo que tal determinação não esteja prevista expressamente em lei.²⁹²

Importante destacar que o deferimento das medidas protetivas está condicionado à vontade da vítima. Esta pode realizar o registro de ocorrência, mas para que as medidas sejam decretadas judicialmente, ela precisará manifestar expressamente sua vontade nesse sentido para, então, o pedido de tutela provisional de urgência ser apreciado. Contudo, em sua

²⁹²DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais Civil na Lei Maria da Penha (VIOLÊNCIA Doméstica e Familiar contra a Mulher). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e Responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p.327.

apreciação, o juiz pode, de ofício, adotar outras medidas que considerar necessárias para efetivar a proteção da ofendida.

Tamanha a relevância desses instrumentos que, para assegurar sua maior efetividade, em 2018, a Lei Maria da Penha foi aditada com a previsão do crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência em seu art. 24-A, punido com detenção de três meses a dois anos, não excluindo a possibilidade outras sanções cabíveis.

4.4.1 Da natureza jurídica das medidas protetivas

Ao prever as medidas protetivas de urgência, a Lei Maria da Penha provoca várias discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica desses instrumentos com reflexos no campo processual. Pelo próprio nome, é possível constatar o caráter cautelar de tais instrumentos com o fim de proteção.

Debates abarcam os mais diversos posicionamentos: de que teriam natureza penal e, por isso, deveriam pressupor um processo criminal; de que teriam natureza cível, servindo, assim, para resguardar um processo civil. Uma discussão, portanto, voltada para a autonomia dessas medidas ou a necessidade de vinculação a um processo principal. Sobretudo diante da necessidade de requerer por meio de registro policial de ocorrência, dando margem para interpretação de que estaria condicionada a um inquérito ou processo criminal.

Contudo, ao reconhecer a possibilidade de caráter cível dessas medidas protetivas, independente de outro procedimento, o STJ afastou o entendimento de que tais cautelares seriam instrumentos do processo criminal, reconhecendo sua natureza satisfativa, nos seguintes termos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO.

1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. "O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial.

Não visam processos, mas pessoas" (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).²⁹³

Prevalece, assim, o entendimento de que tais instrumentos não são destinados a assegurar processos, não tendo qualquer condão preparatório para futura ação processual. Afinal, não impõem o dever de ingressar com ação principal nos prazos estabelecidos pela legislação processual.

A finalidade das medidas protetivas, como estabelece expressamente a Lei Maria da Penha, é resguardar direitos fundamentais, destinando-se a pessoas e não a processos, sendo cautelares inominadas que visam garantir direitos fundamentais e coibir a violência no âmbito das relações familiares, em cumprimento ao art. 226, §8º, da Constituição Federal, conforme analisa Fausto Rodrigues de Lima.²⁹⁴ Assim, mesmo em procedimento cautelar, as medidas protetivas dispõem de natureza satisfativa, podendo perdurar enquanto persistir a situação de risco, conforme entendimento do juízo competente.

4.4.2 Das medidas que obrigam o agressor

O presente estudo se aterá às medidas protetivas previstas atinentes à proibição de contato do casal em casos de violência doméstica e familiar perpetradas pelo agressor em face da mulher, que podem ser identificadas no artigo 22, incisos II a IV, da Lei Maria da Penha:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: (...)

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

²⁹³Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296735&num_registro=201303555858&data=20140407&formato=PDF>. Acesso em 07 de janeiro de 2020.

²⁹⁴LIMA, Fausto Rodrigues de; GONÇALVES, Ana Paula Schwelm, A lesão corporal na violência doméstica: nova construção jurídica. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/8912/a-lesao-corporal-na-violencia-domestica> >. Acesso em: 07 de dezembro de 2019.

Essas medidas se voltam, de modo geral, para manter o agressor distante de qualquer meio que possa levar ao contato com a mulher, contribuindo, assim, para o rompimento do ciclo da violência e a proteção da integridade física e psicológica da mulher e de seus familiares. Por isso, geralmente, são determinadas cumulativamente, com exceção da restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, caso que precisará de parecer da equipe de atendimento multidisciplinar, ocorrendo, portanto, em casos excepcionais e em caráter temporário para evitar maiores prejuízos aos filhos quanto à relação paterno-filial.

Conforme analisa Maria Berenice Dias, com a decretação de tais medidas, “além de inibir a reiteração dos atos de violência, evita as intimidações e ameaças que eventualmente possam causar constrangimento ou interferir nas investigações”.²⁹⁵ O agressor fica obrigado a manter distanciamento mínimo e não entrar em contato com a vítima para que o ciclo da violência seja rompido, resguardando todos os envolvidos. Segundo Mello e Paiva: “O afastamento é uma maneira de interromper o ciclo da violência, pois diminui a probabilidade da ofendida voltar a ser agredida a qualquer momento, principalmente por ter denunciado a violência contra ela praticada”.²⁹⁶

Importante destacar que a lei não estabelece a distância a ser mantida pelo agressor, deixando tal encargo para a decisão judicial a partir da análise do caso concreto. Porém, independente do contato físico, a medida impõe o dever de não contato com a ofendida sob pena de enquadramento do tipo penal em específico, conforme mencionado.²⁹⁷

Conforme analisam Mello e Paiva, a medida protetiva de distanciamento é a mais aplicada devido ao seu baixo grau de restrição de direitos, não ensejando qualquer constrangimento ilegal ao agressor, que fica com sua liberdade de locomoção limitada minimamente em face do direito à integridade física e psíquica da vítima.²⁹⁸

Além disso, a proibição de contato com a vítima e seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação sinaliza a extensão da proteção objetivada pela Lei às pessoas envolvidas naquele contexto da violência doméstica perpetrada, além de fechar todas as vias possíveis de contato, mesmo que por terceiros, com a ofendida; e, também, evitar qualquer tentativa de influência sobre os depoimentos que comporão a instrução criminal.

Também é importante destacar que, embora o art. 23, IV, da Lei Maria da Penha preveja

²⁹⁵DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 183-184.

²⁹⁶MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Livia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.259.

²⁹⁷Lei n. 11.340/2006. Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

²⁹⁸MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Livia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.260.

medida protetiva de separação de corpos, esta não se confunde com a separação de corpos prevista no art. 1.562 do Código Civil e diretamente atrelada ao casamento. As medidas de afastamento previstas na Lei Maria da Penha independem do estado civil, bastando apenas a existência presente ou passada de relação íntima de afeto.

É bem verdade que, com a promulgação da Lei 13.894/2019, foi dada competência ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para apreciar ações de divórcio e união estável nos casos que envolvam violência doméstica. Contudo, essa possibilidade não tem relação com as medidas protetivas de urgência em comento. Significa dizer que o requerimento de medidas protetivas independe do requerimento do divórcio.

A promulgação dos dispositivos relativos à restrição ou suspensão de visitas dos filhos ocorreu antes do advento da lei n. 13.058/2014, que estabeleceu a guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico brasileiro, afastando a guarda unilateral materna com o tradicional regime de visitação do pai - conquista inegável para a realização da igualdade nas relações familiares e para a concretização efetiva do direito fundamental à convivência familiar

Assim, ao prever a restrição ou suspensão “de visitas”, a Lei Maria da Penha utiliza um termo cada vez mais superado no campo das relações familiares. Talvez, como dito, por ter sido promulgada quase uma década antes da nova lei da guarda compartilhada, quando o regime de visitas ainda era predominante. Identifica-se, nesses termos, uma lacuna acerca das medidas protetivas necessárias para a proteção dos filhos por não considerar a regra da guarda compartilhada nos casos de violência doméstica dos pais em face dos filhos – o que será aprofundado no capítulo seguinte.

5 GUARDA COMPARTILHADA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR PERPETRADA PELO PAI EM FACE DA MÃE

Conforme analisado no presente estudo, a Constituição Federal de 1988 consagra, em seu art. 226, a família com base da sociedade e destinatária de proteção especial do Estado, estabelecendo no §8º do aludido dispositivo o dever estatal de assegurar assistência a todas as pessoas integrantes da entidade familiar, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.²⁹⁹

Assim, estabelece a igualdade entre homens e mulheres e uma série de princípios expressos e implícitos que redirecionam as relações familiares para a realização da dignidade humana através do afeto, da igualdade, da liberdade e da solidariedade.

Nesse escopo de proteção prioritária às relações existenciais em detrimento das patrimoniais, a nova ordem constitucional também consagra, em seu art. 227, o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Sob essa nossa ordem constitucional, os direitos da criança e do adolescente passam a prevalecer sobre quaisquer outros. A doutrina da proteção integral impõe à família, à sociedade e ao Estado uma atenção prioritária e absoluta aos direitos fundamentais da criança e adolescente, para que tenham seus interesses assegurados ao longo do seu crescimento, rompendo com o ordenamento jurídico anterior que não destinava proteção especial a essas pessoas e, inclusive, lhes imputava submissão ao poder patriarcal. Há, assim, conforme estudado anteriormente, um novo tratamento jurídico destinado à criança e adolescente, agora destinatárias de uma atenção especial por serem pessoas em desenvolvimento e em situação de vulnerabilidade.

Segundo Costa, esse novo paradigma “reconhece o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade de seu povo e da espécie”.³⁰⁰ Uma proteção integral,

²⁹⁹Constituição Federal. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

³⁰⁰COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 19.

à luz de um valor ético maior e que se organiza por meio de normas interdependentes que reconhecem criança e adolescente como sujeitos de direito³⁰¹, imputando ao Estado, à família e à sociedade a observância dos seus melhores interesses.

Nesse sentido, as transformações ocorridas no Código Civil de 2002 atinentes à igualdade parental, com a superação do pátrio poder e consagração do poder familiar (autoridade parental) a ambos os pais acabam sendo reflexo da nova ordem constitucional, notadamente quanto ao direito fundamental à convivência familiar.

Acompanhando tais transformações e, inclusive também em atenção às àquelas voltadas para a promoção da igualdade entre homens e mulheres, também é possível identificar a promulgação da Lei nº 13.058/2014, que altera a legislação civil no sentido de estabelecer a guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico, também pode ser identificada como um reflexo.

Não ignorando as lacunas dessa legislação, o fim ao qual se destina o compartilhamento das responsabilidades e convívio com os filhos tem, sem dúvidas, um relevante condão de reduzir a sobrecarga das mulheres nos deveres com os filhos. Observa Maria Celina Bodin de Moraes: “A boa intenção do legislador é compreensível: quer impedir que na briga do casal um deles consiga “alienar” o outro. Com efeito, já foi dito que, em tese, a guarda compartilhada serve a diminuir, preventivamente, as disputas passionais pelos filhos (...)”.³⁰²

Conforme estudado, a nova lei da guarda compartilhada, apesar das merecidas críticas, desperta o convívio e o exercício equilibrado das responsabilidades dos pais com a prole, contribuindo, ainda, para a desconstrução histórica e cultural das desigualdades entre homens e mulheres quanto aos cuidados com os filhos. Coloca a família, segundo Paulo Lôbo, “como sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma”.³⁰³

Porém, apesar dos avanços advindos com a instituição da guarda compartilhada no Brasil, muitas discussões vêm sendo travadas sobre algumas controvérsias atinentes à sua interpretação e aplicação. Dentre elas, aquelas atreladas aos casos de dissenso entre os pais que inviabilizam o convívio familiar de maneira harmônica e pacífica – o que pode ensejar prejuízos para a criança ou adolescente.

³⁰¹AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018a, p. 55-59.

³⁰²BODIN DE MORAES, Maria Celina. A guarda compartilhada e o direito da criança à convivência familiar, desde que a salvo de toda forma de violência. Editorial à *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 8, n. 3., 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-guarda-compartilhada-e-o-direito/>>. Acesso em 15 de abril de 2020.

³⁰³Paulo LOBO. Direito-dever à convivência familiar. In: Maria Berenice DIAS (Org.). *Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 401. No mesmo sentido, v. Douglas Phillips FREITAS. *Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010*. 2.ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 96.

Ressalte-se que tais discussões versam sobre dissensos entre os pais que não necessariamente ocupam a seara da violência doméstica. Ou seja, em situações não configuradas como violência doméstica e, portanto, que não chegam a envolver as condições peculiares dessa problemática. Mas e nos casos de violência doméstica conjugal perpetrada pelo pai em face da mãe, seria possível afirmar que, à luz do princípio da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e adolescente, a aplicação da guarda compartilhada subjacente a esse contexto promoveria a proteção integral estabelecida constitucionalmente?

5.1 A TUTELA ESPECIAL DOS VULNERÁVEIS NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONJUGAL CONTRA A MULHER

A partir das transformações ocorridas no âmbito das relações familiares com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais passam a incidir diretamente nas relações privadas, nos termos do art. 5º, §1º, CF³⁰⁴, com a valorização da pessoa humana, destinando uma atenção especial aos vulneráveis. Retomando o sentido da categoria de vulnerável apresentado por Cláudia Lima Marques:

Como indica a própria etimologia do adjetivo ‘vulnerável’, que deriva de *vulnus* no latim a significar machucado, atacado por um mal ou frágil (nas línguas indo-europeias: *welanos*), vulnerabilidade é o estado daquele que tem um ponto fraco (*vulnus*), aquele que pode ser ‘ferido’ (*vulnerare*) ou é vítima facilmente.³⁰⁵

A vulnerabilidade como cláusula geral de proteção da dignidade humana não pautada na inferioridade, fragilidade e incapacidade, mas na proteção integral dos direitos fundamentais a ela inerentes.³⁰⁶ Analisa Cláudia Lima Marques:

A vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica

³⁰⁴Constituição Federal. Art. 5º. § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

³⁰⁵MARQUES, Claudia Lima. *Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro*. In: GRUNDMANN, Stefan et. al. (org.). *Direito privado, Constituição e fronteiras – encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 313.

³⁰⁶CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protéticas e reequilibradoras à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa.³⁰⁷

O conceito jurídico de vulnerabilidade está, assim, atrelado ao princípio da igualdade material, compreendendo as condições específicas de cada pessoa não como inferiores, mas como destinatárias de proteção especial. A fragilidade, portanto, como categoria que “reclama uma proteção diferenciada ou especial”, conforme ensina Maria Cristina Santiago.³⁰⁸ A necessidade de proteger as pessoas em situação de risco ou violações para, a partir dessa tutela específica, alcançar a equidade.

O conceito jurídico de vulnerabilidade está, assim, atrelado ao princípio da igualdade material, compreendendo as condições específicas de cada pessoa não como inferiores, mas como destinatárias de proteção especial.

5.1.1 O Direito Civil Humanizado e a categoria da hipervulnerabilidade

Em que pese os avanços ocorridos com o advento da Constituição Federal de 1988, notadamente com a aproximação do direito público e do direito privado, entende-se, conforme ensina Maria Luiza Alencar, que para além da constitucionalização do Direito Civil, é necessário “abranger a ‘hipervulnerabilidade’ como premissa de acionamento da garantia da dignidade humana, nos casos conjugados a processos de exclusão social”.³⁰⁹ Uma proposta de humanização do Direito Civil que coloca os direitos da solidariedade como fundamento para a interpretação jurídica da realidade econômica, social e cultural de cada pessoa.

Nesse sentido, a consagração abstrata no plano constitucional não garante a realização da dignidade humana no plano fático, especialmente com relação aos “hipervulneráveis”, ou seja, pessoas que em condição de vulnerabilidade potencializada como “grau excepcional (e ‘juridicamente relevante’) da vulnerabilidade geral”.³¹⁰

³⁰⁷MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 117.

³⁰⁸SANTIAGO, Maria Cristina Paiva. *Direito de arrendamento e a proteção da hipervulnerabilidade: a aplicação de um novo modelo de extinção contratual à luz da humanização do direito civil-constitucional*. 2018. 397f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas), Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2018, p. 141.

³⁰⁹FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Humanização do direito civil constitucional ou por um direito civil social. Lineamentos introdutórios. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo: RDCC*, São Paulo, v. 4, n. 11, abr-jun, 2017, p. 239-257.

³¹⁰MARQUES, Cláudia Lima. *Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro*. In: GRUNDMANN, Stefan et. al. (org.). *Direito privado, Constituição e fronteiras – encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 326.

A realização da dignidade humana, assim, carece de uma atenção que, além da normatização constitucional, alcança a tutela específica através de um olhar atento às particularidades das pessoas (hiper)vulneráveis. Isso, contudo, não desmerece a constitucionalização do Direito Civil enquanto fenômeno relevante para a desconstrução da tradicional dicotomia entre o direito público e o privado. A importância do Direito Civil Constitucional é inegável, inclusive, através dos avanços alcançados a partir do redirecionamento dos institutos de direito privado à luz da primazia constitucional, conforme aqui estudado.

Porém, diante de “um ordenamento jurídico que, embora muitas vezes coevo em sua base normativa, não é capaz de se materializar em ganhos sociais efetivos, realizando a justiça para categorias de excluídos e garantindo a paz social”, precisa ser humanizado.³¹¹ A humanização do Direito Civil surge, assim, uma nova etapa evolutiva do direito privado³¹², indo além do reconhecimento abstrato de direitos para a efetividade à luz de uma concepção humanista. Um processo de transformação social pautado na efetivação dos direitos humanos através da tutela específica dos hipervulneráveis. Sobre essas considerações, analisam Feitosa e Melo:

Aqui, a ética emancipatória dos direitos humanos demanda transformação social a fim de que cada pessoa possa exercer suas potencialidades, sem violência nem discriminação. Desse modo, na fase atual, a proteção geral e abstrata desses direitos, que temia a diferença, não se sustenta, fazendo-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas particularidades. Trata-se de postular proteção especial para determinados grupos, de acordo com sua vulnerabilidade, melhor, com a sua situação de hipervulnerabilidade.³¹³

A hipervulnerabilidade adotada, assim, como categoria necessária para a proteção efetiva de pessoas que, em suas particularidades, estão em múltiplas situações de vulnerabilidade. A especificação da pessoa não a partir do enunciado abstrato da norma, mas de sua realidade, de suas diferenças. A necessidade de considerar as diferenças que desigualam os sujeitos à luz de uma percepção interseccional, compreendendo suas múltiplas

³¹¹FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Humanização do Direito Civil Constitucional ou por um direito civil social*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, Ano 4, Vol. 11, 2017, p. 4-5.

³¹²PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas*. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.

³¹³FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; MELO, Jeremias de Cássio Carneiro de. *A humanização do direito civil constitucional na perspectiva da defesa dos hipervulneráveis: o caso das pessoas com deficiência mental e a necessária revisão do conceito de incapacidade civil*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b767062d418441a0>>. Acesso em 30 de maio de 2020.

vulnerabilidades para, assim, atender suas múltiplas necessidades. Segundo Marques, a necessidade de “diferenciar para proteger!”³¹⁴.

Sob essa compreensão, entende-se como necessária a utilização da categoria da hipervulnerabilidade para o estudo da guarda compartilhada de crianças e adolescentes, filhos de mulheres vítimas da violência doméstica conjugal.

5.1.2 A (hiper)vulnerabilidade das mulheres vítimas da violência doméstica conjugal

Parte-se da compreensão de que, em face do desequilíbrio nas relações familiares e do contexto cultural e afetivo que ainda vivenciam, sendo as que mais sofrem violência doméstica em caráter cíclico e sistemático, as mulheres são vulneráveis nesse âmbito privado.

Segundo os dados fornecidos pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019, realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 88,8% dos casos de violência doméstica registrados no país foram de violência contra a mulher por parte de seus cônjuges e companheiros.

Importante destacar também dados identificados no Atlas da Violência de 2019, produzido pelo Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), que assim considerou:

Apenas em 2017, mais de 221 mil mulheres procuraram delegacias de polícia para registrar episódios de agressão (lesão corporal dolosa) em decorrência de violência doméstica, número que pode estar em muito subestimado dado que muitas vítimas têm medo ou vergonha de denunciar. Considerando os altíssimos índices de violência doméstica que assolam o Brasil, a possibilidade de que cada vez mais cidadãos tenham uma arma de fogo dentro de casa tende a vulnerabilizar ainda mais a vida de mulheres em situação de violência.³¹⁵

O referido estudo, além de reconhecer a vulnerabilidade da mulher no âmbito doméstico, alertando para a potencialização da violência doméstica se mais cidadãos tiverem arma de fogo dentro de casa, revela que, nos últimos três anos, cerca de 900 mil mulheres pediram medida protetiva em todo o país.

Importante ressaltar que mesmo com o advento da Lei Maria da Penha, que definiu a violência doméstica contra as mulheres como violação aos direitos humanos, inaugurando mecanismos de proteção específicos e promovendo uma assistência integrada e especial a esse

³¹⁴MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 111.

³¹⁵Atlas da Violência 2019. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/6537-atlas2019.pdf>>. Acesso em 05 de janeiro de 2020.

grupo de pessoas historicamente vulneráveis nas relações afetivas e familiares, houve uma resistência de muitos juízes para a sua aplicação.

Diante da oscilação jurisprudencial com alguns julgados evocando a inconstitucionalidade do tratamento e proteção específica destinada às mulheres vítimas de violência doméstica, foi proposta a ADC 19/DF, na qual, com fundamento nas desigualdades culturais ainda vivenciadas pelas mulheres nas relações afetivas e familiares que, em 09 de dezembro de 2012, o STF reconheceu, por unanimidade, a constitucionalidade da proteção destinada pela Lei Maria da Penha. Um tratamento legislativo compensatório em face da invisibilidade da violência doméstica perpetrada ao longo de séculos contra as mulheres, nos dizeres do ministro relator Marco Aurélio de Melo:

A Lei Maria da Penha retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à Justiça. A norma mitiga realidade de discriminação social e cultural que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material, sem restringir, de maneira desarrazoada, o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino.³¹⁶

O STF, assim, reconheceu a necessidade de romper com a invisibilidade dessa problemática, especialmente quanto ao silêncio cultural não apenas da vítima, mas de toda a sociedade, justificando, nesse sentido, a proteção especial destinada às mulheres pela Lei Maria da Penha.

Se, por séculos, o ordenamento legitimou permitiu expressamente, agora age compensatoriamente no sentido de reverter as práticas discriminatórias e desiguais com as mulheres, engendradas no pensamento e nos costumes sociais, notadamente nas relações afetivas e familiares. Uma legislação, portanto, à luz da concepção aristotélica, que trata desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade para alcançar a igualdade material, assim analisada por Carmén Lúcia Antunes Rocha:

O que se pretende, pois, é que a lei desiguale iguais, assim tidos sob um enfoque que, todavia, traz consequências desigualadoras mais fundas e perversas. Enquanto antes buscava-se que a lei não criasse ou permitisse desigualdades, agora pretende-se que a lei cumpra a função de promover igualações onde seja possível e com os instrumentos de que ela disponha, inclusive desigualando em alguns aspectos para que o resultado seja o

³¹⁶ STF. *Acórdão ADC 19/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em 25 de janeiro de 2020.

equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal.³¹⁷

O reconhecimento dessa desigualdade fática apta a ensejar um tratamento legislativo compensatório acaba por representar um importante passo para o combate à violência doméstica contra as mulheres, especialmente diante da resistência de membros do Judiciário em aplicar a Lei Maria da Penha - embora já existissem outras legislações pautadas na proteção dos hipossuficientes em determinadas relações, como o consumidor, o trabalhador e, em todos os aspectos, o idoso, a criança e adolescente. A necessidade, portanto, de promover a igualdade material.

Pautadas nessas razões, o STF, no julgamento da ADC 19/DF, reconheceu a vulnerabilidade da mulher no âmbito das relações afetivas e familiares, conforme considerou o relator, ministro Marco Aurélio de Melo, em seu voto:

A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros.³¹⁸

Nesse sentido, partindo do conceito jurídico adotado de vulnerabilidade, a condição das mulheres não está, portanto, atrelada à “fraqueza de entendimento”, como justificavam as Ordenações Filipinas, nem tampouco à “incapacidade”, como chegou a estabelecer o Código Civil de 1916, ao colocá-las sob a tutela dos maridos. Mas, sim, ao desequilíbrio nas relações íntimas de afeto, ainda influenciado por uma cultura com heranças patriarcais que, em razão dos papéis sociais construídos e reproduzidos historicamente pelos gêneros masculino e feminino, bem como dos próprios laços familiares e afetivos existentes, colocam as mulheres em situação de desigualdade. Vulnerabilidade vivenciada pelas mulheres, em razão do gênero e no âmbito privado, que, por séculos, foi legitimada normativamente e se engendrou nos costumes sociais, sendo naturalizada e invisível enquanto problema de ordem social, conforme, inclusive, é possível identificar em ditos populares como “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher” ou “mulher gosta de apanhar”.

³¹⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 39.

³¹⁸ STF. *Acórdão ADC 19/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2020.

Ao reconhecer expressamente a vulnerabilidade das mulheres nas relações familiares e afetivas, no julgamento da ADC 19/DF, o STF não apenas rechaça a jurisprudência que resistia em aplicar a Lei Maria da Penha alegando sua inconstitucionalidade, como também sinaliza o dever do Estado de tutelar esse grupo de vulneráveis – o que, inegavelmente, se torna parâmetro e fundamento para os Tribunais brasileiros, bem como para a promulgação de outras leis posteriores para ampliar e aperfeiçoar essa proteção, no campo preventivo e repressivo.

5.1.2.1 Novas alterações legislativas ampliando a proteção das mulheres vítimas da violência doméstica para além das Varas especializadas

Com as transformações ocorridas no ordenamento jurídico para o enfrentamento à violência doméstica contra a mulher e a necessidade de tutelá-la enquanto pessoa vulnerável nesse contexto, é possível identificar novas legislações no sentido de tutelar amplamente as vítimas.

A Lei n. 13.104/2015, por exemplo, alterou o art. 121 do Código Penal e o art. 1º da Lei n. 8.072/1990 para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e como crime hediondo, respectivamente.³¹⁹ Feminicídio assim definido como homicídio qualificado ocorrido contra a mulher por razões da condição do sexo feminino - estas configuradas quando envolver violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher, nos termos do art. 121, §2º-A, I e II, do CP.³²⁰ Além disso, em 2018, a Lei Maria da Penha passou a prever, em seu art. 24-A, o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, promovendo uma maior efetividade na proteção das mulheres vítimas.³²¹

Além disso, outras alterações legislativas nesse sentido também podem ser identificadas no Código Civil e no Código de Processo Civil, inclusive, com reflexos diretos no Direito das Famílias. Especialmente, as promovidas pela Lei 13.894/2019, dentre elas: a prioridade processual às mulheres vítimas de violência doméstica em qualquer procedimento judicial, nos termos do art. 1.048, III, do Código de Processo Civil³²²; e a atribuição do Ministério Público de intervir nas ações de família nas quais figurarem como parte vítima de violência doméstica

³¹⁹Lei n. 13.104/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm>. Acesso em 05 de janeiro de 2020.

³²⁰Código Penal. Art. 121. § 2º-A. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

³²¹Lei Maria da Penha. Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

³²²Código de Processo Civil. Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais: III - em que figure como parte a vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).

e familiar segundo a Lei Maria da Penha, nos termos do art. 698, parágrafo único, do Código de Processo Civil.³²³

Quanto à intervenção ministerial nas ações de família, importante ressaltar que o *caput* do art. 698 do CPC previa essa atribuição somente quando houvesse interesse de incapaz. E com a inserção do parágrafo único a esse dispositivo, pela Lei 13.894/2019, a proteção aos incapazes foi estendida às vítimas de violência doméstica e familiar tuteladas pela Lei Maria da Penha, ou seja, às mulheres. No mesmo sentido, a inserção do inciso III ao art. 1.048 do CPC, possibilitando a esse grupo de vulneráveis requerer a prioridade processual em qualquer procedimento judicial. Ou seja, não apenas nas demandas que versarem sobre a violência doméstica ou sobre os procedimentos cíveis atinentes ao Direito de Família.

É possível afirmar que esse tratamento diferenciado no âmbito do direito privado contribui para a proteção integral das mulheres vítimas da violência doméstica, sobretudo ao atingir não apenas os procedimentos atinentes às Varas de Violência Doméstica contra a Mulher, mas, especialmente e necessariamente, às Varas não especializadas que são competentes para julgar outras demandas diretamente relacionadas à problemática, a exemplo das Varas de Família.

A partir dessas alterações identificadas, é possível constatar uma postura legislativa atenta à vulnerabilidade das mulheres vítimas de violência doméstica e à necessidade de tutelá-las não apenas no âmbito das Varas de Violência Doméstica. Um reconhecimento normativo, portanto, de que esse grupo de pessoas carece de uma atenção jurídica prioritária e integral devido à fragilidade na qual se encontram em face não apenas dos danos diretos da violência, mas do próprio cenário afetivo, familiar e cultural no qual se encontram. Cenário que se agrava, vale ressaltar, quando, além dessa condição específica de vulnerabilidade, também chegam a vivenciar outras, como a de pessoa idosa, a de pessoa com deficiência, a de hipossuficiência econômica – situações que pode ser consideradas de hipervulnerabilidade, em face das múltiplas vulnerabilidades, conforme abordado.

Nesse sentido, importante recorrer também aos estudos da professora Maria Cristina Santiago quando da análise da situação de hipervulnerabilidade em relação ao consumidor:

A hipervulnerabilidade em dupla perspectiva pode ser observada de um lado quando o sujeito de direito é alvo de mais de um microssistema de proteção, a exemplo do Estatuto do Idoso, do Código de Defesa do Consumidor, do

³²³Código de Processo Civil Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo. Parágrafo único. O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas ações de família em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).

Estatuto da Criança e do Adolescente, do locatário-idoso, entre outros. Por outro lado, pode ser verificada, também, quando o consumidor estiver inserido em uma cultura voltada para o consumo propagada pela interação universal concretizada pela globalização, especialmente, depois do avanço tecnológico introduzido pelo desenvolvimento da internet.³²⁴

Também possível identificar a mulher vítima de violência doméstica enquanto hipervulnerável também nessas perspectivas. Além da situação de vulnerabilidade em face da violência doméstica vivenciada, inserida no sistema de proteção da Lei Maria da Penha, que pode estar associado a outro, como o do Estatuto do Idoso, por exemplo; mas também em face da cultura ainda desenhada na desigualdade entre gêneros em tais relações.

Porém, embora a vítima direta do contexto da violência doméstica, não apenas a mulher merece ser tutelada em decorrência dele, mas também os filhos do casal, ainda criança e adolescente, imersos nessas relações, conforme veremos adiante.

5.1.3 Das crianças e adolescentes como vítimas indiretas da violência doméstica perpetrada pelo pai em face da mãe

As crianças e adolescentes inseridos no contexto da violência doméstica perpetrada pelo pai em face da mãe, ainda que não destinatários diretos das agressões, sofrem reflexamente os seus danos. Isso quando não tentam intervir no episódio e acabam sendo alvos diretos da violência.

Segundo a Unicef, em 2017, uma em cada quatro crianças menores de 5 anos, o que perfaz o quantitativo aproximado de 177 milhões, são filhas de mães vítimas de violência doméstica.³²⁵

Ademais, em pesquisa realizada com mulheres vítimas de violência doméstica, a psicóloga Zoe Hilton constatou em 55% das entrevistadas, que seus filhos menores de 18 anos testemunharam as agressões física e psicológica que sofreram.³²⁶ Também é possível identificar pesquisa realizada por Brancalhone, Willians, Albuquerque e Fogo, na qual 93% das crianças e adolescentes entrevistados confirmaram ter presenciado a violência sofrida pela

³²⁴SANTIAGO, Maria Cristina Paiva. *Direito de arrependimento e a proteção da hipervulnerabilidade: a aplicação de um novo modelo de extinção contratual à luz da humanização do direito civil-constitucional*. 2018. 397f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas), Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2018, p. 123-130.

³²⁵ Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/unicef_relatorios/violencia_na_vida_de_crianças_e_adolescentes_unicef2017_resumo_port.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

³²⁶ Hilton, Zoe N. Battered women's concerns about their children witnessing wife assault. *Journal of Interpersonal Violence*, 1992, 77-86.

mãe por parte dos pais.³²⁷

No Brasil, relatório do Ligue 180 apontou que, no primeiro semestre de 2016, mais de 80% dos filhos de mães vítimas de violência doméstica no país, já sofreram ou presenciaram a violência.³²⁸ Dados da Pesquisa de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (PCSVDF Mulher) também informam que 55,2% das mulheres vítimas de agressões físicas confirmaram que os filhos presenciaram as cenas de violência (ano-base 2016)³²⁹, não sendo contempladas nesse quantitativo as situações nas quais ocorreram as outras formas de violência doméstica (psicológica, moral, sexual, patrimonial)³³⁰ – o que sinaliza uma possibilidade do referido número ser ainda maior.

Também merece atenção estudo de Doutorado realizado na Universidade de São Paulo, através Programa de Pós-Graduação em Psicologia, em que, ao entrevistar crianças e adolescentes integrantes de lares nos quais há violência doméstica, assim constatou quanto aos filhos que presenciam a violência dos pais contra as mães: “Nesta categoria, as crianças e adolescentes se referem ao fato das mães apanharem sempre e por várias vezes, não sendo um episódio único; é repetitivo e ocorre na presença dos filhos. Os filhos relatam que as mães apanham sempre”.³³¹

Verifica-se, assim, o caráter cíclico e da violência doméstica conjugal, estudado anteriormente, que ocorre reiteradamente, fazendo parte do cotidiano dos filhos em desenvolvimento. Dentre os relatos divulgados no estudo: “(...) *minha mãe só apanha, meu pai bate nela e ela fica doente e machucada, já foi pô hospital, a violência do meu pai pá minha mãe é todo dia* (E-67, E-68, E-73)”.³³² Além disso, a pesquisa também identificou sentimento de tristeza e angústia vivenciado por essas crianças e adolescentes em meio à complexidade de rompimento do ciclo da violência. Dentre os relatos: “(...) *apanhá dói, mais vê minha mãe levar porrada todo dia é foda, dói mais ela apanhar* (E-75, E-76, E-77)”.³³³

Algumas ainda afirmaram ter sofrido violência direta do pai por chamarem a polícia na

³²⁷Brancahorne, Patrícia Georgia; Willians, Lucia Cavalcanti de Albuquerque; Fogo, José Carlos. Crianças Expostas à Violência Conjugal: Avaliação do Desempenho Acadêmico. In: *Psicologia: Teoria e Pesquisa* Maio-Ago 2004, Vol. 20 n. 2, pp. 113-117.

³²⁸ Disponível em: <http://www.spm.gov.br/balanco180_2016-3.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

³²⁹ ONU Mulheres. *Relatório Executivo II – Primeira Onda – 2016*. Disponível em: <www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2017/11/violencia_domestica_trabalho_ago_17.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

³³⁰Art. 7º da Lei n. 11.340/2006.

³³¹ SAGIM, Míriam Botelho. *Violência doméstica observada e vivenciada por crianças e adolescentes no ambiente familiar*. 2008. 283 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2008, p. 187.

³³² Ibidem.

³³³ Ibidem.

tentativa cessar o cenário de violações, conforme analisa a psicóloga realizadora desse estudo, Míriam Botelho Sagim:

As crianças e adolescentes relatam os episódios de violência com voz triste, indicando que, para eles, é um sofrimento ver seus pais brigando e assistirem as ocorrências de violência. Para eles, todos esses acontecimentos são prejudiciais e os deixam angustiados. Nos relatos e nas conversas após o término da entrevista, que foram registrados em um diário de campo, o que eles mais dizem é que é muito ruim ver o pai e a mãe brigando. Também, muitas vezes, sentem muito medo da situação vivenciada, correm para a rua e chamam a polícia. Foram várias as crianças e adolescentes que relataram ter chamado a polícia quando as brigas têm início, mas sabem, no entanto, que isso pouco ajuda, pois a polícia não leva o pai preso e ele ainda acaba batendo no filho, em decorrência de ter chamado a polícia.³³⁴

Dentre os relatos daqueles que afirmaram tentar interferir diretamente nos episódios de violência: “(...) *eu entro no meio dos tapas e chutes, abraço a mãe e apanho junto* (E-22, E-30, E-40)”; “(...) *Ah, eu entro no meio, jogo água, pego a vassoura e bato nele grito pá ele pará, não faiz isso com a mãe, solta ela, e bato a vassoura na cabeça dele* (E-60, E-65, E-66)”; “(...) *eu chamo a polícia e jogo água nele, chamo ele de covarde e falo mãe manda ele embora* (E-24, E-27, E-31)”; “(...) *é triste apanhá e apanhá com a mãe* (E-13, E-17, E-66)”.

Segundo Sagim, um dos entrevistados chegou a relatar, com voz “embargada pela tristeza e angústia”, que sentia vontade de se matar em meio à vivência daquele cenário de violência, afirmando que, mesmo já tendo sofrido agressões diretas, “o que mais marcou foram os momentos em que ele viu seu pai bater na sua mãe”, chegando também a dizer que não iria mais deixar isso acontecer, pois interferiria numa briga decidido a matar o pai “como forma de livrar sua mãe dessa tristeza, maldade e dessa vida sem um caminho seguro”.³³⁵ A pesquisadora ainda registra que esse não foi o único relato dessa natureza:

O relato desse adolescente não foi o único, sendo que outros seis expressaram a vontade de matar o pai, ainda que não falem em cometer suicídio. São adolescentes tão angustiados e tristes e que foram tão afetados pelos episódios de violência presenciados, que para eles, a vida parece ter perdido o sentido. Em seus relatos deixam explícito o de não terem nenhuma conduta criminosa anterior e nem fazerem uso de drogas (...).³³⁶

Observa-se, assim, que o pensamento adepto ao crime e os sentimentos de angústia e

³³⁴ Ibidem.

³³⁵ SAGIM, Míriam Botelho. *Violência doméstica observada e vivenciada por crianças e adolescentes no ambiente familiar*. 2008. 283 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2008, p. 187.

³³⁶ Ibidem.

tristeza experimentados por esses filhos que presenciam a violência doméstica sofrida pela mãe por parte do pai não tem relação com o uso de drogas ou perfil pretérito criminoso, mas sim à vivência cotidiana do ciclo da violência doméstica.

A hipervulnerabilidade das crianças e adolescentes que presenciam as mães serem agredidas por seus pais é latente. Quando deveriam estar se desenvolvendo em um espaço de convivência sadia regada de afeto, bem estar, saúde e segurança, acabam crescendo em meio a episódios cotidianos de tensões e violência, e, embora carecedoras de uma proteção integral, acabam, muitas vezes, agindo como se adultas fossem no sentido de sentirem responsáveis por proteger a mãe. Um entrevistado chega a relatar: “(...) *não tenho sono, tenho medo de dormir, e não ouvir a briga.* (E-75)”.³³⁷

Além das crianças e adolescentes que agem na tentativa de proteger a mãe, seja adentrando diretamente nos episódios ou chamando a polícia, há aqueles que se sentem impotentes para fazer algo. Contudo, não deixam de sofrer os danos decorrentes desse contexto.

Segundo a psicóloga Laura França, além dos danos psicológicos e emocionais, alguns são acometidos por danos físicos, amedrontados e sob elevada tensão diante da iminência de um novo episódio de violência, sobretudo nos momentos em que o pai está em casa:

Essas circunstâncias podem desencadear na criança ou adolescente um excesso de tensão com a chegada do pai em casa, seguido de uma constância de taquicardia, por ser um estresse muito além do que ela deveria suportar.³³⁸

Assim, tanto os filhos que reagem ativamente para tentar cessar a violência, como também aqueles que ficam passivos por elevado medo de intervir, sofrem danos físicos e psicológicos aptos a comprometerem o seu desenvolvimento sadio.

Segundo Manuela Lainetti, psicóloga do Centro Nacional de Referência para Vítimas de Violência (CNRVV), que acompanha crianças que vivenciaram tais situações, "presenciar já é uma forma de abuso psicológico em si"³³⁹. E Alice Bianchini assim analisa juridicamente: “A violência contra a mãe, nesses casos, é uma forma de violência psicológica contra a criança”.³⁴⁰

Jouriles, McDonald, Norwood e Ezell, contudo, explicam que, na violência doméstica

³³⁷Ibidem.

³³⁸Disponível em: <<https://claudia.abril.com.br/sua-vida/como- ficam-as-criancas-que-presenciam-violencia-domestica/>>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

³³⁹UNIVERSA. Filhos da Violência. Disponível em: <<https://universa.uol.com.br/especiais/filhos-da-violencia/index.htm>>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

³⁴⁰Disponível em: <http://www.spm.gov.br/balanco180_2016-3.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

entre os pais, não há necessidade da criança testemunhar a agressão para sofrer seus efeitos.³⁴¹ Brancalhone, Willians, Albuquerque e Fogo também confirmam que, para ser considerada exposta à violência doméstica, criança ou adolescente não precisam estar no momento exato em que o episódio acontece, bastando que a mãe seja vítima do marido ou companheiro.³⁴² E, segundo Holden, não apenas criança e adolescente que presenciaram ou ouviram a violência contra a mãe, mas também os que viram ou vivenciaram seus resultados, estão expostos a danos.³⁴³

Assim, os danos decorrentes dessa problemática independem da criança ou adolescente presenciarem ou não o episódio. Mesmo não presenciando, os filhos não estão alheios à violência doméstica vivenciada pela mãe, haja vista que integram a entidade familiar e possuem vínculo de afeto com pais.

A violência doméstica tem, conforme Seijo Martínez, um caráter transgeracional, afetando os filhos “de forma altamente negativa em seu bem-estar e seu desenvolvimento, com sequelas a longo prazo que, inclusive, podem chegar a transmitir-se por meio de sucessivas gerações”.³⁴⁴ Significa dizer que as crianças e adolescentes, crescendo em um cenário de violência doméstica, podem reproduzir esses comportamentos, como vítimas ou agressores, nas famílias que formarem no futuro.

Segundo Carrillo, “um percentual elevado dos futuros agressores foram anteriormente ou tem sido testemunhas destas condutas violentas que foram aprendidas durante os períodos de desenvolvimento e maturação do indivíduo”.³⁴⁵ Scherer e Scherer também analisam que a reação tardia de uma vítima de violência doméstica, bem como a sua prática, possui ligação com violências sofridas ou percebidas no seu desenvolvimento, podendo também ocasionar maior possibilidade de problemas interpessoais, distúrbios de personalidade, ansiedade,

³⁴¹Jouriles, E. N., McDonald, R., Norwood, W. D. & Ezell, E.. Issues and controversies in documenting the prevalence of children’s exposure to domestic violence. In: S. A. GrahamBermann & J. Edleson (Orgs.), *Domestic violence in the lives of children: The future of research, intervention, and social policy* (pp. 13-34). Washington: American Psychological Association., 2001.

³⁴²Brancalhone, Patrícia Georgia; Willians, Lucia Cavalcanti de Albuquerque; Fogo, José Carlos. Crianças Expostas à Violência Conjugal: Avaliação do Desempenho Acadêmico. In: *Psicologia: Teoria e Pesquisa* Maio-Ago 2004, Vol. 20 n. 2, pp. 113-117.

³⁴³HOLDEN, G. W. Introduction: the development of research into another consequence of family violence. In: HOLDEN, G. W.; GEFNER, R.; JOURILES, E. N. (Orgs.). *Children exposed to marital violence: theory, research and applied issues*. Washington: American Psychological Association, 1998. p. 1-18.

³⁴⁴SEIJO MARTÍNEZ, Dolores. La violencia doméstica: repercusiones en los hijos. In: FARIÑA, Francisca, ARCE Ramón, BUELA-CASAL Gualberto (eds.). *Violencia de género: tratado psicológico y legal*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2015, p. 120.

³⁴⁵CARRILLO DE ALBORDOZ, Eduardo. Aspectos clínicos y médico-legales de la violencia de género. In: FARIÑA, Francisca, ARCE Ramón, BUELA-CASAL Gualberto (eds.). *Violencia de género: tratado psicológico y legal*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2015, p. 170.

depressão, dentre outros.³⁴⁶

A partir dessa constatação, verifica-se que a violência doméstica contra a mulher, enquanto problema transgeracional, atinge não apenas a vítima direta, mas todos envolvidos no contexto familiar, notadamente as crianças e adolescentes que se tornam pretensas candidatas a reproduzirem as condutas visualizadas com aqueles que vierem a se relacionar no futuro. Com reflexos, portanto, no desenvolvimento da sociedade de um modo geral.

Observa-se, assim, a necessidade de tutelar também os filhos menores das mulheres vítimas de violência doméstica conjugal enquanto vítimas indiretas dessa problemática e, diante das vulnerabilidades potencializadas nesse contexto, hipervulneráveis, além de já destinatários da proteção integral e prioritária do Estado, da sociedade e da família.

5.1.3.1 Perda da autoridade parental em face da violência doméstica, nos termos do art. 1.638, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro

Embora ainda escassos estudos e legislações que tutelem, de forma integral, crianças e adolescentes filhos de mulheres vítimas de violência doméstica conjugal, especialmente quando dos procedimentos de proteção a elas destinados pela Lei Maria da Penha, uma relevante alteração normativa merece destaque.

Talvez a mais significativa, porém ainda merecedora de críticas, a promulgação da Lei n. 13.715/2018, que ampliou o rol do art. 1.638 do Código Civil, relativo às hipóteses de perda do poder familiar por aquele que, dentre outros, cometer contra outrem igualmente detentor da autoridade parental: homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; e de estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.³⁴⁷

Essa norma, inserida no inciso I do parágrafo único do art. 1.638 do Código Civil,

³⁴⁶ SCHERER, E. A.; SCHERER, Z. A. P. A criança maltratada: uma revisão da literatura. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 8, n. 4, p. 9-22, ago. 2000.

³⁴⁷ Código Civil. Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

representa um importante avanço no sentido de inibir a violência doméstica e familiar seja contra o homem ou contra a mulher, mas, sobretudo, no sentido de proteger seus filhos menores. Isso porque, considerando o conjunto amplo de direitos e deveres a serem exercidos pela autoridade parental para a concretização da proteção integral da criança e adolescente ao longo do seu desenvolvimento, aos pais, em regra detentores dessa função, é estabelecida a obrigação não apenas de zelar pela integridade dos filhos, mas também um do outro, sob pena de, incorrendo nas práticas de violência previstas nesse dispositivo, perder o poder familiar.

Importante destacar, ainda, que a referida Lei também inseriu, no inciso II do parágrafo único do art. 1.638 do Código Civil, a hipótese de perda do poder familiar à autoridade parental quem cometer esses mesmos crimes contra filho, filha ou outro descendente.

Considerando que a perda da autoridade parental é, conforme ensinam Rolf e Rafael Madaleno, “o último ato a ser tomado apenas nos casos mais graves em que a segurança e a dignidade dos filhos estejam sob ameaça”³⁴⁸, verifica-se, na norma em estudo, uma medida máxima do legislador, haja vista que não optou pela suspensão, com o aparente intuito de combater a violência doméstica e proteger a criança e adolescente.

Além disso, estabelece tais hipóteses imperativamente, de modo que, pela leitura do dispositivo, sendo confirmadas as práticas de alguns daqueles crimes, a perda da autoridade parental será ordenada judicialmente sem margem para outra decisão. Ainda nos ensinamentos de Rolf e Rafael Madaleno, “afora todo o tipo de agressão em relação aos filhos, parceiro ou cônjuge, ou mesmo para com terceiros, são exemplos de uma prática reprovável que não contribui em nada para a formação da personalidade e do caráter dos filhos, pessoas vulneráveis a este tipo de conduta disfuncional”.³⁴⁹

Não há na legislação previsão de revogação da ordem judicial que estabelece a perda da autoridade parental, mas apenas discussões doutrinárias. Sobre a perda da autoridade parental, analisa Maria Berenice Dias:

(...) A perda da autoridade parental por ato judicial (CC 1.638) leva à extinção do poder familiar (CC 1.635 V), que é o aniquilamento, o término definitivo, o fim do poder familiar. No entanto, inclina-se a doutrina em admitir a possibilidade de revogação da medida. Ou seja, a perda é permanente, mas não definitiva. Os pais podem recuperar o poder familiar, desde que comprovem a cessação das causas que a determinaram. Como o princípio da proteção integral dos interesses da criança, por imperativo constitucional, deve ser o norte, parece que a regra de se ter por extinto o poder familiar em toda e qualquer hipótese de perda não é a que melhor atende aos interesses do

³⁴⁸ MADALENO, Rafael; MADALENO Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p.35.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 41-42.

menor.³⁵⁰

Seguindo esse posicionamento contrário ao caráter perpétuo da perda da autoridade parental, mas não desconsiderando a necessidade de um olhar atento à criança e adolescente enquanto vítimas da violência doméstica perpetrada pelo pai em face da mãe, bem como à relevância inibitória da norma, entende-se que tal dispositivo merece essas críticas. Partindo-se sempre do superior interesse da criança, pautado em direitos fundamentais como o da convivência familiar, mas também de crescer livre de violência e outras violações, é possível considerar que essa alteração legislativa relacionada à perda da autoridade parental, apesar do relevante caráter educativo e protetivo a que se destina, merece estudos mais aprofundados.

Ademais, a proteção legislativa age em grau máximo e perpétuo ao estabelecer a perda da autoridade parental àquele que praticar as hipóteses de violência doméstica previstas no parágrafo único do art. 1.638 do CC, mas resta omissa quanto ao disciplinamento expresso do instituto da guarda em tais casos, que é um dos atributos da autoridade parental.

Observa-se que a legislação ao passo que age por “excesso” quando estabelece a perda da autoridade parental em determinados casos de violência doméstica, medida definitiva de acordo a legislação vigente, age também por “falta” quando do estabelecimento genérico da guarda compartilhada sem o seu devido disciplinamento nos casos dessa natureza. Afinal, como estabelecer o compartilhamento da guarda de forma como regra geral diante dos estudos que constata a necessidade premente de uma tutela específica à criança e ao adolescente em face da hipervulnerabilidade nessas situações, notadamente em face dos danos suportados pelos filhos no contexto da violência doméstica conjugal contra a mãe, podendo gerar medo e repulsa à sua figura paterna como consequência do cenário vivenciado?

5.2 A “ROTA CRÍTICA” ENFRENTADA PELA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Diante da complexidade que reveste a violência doméstica e familiar contra a mulher, é possível identificar, além do ciclo da violência que dificulta o rompimento dessa problemática, a rota crítica enfrentada pela vítima enquanto caminho formado por obstáculos, especialmente ligados à esfera judicial, ainda a serem superados após denunciarem o agressor.

Dentre os obstáculos vivenciados, estão aqueles relacionados às ações de família

³⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias – de acordo com o Novo CPC*. 4. ed. em e-book baseada na 11. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 9-10.

atinentes à guarda e convivência dos filhos, notadamente após a consagração da guarda compartilhada enquanto regra no ordenamento jurídico brasileiro. Situação que carece de um estudo específico, atento às (hiper)vulnerabilidades da mulher vítima da violência doméstica e dos seus filhos menores de idade, conforme analisado anteriormente.

Segundo estudado no primeiro capítulo, historicamente, a sociedade brasileira foi estruturada por um sistema jurídico patriarcal que legitimou, inclusive normativamente, a violência doméstica em face das mulheres. Tal realidade perpetrada pelas famílias ao longo de séculos colocou essa problemática no campo da invisibilidade, sendo naturalizada e vista como uma questão de âmbito privado, não merecendo, assim, a devida atenção da sociedade, da legislação e tampouco do Judiciário.³⁵¹

Dentre as previsões legislativas mais evidentes, a autorização normativa identificada nas Ordenações Filipinas para os homens castigarem suas esposas com pau e pedra, sendo permitido matá-las com base apenas em boatos públicos de adultério, sem prova inequívoca; os crimes de paixão previstos no Código Penal de 1890, dando margem para o surgimento da tese de legítima defesa da honra aos homens que assassinassem suas namoradas, noivas, esposas e amantes com fundamento no próprio afeto por elas supostamente nutridos; e, no Código Civil de 1916, a manutenção da desigualdade, especialmente ao manter a submissão da mulher casada quando a inseriu no rol de relativamente incapazes, dependente da outorga do marido, consagrado chefe da família e detentor do pátrio poder, para realizar atos da vida civil.

Uma sociedade, portanto, estruturada normativamente a partir da concepção de que as mulheres deveriam ser submissas aos maridos, que, por séculos, foram autorizados a agirem com superioridade e a praticarem violência doméstica. E foi sob esse regramento que as famílias, de geração em geração, se desenvolveram, reproduzindo costumes essencialmente patriarcais. Mas não apenas as famílias. Sendo o sistema político, normativo e social ditado nesses moldes, não apenas a legislação mencionada foi constituída como fruto do poder hegemonicamente masculino, mas as instituições públicas de um modo geral. Dentre elas, o Judiciário.

Apenas na segunda metade do século XX, o ordenamento jurídico para a sofrer mudanças no sentido de afirmar a capacidade civil das mulheres casadas, permitindo o divórcio e reconhecendo, com o advento da Constituição Federal de 1988, a igualdade entre homens e mulheres e o dever do Estado de criar mecanismos capazes de combater a violência ocorrida no âmbito das relações familiares.

³⁵¹ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 35.

A Carta Democrática traz um novo direcionamento para o sistema jurídico como um todo seguida, dentre outros avanços, da ratificação do Brasil à Convenção de Belém do Pará, assumindo o compromisso de estruturar as instituições estatais na prevenção, punição e enfrentamento à violência doméstica contra as mulheres, da superação do pátrio poder pelo Código Civil de 2002 e da promulgação da Lei Maria da Penha em 2006.

Embora significativas, é possível afirmar que tais mudanças legislativas ocorrem tardiamente diante dos séculos de existência do sistema jurídico brasileiro. Além disso, a sociedade desenvolvida por tantos anos através da hierarquização entre homens e mulheres e naturalização da violência doméstica contra as mulheres, acaba sendo constituída por costumes patriarcais ainda enraizados e difíceis de serem rompidos imediatamente com as alterações normativas.

Segundo Shelma Lombardi de Kato: “O Brasil guarda cicatrizes históricas da desigualdade, inclusive no plano jurídico”.³⁵² De fato, essas cicatrizes estão engendradas nos costumes e pensamentos das pessoas que integram essa sociedade, inclusive daquelas que compõem as instituições públicas. Exemplo disso está na omissão jurisdicional no julgamento das tentativas de homicídios contra Maria da Penha Fernandes por parte de seu cônjuge, apesar das transformações normativas ocorridas de 1983 a 1998, ou seja, da ocorrência do fato até a denúncia do Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos – que, posteriormente, enseja as articulações resultantes na promulgação da Lei Maria da Penha.

Conforme estudado anteriormente, a Lei Maria da Penha, que definiu a violência doméstica contra as mulheres como violação aos direitos humanos, chegando a ser reconhecida pela ONU como umas das três legislações do mundo mais avançadas na temática, enfrentou obstáculos de aplicabilidade devido à resistência de muitos juízes, alegando sua inconstitucionalidade por tratamento discriminatório aos homens. E foi justamente com fundamento nas desigualdades históricas e culturais vivenciadas pelas mulheres nas relações familiares e ainda naturalizadas pela sociedade que, por unanimidade, no julgamento da ADC 19/DF, o STF reconheceu a constitucionalidade da proteção especial estabelecida pela Lei Maria da Penha.

De fato, os aspectos históricos e culturais tem, assim, reflexos na estruturação da sociedade atual. Sobretudo porque, através deles, foram desenvolvidas, de geração a geração, as relações hierárquicas entre homens e mulheres, especialmente no âmbito doméstico – o que

³⁵² KATO, Shelma Lombardi de. *A Lei Maria da Penha e a proteção dos direitos humanos sob a perspectiva de gênero*. In: Manual de Capacitação Multidisciplinar (Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha). Organizadora: Des. Shelma Lombardi de Kato. 3 ed. Cuiabá: Departamento Gráfico-TJMT, 2008, p.21.

reforçou o desenvolvimento de uma cultura machista que delimitou o papel social feminino à dependência, resiliência e obediência ao poder patriarcal, ainda reproduzido na sociedade atual.

Analisa Maria Berenice Dias:

Apesar da consolidação dos direitos humanos, o homem ainda é considerado proprietário do corpo e da vontade da mulher e dos filhos. A sociedade protege a agressividade masculina, respeita sua virilidade, construindo a crença da sua superioridade. Desde o nascimento, ele é encorajado a ser forte, não chorar, não levar desaforo para casa, não ser “mulherzinha”. Precisa ser um super-homem, pois não lhe é permitido ser apenas humano. Afetividade e sensibilidade são expressões que não combinam com a imagem do homem.³⁵³

Contudo, apesar do reconhecimento proferido pelo STF, bem como as transformações provocadas pela Lei Maria da Penha, o caminho trilhado pelas vítimas para o rompimento do ciclo ainda é desafiador, sobretudo nos serviços estatais não especializados nesse tipo de violência, mas pelos quais precisam passar, a exemplo das Varas de Família.

Com base em estudo realizado na América Latina pela Organização Panamericana de Saúde, que observou o caminho percorrido pelas mulheres na busca pelo rompimento do ciclo da violência doméstica, Sargot analisou o que denominou de “rota crítica”³⁵⁴, enquanto conjunto de obstáculos enfrentados pelas vítimas desse tipo de violência, dentre eles, a prestação de serviços estatais com informações inadequadas e atendimento não acolhedor, desprovido de uma perspectiva de gênero e, por vezes, revestidos de julgamentos morais.³⁵⁵ A morosidade jurisdicional vivenciada por Maria da Penha Fernandes que, conforme visto, ensejou a denúncia do Brasil, em 1998, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pode ser identificada como um exemplo de rota crítica percorrida por uma mulher vítima de violência doméstica.

Contudo, tais obstáculos não estão atrelados apenas à morosidade jurisdicional, mas a quaisquer outros existentes para o rompimento efetivo do ciclo da violência e efetiva tutela da vítima. Por exemplo, a falta de compreensão, pelo Judiciário ou outra instituição, acerca da sua condição de vulnerável e com direito a atendimento especial e proteção integral sem ser alvo de culpabilização moral por ter denunciado o seu marido ou companheiro, por vezes pai dos seus

³⁵³DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 25.

³⁵⁴SAGOT, Montserrat. *Ruta Crítica de Las Mujeres Afectadas por la Violencia Intrafamiliar em América Latina: estudios de caso de diez países*. Washington: Pan American Health Organization, 2000. Disponível em: <<http://ns.bvs.hn/docum/ops/libros/rutacritica.pdf>>. Acesso em 25 de janeiro de 2020.

³⁵⁵Meneghel Stela Nazareth; Bairros, Fernanda; Mueller, Betânia; Monteiro, Débora; Oliveira, Lidiane Pellenz de; Collaziol Marcell Emer. Rotas críticas de mulheres em situação de violência: depoimentos de mulheres e operadores em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. *Cad Saúde Pública*. 2011; 27:743-52. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2011000400013>>. Acesso em 30 de março de 2020.

filhos.

Não há, porém, como identificar, em caráter genérico, o itinerário da rota crítica, a qual pode ocorrer em diversos setores concomitantemente, como nas Varas de Violência Doméstica, Varas de Família, Defensoria Pública, Delegacias de Polícia, Ministério Público, serviços de saúde e assistência social:

O itinerário na rota crítica não é linear, podendo passar por diversos setores, como, por exemplo, saúde, sistema judiciário, instituições policiais, escolas, comunidade e organizações não governamentais (ONG), entre outros. Profissionais desses setores possuem percepções distintas sobre as mulheres e a situação de violência: profissionais de saúde e assistência social identificam as mulheres como vítimas, enquanto que os da justiça e segurança pública as percebem, muitas vezes, com base nos estereótipos da sociedade. O desconhecimento dos profissionais acerca dos serviços que atendem essas mulheres pode fazer com que sejam encaminhadas para instâncias onde não receberão o apoio necessário.³⁵⁶

A violência doméstica não é um problema simples de ser enfrentado. Conforme anteriormente analisado, a dificuldade de percepção da vítima como tal devido aos laços afetivos e familiares com o agressor, bem como a sociedade que ainda imputa às mulheres, de um modo geral, um comportamento resiliente e passivo em face da agressividade masculina, considerada como uma característica natural do homem, também são obstáculos ainda a serem superados.

Segundo pesquisa realizada nos municípios de São Paulo e Recife, apenas 33,8% e 17,1%, respectivamente, procuraram a rede formal de serviços.³⁵⁷ E a maioria das que procuraram relataram ter feito por medo concreto de serem mortas ou por estarem esgotadas psicologicamente.³⁵⁸ Um número reduzido que, além de enfrentar os obstáculos atrelados ao ciclo da violência doméstica, ainda estão sujeitas à rota crítica.

Mesmo tuteladas por medidas protetivas em face da vulnerabilidade que se encontram dentro do ciclo da violência, as mulheres ainda ficam sujeitas a compartilhar, sem um disciplinamento específico da legislação, a guarda da prole com seus agressores, geralmente por

³⁵⁶ Baragatti Daniella Yamada; Rolim, Ana Carine Arruda; Castro, Cristiane Pereira de; Melo, Márcio Cristiano de; Silva, Eliete Maria. Rota crítica de mulheres em situação de violência: revisão integrativa. *Rev Panam Salud Publica*. 2019;43:e34. Disponível em: <<https://doi.org/10.26633/RPSP.2019.34>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2020.

³⁵⁷ D'Oliveira Ana Flávia Pires Lucas; Schraiber Lilia Blima. Mulheres em situação de violência: entre rotas críticas e redes intersetoriais de atenção. *Rev Med* (São Paulo). 2013 abr.-jun.;92(2):134-40.

³⁵⁸ Kiss, Ligia; D'Oliveira, Ana Flavia Lucas; Zimmerman, CATHY; Heise, Lori; Schraiber, Lilia Blima; Watts, Charlotte; Brazilian policy responses to violence against women: government strategy and the help-seeking behaviors of women who experience violence. *Health Human Rights*. 2012;14:1-14. Available from: <http://researchonline.lshtm.ac.uk/24381/2/Kiss-FINAL2.pdf>

decisão proferida por uma Vara não especializada com as questões específicas da violência doméstica contra a mulher. Imprescindível, assim, considerar a rota crítica das mulheres como categoria necessária para esse estudo.

5.3 OS REFLEXOS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Conforme estudado no capítulo anterior, as medidas protetivas de urgência previstas da Lei Maria da Penha visam resguardar a mulher vítima de violência doméstica. Dentre as medidas que obrigam o agressor, previstas no rol exemplificado do art. 22 da LMP, algumas acabam por refletir diretamente na convivência familiar. Mais precisamente, as dos incisos II, III e IV:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: (...)

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

Considerando que, de acordo com o art. 18, I, da LMP³⁵⁹, o juiz deverá apreciar o pedido de medidas protetivas de urgência em até 48 horas, esses instrumentos acabam por exercer uma importante função no sentido de forçar o rompimento concreto do ciclo da violência doméstica contra a mulher.

A aplicação dessas medidas tem caráter preventivo, visando proteger os direitos fundamentais das mulheres e, inclusive, das demais pessoas que integram o ambiente familiar, tendo natureza autônoma e satisfativa e, portanto, não precisando ser preparatórias de processo criminal. Assim já se manifestou o STJ:

³⁵⁹ Lei n. 11.340/2006. Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas: I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. "O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas" (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). 3. Recurso especial não provido. (REsp 419421/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 07/04/2014).

As medidas protetivas não visam, portanto, a apuração de crime – o que ocorrerá através de processo autônomo e independente -, mas a proteção da mulher e seus familiares, de modo que, sendo devidamente cumpridas pelo agressor, não ensejam antecedentes criminais. Apenas se descumpri-las é que responderá pelo crime de descumprimento de medidas protetivas, único tipo penal previsto na Lei Maria da Penha desde 2018.³⁶⁰

Especificamente em relação às medidas do inciso II e II do art. 22 da LMP, o agressor fica obrigado a se afastar do lar, domicílio ou outro local de convívio da mulher, devendo manter distância mínima e não entrar em contato com a mesma, seus familiares e testemunhas, podendo também ser proibido de frequentar determinados lugares para preservar a integridade física e psicológica da vítima. Essas cautelares se destinam, de modo geral, a manter o agressor distante de qualquer meio que possa levar ao contato com a mulher, a fim evitar a retomada do ciclo da violência e, assim, resguardá-la. O agressor ficar com seu direito de ir e vir parcialmente mitigado em face do direito à integridade física e psíquica da vítima.

Pela leitura desses dispositivos, verifica-se que a proteção destinada à mulher atinge, reflexivamente, familiares e testemunhas da violência doméstica por ela sofrida, que ficam também preservados de qualquer tentativa de contato e aproximação por parte do agressor. Embora o texto normativo permita compreender que os filhos menores estão contemplados no termo “familiares”, o inciso IV afasta essa hipótese ao estabelecer a medida específica de

³⁶⁰Lei n. 11.340/2006. Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

“restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar”.

Assim, a Lei Maria da Penha delimita as medidas protetivas quanto aos filhos menores apenas a no sentido de suspender ou restringir “visitas” e mediante parecer favorável da equipe de atendimento multidisciplinar. Isso, contudo, merece críticas. Primeiramente porque utiliza um termo já superado e cada vez mais combatido: “visitas”. E, ainda, porque deixa de abordar questões atinentes à guarda dos filhos nesses casos.

No art. 23 da LMP, que prevê as medidas protetivas de urgência especificamente à mulher - e não ao agressor enquanto obrigação a ser por ele cumprida, nos termos do art. 22 -, o inciso III prevê a medida que possibilita que a ofendida se afaste do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos. Esse é o único disposto da LMP que chega a abordar o instituto da guarda, porém apenas enquanto direito por ela conferido. Não há, portanto, uma abordagem destinada a disciplinar o instituto nesses casos.³⁶¹

Ao não disciplinar as questões específicas atinentes à guarda nesse momento de intervenção judicial como tentativa de forçar o rompimento do ciclo da violência e proteger os vulneráveis nesse contexto, a Lei Maria da Penha deixa uma lacuna que o Código Civil também incorre: a guarda dos filhos nos casos subjacentes à violência doméstica perpetrada pelo pai em face da mãe. E, diante da promulgação da Lei n. 13.058/2014, que fixou a obrigatoriedade desse instituto mesmo nos casos de dissenso entre os pais, a problemática se torna ainda maior.

5.3.1 Conflitos entre a aplicação das medidas protetivas e a guarda compartilhada

Conforme analisado anteriormente, a Lei n. 13.058/2014 estabeleceu a guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico, devendo ser aplicada mesmo em casos de dissenso entre os pais. Ocorre que nem a referida legislação e nem as posteriores chegaram a tratar da aplicação desse instituto nos casos em que a mãe estiver tutelada pela Lei Maria da Penha.

Diante disso, como resguardar a mulher vítima de violência doméstica conjugal, através das medidas protetivas de incomunicabilidade e distanciamento previstas no art. 22, II e III, da

³⁶¹Lei n. 11.340/2006. Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV - determinar a separação de corpos. V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.

Lei Maria da Penha, em meio ao compartilhamento da guarda com os filhos sempre à luz do melhor interesse destes?

5.3.1.1 Conflitos de competência entre Vara de Família e Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

Inexistindo previsão normativa sobre apreciação da guarda dos filhos através dos procedimentos específicos da LMP, de competência das Varas de Violência Doméstica, a matéria permanece na competência das Varas de Família. Nesse sentido, a mulher, muitas vezes enfrentando os procedimentos de persecução penal e acautelatórios, precisa também ingressar com ações relativas à guarda, convivência e alimentos dos filhos perante as Varas de Família não especializadas na problemática da violência doméstica.

Importante destacar a inserção do art. 14-A à Lei Maria da Penha, através a Lei n. 13.894/2019, possibilitando às mulheres vítimas de violência doméstica ingressarem com ação de divórcio ou dissolução de união estável perante as Varas de Violência Doméstica, mas deixando expresso no §1º o afastamento dessa competência em relação a possível partilha de bens.³⁶² Ademais, conforme analisado no capítulo anterior, a LMP também prevê, além das medidas protetivas de distanciamento e incomunicabilidade, as de fixação de alimentos provisórios (art. 22, V), de separação de corpos (art. 23, IV) e de proteção patrimonial (art. 24), a serem apreciadas pelas Varas de Violência Doméstica, porém em sede de cautelar.

Diante dessa competência atribuída às Varas de Violência Doméstica para apreciar certas matérias cíveis atreladas ao Direito de Família e, ainda, devido ao caráter exemplificativo das medidas protetivas previstas nos artigos 22, 23 e 24 da LMP, permitindo a ampliação desses requerimentos, muitos conflitos de competência vêm sendo suscitados no Judiciário.

Através de pesquisa jurisprudencial, é possível identificar julgados reconhecendo a competência das Varas de Violência Doméstica para apreciar demandas de família decorrentes da violência doméstica. Inclusive, com fundamento no art. 14 da LMP que estabelece a competência cível e criminal das Varas de Violência Doméstica.³⁶³ Dentre eles, merece

³⁶² Lei n. 11.340/2006. Art. 14-A. A ofendida tem a opção de propor ação de divórcio ou de dissolução de união estável no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. § 1º Exclui-se da competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher a pretensão relacionada à partilha de bens. § 2º Iniciada a situação de violência doméstica e familiar após o ajuizamento da ação de divórcio ou de dissolução de união estável, a ação terá preferência no juízo onde estiver.

³⁶³ Lei n. 11.340/2006. Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

destaque trecho do acórdão da Terceira Turma do STJ no julgamento do Resp 1496030-MT:

A amplitude da competência conferida pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por **propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato.** Providência que a um só tempo facilita o acesso da mulher, vítima de violência familiar e doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção. 1.2. **Para o estabelecimento da competência da Vara Especializada da Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher nas ações de natureza civil (notadamente, as relacionadas ao Direito de Família), imprescindível que a correlata ação decorra (tenha por fundamento) da prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher,** não se limitando, por conseguinte, apenas às medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, incisos II, IV e V; 23, incisos III e IV; e 24, que assumem natureza civil. Tem-se, por relevante, ainda, para tal escopo, que, no momento do ajuizamento da ação de natureza cível, seja atual a situação de violência doméstica e familiar a que a demandante se encontre submetida, a ensejar, potencialmente, a adoção das medidas protetivas expressamente previstas na Lei n. 11.340/2006, sob pena de banalizar a competência das Varas Especializadas. (STJ, Terceira Turma, Resp 1496030-MT, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, 16/10/2015, Dje 19/10/2015) [grifo nosso]

Visualiza-se, assim, o acolhimento jurisprudencial de estender a competência da Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para apreciar as ações de natureza cível, notadamente as relacionadas ao Direito de Família, tendo em vista o conhecimento apurado do magistrado desse Juízo sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, especializado para julgar as demandas que dela decorram. Essa, contudo, não tem sido a realidade forense de um modo geral, haja vista que a maioria das ações de família decorrentes de violência doméstica contra mulher, mesmo aquelas já previstas na LMP, vem sendo apreciadas pelas Varas de Família não especializadas.

Retomando a situação da mulher tutelada pelas medidas protetivas de afastamento e incomunicabilidade, seria possível considerar que reunir na Vara Especializada de Violência Doméstica todos os procedimentos decorrentes desses conflitos, além de minimizar a rota crítica percorrida, permitiria uma apreciação mais atenta às questões específicas dessa problemática, a exemplo da configuração das crianças como vítimas indiretas, possibilitando apreciar questões, como a guarda compartilhada, através de um olhar atento para o contexto da violência doméstica na qual estão inseridas? Com base nos estudos até aqui desenvolvidos, que encontram guarida nas razões proferidas pelo mencionado acórdão, compreende-se que sim, embora não desconsidere a necessidade de estudo específico mais aprofundado.

5.3.1.2 Medidas protetivas de urgência de distanciamento e incomunicabilidade entre os pais como instrumentos garantidores da proteção integral da criança e adolescente

Conforme estudado, as medidas protetivas de urgência possuem um importante papel enquanto intervenção estatal nas relações familiares para o rompimento da situação de (hiper)vulnerabilidade na qual se encontra a mulher vítima de violência doméstica conjugal e seus filhos. Inclusive, encontram fundamento constitucional, precisamente no art. 226, §8º, da Constituição Federal, que, ao consagrar a família como base da sociedade e destinatária de especial proteção estatal, estabelece o dever do Estado de assegurar “assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Ao obrigar o distanciamento e incomunicabilidade daquele que, embora integre o núcleo familiar, contribui para a perpetuação de um lar e convivência pautada em tensionamentos e agressões que, além de ensejarem danos físicos e psicológicos na mulher, também atingem reflexamente os filhos presentes nesse ambiente, podendo comprometer seu desenvolvimento saudável. Inegável, assim, que esse contexto de risco acaba por potencializar também a situação de vulnerabilidade sobretudo das crianças e adolescentes, já vulneráveis em face da condição de seres em desenvolvimento.

Nesse sentido, para além dos debates acerca da competência da Vara que apreciará a demanda, considera-se também necessário compreender as medidas protetivas destinadas à mãe como meio de garantir a proteção integral dos filhos menores. Sem a efetivação, especialmente, das cautelares de distanciamento e incomunicabilidade, a probabilidade de retomada do ciclo da violência é maior e essa sensação de insegurança pode desencadear um tensionamento e medo constante em todos desse núcleo familiar, conforme estudado.

Além disso, também é possível considerar a possibilidade de retomada da “lua de mel”, enxergada como reconciliação, mas, na verdade, configurada como uma das fases do ciclo da violência doméstica que antecede um novo episódio de agressão. E, conforme visto, a fase de explosão tende a ocorrer cada vez pior, fragilizando ainda mais a vítima diante de uma nova frustração sobre as promessas de mudança na fase da lua de mel.

Conforme os relatos estudados de crianças e adolescentes, foi possível confirmar o sentimento de desengano quanto à cessação da violência contra o pai, algumas chegando a relatar que matá-lo seria a única forma de acabar com aquela situação e, assim, poderem proteger a mãe das agressões.

Importante reconhecer que não são todos os casos que as crianças e adolescentes chegam

a experimentar esses sentimentos ao ponto de ter tamanha repulsa do pai. Porém, torna-se inegável que a não cessação da violência pode levar ao agravamento do contexto, necessitando de uma intervenção com vistas à proteção integral da criança, pautada não apenas diante da constatação de violação extrema, mas preventivamente como meio de resguardá-la antes da ocorrência.

Nesse sentido, é de se perguntar: As medidas protetivas de incomunicabilidade e distanciamento entre os pais violam o melhor interesse dos filhos? Ou, na verdade, os asseguram?

A doutrina da proteção integral, abarcando uma série de garantias fundamentais às crianças, adolescentes e jovens, a exemplo do direito à convivência familiar, ao crescimento com saúde e livre de violência, precisa ser escopo máximo nas relações familiares, não podendo ser relativizadas mesmo nas situações de violência doméstica contra a mãe. Contudo, conforme analisado, o debate do presente estudo não está a analisar qual direito deve prevalecer, se o da mãe ou o do filho, mas como garantir ambos os direitos, sem cerceamento.

Considera-se que os mencionados instrumentos de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher também não afrontam o melhor interesse da criança enquanto premissa superior. Pelo contrário, o garantem, pois possibilitam cessar um cenário violador também para os filhos menores de idade. Ademais, também garantem a todos o direito de viver com dignidade e longe de toda forma de violência e opressão. Inclusive, em atenção ao art. 226, §8º, CF, ao próprio agressor que, inserido numa sociedade que ainda reforça estereótipos de gênero e relações familiares hierárquicas, acaba reproduzindo a violência muitas vezes experimentada preteritamente – cuja possibilidade identificamos quando da análise das consequências de uma criança crescer vivenciando a violência do pai em face da mãe.

Nesse sentido, os incisos VI e VII do art. 22 da LMP preveem a aplicação das medidas protetivas que imputam ao agressor a comparecer a programas de recuperação e reeducação e a acompanhamento psicossocial, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. Entendendo também que o enfrentamento à violência doméstica deve ocorrer integralmente, com o olhar voltado para todas as pessoas inseridas nesse contexto.

Observa-se, assim, que assegurar o cumprimento das medidas protetivas é necessário para promover a proteção integral da criança, assim como garantir uma convivência familiar harmônica, segura e sadia é imprescindível para a garantia dos direitos humanos, sendo universal o direito a viver com dignidade e longe de qualquer forma de violência e opressão.

5.4 A GUARDA COMPARTILHADA SUBJACENTE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DO

PAI CONTRA A MÃE ATENDE AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA?

Apesar das merecidas críticas ao texto da Lei n. 13.058/2014 e suas lacunas, a promulgação da guarda compartilhada como regra no Brasil tem sua relevância para a promoção da igualdade parental e da convivência familiar dos filhos com ambos os pais, bem como para a desconstrução da cultura da guarda materna³⁶⁴ que, por anos, impôs às mulheres uma sobrecarga quanto aos deveres de cuidados com os filhos e colocou a figura paterna distante não apenas desses cuidados, mas, especialmente, do cultivo do afeto e da solidariedade. Analisa Maria Celina Bodin de Moraes:

(...) pareceu bem justificar-se como um meio de fazer com que, do ponto de vista sociocultural, os homens viessem a participar mais da vida dos filhos. Cumpre recordar que antes da mudança, a sociedade esperava que se atribuísse a guarda exclusivamente à mãe, o que de fato ocorria na imensa maioria dos casos, a ponto de a mulher que não obtivesse a guarda passar a ser mal vista e a criança considerada digna de pena.³⁶⁵

Porém, a partir dos estudos desenvolvidos ao longo do presente trabalho, notadamente sobre os aspectos peculiares da violência doméstica contra a mulher e os seus reflexos no desenvolvimento da criança e adolescente inseridos nesse contexto, algumas reflexões carecem ser suscitadas diante da aplicação da guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico.

Como garantir o desenvolvimento sadio da criança e adolescente, sem exposição a tensionamentos e violência, através do compartilhamento da guarda por pais impedidos de se comunicar e se aproximar por imputação de medidas protetivas, e que, paralelamente a isso, muitas vezes estão em litígio criminal? Como garantir que, em meio à vivência da guarda compartilhada, não haverá um novo episódio de violência, sobretudo devido à complexidade de romper o ciclo? Como resguardar a integridade física e psicológica da mulher que precisa compartilhar decisões e responsabilidades sobre os filhos com alguém da qual sofreu violência e somente conseguiu se privar após ordem judicial de medidas protetivas? Como o pai,

³⁶⁴Segundo a Estatística de Registro Civil de 2015 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a predominância das mulheres na responsabilidade da guarda dos filhos menores na ocasião do divórcio é confirmada em todas as Unidades da Federação. Do total de 141.118 divórcios concedidos a casais com filhos menores de idade, ficaram com a guarda: em 111.712, as mães (cerca de 79,16%); em 7.402, os pais (cerca de 12,92%); em 18.8238, ambos (cerca de 18,92%). Fonte: IBGE. *Estatística de Registro Civil*, Rio de Janeiro, v. 42, 2015, p. 35. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2015_v42.pdf>. Acesso em 12 de abril de 2020.

³⁶⁵BODIN DE MORAES, Maria Celina. A guarda compartilhada e o direito da criança à convivência familiar, desde que a salvo de toda forma de violência. Editorial à *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 8, n. 3., 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-guarda-compartilhada-e-o-direito/>>. Acesso em 15 de abril de 2020.

imputado a se afastar do lar e do convívio com a mãe, não podendo se aproximar e sequer entrar em contato com a mesma e seus familiares, exercerá a guarda compartilhada do filho sem incorrer no crime de medida protetiva, punível com até 2 anos de detenção? E, considerando os filhos menores como vítimas indiretas da violência doméstica conjugal sofrida pela mãe, algumas vezes chegando a apresentar elevado medo e rejeição à figura paterna, em face das memórias e traumas decorrentes do comportamento violento por ele apresentado ao longo do cotidiano familiar, como garantir que não sofrerão novos danos psicológicos e físicos na convivência com o pai? Aplicar a guarda compartilhada nesse momento seria o melhor para a criança?

Essas reflexões acabam sendo necessárias não apenas para a proteção da mulher, mas, sobretudo, para garantir a proteção integral e o superior interesse das crianças e adolescentes, em face da sua condição peculiar de seres em desenvolvimento. Especialmente ao identificá-los como vítimas indiretas da violência sofrida pela mãe e hipervulneráveis nesse contexto.

Nesse sentido, considerando que criança e adolescente sofrem os danos reflexos da violência doméstica entre os pais, importante recorrer, por analogia, à análise da guarda compartilhada nos casos de alienação parental, problema também de natureza complexa a interdisciplinar, conforme observam Bruna Barbieri Waquim e Bruno Amaral Machado:

(...) diante da natureza complexa e interdisciplinar do problema da alienação parental, este não deve ser enfrentado de forma genérica em todos os casos, só sendo recomendada a adoção da guarda compartilhada quando os envolvidos no litígio se disponham ao exercício da coparentalidade de forma saudável ou admitam intervenções terapêuticas que restabelecem a saúde dos seus estilos parentais e padrões relacionais.³⁶⁶

Importante registrar que essas considerações foram traçadas por Waquim e Machado após estudo no qual constatou que “o problema da prática da alienação parental não está inerentemente associada a maior ou menor tempo com prole comum ou à condição, ou não, de guardião”.³⁶⁷ Parte dessa constatação decorreu de pesquisa realizada com 134 brasileiros adultos filhos de pais separados, que, dos 99 que confirmaram ter ficado na guarda materna, “42 reportaram que suas mães praticaram atos de interferência no relacionamento dos participantes com o outro genitor, enquanto 20 outros responderam que seus pais praticaram tais atos contra as mães. Seis participantes apontaram que tanto o pai quanto a mãe praticaram

³⁶⁶WAQUIM, Bruna Barbieri; MACHADO, Bruno Amaral. Heterorreferências sobre a parentalidade: abertura cognitiva aos discursos “psi”, senso comum e descrições jurídicas da alienação parental e guarda compartilhada. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 6, n. 2., 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/heterorreferencias-sobre-a-parentalidade/>>. Acesso em 25 de abril de 2020.

³⁶⁷Ibidem.

atos mútuos de interferência”³⁶⁸.

Waquim e Machado também apontam estudo realizado pelo Serviço de Assessoramento às Varas Cíveis e de Família da Secretaria Psicossocial Judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios³⁶⁹, que, através da análise de 50 processos das sete varas de família de Brasília, identificou a “predominância da prática da alienação pelo genitor guardião, mas sem afastar a situação inversa” e, ainda, “quando a criança residia com o pai, a mãe foi dita alienada em 66,7% dos casos”³⁷⁰. Assim, o afastamento da guarda compartilhada não necessariamente coloca a criança e adolescente em situação de maior risco. Observa-se que isso dependerá do caso concreto.

A situação da criança no contexto da violência doméstica do pai em face da mãe, mesmo que vivenciado, como testemunhas ou expostas ao cenário, não pode ser prescindida. Inclusive porque, conforme analisado, é vítima indireta dessa violência e se encontra em situação de hipervulnerabilidade.

Ainda por analogia, merece atenção o art. 4º, parágrafo único, da Lei da Alienação Parental, que ressalva a garantia mínima de visita assistida nos casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou adolescente. Embora tal legislação se destine aos casos de alienação parental, a sua natureza danosa semelhante à da violência doméstica aqui em estudo sinaliza a necessidade de proteção à criança ou adolescente nesse contexto e serve, inegavelmente, de paradigma.

Ademais, conforme analisado, a recente alteração ocorrida no art. 1.638 do Código Civil, estabelecendo a perda da autoridade parental em casos de violência doméstica contra do pai em face da mãe resultantes em crimes específicos (feminicídio, lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, estupro ou outra violação sexual), sinaliza a intenção do legislador de proteger a criança e adolescente nesse contexto e também de coibir tais práticas.

Em que pese, porém, a sanção máxima e perpétua à autoridade parental nesses casos, a situação é diferente quanto à guarda compartilhada, tendo em vista sua imposição genérica e imperativa sem ressaltar a problemática abordada neste estudo. Vale considerar, inclusive, que possíveis ponderações sobre a aplicação da guarda compartilhada poderiam evitar as práticas

³⁶⁸WAQUIM, Bruna Barbieri. *Alienação familiar induzida*, cit., p. 135. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 6, n. 2., 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/heterorreferencias-sobre-a-parentalidade/>>. Acesso em 25 de abril de 2020.

³⁶⁹BARBOSA, Luciana de Paula Gonçalves. CASTRO, Beatriz Chaves Ros de. *Alienação parental: um retrato dos processos e das famílias em situação de litígio*. Brasília: Liber Livros, 2013, p. 113.

³⁷⁰WAQUIM, Bruna Barbieri; MACHADO, Bruno Amaral. Heterorreferências sobre a parentalidade: abertura cognitiva aos discursos “psi”, senso comum e descrições jurídicas da alienação parental e guarda compartilhada. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 6, n. 2., 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/heterorreferencias-sobre-a-parentalidade/>>. Acesso em 25 de abril de 2020.

dos crimes previstos no art. 1.638 do CC como hipótese de perda da autoridade parental.

Além disso, em face do direito fundamental à convivência familiar, sendo a guarda um dos atributos da autoridade parental, compreende-se que limitá-la quanto ao compartilhamento, ao menos temporário, seria mais plausível do que estabelecer a perda de todos os atributos da autoridade parental.

5.4.1 Entendimentos jurisprudenciais pelo afastamento

Além das muitas críticas doutrinárias sobre a imposição do modelo da guarda compartilhada mesmo nas situações de conflito entre os pais, segundo Renata Vilela, “tribunais estaduais, de forma majoritária, continuam não aplicando o referido dispositivo em casos de litígio” com fundamento nos princípios da proteção integral e do melhor interesse das crianças e adolescentes.

Dentre os identificados através de pesquisa jurisprudencial, merece destacar o seguinte de acórdão proferido pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nesse sentido:

(...) se se quer um Estado constitucional que efetivamente promova os princípios da proteção integral e da garantia ao melhor interesse das crianças e adolescentes (art. 227 CF), não se pode entender a guarda compartilhada como um imperativo legal dotado de automaticidade. De modo que, não obstante o texto legal vigente, não está o julgador obrigado ao seu cumprimento estrito (e estreito).³⁷¹

De forma específica quanto à situação de violência doméstica conjugal contra a mulher, também merece destacar trecho do acórdão proferido pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que afasta a guarda compartilhada em face da constatação de medidas protetivas vigentes:

Na hipótese há elementos probatórios que desaconselham a guarda compartilhada, notadamente o boletim de ocorrência com registro de que o genitor praticou violência doméstica contra a genitora, consistente em lesão corporal, ameaça e injúria, que ultimou a aplicação de medidas protetivas, em caráter de urgência em processo judicial que tramitou em Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher neste Tribunal de Justiça.³⁷²

³⁷¹TJ-RS - AI: 70064561541 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 16/07/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/07/2015.

³⁷²TJ-RJ - Apelação Cível: 0174999- 41.2011.8.19.0001, Relator: Elton Martinez Carvalho Leme, Data de Julgamento: 17/02/2016, Décima Câmara Cível.

No mesmo sentido de afastamento à luz do melhor interesse da criança, também foi possível identificar os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

PRELIMINAR. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. REGRA NÃO ABSOLUTA. GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE. **INEXISTÊNCIA DE BOA CONVIVÊNCIA E DIÁLOGO ENTRE OS PAIS. POSSÍVEL PREJUÍZO AO ESTADO EMOCIONAL DO INFANTE. NÃO ATENDIMENTO AOS INTERESSES DA CRIANÇA.** ALIENAÇÃO PARENTAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA ROBUSTA. NÃO RECONHECIMENTO. [...] 2. Muito embora o artigo 1.584, § 2º, do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei nº 13.058/14, tenha firmado a regra da instituição da guarda compartilhada, mesmo não havendo acordo entre a mãe e o pai em relação à guarda do filho, não fica afastado o princípio da supremacia do maior interesse da criança, de modo que, **verificando-se que a ausência de boa convivência e diálogo entre os pais pode prejudicar emocionalmente o filho, há de ser mantida a guarda unilateral**, no caso, a favor da mãe. [...] ³⁷³ (grifo nosso)

APELAÇÃO. AÇÃO DE GUARDA. UNILATERAL. COMPARTILHADA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. BEM-ESTAR DO MENOR. I.[I ...] A guarda compartilhada, após as alterações nos arts. 1.583, 1.584 e 1.585 do Código Civil efetivadas pela Lei 13.058/14, deve ser a regra e o ideal a ser alcançado, no entanto a custódia física conjunta dos genitores não pode ser deferida em detrimento do melhor interesse da criança. III - **A guarda compartilhada pressupõe a divisão de responsabilidades dos genitores quanto às decisões referentes ao filho, o que se torna impossível quando os pais vivem em constante litigiosidade e não possuem diálogo saudável.** Reformada a r. sentença que fixou a guarda compartilhada para concedê-la de forma unilateral à mãe. [...] ³⁷⁴ (grifo nosso)

Embora muitos julgados do STJ não tenham afastado a guarda compartilhada³⁷⁵, decisões monocráticas mais recentes tem prevalecido no sentido de afastar e com fundamento no melhor interesse da criança, “fazendo a guarda compartilhada ceder lugar, como deve ser, ao interesse superior da criança, sempre a grande vítima nas brigas de família”.³⁷⁶

Merece destaque trecho do acórdão proferido pelo STJ no REsp 1550166/DF, que, embora não versasse especificamente sobre guarda compartilhada, reconheceu a necessidade

³⁷³TJDFT - Acórdão n.933885, 20130111394750APC, Relator: JOSE CRUZ MACEDO, Revisor: FERNANDO ANTONIO HABIBE PEREIRA, 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 06/04/2016, Publicado no DJE: 27/04/2016. Pág.: 215/230

³⁷⁴TJ-DFT - Acórdão n.905796, 20130110756488APC, Relator: VERA LUCIA ANDRIGHI, Revisor: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 04/11/2015, Publicado no DJE: 17/11/2015.Pág.: 229

³⁷⁵STJ, 3ª T., REsp 1.629.994, Rel. Min. Nancy Andrichi, por unanimidade, j. 06.12.2016 / STJ, 3ª T., REsp 1.251.000, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 23.08.2011 / STJ, 3ª T., REsp 1.251.000, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 23.08.2011.

³⁷⁶BODIN DE MORAES, Maria Celina. A guarda compartilhada e o direito da criança à convivência familiar, desde que a salvo de toda forma de violência. Editorial à *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 8, n. 3., 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-guarda-compartilhada-e-o-direito/>>. Acesso em 15 de abril de 2020.

de considerar a exposição da criança à situação de violência doméstica perpetrada pelo pai contra a mãe como norte para as decisões que digam respeito aos seus interesses:

É direito da criança e do adolescente desenvolver-se em **um ambiente familiar saudável e de respeito mútuo de todos os seus integrantes**. A não observância desse direito, em tese, a coloca em risco, se não físico, psicológico, apto a comprometer, sensivelmente, seu desenvolvimento. **Eventual exposição da criança à situação de violência doméstica perpetrada pelo pai contra a mãe é circunstância de suma importância que deve, necessariamente, ser levada em consideração para nortear as decisões que digam respeito aos interesses desse infante.**³⁷⁷ (grifo nosso)

Maria Celina Bodin de Moraes ainda acrescenta:

Com efeito, impor a guarda compartilhada de crianças, pequenas e menos pequenas, em ambientes hostis, de desentendimentos ou mesmo de maus entendidos reiterados, **é prestar um completo desserviço àquela pessoa em desenvolvimento e, em consequência, mais dia menos dia à sociedade democrática**. Já passou da hora de cuidarmos de nossas crianças em todos os lugares e em todas as circunstâncias, como determina a Constituição Federal no seu artigo 227, *caput* e § 4º (...)³⁷⁸ (grifo nosso)

Assim, à luz do melhor interesse da criança, a não aplicação genérica e imperativa da guarda compartilhada nesses casos demonstra ser o entendimento mais prudente e benéfico para a proteção integral dos filhos menores de idade e da mãe vítima da violência doméstica.

5.4.2 Projeto de Lei n. 29/2020

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 29/20, que pretende alterar o §2º do *caput* do art. 1.584 do Código Civil para estabelecer causa impeditiva para a concessão da guarda compartilhada nos casos de violência doméstica ou familiar praticada por qualquer dos pais contra o outro em face do filho, bem como inserir o art. 699-A Ao Código de Processo Civil para impor ao juiz o dever de indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situações de violência doméstica ou familiar envolvendo os pais ou o filho.

Caso seja aprovado sem vetos, o §2º do art. 1.584 do CC passará a vigorar com a seguinte redação:

³⁷⁷Julgamento do REsp 1550166/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA STJ, julgado em 21/11/2017, DJe 18/12/2017.

³⁷⁸Ibidem.

Art. 1.584. (...) § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho e se encontrando ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um deles declarar ao magistrado que não deseja a guarda do filho ou **em caso de violência doméstica ou familiar praticada por qualquer dos genitores contra o outro ou o filho.** (grifo nosso)

Além disso, caso seja aprovado sem vetos, também inserirá o art. 699-A ao CPC, nos seguintes termos:

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 as partes e o Ministério Público sobre situações de violência doméstica ou familiar envolvendo os genitores ou o filho, fixando o prazo de cinco dias para a apresentação da prova ou de indícios pertinentes.

Na justificção do projeto, o seu autor, deputado federal Denis Bezerra, apresenta as seguintes razões, dentre outras, para sua propositura:

Em muitos casos, é, porém, impossível ao juiz estabelecer a guarda compartilhada, tornando-se esta modalidade inviável. É o que ocorre quando há a ausência de interesse na guarda compartilhada por um dos pais ou genitores (consoante previsão expressa existente no âmbito do § 2º do caput do art. 1.584 do Código Civil). (...) **As outras hipóteses de inviabilidade da concessão da guarda compartilhada são as todas as demais que resultam da análise individual de cada caso concreto. Dentre essas, incluem-se as situações em que há prova ou indícios de atentado contra a vida, saúde, integridade física ou psicológica de filho ou de um dos pais ou genitores, casos estes em que a guarda da criança ou adolescente deve ser entregue àquele que não seja o autor ou responsável pelos fatos.** Em linha com esse raciocínio e no intuito de aprimorar o ordenamento civil positivado, trata o presente projeto de lei de enunciar expressamente que não será aplicada a guarda compartilhada em caso de violência doméstica ou familiar praticada por qualquer dos pais ou genitores contra o outro ou os filhos.

Ao inserir a ressalva da violência doméstica e familiar praticada por qualquer dos “genitores” contra o outro ou contra o filho para a aplicação da guarda compartilhada, através das razões da justificção mencionada, o referido projeto acompanha algumas reflexões semelhantes às apresentadas no presente trabalho. Outrossim, quando também impõe a necessidade de um olhar atento do magistrado à problemática da violência doméstica e familiar, estabelecendo que, antes de iniciada a audiência de mediação e conciliação, seja indagado às partes e ao Ministério Público a existência de situações de violência doméstica ou familiar envolvendo os “genitores” ou o filho, fixando o prazo de cinco dias para a apresentação da prova ou de indícios pertinentes.

Contudo, em que pese a relevante iniciativa do legislador, este estudo não desconsidera

a necessidade de ponderações quanto a essa proibição, assim como também quanto à aplicação genérica e imperativa da guarda compartilhada vigente desde a promulgação da Lei nº 13.058/2014.

Inegável que a situação de hipervulnerabilidade das crianças e adolescentes no contexto da violência doméstica entre os pais e os fatores culturais e afetivos que potencializam a dificuldade de rompimento do ciclo, como o inconformismo do agressor quanto ao término do relacionamento e a submissão da mulher vítima, levando à necessidade de decretação das medidas protetivas de urgência de incomunicabilidade e afastamento, acabam por inviabilizar a divisão equilibrada de responsabilidades e a tomada de decisão em conjunto sobre as questões atreladas aos filhos.

Além disso, outro ponto identificado para a constatação de afastar a guarda compartilhada como regra está na possibilidade de comportamento e sentimento de repulsa do filho com relação à figura do paterna em face da violência praticada do pai contra a mãe ao longo desse convívio familiar.

Nesse sentido, a partir de uma perspectiva interdisciplinar, entende-se que, em atenção à proteção integral, o afastamento da guarda compartilhada como regra é necessário. Contudo, não deve ocorrer, necessariamente, de maneira perpétua. Pelos estudos aqui desenvolvidos, não descartando a relevância do mencionado projeto de lei, considera-se também necessário um monitoramento multidisciplinar voltado para um acompanhamento duradouro que, gradativamente, permita o convívio mais próximo e, posteriormente, leve à reanálise do compartilhamento, sempre em atenção ao direito fundamental à convivência familiar, ao melhor interesse da criança à tutela das mulheres vulneráveis nessas relações.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo, inicialmente, de um estudo histórico acerca das relações familiares no Brasil, o presente trabalho analisou a estruturação da sociedade brasileira através de uma legislação patriarcal que legitimou a desigualdade e colocou mulheres e crianças em situação de subalternidade em relação ao homem considerado autoridade máxima da família. Identificou, assim, normas que legitimaram, por séculos, a prática da violência doméstica contra as mulheres por parte de seus maridos, as submetendo à outorga deles para a realização de atos da vida civil, chegando a compor o rol de relativamente incapazes.

A sociedade assim regrada através de um poder hegemonicamente masculino não apenas nas famílias, mas também nos espaços públicos e de tomada de decisão, dentre eles, o Legislativo e o Judiciário. Leis criadas e aplicadas por séculos sob uma concepção não democrática, não humanista, regrado os costumes sociais a partir da hierarquização das relações e do tratamento jurídico desigual.

A partir desses estudos, foi possível confirmar que, apesar dos avanços ocorridos no plano internacional e nacional em meados do século XX, apenas com o advento da Carta Democrática de 1988 e a constitucionalização dos institutos do Direito Civil, o ordenamento jurídico passa a ser redirecionado para o respeito e promoção da dignidade da pessoa humana.

A família, antes com fins patrimonialistas, agora voltada para valores existenciais, através de novos princípios constitucionais, como a igualdade, a solidariedade e a afetividade, passa a ser democratizada. Além disso, também a consagração constitucional da doutrina da proteção integral das crianças e adolescentes, bem como do dever do Estado de criar mecanismos para combater a violência ocorrida nas relações familiares.

Tais transformações se tornam substratos para outros avanços legislativos estudados ao longo de todo o trabalho, como a ratificação da Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, a superação do pátrio poder pelo Código Civil de 2002, a promulgação da Lei Maria da Penha e das leis da guarda compartilhada.

Também foram estudados os avanços ocorridos para a concretização da convivência familiar pautada na igualdade parental e no princípio do melhor interesse da criança, analisando a evolução da autoridade parental e do instituto da guarda no Brasil, inclusive através de estudo comparado com o Direito Estrangeiro, com ênfase na guarda compartilhada. Verificou-se que apesar da promulgação de duas leis da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, controvérsias de compreensão e aplicação do instituto, inclusive lacunas normativas,

ainda são desafios para a realização dos valores fundamentais, notadamente aqueles voltados para o melhor interesse das crianças e adolescentes.

Ademais, importante também destacar, à luz de uma perspectiva de gênero, o importante avanço identificado com a inserção da guarda compartilhada no Brasil para a desconstrução histórica da desigualdade parental e cultura da guarda unilateral materna, ou seja, para além da realização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Através dos dados pesquisados, foi possível verificar que, apesar dos avanços normativos voltados para a realização dos valores existenciais com a implantação de um sistema protetivo e repressivo no combate às violações sofridas pelas mulheres nas relações afetivas e familiares, a problemática da violência doméstica contra esse grupo de pessoas ainda é alarmante na sociedade brasileira.

Diante disso, adotando o gênero como categoria de análise, a violência doméstica contra as mulheres foi observada enquanto fruto de uma sociedade historicamente patriarcal e, por ocorrer ciclicamente e em meio ao cotidiano de relações familiares e afetivas, também identificada enquanto problema de difícil enfrentamento. Nesse sentido, as pesquisas e estudos na área da psicologia também observaram a existência do ciclo da violência doméstica como fenômeno que, atrelado a aspectos culturais, reforça a necessidade de uma intervenção estatal para o combate a essa problemática.

A partir dessas considerações, a hipervulnerabilidade foi analisada como categoria a ser considerada para a proteção das crianças e adolescentes inseridos como vítimas indiretas no contexto da violência doméstica perpetrada pelo pai em face da mãe, também estudando a (hiper)vulnerabilidade das mulheres nessas relações. Foram identificados estudos na área da psicologia confirmando que os filhos menores de idades não estão alheios à violência doméstica interparental, podendo sofrer danos para o seu pleno desenvolvimento com reflexos nas suas relações familiares na vida adulta.

Nesses termos, também foi identificada a rota crítica da violência doméstica percorrida pelas mulheres enquanto situação que potencializa a vulnerabilidade dessas vítimas na busca por proteção. Dentre elas, a necessidade de variados procedimentos através de serviços estatais nem sempre sensíveis às questões de gênero, especialmente, como objeto do presente trabalho, as ações de família decorrentes da violência doméstica apreciadas por Varas não especializadas com a problemática.

Analisou-se também a aplicação das medidas protetivas de afastamento e distanciamento do agressor como obstáculo para o compartilhamento da guarda dos filhos, haja vista a necessidade, para tanto, de uma convivência equilibrada para a divisão de

responsabilidades e tomadas de decisão em conjunto para a realização do melhor interesse da criança e adolescente nesse contexto. Especialmente em face dos danos psicológicos também por eles sofridos no cenário da violência doméstica, destinatários, assim, de uma abordagem especial.

Contudo, ao estudar as medidas protetivas de urgência estabelecidas pela Lei Maria da Penha com reflexos nos filhos menores de idade, embora tenha sido identificada a previsão de suspensão de “visitas” aos filhos, não se observou qualquer disciplinamento relativo à guarda. E ao analisar o diploma civil, foram verificadas lacunas normativas quanto à aplicação da guarda compartilhada nesses casos, apesar da previsão normativa de perda da autoridade parental em determinados crimes decorrente desse tipo de violência. Ou seja, um tratamento sancionatório máximo atrelado à perda da autoridade parental, mas uma omissão legislativa quanto à guarda enquanto um dos seus aspectos.

Nesses termos, verificou-se que a aplicação da guarda compartilhada ainda carece de melhor disciplinamento normativo, não considerando que estabelecê-la como regra, sem ponderações nos casos de violência doméstica, seja o melhor caminho para o alcance do melhor interesse da criança e adolescente.

Nesse sentido, foi possível identificar projeto de lei em trâmite que prevê a proibição da guarda compartilhada nos casos de violência doméstica interparental e a obrigação do magistrado de observar a existência dessa problemática antes da realização da audiência de conciliação. Em que pese o positivo interesse do legislador de tutelar as crianças e adolescentes nesse contexto, visualiza-se, ainda, a necessidade de um melhor aperfeiçoamento legislativo quanto ao caráter perpétuo atribuído. Isso porque, à luz da garantia fundamental à convivência familiar, não se pode desconsiderar, mesmo que futuramente após o devido acompanhamento multidisciplinar das partes, uma reanálise acerca da aplicação da guarda compartilhada.

A própria Lei Maria da Penha prevê medidas de proteção para a reeducação e tratamento de agressores, não podendo a legislação regradar de maneira absoluta os institutos atrelados à convivência familiar e ao exercício da autoridade parental, dentre eles a guarda. O disciplinamento é necessário, mas não de forma absoluta. Exemplo disso pode ser identificado nos casos em que, com a aplicação das medidas protetivas do art. 22, II, III, VI e VII da Lei Maria da Penha, que obrigaram o agressor ao distanciamento, incomunicabilidade, acompanhamento psicossocial e comparecimento a programas de recuperação e reeducação, caso o ciclo da violência seja rompido e o acompanhamento psicossocial permita o restabelecimento de uma convivência harmônica e segura entre os pais, a guarda compartilhada pode se tornar possível.

Assim, pelos estudos desenvolvidos entende-se, sim, inclusive conforme os entendimentos jurisprudenciais identificados, a necessidade de, à luz do melhor interesse da criança, vítima indireta da violência doméstica sofrida pela mãe por parte do pai, afastar a guarda compartilhada como regra. A regra, em tais casos, entendendo o ciclo da violência e a configuração dos filhos menores de idade como vítimas indiretas desses conflitos, seria o afastamento. Inclusive porque a guarda compartilhada, conforme estudado, não está relacionada apenas à convivência física, mas à divisão de responsabilidades e decisões em conjunto sobre o melhor desenvolvimento do filho.

Além disso, importante também destacar que, conforme pesquisas realizadas, a ocorrência da alienação parental não necessariamente está atrelada ao afastamento da guarda compartilhada, de modo que uma possível alegação nesse sentido para manter o compartilhamento como regra geral não se sustenta.

Através dessas análises, observa-se que tanto o caráter imperativo da norma que estabelece a guarda compartilhada como regra como o de uma possível lei que a proíba em tais casos sem ponderações, à luz do melhor interesse da criança e sob a perspectiva do Direito Civil Humanizado, não se observa como caminhos concretos para a realização da dignidade humana.

Considera-se, nestes termos, a necessidade de um aperfeiçoamento legislativo, na Lei Maria da Penha e na legislação civil, capaz de prever não apenas o afastamento da guarda compartilhada como regra em tais casos, mas um possível monitoramento multidisciplinar que, paulatinamente, permita o convívio mais próximo e, posteriormente, leve à reanálise do compartilhamento, sempre em atenção ao direito fundamental à convivência familiar, ao melhor interesse da criança à tutela das mulheres vulneráveis nessas relações.

REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Emilia Fernández-Luana. *Custodia compartida y protección jurídica del menor*. 2017. Tesis doctoral. - Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017, p. 114-115.
- ALMEIDA de, Maria Christina de Almeida. *O DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 39, p. 131-153, dez./jan.2007.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil brasileiro: introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Do casamento ao divórcio*. Lisboa: Cosmos, 1997.
- AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018a, p. 55-59.
- ASSIS, Zamira de; RIBEIRO, Weslley Carlos. A base principiológica do melhor interesse da criança: apontamentos para análise da (im)propriedade da expressão “guarda de filhos” quando do rompimento da conjugabilidade dos genitores. *Revista IOB de Direito de Família*, v. 71, abr./maio 2012.
- ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/6537-atlas2019.pdf>>. Acesso em 05 de janeiro de 2020.
- BARAGATTI Daniella Yamada; ROLIM, Ana Carine Arruda; CASTRO, Cristiane Pereira de; MELO, Márcio Cristiano de; SILVA, Eliete Maria. Rota crítica de mulheres em situação de violência: revisão integrativa. *Rev Panam Salud Publica*. 2019;43:e34. Disponível em: <<https://doi.org/10.26633/RPSP.2019.34>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2020.
- BARBOSA, Luciana de Paula Gonçalves. CASTRO, Beatriz Chaves Ros de. *Alienação parental: um retrato dos processos e das famílias em situação de litígio*. Brasília: Liber Livros, 2013, p. 113.
- BARBOZA Heloisa Helena. O estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Família após a Constituição de 1988: transformações, sentidos e fins. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: *Família e dignidade*

humana. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: IBDFAM. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006.

BARSTED, Marcela. *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. 4. ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BARUFI, Melissa Telles. “Proteção integral de crianças e adolescentes: conquista a ser conservada e ampliada”. In: *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, ed. 45, p. 6, jun./jul. 2019. Belo Horizonte - ISSN: 1984-2716. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/viewFile/1422/856>>. Acesso em 20 de julho de 2019.

BAPTISTA, Silvio Neves. *Guarda Compartilhada: breves comentários aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, alterados pela Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008*. Recife: Bagaço, 2008.

BELTRÃO, Kaizô Iwakami; ALVES, José Eustáquio Diniz. Reversão do hiato gênero na educação brasileira no século XX. *Cadernos de Pesquisa*, v. 39, n. 136, p. 135, jan.-abr. 2009; *Cadernos de Pesquisa*, v. 39, n. 136, p. 135, jan.-abr. 2009.

BERNARDES, Júlio César. *Desvendando os mitos sobre o compartilhamento da guarda e custódia física dos filhos – análise multidisciplinar a partir dos modelos europeu e norte-americano*. p. 143. In: *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*. p. 137-153, ISBN: 2319-0876.

BIANCHINI, Alice. *Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A guarda compartilhada e o direito da criança à convivência familiar, desde que a salvo de toda forma de violência. Editorial à *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 8, n. 3., 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-guarda-compartilhada-e-o-direito/>>. Acesso em 15 de abril de 2020.

BONETTI, Pinheiro, L. S., & Ferreira, P. C. (2008). Violência contra as mulheres e direitos humanos no Brasil: uma abordagem a partir do Ligue 180. *ENCONTRO DA ABEP*, 16., 2008, Caxambu, MG. Anais., 16. Retrieved from http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008_1008.pdf.

BRANCALHONE, Patrícia Georgia; Willians, Lucia Cavalcanti de Albuquerque; Fogo, José Carlos. Crianças Expostas à Violência Conjugal: Avaliação do Desempenho Acadêmico. In: *Psicologia: Teoria e Pesquisa* Mai-Ago 2004, Vol. 20 n. 2, pp. 113-117.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos Humanos das Mulheres*. Curitiba: Juruá, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

- CARBONNIER, Jean. *Droit et passion du droit*. Paris: Forum/Flammarion, 1996.
- CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. *Estudos Avançados*, v. 17, n. 49, p. 117-133, 2003. SOUZA, Eros de; BALDWIN, John R.; ROSA, F. H. da. A construção social dos papéis sexuais femininos. *Psicologia: reflexão e crítica*, v. 13, n. 3, p. 485-496, 2000.
- CARRILLO DE ALBORDOZ, Eduardo. Aspectos clínicos y médico-legales de la violencia de género. In: FARIÑA, Francisca, ARCE Ramón, BUELA-CASAL Gualberto (eds.). *Violencia de género: tratado psicológico y legal*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2015.
- CASABONA, Marcial Barreto. *Guarda compartilhada*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente*. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente*. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. *Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental do Direito Civil*. In: A reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado. Org. Judith Martins-Costa.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- D'Oliveira Ana Flávia Pires Lucas; Schraiber Lilia Blima. Mulheres em situação de violência: entre rotas críticas e redes intersetoriais de atenção. *Rev Med (São Paulo)*. 2013 abr.-jun.;92(2):134-40.
- DENNINGER, Erhard. “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 88, dez. 2003.
- DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias – de acordo com o Novo CPC*. 4. ed. em e-book baseada na 11. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais Civil na Lei Maria da Penha (VIOLÊNCIA Doméstica e Familiar contra a Mulher). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e Responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.
- Enunciado 335, CNJF. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em 13 fevereiro de 2020.
- FACHIN, Luiz Edson. *Do pater familias à autoridade parental: elementos da travessia entre “pátrio poder”, “poder familiar” e “autoridade parental”*. *Revista do Advogado*, n.112, p. 99-

103, jul. 2011.

FATHER 4 JUSTICE. Disponível em: <<https://www.fathers-4-justice.org/>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2020.

FEITOSA, Enoque. *Para superação das concepções abstratas e formalista da forma jurídica*. In: BELLO, Enzo (Org.). *Ensaio crítico sobre direitos humanos e constitucionalismo*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Humanização do direito civil constitucional ou por um direito civil social. Lineamentos introdutórios. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*: RDCC, São Paulo, v. 4, n. 11, abr-jun, 2017, p. 239-257.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Humanização do Direito Civil Constitucional ou por um direito civil social*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Ano 4, Vol. 11, 2017.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; MELO, Jeremias de Cássio Carneiro de. *A humanização do direito civil constitucional na perspectiva da defesa dos hipervulneráveis: o caso das pessoas com deficiência mental e a necessária revisão do conceito de incapacidade civil*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b767062d418441a0>>. Acesso em 30 de maio de 2020.

FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito de visitação sob o prisma do afeto*. Niterói: Impetus, 2005.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.

GABURRI, Fernando; SILVA, Aurélia Carla Queiroga da. Criança e adolescente: sujeitos de direito e superação da condição de vulnerabilidade no Estado Democrático de Direito. In: FERRAZ, Carolina; LEITE, Glauber Salomão. *Direito à Diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2018.

GOMES, Orlando. A agonia do Código Civil. *Revista de Direito comparado luso-brasileiro*. Ed. Forense. 1988. n. 7.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GÓNGORA, Navarro José. *Violencia em las relaciones íntimas*. Una perspectiva clínica. Barcelona: Herder, 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: uma nova dimensão na convivência familiar*. O discurso do Judiciário. In: APASE (org.). *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. A guarda compartilhada na berlinda. *Revista do IBDFAM* n.

18. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre-desenvolvimento da personalidade. In: *Família e dignidade humana*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: IBDFAM. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006.

GRONENIGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário*. Tese de doutorado. Acesso em 11 de abril de 2020.

HEILBORN, Maria Luiza. Usos e desusos do conceito gênero. In: Revista Cult. *Simone de Beauvoir e os paradoxos do feminino*. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/simone-de-beauvoir-dimensao-etica/>>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

HILTON, Zoe N. Battered women's concerns about their children witnessing wife assault. *Journal of Interpersonal Violence*, 1992, 77-86.

HOLDEN, G. W. Introduction: the development of research into another consequence of family violence. In: HOLDEN, G. W.; GEFNER, R.; JOURILES, E. N. (Orgs.). *Children exposed to marital violence: theory, research and applied issues*. Washington: American Psychological Association, 1998. p. 1-18.

IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/539/Alguns+apontamentos+sobre+Guarda+Compartilhada>>. Acesso em 13 de janeiro de 2020.

Instituto de Segurança Pública. Dossiê Mulher 2018/ Orlinda Claudia R. de Moraes, Flávia Vastano Manso (Org.) 13v. Rio de Janeiro: RioSegurança. Instituto de Segurança Pública (ISP-RJ), 2018.

IPEA. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar) Brasília, março de 2014.

JOHANSON, Izilda. A dimensão ética de Simone de Beauvoir. In: Revista Cult. *Simone de Beauvoir e os paradoxos do feminino*. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/simone-de-beauvoir-dimensao-etica/>>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

JOURILES, E. N., McDonald, R., Norwood, W. D. & Ezell, E.. Issues and controversies in documenting the prevalence of children's exposure to domestic violence. In: S. A. GrahamBermann & J. Edleson (Orgs.), *Domestic violence in the lives of children: The future of research, intervention, and social policy* (pp. 13-34). Washington: American Psychological Association., 2001.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O combate à violência contra a mulher no âmbito da ONU*. Disponível em: <<https://lilianajubilut.jusbrasil.com.br/artigos/121940395/o-combate-a-violencia-contra-a-mulher-no-ambito-da-onu>>. Acesso em 05 de novembro de 2019. Julgamento do REsp 1550166/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA STJ, julgado em 21/11/2017, DJe 18/12/2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

KATO, Shelma Lombardi de. *A Lei Maria da Penha e a proteção dos direitos humanos sob a perspectiva de gênero*. In: Manual de Capacitação Multidisciplinar (Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha). Organizadora: Des. Shelma Lombardi de Kato. 3 ed. Cuiabá: Departamento Gráfico-TJMT, 2008.

Kiss, Ligia; D'Oliveira, Ana Flavia Lucas; Zimmerman, CATHY; Heise, Lori; Schraiber, Lilia Blima; Watts, Charlotte; Brazilian policy responses to violence against women: government strategy and the help-seeking behaviors of women who experience violence. *Health Human Rights*. 2012;14:1-14. Available from: <http://researchonline.lshtm.ac.uk/24381/2/Kiss-FINAL2.pdf>

LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LEAL, Livia Teixeira. As controvérsias em torno da guarda compartilhada. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 79, p. 68-94, Maio/Agosto 2017.

LIMA, Fausto Rodrigues de; GONÇALVES, Ana Paula Schwelm, A lesão corporal na violência doméstica: nova construção jurídica. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/8912/a-lesao-corporal-na-violencia-domestica> >. Acesso em: 07 de dezembro de 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: Bittar, C. A. (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.66.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. Vol.5. ed. 9. Saraiva: São Paulo, 2019.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. *A violência doméstica sob a ótica sistêmica: uma experiência do Judiciário*. In: Revista do IBDFAM: família e sucessões. v.30, nov/dez – Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

MADALENO, Rafael; MADALENO Rolf. *Guarda compartilhada: física e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARQUES, Alline de Souza. Os filhos da violência doméstica: crianças não são apenas testemunhas do fato, mas verdadeiras vítimas. In: *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v.11, n.3, p. 59, Março de 2016.

MARQUES, Claudia Lima. *Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro*. In: GRUNDMANN, Stefan et. al. (org.). *Direito privado, Constituição e fronteiras – encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos*

vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Adriana Ramos de. PAIVA, Livia de Meira Lima. *Lei Maria da Penha na prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Meneghel Stela Nazareth; Bairros, Fernanda; Mueller, Betânia; Monteiro, Débora; Oliveira, Lidiane Pellenz de; Collaziol Marceli Emer. Rotas críticas de mulheres em situação de violência: depoimentos de mulheres e operadores em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. *Cad Saúde Pública*. 2011; 27:743-52. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2011000400013>>. Acesso em 30 de março de 2020.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; BODIN DE MORAIS, Maria Celina. Autoridade parental e a privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v.20, n.2, p.504, mai./ago. 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*.33. ed. São Paulo. Atlas: 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas*.In: TEIXEIRA, Ana CAROLINA Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). Manual de direito das famílias e das sucessões. 3. Ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 227, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo MOURA, Mário Aguiar. Guarda do filho menor. *Ajuris*. n. 19. vol. 7. p. 15. Porto Alegre: Ajuris, jul. 1980.

MULTEDO, Renata Vilela. OLIVIERI, Isabella. A heteronomia estatal judicial no exercício da autoridade parental por meio do reconhecimento da parentalidade socioafetiva. In: *Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos*. Adriano Marteleto Godinho... (et al.); org. Ana Carolina Brochado Teixeira, Luciana Dadalto. São Paulo: Editora Foco, 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher*. Centro de Informação das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1994.

NADER, M. B.; LIMA, Lana da Gama. Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social. In: PISK, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (Org.). *Nova história das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2012, v. 1, p. 286-312.

ONU Mulheres. *Relatório Executivo II – Primeira Onda – 2016*. Disponível em: <www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2017/11/violencia_domestica_trabalho_ago_17.pdf>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro IV, Título LXI, §9º; e CVII. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em 03 fevereiro de 2019.

PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei n. 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOBO, Paulo. Direito-dever à convivência familiar. In: Maria Berenice DIAS (Org.). *Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 401. No mesmo sentido, v. Douglas Phillips FREITAS. *Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010*. 2.ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PELUSO, Antonio Cezar. O menor na separação. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. vol. 80. p. 16. São Paulo: Lex, 1983.

PEREIRA et all. O fenômeno da violência patrimonial contra a mulher: percepções das vítimas. *Oikos: Revista Brasileira de Economia Doméstica*, Viçosa, v.24, n.1, p. 207-236, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11.ed. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Dois lares são melhores do que um”. In: *Revista IBDFAM*, Belo Horizonte, ed. 40, p. 5-7, ago./set. 2018.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PHILIPS, Douglas. *A nova guarda compartilhada*. 2. ed. Florianópolis: VOXLEGEM, 2015.

PIMENTEL, Sílvia. O monitoramento do Comitê CEDAW e a violência contra a mulher. In: KATO, Shelma Lombardi de (coord.). *Manual de capacitação multidisciplinar*. Tribunal de Justiça do Mato Grosso, 2006.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. *Boletim IBCRIM*, n. 153, p. 8-9, ago. 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas*. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. *A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RABENHORST, Eduardo. *Aquela sou eu? Sobre espelhos e mulheres*. João Pessoa: Ideia, 2012.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada*. 2.ed. v.2. São Paulo: 2018.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.

RODRIGUES, Carla. HEILBORN, Maria Luiza. *Gênero e Pós-gênero: um debate político*. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2013, ISSN 2179-510X.

ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SABADELL, Ana Lucia. *Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal*. *Revista dos Tribunais*. v.840, p.449, out. 2005.

SABADELL, Ana Lucia. Prefácio. In: BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais protetivos e criminais da violência de gênero*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SAGIM, Míriam Botelho. *Violência doméstica observada e vivenciada por crianças e adolescentes no ambiente familiar*. 2008. 283 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2008, p. 187.

SAGOT, Montserrat. *Ruta Crítica de Las Mujeres Afectadas por la Violencia Intrafamiliar em América Latina: estudios de caso de diez países*. Washington: Pan American Health Organization, 2000. Disponível em: <<http://ns.bvs.hn/docum/ops/libros/rutacritica.pdf>>. Acesso em 25 de janeiro de 2020.

SALOMÃO, Kátia Rocha; JUNIOR, Waldomiro Salles Svolinski. *Kant: os fundamentos da dignidade da pessoa humana como condição para uma hermenêutica do dever*. E-Civitas - Revista Científica dos Cursos de Direito e Relações Internacionais do UNIBH –

SALUM, Maria José Gontijo. *O sujeito de direitos, o ECA e o sujeito adolescente*. In: *Criança e Adolescente: sujeitos de direitos*. Belo Horizonte: Conselho Regional de Psicologia de Minas Gerais, 2010.

SANTIAGO, Maria Cristina Paiva. *Direito de arrependimento e a proteção da hipervulnerabilidade: a aplicação de um novo modelo de extinção contratual à luz da humanização do direito civil-constitucional*. 2018. 397f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas), Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004;

SARLET, I. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2001.

SARTI, Cynthia Andersen. Feminismo no Brasil: uma trajetória particular. *Cadernos de Pesquisa*, v. 64, p. 38-47, 1988.

SCHERER, E. A.; SCHERER, Z. A. P. A criança maltratada: uma revisão da literatura. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 8, n. 4, p. 9-22, ago. 2000.

SEGATO, Rita Laura. *Las estructuras elementares de la violencia*. Ensayos sobre género entre la antropología, el psiconálisis y los derechos humanos. Bernal: Universidad de Quilmes, 2003.

SEIJO MARTÍNEZ, Dolores. La violencia doméstica: repercusiones en los hijos. In: FARIÑA, Francisca, ARCE Ramón, BUELA-CASAL Gualberto (eds.). *Violencia de género: tratado psicológico y legal*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2015.

SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. 2. ed. São Paulo: JH, Mizuno, 2008.

SILVA, Evandro Luiz. *Guarda de filhos: aspectos psicológicos*. In: APASE (org.). *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

SIMÃO, José Fernando. *Guarda de menores: um conceito unitário no Direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-28/processo-familiar-guarda-menores-conceito-unitario-direito-brasileiro>>. Acesso em: 12 de março 2020.

SOUSA, Valquiria Alencar de. *Por trás das Cortinas de Damasco: A dinâmica da violência doméstica*. João Pessoa: Centro 8 de Março, 2004.

STREGER, Guilherme. Gonçalves. *Guarda dos filhos*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SUNTURA, Clavijo. *El interés del menor em la custodia compartida*. 2008, p. 121. Tesis doctoral. - Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008. Disponível em: <<https://gedos.usal.es/jspui/handle/10366/18496>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2020.

TARTUCE, Flávio. *A Lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória – Análise crítica da Lei 13.058/2014*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/215990/a-lei-da-guarda-compartilhada-ou-alternada-obrigatoria-analise-critica-da-lei-13058-2014-parte-i>>. Acesso em 08 de abril de 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*, 5 ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, vol. 17, jan./mar., 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

UNIFEM. Disponível em: <http://www.unifem.org/progress/2008/media/POWW08_Report_Full_Text_pt.pdf> Acesso em: 10 de novembro de 2018.

UNIVERSA. Filhos da Violência. Disponível em: <<https://universa.uol.com.br/especiais/filhos-da-violencia/index.htm>>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

VENESO, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

WALKER, Lenore E. A. *The Battered Woman*. New York, Harper & Row, 1979.

WALKER, Lenore E. A., The battered woman syndrome is a psychological consequence of abuse. In: Richard J. Gelles; Donileen R. Loseke (eds.), *Current Controversies on Family Violence*, Newbury Park, Sage Publications, 1993.

WALKER, Lenore. *The Battered Woman Syndrome*. Nova York: Spring Publishing Company LLC, 2009.

WAQUIM, Bruna Barbieri. *Alienação familiar induzida*, cit., p. 135. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 6, n. 2., 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/heterorreferencias-sobre-a-parentalidade/>>. Acesso em 25 de abril de 2020.

WAQUIM, Bruna Barbieri; MACHADO, Bruno Amaral. Heterorreferências sobre a parentalidade: abertura cognitiva aos discursos “psi”, senso comum e descrições jurídicas da alienação parental e guarda compartilhada. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a. 6, n. 2., 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/heterorreferencias-sobre-a-parentalidade/>>. Acesso em 25 de abril de 2020.

WEST, Robin. *Gênero y teoria Del derexo*. Bogotá: Uniandes, 2000.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Global and regional estimates of violence against women prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*. Geneva: WHO, 2013.

XAVIER, Marília Pedroso. COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Guarda e Autoridade Parental: por um regime diferenciador. In: *Autoridade parental: dilemas e desafios*

contemporâneos. Adriano Marteleto Godinho... (et al.); org. Ana Carolina Brochado Teixeira, Luciana Dadalto. São Paulo: Editora Foco, 2019.