

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR CESUL

**A INTERFERÊNCIA DO ESTADO NO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA NOS CASOS DE MEDIDA PROTETIVA**

LUCAS TRENTIN DE CARLI

**FRANCISCO BELTRÃO – PR
2023**

LUCAS TRENTIN DE CARLI

**A INTERFERÊNCIA DO ESTADO NO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA NOS CASOS DE MEDIDA PROTETIVA**

Monografia apresentado como requisito parcial para avaliação da Disciplina de Orientação à Monografia II, do 9º período do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ensino Superior CESUL.

Orientadora: Me. Isabelle Calliari Monteiro de Lima

**FRANCISCO BELTRÃO – PR
2023**

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a minha família, Claudimar, Mari Ane e Leonardo, pois estes são a base de tudo e meu porto seguro, são eles que me permitiram elaborar a presente monografia, nunca mediram esforços para me proporcionar tudo o que sempre precisei.

Agradeço também a minha namorada, Naira, que me aguentou durante esse período, me proporcionando todo o suporte possível e cabível para que se transformasse em um momento mais leve, demonstrando a importância de estar com quem você gosta e aprender a desfrutar dos pequenos detalhes.

Estendo meus cumprimentos aos meus professores, que sempre deram o máximo de si, para repassar todos os seus conhecimentos e ensinamentos da melhor forma, em especial à Professora Isabele, que se dispôs a me orientar e me mostrou os melhores caminhos.

Aos meus colegas de classe, que sempre se mostraram muito unidos, procurando sempre nos ajudarmos, em especial ao André Lavratti que desde o primeiro dia de aula foi a minha dupla em todos os trabalhos e juntamente com o Gustavo Rovani, deixaram os dias mais divertidos.

Por fim, agradeço a todos que contribuíram com o meu crescimento profissional, saúdo o Instituto de Criminalística de Francisco Beltrão, em especial à pessoa de Patrick Alysson de Souza e Silva, que desde o primeiro semestre de faculdade acreditou em mim. Ao Fórum de Marmeleiro, à Central de Mandados de Francisco Beltrão e ao Escritório de Advocacia Santos & Longo, que em mim, depositou sua confiança.

A persistência é o caminho do êxito.

Charles Chaplin

RESUMO

O presente trabalho buscará fazer uma breve explanação sobre a evolução da família desde os primórdios da civilização até os dias atuais. Será realizado um estudo referente a evolução do conceito de família, abordado na Constituição Federal de 1988. A abordagem se dará na esfera do Direito de Família, onde será exposto o entendimento sobre poder familiar, os tipos de guarda dos dependentes, assim como uma breve explanação sobre a alienação parental. Será explicado como ocorre a extinção, a suspensão e a destituição do poder familiar, bem como a restrição ou a suspensão do direito de visitas do genitor, mediante a ótica da Lei Maria da Penha. Trará também o contexto histórico de criação da lei 11.340/2006, e seus mecanismos de proteção à vítima de violência doméstica. Também far-se-á uma análise sob o brilhantismo do princípio do melhor interesse da criança, sendo o objetivo principal deste presente trabalho, analisar, quais os mecanismos garantidores da eficácia deste princípio nos casos de medida protetiva de urgência, previstas na Lei Maria da Penha.

Palavras-Chave: Direito de Família; Lei 11.340/2006; Medida Protetiva de Urgência; Direito de Visita; Alienação Parental;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A FAMÍLIA NA CONTEMPORANIEDADE E AS MODALIDADES DE GUARDA.....	9
1.1 GUARDA COMPARTILHADA.....	12
1.2 GUARDA UNILATERAL.....	15
1.3 GUARDA NIDAL.....	17
1.4 A GUARDA COMPARTILHADA COMO DISPOSITIVO CONTRA ALIENAÇÃO PARENTAL.....	18
2 RETOMADA HISTÓRICA.....	23
2.1 CONTEXTO DA CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA.....	26
2.2 INEXISTÊNCIA DE DISPOSITIVO DE PROTEÇÃO ANTERIOR A LEI.....	29
2.3 A MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA COMO OPÇÃO À OFENDIDA.....	32
2.4 FALTA DE DENÚNCIA CONTRA OS AGRESSORES.....	33
3 DA INTERFERÊNCIA DO ESTADO NO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	36
3.1 DA MEDIDA DE RESTRIÇÃO/SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAÇÃO.....	37
3.2 A DISCREPÂNCIA DO CONCEITO DE EXTINÇÃO E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR.....	39
3.3 DA RELAÇÃO DOS TIPOS DE GUARDA COM AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

Diariamente, de forma infeliz, vê-se nos noticiários manchetes de vítimas da violência doméstica e que, em muitas dessas, o homem acaba por agredir a sua companheira. Todavia, entende-se que há a necessidade de se debater como o Estado deve agir nos casos em que esta vítima solicita uma medida protetiva de urgência, prevista na Lei 11.340/2006 e que, desta relação, tenha dependentes.

Entende-se que, desta problemática urge a dúvida de qual decisão o Estado tomaria em relação aos dependentes, sob ótica do princípio do melhor interesse da criança.

Para tal, neste trabalho, procurar-se-á entender as mudanças no conceito de família, os quais vem acontecendo nos últimos anos, uma vez que, em constante mudança, os tipos de guarda também passaram por transformações, fazendo-se necessária uma explicação dos principais modelos e suas respectivas classificações diante os doutrinadores.

Posto que, posteriormente, surgiu-se a necessidade de explanação da Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha. Diante disso, será esclarecido o conceito em que fora criada, juntamente com a elucidação da ausência de dispositivos legais de proteção à mulher, anteriores a decretação da lei, bem como, as alternativas trazidas por esta, que ficam como opção à ofendida.

Por fim, ao decorrer do último capítulo, considerando elucidar todos os conceitos necessários para entendimento do presente trabalho, busca-se saber como o Estado, diante do seu acionamento perante a solicitação da medida protetiva de urgência, toma a sua decisão, no que diz respeito ao direito do genitor visitar e do dependente de ser visitado, uma vez que não há a possibilidade de aproximação dos genitores, juntamente, a aplicação dos tipos de guarda como forma de evitar a incidência da síndrome da alienação parental.

Assim exposto e diante da pesquisa bibliográfica de diversos doutrinadores, busca o presente trabalho, estabelecer uma conversa entre os conceitos jurídicos,

indagando sobre a problemática da garantia do bem-estar infantil e a importância do princípio do melhor interesse da criança, nas medidas protetivas, sob a intervenção e decisão do Estado, a fim de compreender o peso deste princípio na tomada das decisões judiciais, bem como verificar se todos os direitos constitucionais dos envolvidos são respeitados.

1 A FAMÍLIA NA CONTEMPORANIEDADE E AS MODALIDADES DE GUARDA

Nos tempos passados, o conceito de família, mais especificamente no direito romano, era descrito e organizado sob o preceito da autoridade, o qual se dava sob as normas do “*pater familias*”. Neste sentido, a mulher e os descendentes eram os subordinados destes, não possuindo qualquer direito de escolha.

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. (GONÇALVES, 2019, p. 31)

Todavia, posteriormente, com o mandato do Imperador Constantino, tais preceitos da subordinação e a ideia de autoridade foram atenuados com as ideias de uma concepção cristã de família. Concepção esta, que foi responsável por “restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos” (GONÇALVES, 2019, p. 31)

Com isso, as relações de família, durante o período da Idade Média, conforme descrito por Gonçalves (2019, p. 32), baseavam-se, conjuntamente, entre as normas e influências do direito romano, canônico e ainda de regras de origem germânica, normas estas, que ulteriormente seriam, também, a base da família brasileira.

Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações à nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável e predominando “a natureza contratualista, numa certa equivalência quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento”. (GONÇALVES, 2019, p. 32; RIZZARDO, 2004, p. 7-8 *apud* GONÇALVES, 2019, p. 32)

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 e as normas do Código Civil de 1916, conforme Gonçalves (2019), de que a família seria constituída,

unicamente, pelo casamento patriarcal e hierarquizado, foram absorvidas, adotando-se uma “nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução do Direito de Família” (PEREIRA; DIAS, 2001 *apud* GONÇALVES, 2019, p. 33)

Ao tempo do Código Civil de 1916 até o advento da Carta Política de 1988, a família brasileira era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado e quando um homem e uma mulher constituíssem um concubinato, equivalente a atual união estável, seus eventuais e escassos efeitos jurídicos teriam de ser examinados no âmbito do Direito das Obrigações, pois eram entidades comparadas às sociedades de fato. (MADALENO, 2015, p. 35)

Ainda conforme os ensinamentos de Rosenvald e Farias *apud* Madaleno (2015, p. 36) com a edição da Carta Política de 1988, estes conceitos de agrupamento familiar, anteriormente marginalizados, perderam esta característica, diante do leque de padrões distintivos de núcleos familiares, não mais se restringindo ao casamento, à união estável e à família monocrática, uma vez que o vínculo do matrimônio deixou de ser o fundamento da família legítima, expandindo-se para adequar-se às novas necessidades humanas. “A família matrimonializada, [...], vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental” (MADALENO, 2015, p. 35-36; FARIAS, ROSENVALD, 2010, p.12 *apud* MADALENO, 2015, p.36)

Portanto, diante das mais diferentes óticas e relações entre intervivos, é o entendimento de Maria Berenice Dias (2011, p. 43), torna-se necessário ter uma visão pluralista da família, entendendo-se como arranjos familiares, na busca do elemento que se permite enlaçar no conceito de entidade familiar, todos os relacionamentos que tem origem e base na afetividade. “Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios tem por substrato exclusivamente a **vontade**, enquanto o traço diferenciador do direito de família é o **afeto**.” (DIAS, 2011, p. 43)

Dessarte, assim o exposto, é certo que no contexto histórico, o direito de família brasileiro já foi objeto de modificações, todavia, nos últimos anos, tem-se presenciado

transformações significativas na sociedade, como a valorização da diversidade, a conquista de direitos pelos grupos marginalizados e a evolução das relações interpessoais. Tais mudanças refletem diretamente na configuração das famílias que se apresentam, cada vez mais, plurais e diversas, com diferentes formas de constituição e de convivência.

Dessa maneira, para que todos possam se sentir acolhidos pelo direito “[...] é essencial que o direito de família acompanhe essa transformação e reconheça a pluralidade das formas de convivência e de constituição das famílias, a fim de garantir a proteção e promoção dos direitos de todos os seus membros” (SILVA, 2019, p. 23).

A família contemporânea apresenta-se em múltiplas formas e configurações, tais como a família monoparental, a homoafetiva, a pluriparental, a reconstruída, dentre outras. A multiplicidade de formas de família é reflexo de uma sociedade plural e diversa, em que a realização pessoal e a busca pela felicidade se colocam como valores fundamentais, superando padrões tradicionais e preconceituosos. Cabe ao Direito, nesse contexto, acompanhar as mudanças sociais e reconhecer a validade e a eficácia das relações familiares que efetivamente existem na sociedade. (FARIAS, ROSENVALD, 2021, p. 85)

Ainda, neste sentido e diante das diferentes formas de relacionamento e famílias, bem como da separação destes, há de se compreender como ocorreria o relacionamento e a convivência com os descendentes. Para tanto, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.583, prevê diferentes modalidades de guarda em relação aos filhos, sendo elas, a compartilhada ou a unilateral.

As diversas configurações familiares atuais exigem adaptações, especialmente em relação à guarda dos filhos. A guarda compartilhada é uma alternativa para as famílias em que os pais vivem separados, mas querem manter a coparentalidade e a participação conjunta na vida dos filhos. A guarda exclusiva, por sua vez, pode ser uma opção para situações em que apenas um dos genitores tem condições de exercer plenamente as responsabilidades parentais. E a guarda alternada pode ser uma solução para famílias em que ambos os pais têm condições de exercer a guarda e desejam dividir igualmente o tempo de convivência com os filhos. (LÔBO, 2021, p. 693)

Faz-se certo, que ambas possuem vantagens, bem como, desvantagens, devendo ser analisada caso a caso. “O que funciona bem para uma família pode causar problemas em outra” (TEYBER *apud* FILHO, 2010, p. 225)

1.1 GUARDA COMPARTILHADA

Esta que surgiu “do desejo de ambos os pais compartilharem a criação e a educação dos filhos e o destes de manterem adequada comunicação com os pais” (FILHO, 2010, p. 129).

A modalidade da guarda compartilhada, que é a mais indicada entre todos os legisladores, caracteriza-se conforme leciona Maria Berenice Dias (2011, p. 443), na corresponsabilidade parental, que pode ser, também, explicado nas palavras de Gonçalves (2019, p. 284), tratando-se de um modelo de cooperação mútua entre os separandos e divorciandos, com comprometimento de ambos no cuidado com os filhos e a busca por uma melhor solução.

Afirma ainda, Carcereri *apud* Madaleno (2015, p. 350):

Na guarda compartilhada ou conjunta, os pais conservam o direito de guarda e de responsabilidade dos filhos, alternando em períodos determinados a sua posse. A noção de guarda conjunta está ligada à ideia de uma cogestão da autoridade parental, como mostra Waldyr Grisard Filho: "A guarda conjunta é um dos meios de exercício da autoridade parental (...) é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal."

Portanto, fica devidamente evidenciado a necessidade de compartilhamento das obrigações para cuidado dos filhos, sendo esta a modalidade de guarda mais proveitosa para os dependentes, tendo em vista, ainda, a possível manutenção das relações com ambos os genitores, mesmo após a separação destes.

[...] a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. (MOTTA *apud* DIAS, 2011, p. 443)

Insta salientar que esta modalidade possui como proposta “manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária” (DIAS, 2011, p. 443)

Não obstante, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que conforme leciona Gonçalves (2019, p. 286), faz-se desnecessário o consenso dos pais no quesito de aplicação da guarda compartilhada, pois o foco principal é sempre o melhor interesse da criança e que, na falta do acordo entre os genitores, esta pode ser decretada por juiz, desde que ambos possuam condições de cuidá-los, podendo ainda, encaminhá-los à acompanhamento psicológico.

Todavia, conforme aduz o §2º, do Artigo 1.584, do Código Civil de 2002, deve-se mencionar que, em casos de um dos genitores não desejar a guarda do menor, não caberá ao juiz decretá-la.

Ainda é possível, conforme expõe Maria Berenice Dias (2011), a guarda compartilhada entre os guardiões e os genitores, nos casos em que os menores estiverem sob a guarda de outras pessoas, como por exemplo os avós.

"Ainda que possa ser objeto de maior reflexão, nada impede que, em casos excepcionais, possa ser autorizada a guarda compartilhada entre os genitores e os guardiões, notadamente quando há um vínculo afetivo consolidado entre estes últimos e a criança, e se verifica que a manutenção deste vínculo é importante para o desenvolvimento da criança." (DIAS, 2020, p. 390)

Bem como, aduz Gonçalves (2019, p. 288), a guarda compartilhada de um dos pais com terceira pessoa, novamente ressaltando o princípio do melhor interesse da criança, possuidor de profunda importância, possibilitando ainda, a relação com terceiro não parente, mas ligado ao menor com fortes laços de afetividade e afinidade.

Isto posto, faz-se certo que “A guarda compartilhada é a melhor forma de se assegurar a formação do vínculo afetivo entre pais e filhos” (TARTUCE, 2019, p. 953). Todavia, “é importante reconhecer que a guarda compartilhada nem sempre é a melhor opção para a criança, podendo gerar conflitos entre os pais e sobrecarregar emocionalmente a criança em certas situações.” (FONSECA, 2016, p. 132).

Não se deve perder de vista que a guarda compartilhada, conquanto seja medida louvável, nem sempre é a mais recomendável para as crianças, especialmente quando há um histórico de desentendimentos, violência ou alienação parental. A solução ideal sempre será aquela que atende ao melhor interesse do menor, mesmo que isso signifique a atribuição da guarda a apenas um dos genitores, desde que estejam garantidos os direitos de visitação e convivência do outro genitor. (MADALENO, 2019, p. 476)

A guarda compartilhada pode aumentar os conflitos entre os pais, especialmente, se estes tiverem opiniões diferentes sobre a criação dos filhos, tal como influenciar na desorganização da rotina dos descendentes que, em duas casas, podem encontrar regras e costumes diferentes. “A guarda compartilhada pode ser prejudicial para a criança caso ela tenha que mudar constantemente de casa, escola e rotina. Isso pode gerar uma sensação de insegurança e instabilidade” (PAULA, 2018, p. 58).

A guarda compartilhada pode aumentar o nível de conflitos entre os genitores, principalmente se um deles não aceitar a separação, se houver violência doméstica, se um dos genitores morar longe ou ainda se um deles não estiver disposto a dividir a responsabilidade parental. (PEREIRA, 2014, p.28).

Não obstante, a vontade dos genitores, como critério para definição da guarda, nem sempre é o que realmente irá defini-la, bem como, com quem os descendentes ficarão. “Pode ser a guarda deferida a outra pessoa, havendo preferencia por membro da família que tenha afinidade e afetividade com os menores” (DIAS, 2011, p. 442)

Deve-se reforçar que, ainda que acordado entre os pais, a definição da guarda, depende da, conforme cita Maria Berenice Dias (2011), “chancela judicial”, após ouvidoria do Ministério Público, principalmente nas ações de divórcio litigioso.

Insta salientar que, esta opção de guarda pode, ainda, ser revogada e alterada mediante a solicitação unilateral de um dos genitores ou, ainda, pelo Ministério Público, como por exemplo, na ocorrência de maus-tratos, de modo que o Juiz decidirá com quem permanecerá a guarda.

Portanto, conclui-se que a modalidade da guarda compartilhada deve ter uma análise prévia de cada caso e um certo acompanhamento. Conforme ilustra Maria Berenice Dias (2019), cada situação exige um cuidado específico e, portanto, uma decisão individualizada, sempre tendo como foco principal o princípio do menor interesse da criança.

Não sendo esta a escolhida para o caso específico, o Código Civil prevê, também, a possibilidade da Guarda Unilateral.

1.2 GUARDA UNILATERAL

Na impossibilidade da concessão da guarda compartilhada, mediante declaração do(a) genitor(a) de não desejar a guarda do menor, na forma do Art. 1.584, §2º, “A guarda a um só dos genitores, com estabelecimento do regime de visitas, é estabelecida quando decorrer do consenso de ambos.” (DIAS, 2011, p. 446). Esta, que será definida ao genitor que possuir melhores condições de exercê-la e possua aptidão para proporcionar ao filho, conforme previsão do Código Civil, em seu artigo 1.583, §2º, afeto nas relações, inclusive com a família extensa, saúde, segurança e educação.

Forma esta que, para Gonçalves (2019, p. 283), é a mais comum quando um dos cônjuges, ou um terceiro, possui a guarda, enquanto o outro exerce o seu direito de visita, novamente citando, a necessidade de incentivo à guarda compartilhada, por entender ser mais benéfica do ponto de vista da criança.

Para tanto, é de comum senso a necessidade do exercício dos direitos constitucionais do genitor que não possui a guarda, no que diz respeito, mais especificamente, ao direito de visitas.

O direito de visitação deve ser entendido como uma obrigação de fazer da guarda de facilitar, assegurar e garantir a convivência do(a) filho(a) com o não guardião, de modo que ele possa se encontrar com ele(a), manter e fortalecer os laços afetivos, e, assim, atender suas necessidades imateriais, dando cumprimento ao preceito constitucional. (GONÇALVES, 2019, p. 290)

É certo que, com o direito de visitação regulamentado, é de bom proveito sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança, tendo em vista que, nas palavras da Relatora Ministra Moura Ribeiro, mostra-se um instrumento eficiente e, também, menos drástico para o bom desenvolvimento da personalidade da criança, que merece proteção integral e sem limitações”. (STJ, REsp 1.481.531-SP, 3ªT.)

Trata-se de um direito de personalidade, tanto do genitor como, principalmente, do filho que, Dias (2011, p. 448) descreve como, a necessidade de resguardar o prioritariamente do filho, e “objetiva atenuar a perda da convivência diuturna da relação parental”. (GAMA *apud* DIAS, 2011, p. 448)

Menciona-se que o direito a visitação pode, muito bem, ser estendido a outros parentes, com quem o menor possuir vínculos afetivos, nesse sentido:

[...] avós, tios, padrastos, padrinhos, irmãos etc. podem buscar o direito de conviver, com crianças e adolescentes quando os elos de afetividade existente merecerem ser resguardados. Inclusive nas uniões homoafetivas, ainda que o filho seja do parceiro, impositivo assegurar o direito de visita. (DIAS, 2011, p. 449)

Consoante, conforme aduz Gonçalves (2019, p. 293), o genitor não guardião não pode ser obrigado a visitar o filho ou cooperar com este o respeito do seu direito de ser visitado. Entretanto, é o entendimento de Madaleno (2015, p. 487) que, talvez fosse necessário a aplicação de pena pecuniária, na forma de uma execução judicial, na tentativa de que o Estado-juiz force, sob ameaça financeira, a relação entre genitor e prole, cessando o “infantil jogo de provocação de adultos”.

Cumprе esclarecer, “É totalmente irrelevante a causa da ruptura da sociedade conjugal para a fixação das visitas.” (GAMA *apud* DIAS, 2011, p. 448). Portanto, nas palavras de Gagliano e Pamplona, (2021, p. 589), o elemento da culpa do término da relação não é o fator determinante para a definição da guarda do menor, sendo novamente, o critério norteador da decisão, o princípio do melhor interesse da criança.

Deve-se ainda mencionar, as possibilidades de revogação de direito de visitação do genitor, quando este incorre perante o pedido de suspensão por denúncia de abuso sexual, o que deve ser, posteriormente, comprovado, conforme leciona Madaleno (2015, p. 450). Sendo este, pedido desfundado de qualquer evidência, estará sujeito a ocorrer o instituto da alienação parental e pelo fato da suspensão das visitas prejudicar emocionalmente o menor, faz-se necessário visitas supervisionadas, de preferência em locais familiares à criança.

São casos em que, nas palavras de Madaleno (2015, p. 488), pais que não conseguiram resolver seus desentendimentos conjugais, utilizam o menor como moeda de troca para as frustrações amorosas.

Por conta disso, tanto a guarda como as visitas não tem caráter definitivo, podendo ser modificadas a qualquer tempo, sempre sob o olhar do melhor interesse do menor, e podendo ser considerados como atos de abuso e fonte de reversão da guarda, supressão ou suspensão das visitas quaisquer atitudes dos pais tendentes a causar dano ao ex-cônjuge, sem se darem conta de estarem em realidade danificando, sim, a estrutura psíquica dos seus filhos (MADALENO, 2015, p. 488)

Por conseguinte, não obstante, faz-se a necessidade desta modalidade, que infelizmente, conforme leciona Gardner Filho (2010, p. 216), proporciona a possibilidade de um pai fantasma. Por certo, de maneira muito prejudicial ao menor.

1.3 GUARDA NIDAL

A guarda nidal ou guarda por aninhamento, refere-se a uma modalidade de guarda compartilhada. Todavia, nesta, diferentemente da guarda compartilhada padrão, conforme aduz Dias (2011, p. 444), exige-se uma perfeita harmonia entre os genitores e elevado poderio econômico, considerando que será necessário o mantimento de 3 (três) residências, pelo fato de quem muda/alterna são os próprios pais, que durante certo período de tempo residirá na casa do menor.

Bem como, é o entendimento de Maria Helena Diniz "modalidade de guarda compartilhada, em que a criança permanece na residência familiar e são os pais que se alternam em períodos de convivência com ela, vivendo temporariamente no domicílio da criança" (DINIZ, 2017, p. 585).

Nesta seara, aponta Rodrigo da Cunha Pereira (2021):

Se por um lado ocorre a alternância de residência dos filhos, por outro, pode ocorrer a mudança de residência dos pais. Neste caso, os filhos ficam na residência e são os genitores que se revezam. Esta modalidade, também chamada de nidação ou aninhamento, parece afastar, via de consequência, o referencial de moradia, que muitas vezes vira argumento para os que não defender a guarda alternada(...). Da mesma forma, esta modalidade visa resguardar o superior interesse da criança e do adolescente, preservando com isso a igualdade do equilíbrio parental.

Desta, entende-se ser a melhor modalidade para a criança, tendo em vista que o menor não mudar de residência e possui, como referencial, uma residência fixa. Todavia, entende Madaleno (2018, p. 104), ser uma ficção jurídica, tendo vista depender de diversas condições para que seja possível e que, na realidade, torna-se impraticável.

Nesse sentido, embora fosse considerado uma ótima opção, é o consenso de grande parte dos doutrinadores que, "Tais acordos não perduram, pelos altos custos que impõem à sua manutenção" (FILHO, 2010, p. 91).

1.4 A GUARDA COMPARTILHADA COMO DISPOSITIVO CONTRA A ALIENAÇÃO PARENTAL

Primeiramente, faz-se necessário conceituar a síndrome da alienação parental, que para Maria Berenice Dias, é definida como "qualquer interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente que implique na manipulação de seu emocional com o objetivo de criar obstáculos ao vínculo com o outro genitor" (DIAS, 2017, p. 462).

"Segundo Gardner, a síndrome de alienação parental é uma perturbação que surge quase exclusivamente no contexto da disputa relativa ao direito de guarda da criança. Esta se manifesta inicialmente por uma campanha de difamação contra um genitor sem que haja qualquer razão para justificar a atitude. A SAP resulta da combinação da programação do genitor alienador (brainwashing/lavagem cerebral) e da própria contribuição da criança na difamação do genitor alvo (alienado). Quando um abuso e/ou uma negligência parental existem realmente, a animosidade da criança se justifica e a explicação deste comportamento pela síndrome de alienação parental, não se aplica' (GARDNER, 1992, p.59-60 *apud* NERY, 2015, p. 587)

Com o advento da Lei 12.318/2010, conforme leciona Gonçalves (2019, p. 296), buscou-se coibir a denominada síndrome da alienação parental, deixando evidente grande quantidade de condutas caracterizadoras, não se limitando a um rol taxativo, mas aberto a condutas diversas que o juiz, por meio de perícia, constatar. Esclarece ainda, a referida lei, na possibilidade de aplicação das medidas de mudança de guarda, suspensão do direito a visita e até a destituição do poder parental não somente ao pais, mas a todos àqueles que exercem a guarda do menor.

Conforme explica Maria Berenice Dias (2011, p.462), trata-se da consequência de quando um dos cônjuges, após a separação, não consegue lidar com o luto do divórcio, o sentimento de rejeição ou até a raiva pela traição, desencadeando assim, um processo de vingança e destruição do ex-parceiro.

Comumente, “manifesta-se principalmente no ambiente da mãe, devido a tradição de que a mulher é mais indicada para exercer a guarda dos filhos” (DIAS, 2011, p. 463).

Neste sentido, instrui Nery (2015, p. 589), bem como Dias (2011, p. 463), que todas as possibilidades estão em jogo, inclusive de falsamente imputar o cônjuge alienado da prática de abuso sexual, mediante manipulação e a implantação de falsas memórias que, com o constante jogo de mentiras, passa a ser a verdade em que o incapaz passa a acreditar.

Se a ocorrência do abuso sexual já é gerador de tabu e preconceito, a falsa denúncia de abuso sexual retrata o lado mais sórdido da vingança porque as vítimas (a criança e também o genitor alienado) ficam condenadas à uma zona obscura de dúvida e incerteza que desnorteia os operadores do direito (juízes, promotores, advogados e psicólogos) incapazes de apurar os fatos e aplicar as medidas sancionatórias adequadas a minimizar, ou reprimir, os efeitos negativos da manobra empregada pelo genitor alienador. (NERY, 2015, p. 589)

Após a denúncia do suposto assédio, Dias (2011) aduz que, cabe ao magistrado tomar a decisão de imediatamente tomar uma atitude, e/ou, em casos de não ser verdadeira a denúncia, convém-lhe o risco de privar o incapaz do convívio com o seu genitor e com quem possa manter excelente relação. “Ao ser informado de indício de alienação parental, o juiz deverá determinar que uma equipe multidisciplinar realize e conclua uma perícia sobre o caso em até 90 dias” (GONÇALVES, 2019, p. 298)

É preciso ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e compromete o sadio desenvolvimento de uma criança que enfrenta uma crise de lealdade, e gera sentimento de culpa quando, na fase adulta constata que foi cúmplice de uma grande injustiça. (DIAS, 2011, p. 464)

Assim como Madaleno (2015, p. 504) descreve, a Lei 12.318/2010, constitui um significativo avanço e elaborada ferramenta jurídica para buscar amenizar os efeitos da síndrome da alienação parental. Nela inclusive, em seu Artigo 6º, V, prevê a alteração da guarda para a guarda compartilhada. Portanto, deve-se compreender o

porquê da guarda compartilhada ser considerada a melhor solução para a inocorrência da síndrome.

Conforme anteriormente exposto, a guarda compartilhada é caracterizada pela tomada de decisões conjuntas, a tentativa de manter o relacionamento do incapaz com ambos os genitores e, conseqüentemente, mitigar os efeitos negativos da separação. “A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual” (LEITE, 2003, p. 287 *apud* DIAS, 2011, p. 443)

O sistema introduzido pela citada Lei n. 13.058 deixa de priorizar a guarda individual. Além de definir o que é guarda unilateral e guarda compartilhada, dá preferência ao compartilhamento (CC, art. 1.584, §2º), por garantir maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole. O novo modelo de corresponsabilidade segundo Maria Berenice Diaz, “é um avanço, porquanto favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse” (GONÇALVES, 2019, p. 289)

Entende-se que a guarda compartilhada, tanto é positiva para os filhos, quanto para os pais, nas palavras de Gardner Filho (2010, p. 222), esta minimiza o conflito parental, mantendo ambos como guardiões, tomando decisões conjuntas, compartilhando trabalhos e responsabilidades, bem como, minimiza o sentimento de culpa e frustração por não cuidarem dos seus filhos.

Ainda afirma que, toda essa divisão de tarefas e responsabilidades evitaria a evasão do pai ou da mãe e, conseqüentemente, tornando este um pai fantasma no cotidiano do filho. Reconhece ainda, que a cooperação entre os genitores e a não exposição de conflitos aos filhos.

No contexto da guarda compartilhada, norteado pela continuidade das relações pais-filhos e não exposição do menor aos (devastadores) conflitos parentais, os arranjos de coeducação e criação só aumentam o acesso a seus dois genitores, o que ajuda a minorar os sentimentos de perda e rejeição dos filhos, tornando-os, conseqüentemente, bem mais ajustados emocionalmente. (FILHO, 2010, p. 218)

Não obstante, ainda que seja reconhecida como super vantajosa à ambas as partes da relação pais-filhos, esta não é a mais aplicada, que é o caso da guarda unilateral, tendo em vista que, geralmente a relação dos genitores acaba de forma litigioso e/ou um destes não deseja a guarda do menor, tornando ausente o requisito dos pais cooperativos. “Para essas famílias destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas” (FILHO, 2010, p. 225). Isto posto, é compreensível que uma boa relação entre os genitores faz com que se diminuam as hipóteses de configuração da alienação parental.

2 RETOMADA HISTÓRICA

É certo que, para que haja uma melhor compreensão da lei 11.340/2006, faz-se necessário um estudo referente ao contexto em que fora criada, como se dava a proteção anterior a este dispositivo legal, o impacto no judiciário brasileiro que esta causa, bem como, a aplicação das medidas de proteção à mulher nela previstas e, por fim, sua aplicação para a defesa dos direitos da criança.

Ainda, faz-se necessária uma explicação a respeito das formas de violência e dos contextos da violência de gênero. A intenção de reprisar estes conceitos e formas se justificam por meio de uma melhor compreensão na configuração dos casos de violência doméstica e seus efeitos.

[...] A Lei Maria da Penha, além de gestada por conta de um contexto internacional e de a violência doméstica e familiar contra a mulher se constituir uma das formas de violação dos direitos humanos, é uma lei de ação afirmativa, significando, com isso, que seu caráter é transitório. Ela vigorará, portanto, enquanto for necessária para atingir os objetivos para os quais ela foi criada: coibir e prevenir a violência de gênero. (BIANCHINI, 2014, p. 24)

Para tanto, em uma análise conjunta dos Artigos 5º e 7º da Lei Maria da Penha, a Violência Doméstica, caracteriza-se, para Maria Berenice Dias:

É obrigatório que a ação ou omissão ocorra na unidade doméstica ou familiar ou em razão de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Modo expresso, ressalva a Lei que não há necessidade de vítima e agressor viverem sob o mesmo teto para a configuração da violência como doméstica ou familiar. Basta que agressor e a agredida mantenham, ou já tenham mantido, um vínculo de natureza familiar. (DIAS, 2008, p. 40)

Conforme Cabral (2008, p. 147) expõe, a mulher na sociedade patriarcal e diante dos valores tradicionais, tinha o papel de ser esposa e mãe, todavia, esta sociedade vem se alterando, conforme visto no decorrer do primeiro capítulo e, em

consequência da desconjugalidade, surgiriam pretextos para violência doméstica, uma vez que, a mulher se posiciona na sociedade, havendo uma troca de papéis entre homens e mulheres, o que talvez não seja muito bem aceito por estes.

“Para entender a violência doméstica, deve-se ter em mente alguns conceitos sobre a dinâmica e as diversas faces da violência doméstica” (CABRAL, 2008, p. 163), nesse sentido, considerando os princípios da taxatividade e da legalidade, norteadores do Direito Penal, menciona Misaka (2007, p. 85) *apud* Dias (2008, p.46), que o legislador especifica as formas de violência, todavia, é certo que estes não são limitados, podendo haver reconhecimento de outras ações que configurem a violência doméstica.

Contudo, os cinco incisos deste art. 7º tratam da violência física (I), da violência psicológica (II), da violência sexual (III), da violência patrimonial (IV) e da violência moral (V), praticamente esgotando o rol das espécies de violência que possam ser praticadas contra a mulher, pela pessoa com quem convive maritalmente ou no âmbito doméstico e familiar, mantenha ou tenha mantido relação íntima de afeto, mesmo sem coabitação (marido, companheiro(a), pai, filho(a), irmão(ã), cunhado(a), empregador(a) doméstico, namorado(a), ex-namorado(a) etc.). (SOUZA, 2007, p. 52)

A violência física, segundo Bianchini (2014, p. 49), é a que possui maior incidência, sendo encontrada em 62% dos casos. Esta, conceitua-se como “toda ofensa à integridade física e corporal praticada com o emprego de força, [...], visando desse modo, ofender a integridade ou saúde corporal da vítima.” (CUNHA; PINTO, 2011, p. 58 *apud* BIANCHINI, 2014, p. 49)

Ainda que não tenha havido mudança na descrição do tipo penal, ocorreu a ampliação do seu âmbito de abrangência. Como foi dilatado o conceito de família, albergando também as unidades domésticas e as relações de afeto, a expressão “relações domésticas” constante do tipo penal passa a ter uma leitura” (DIAS, 2007, p. 47)

Sobretudo, a violência psicológica, conforme leciona Dias (2007, p. 48), por mais que não a machuque fisicamente, pode ser tão, ou mais, grave que a física. “Comportamento típico se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina

a vítima, demonstrando prazer quando vê o outros se sentir amedrontado, inferiorizado e diminuído, configurando a *vis compulsiva*” (CUNHA; PINTO, 2007, p. 37 *apud* DIAS, 2007, p. 48)

Outrossim a violência sexual, em conformidade com o entendimento de Cabral (2008, p. 178), trata-se de ação que inclui comportamentos que vão de encontro com as definições legais de estupro, bem como ataques físicos a partes sexuais do corpo do outro. “Considera-se violência sexual a ação que obriga uma pessoa a manter contato sexual ou participar de relações sexuais com o uso da força ou coerção contra a vontade da vítima”. (MARQUES, 2004, p. 156 *apud* CABRAL, 2008, p. 178).

Todavia, para Hemann (2007, p. 111), a consideração de violência sexual não se baseia somente na obrigação da prática ou na participação ativa em um ato não desejado, mas sim, inclui também, as hipóteses em que é obrigada a presenciar relação sexual entre terceiros, entre outras, conforme aduz a seguir:

Da mesma forma, também é considerado como violência sexual o induzimento - mediante qualquer meio que vicie sua vontade - ao sexo comercial ou a práticas que contrariem a livre expressão de seus autênticos desejos sexuais, assim entendidas aquelas que não lhe tragam prazer sexual. (HERMANN, 2008, p. 111)

Discorre ainda, Hermann, que a proteção do livre arbítrio em relação ao uso da função e capacidade reprodutivas está igualmente garantida, sendo estabelecidos como atos violentos de natureza sexual aqueles que impedem o acesso e o uso de contraceptivos, resultando em uma gravidez indesejada devido a essa obstrução. Por outro lado, o aborto realizado sob coação de terceiros também é considerado uma conduta violenta, assim como o constrangimento ao casamento ou à prostituição por qualquer meio. Essa proteção é reconhecida como a mais abrangente estabelecida por lei até o momento.

Já no que diz respeito a violência patrimonial, esta pode também encontrar sua definição no Código Penal, nas hipóteses de furto, dano e apropriação. “A Lei Maria da Penha reconhece como violência patrimonial o ato de “subtrair” objetos da mulher, o que nada mais é do que furtar” (DIAS, 2007, p. 52), ocorrendo o agravamento da pena dos crimes descritos, conforme fundamento do Código Penal, art. 61, II, f, por se

tratar de crime cometido, prevalecendo-se da relação doméstica ou com violência contra a mulher.

A violência patrimonial é forma de manipulação para subtração da liberdade à mulher vítima. Consiste na negação peremptória do agressor em entregar à vítima seus bens, valores, pertences e documentos, especialmente quando esta toma a iniciativa de romper a relação violenta, como forma de vingança ou até como subterfúgio para obrigá-la a permanecer no relacionamento da qual pretende se retirar. (HERMANN, 2008, p. 114)

Por fim, o inciso “V”, do artigo 7º, da Lei 11.340/2006, prevê a violência moral, que para Alice Bianchini (2014, p. 55), possui elevada semelhança com a violência psicológica e reproduz as formas previstas no código penal, nos crimes de calúnia, difamação e injúria, podendo, também, serem agravadas nos termos do artigo 61, II, f, também do Código Penal.

Isto posto, facilita o entendimento da necessidade da criação dos dispositivos de proteção trazidos pela lei 11.340/2006, preenchendo uma lacuna que assombra os direitos fundamentais da pessoa vítima da violência doméstica, seja ela quem for e na relação íntima que possuir.

2.1 CONTEXTO DA CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Maria da Penha Maia Fernandes, brasileira, casada e farmacêutica, viu-se diante das constantes agressões de seu então marido e, ainda, da morte diversas vezes. Todavia, devido sua força descomunal e seu espírito de luta, por ela e por todas as outras mulheres que sofriam do mesmo mal, mesmo após inúmeras denúncias infrutíferas, não se desanimou e viu a necessidade de tomar outras medidas.

Após duas tentativas de feminicídio, conforme descreve Maria Berenice Dias (2008), seu então marido, Marco Antonio Heredia Viveros, fora julgado pelo tribunal

do júri, onde respondeu em liberdade e foi condenado a uma pena de 8 anos, não obstante, o julgamento fora posteriormente anulado. Submetido a novo julgamento, também pelo Tribunal do Júri, fora novamente condenado, desta vez a uma pena de 10 anos e 6 meses, mais uma vez, em liberdade, quando somente após 19 anos e 6 meses dos fatos, fora efetivamente preso, onde ficou por dois anos.

Diante do escancarado descaso, o Brasil fora denunciado a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e posteriormente condenado.

[...] O Brasil foi condenado internacionalmente em 2001. O Relatório da OEA, além de impor o pagamento de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, responsabilizou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação a violência doméstica, recomendando a adoção de várias medidas, entre elas “simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual” (DIAS, 2008, p. 14)

Conforme entendimento de Dias (2008, p. 14), “foi em face da pressão sofrida por parte da OEA que o Brasil, finalmente cumpriu as convenções e tratados internacionais do qual é signatário”. A atual lei 11.340/2006, surgiu de um projeto liderado por 15 ONG's, com início em 2002, posteriormente levada ao Congresso Nacional em 2004, (PL 4.559/2004) e fora, finalmente sancionada, na data de 07 de agosto de 2006.

Desse modo, a Presidência da República, com assessoria da SPM, decidiu, ao sancionar a Lei aprovada no Congresso Nacional, cumprir a recomendação da OEA, nominando a nova lei de Lei Maria da Penha, como uma forma simbólica de cumprir as recomendações da Comissão. A sanção foi um grande evento no Palácio do Planalto, com a presença de várias autoridades, representantes do movimento de mulheres, e da Senhora Maria da Penha Fernandes, escolhida como um símbolo da luta contra violações dos direitos humanos das mulheres. (CALAZANS; CORTEZ, 2011, p. 56)

Percebe-se a difícil e extremamente longa caminhada de Maria da Penha para que, juntamente com outras mulheres e interessados, pudessem reunir suas forças em prol de um melhor futuro e superiores alternativas àquelas que sofrem com a

violência doméstica. Passaram-se 23 anos desde a tentativa de feminicídio que a deixou paraplégica (1983) até o efetivo sancionamento da lei 11.340/2006.

É importante esclarecer que a aprovação da Lei Maria da Penha foi uma resposta do Congresso Nacional às expectativas da sociedade. Em 2005, a pesquisa DataSenado revelou que 95% das entrevistadas desejavam a criação de uma lei específica para proteger as mulheres contra a violência doméstica. (DataSenado *apud* CABRAL, 2008, p. 202)

É certo que, deve-se esclarecer que a referida lei não se restringe apenas a aplicação de penalidade se a vítima mulher, por mais que seja esta, “O destinatário primordial” Bianchini (2014, p. 57), todavia não a única. Cita Bianchini (2014, p. 58-64), a possibilidade de aplicação da lei, juntamente com as mulheres, sendo estas as transexuais, homossexuais, outras vítimas hipossuficientes, sendo estes os idosos, crianças e adolescentes e, por fim, defende que a aplicação da lei ao homem seria indevida, pois são as especificidades da violência de gênero que servem de fundamento para a incidência da Lei.

Neste sentido, de o homem também poder ou não constar no polo passivo desta infeliz relação do contexto de violência doméstica, existe uma grande discussão sobre a aplicabilidade desta. Argumenta Porto (2007, p. 32) que, trata-se da discussão ao redor da aplicação do princípio da igualdade, no sentido de que a não aplicação da lei para homens/vítima, seria uma desigualdade inconstitucional, todavia, devido a diferença entre os gêneros masculino e feminino, esta desigualdade se justifica.

Insta frisar ainda que toda a história da Lei 11.340/06, desde as convenções internacionais que lhe serviram de supedâneo, até mesmo o caso emblemático da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, [...] aponta o homem como o maior agressor do gênero feminino. Agressões perpetradas por outras mulheres se inserem dentro de uma certa “normalidade” no plano da estatística criminal, que não justificariam uma lei própria para dissuadi-las e, nesse caso, podem bem estar protegidas por meio da tipificação genérica de violência doméstica do art. 129, §9º, do CP, sem as restrições de benefícios penais contidas na Lei 11.340/06. (PORTO, 2014, p. 32)

Na mesma direção é o pensamento de Freitas *apud* Dias (2008, p. 41), que adverte que, para constar no polo passivo desta relação, faz-se necessário a condição

de ser mulher. Ainda, expõe ser necessário a configuração do “vínculo de relação doméstica, de relação familiar ou de afetividade” (Dias, 2008, p. 41).

Todavia, adverte Souza, que o legislador não ficou “alheio as relações que envolvem pessoas do mesmo sexo e das quais também podem derivar situações de violência doméstica” (SOUZA, 2007, p. 48), portanto não excluindo totalmente a possibilidade de um homem constar no polo passivo e uma mulher no polo ativo.

2.2 INEXISTÊNCIA DE DISPOSITIVO DE PROTEÇÃO ANTERIOR A LEI

Para que fique explícito o impacto da lei 11.340/2006, precisa-se referenciá-la ao período anterior a sua publicação, quando não se existia dispositivos de proteção específicos à mulher vítima de violência doméstica e a competência para julgar os crimes cometidos era da justiça comum e, posteriormente, dos juizados especiais criminais.

Conforme leciona Dias (2007, p. 21-22), com a incidência da lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), buscou-se a celeridade, a adoção de um procedimento sumaríssimo, objetivando o desafogamento da Justiça. Todavia, entende que nessa busca pela celeridade, esqueceu-se da pessoa humana e condicionando à vítima representar contra seu agressor, omite-se o Estado de seu dever de punir.

A Lei Maria da Penha (art. 41) expressamente afasta a incidência da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995). Assim, a tendência de boa parte da doutrina é reconhecer que, em sede de violência doméstica, não cabe falar em delito de pequeno potencial ofensivo. A lesão corporal desencadearia ação penal pública incondicionada, não havendo espaço para acordo, renúncia à representação, transação, composição dos danos ou suspensão do processo. (DIAS, 2007, p. 71)

Consoante, a necessidade de afastamento da aplicação da Lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica, não agradou a todos os doutrinadores, para Porto (2007, p. 39), esta solução dos legisladores deve ser alvo de crítica, uma vez que, bastaria estabelecer regras e penas mais severas nos casos de agressão contra a

mulher, não correndo o risco de desmontar um sistema recém criado, o qual ainda buscava seu aperfeiçoamento.

Não obstante, descreve Porto (2007, p.39-40), que diante de denúncias de que as mulheres vítimas da violência eram compelidas por operadores do direito a aceitarem conciliações que nem sempre iam de acordo com sua vontade e viam seus agressores se livrarem mediante escancarada banalização da violência doméstica, viu-se a necessidade de modificação do texto original da Lei 9.099/95, pelo Congresso Nacional, afastando sua aplicação nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Tal banalidade é afirmada pelos números dessa violência nos Juizados: 70% dos casos julgados nos Juizados Especiais referem-se à violência conjugal e 90% deles terminam em conciliação com a renúncia da vítima à representação. E precisamente na conciliação que reside um dos maiores problemas para as mulheres nos Juizados: a decisão terminativa do conflito é, na grande maioria das vezes, induzida pelos juízes. (...) Então, na prática, o grande número de renúncias é originado pelo comportamento do próprio magistrado. Tal postura fere o direito da vítima de ver aplicada a pena. A preocupação dos juízes parece ser a de diminuir o número de processos, que é bastante elevado. Pouco importa se a vítima sai satisfeita com a solução dada ao caso. É por isso que nos Juizados, a conciliação com a renúncia do direito de representação é a regra. (CAMPOS, 2003, p. 43 *apud* PORTO, 2007, p. 40)

Souza (2007, p. 31), narra os fatos referente à outra Maria da Penha, que em duas ocasiões registrou as agressões praticadas por seu companheiro na delegacia de polícia, todavia, sob o procedimento do Juizado Especial Criminal, a primeira foi atingida pela prescrição, a segunda encerrou-se com a renúncia da vítima e a terceira nem alcançou uma decisão. Esta outra Maria da Penha, teve sua vida encerrada por seu companheiro. “Neste caso restou configurada a total ineficiência do sistema da Lei 9.099/95 e do próprio modelo de medidas cautelares (cíveis ou criminais) então vigente” (SOUZA, 2007, p. 31).

Portanto, pode se afirmar que, é de consenso doutrinário, que a aplicação do regime dos Juizados Especiais Criminais era totalmente ineficaz. Urge então, a necessidade da criação de um modelo, rito especial, que atenda com celeridade, objetividade e confiança, a defesa da vítima da violência doméstica.

Chegou o momento de resgatar a cidadania feminina. É urgente a adoção de mecanismos de proteção que coloquem a mulher a salvo do agressor, para que ela tenha coragem de denunciar sem temer que sua palavra não seja

levada a sério. Só assim será possível dar efetividade à Lei Maria da Penha. (DIAS, 2008, p. 26)

Para suprir a lacuna e erradicar a “fragmentação da prestação jurisdicional” (BIANCHINI, 2014, p. 217), aponta que a Lei Maria da Penha criou os Juizados de Violência Doméstica e Familiar – JVD FM, “órgãos da justiça gratuita ordinária com competência civil e criminal para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher” (DIAS, 2007, p. 61), com previsão legal no Artigo 14 da referida lei.

Segundo Bianchini (2014, p. 216), os Juizados representam um dos maiores avanços da Lei Maria da Penha, pois fora possível centralizar em um único procedimento judicial, todos os meios de garantia dos direitos da mulher que antes se encontravam relegados à diferentes órgãos jurisdicionais.

A reivindicação pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher "realizou um choque de realidade no campo jurídico, impondo que as formas e os conteúdos do direito tenham correspondência com a realidade dos problemas sofridos pelas mulheres. Contrariamente à tradição do pensamento jurídico, a partir da reforma legal, é o sistema jurídico que necessita se adequar à realidade, e não o contrário. Especificamente em relação à violência contra mulheres, a possibilidade de que, na mesma esfera jurisdicional, de forma concentrada e com economia de atos, possam ser resolvidas questões penais e de família representa importante inovação e, em termos pragmáticos, significa efetividade dos direitos" (CAMPOS; CARVALHO, 2011: 149 *apud* BIANCHINI, 2014, p. 217)

Deve-se mencionar que, enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar, transfere-se a competência dos Juizados Especiais Criminais para as Varas Criminais. “Foi atribuída ao juiz criminal competência cível e criminal, para conhecer e julgar as causas decorrentes da violência doméstica, mas não para o processo executório” (DIAS, 2007, p. 62), podendo ser concedidas as medidas protetivas previstas nos artigos 22 a 24 da Lei 11.340/2006. “A constitucionalidade de tal dispositivo foi objeto de questionamento na Ação Declaratória de Constitucionalidade 19” (BIANCHINI, 2014, p. 223), a qual foi julgada totalmente procedente, por unanimidade.

2.3 A MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA COMO OPÇÃO À OFENDIDA

A Lei Maria da Penha, possuindo como objetivo a inovação das medidas cautelares de defesa à mulher, trouxe em seus Artigos 18 a 24, as Medidas Protetivas de Urgência. “Até então, o juiz, nesses casos, encontrava-se muito limitado nas suas ações voltadas a proteção da mulher, sendo a maior das causas de competência dos Juizados Especiais Criminais” (Bianchini, 2014, p. 178)

Deter o agressor e garantir a segurança pessoal e patrimonial da vítima e sua prole está a cargo tanto da polícia como do juiz e do próprio Ministério Público. Todos precisam agir de modo imediato e eficiente. A Lei traz providências que não se limitam às medidas protetivas de urgência previstas nos artigos 22 a 24. Encontram-se espalhadas em toda a Lei diversas medidas também voltadas à proteção da vítima que cabem ser chamadas de protetivas. (DIAS, 2007, p. 79)

Há, no entanto, conforme leciona Porto (2007, p. 86), distinção entre as medidas que obrigam o agressor, previstas no artigo 22, da Lei Maria da Penha, das medidas à ofendida, mencionadas no artigo 23 e 24. Ainda havendo distinção entre, conforme descreve Bianchini (2014, p.180), as de caráter pessoal, patrimonial e nas relações de trabalho.

São exemplos de medidas que obrigam o agressor, o afastamento do lar, a proibição de aproximação, proibição de contato, proibição de frequentar determinados lugares, restrição de visitas aos dependentes menores, prestação de alimentos provisionais, a suspensão da posse ou restrição do porte de arma de fogo, conforme elencado por Bianchini (2014, p. 180-184).

Na elaboração do rol de medidas protetivas que obrigam o agressor, foi levado em consideração “o conhecimento das atitudes comumente empregadas pelo autor da violência doméstica e familiar que paralisam a vítima ou dificultam em demasia a sua atuação diante do cenário que se apresenta nesta forma de violência” (BELLOQUE, 2011, p. 308 *apud* BIANCHINI, 2014, p. 180)

Assim sendo, entende-se que estas medidas possuem natureza cautelar, na medida em que visam resguardar a integridade tanto física quanto psicológica da ofendida. Enquanto as medidas previstas no artigo 22, incisos I, II e III, possuem natureza penal, as que estão previstas nos incisos IV e V, apresentam natureza civil, próprias do âmbito do direito de família.

Na outra mão, tem-se como medidas direcionadas à ofendida, consoante elencado pela Lei 11.340/2006 em seu artigo 23, o encaminhamento a programa de proteção ou de atendimento, recondução ao domicílio após o afastamento do agressor, afastamento da ofendida do lar e a separação dos corpos.

Conforme entendimento de Hermann (2008, p. 178), estar atualizada sobre o andamento e procedimentos legais do processo penal permite que a mulher vítima organize sua rotina de forma racional e esteja preparada para lidar com possíveis ações do agressor, caso seja libertado. Ao estar consciente e bem informada, recebendo apoio adequado de entidades governamentais e privadas especializadas em saúde, trabalho, vida social e pessoal, ela poderá lidar de forma mais eficaz com os medos e preocupações decorrentes da liberdade do agressor.

Deve-se esclarecer que “as medidas que obrigam o agressor não impedem a aplicação de outras, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem” Dias (2008, p. 83), podendo assim, serem cumuladas entre as direcionadas ao agressor, quanto as direcionadas à agredida.

2.4 A FALTA DE DENÚNCIA CONTRA OS AGRESSORES

São inúmeros os motivos que levam a mulher, vítima, a não fazer a denúncia contra seu agressor, como por exemplo “a postura de hesitação da vítima quanto à possibilidade de incriminar o parceiro acusado” (CABRAL, 2008, p. 194), ou uma vez

que denunciam, não retornam, ou retiram a queixa. Bem como, também, menciona Cabral, a ineficácia do sistema judicial, no tocante à punibilidade dos acusados, onde muito se ouve “não vai dar em nada”.

A vítima, ao veicular a queixa, nem sempre quer separar-se do agressor. Também não quer que ele seja preso. Só quer que a agressão cesse. Assim, vai em busca de um aliado, pois as tentativas anteriores não lograram êxito. A mulher, quando procura socorro, já está cansada de apanhar e se vê impotente. A submissão que lhe é imposta, o sentimento de menos valia, a deixam cheia de medo e vergonha. Aliás, este é o motivo de não denunciar a primeira agressão. (DIAS, 2007, p. 22)

Ademais, nas hipóteses de dependência financeira, a vítima se vê sem saída diante da necessidade de seu sustento, sendo vítima também de uma dependência afetiva “quanto mais frágil, mais desprotegida e sem recursos é a mulher, mais dependente se apresenta do marido”. (MIZUNO, FRAID, CASSAB, 2010, p. 18)

Portanto, diante desta dependência, tanto afetiva quanto financeira, e pelo fato da Lei Maria da Penha impedir a retirada do boletim de ocorrência, muitas mulheres acabam por nem fazer a denúncia, tendo em vista a impossibilidade de voltar atrás, bem como, do medo de reação do agressor.

Com vistas a evitar ou pelo menos minimizar as hipóteses de retratação decorrentes de ameaças e pressões, o legislador da Lei sob comento instituiu que “Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público. (SOUZA, 2007, p.95)

De acordo com pesquisa do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania (2020), cerca de 70% das mulheres que foram vítimas de feminicídio nunca denunciaram ter sofrido violência. Trata-se de um número muito expressivo e assustador, uma vez que, “apenas um padrão geral que, em cada caso, vai se manifestar de modo diferenciado, onde os próximos incidentes poderão ser ainda mais violentos e se repetir com maior frequência e intensidade, podendo terminar muitas vezes, em assassinato” (MIZUNO, FRAID, CASSAB, 2010, p. 18). É evidente a necessidade de mudança na mentalidade e conscientização.

A Lei 11.340/2006, por mais que disponha de medidas de proteção, bem como centros especializados de atendimento às mulheres, ainda não é suficiente para algumas, pois estas não sentem a confiança, que é necessário, como instituição que as façam sair da violência doméstica. (JONG, 2008)

3 DA INTERFERÊNCIA DO ESTADO NO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Para que seja de melhor compreensão os efeitos que podem ser causados com decisões judiciais ou, tal qual, a aplicação dos dispositivos legais, faz-se necessário, a priori, a descrição do princípio constitucional do melhor interesse da criança. Uma vez que, previsto no artigo 227, da Constituição Federal e, também, no artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, conceitua-se:

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.

Nesse sentido, conforme se observa, é dever da família, da sociedade e, inclusive, do Estado, assegurar os direitos pertencentes aos menores, com absoluta prioridade. Ainda, é importante ressaltar que o legislador define o termo família como “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” (BRASIL, 2006), não restringindo-se as famílias tradicionais.

Fala em indivíduos, e não em um homem e uma mulher. Também não se limita a reconhecer como família a união constituída pelo casamento. Aliás, não poderia fazê-lo até porque a Constituição Federal esgarçou o conceito de família e de forma exemplificativa refere-se ao casamento, à união estável e à família monoparental, sem no entanto deixar ao desabrigo outros modelos familiares ao usar a expressão "entende-se também como entidade familiar" (CF, art. 226,§ 4.º). (DIAS, 2007, p. 43)

Assim, complementa Dias (2007), que Assim, as famílias anaparentais (formadas entre irmãos), as homoafetivas e as famílias paralelas (quando o homem mantém duas famílias), igualmente estão albergadas no conceito constitucional de entidade familiar como merecedoras da especial tutela do Estado.

Nesta seara, cumpre questionar qual seria a linha tênue entre as medidas de proteção à mulher, aplicadas pelo Estado, e a sua conseqüente interferência no princípio do melhor interesse da criança, uma vez que, este possui absoluta prioridade.

3.1 DA MEDIDA DE RESTRIÇÃO/SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAÇÃO

Conforme anteriormente descrito, mais especificamente no capítulo segundo, ao decorrer do tópico 2.3, a decretação da suspensão das visitas do genitor e seu conseqüente afastamento da relação familiar, são medidas previstas no artigo 22, inciso IV, da Lei Maria da Penha, onde aduz que poderá ser condicionado ao ofensor o afastamento do lar, bem como, a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, quando devidamente ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar.

Neste viés, o dispositivo legal estabelece dois gradientes, sendo estes a restrição ou a suspensão das visitas, sendo o primeiro, conforme aduz Hermann (2008, p. 194), caracterizada pela fixação de condições especiais para a visita do genitor, ainda que em locais diversos da casa materna, acompanhadas de um terceiro, com horários de entrega e retorno fixados rigidamente, justificadas pela fragilidade psicológica das crianças.

Consoante, quando se trata de suspensão, esta mais gravosa, "implica no afastamento completo, enquanto vigente a determinação judicial do agressor em relação ao(s) filho(s) ou pupilos" (HERMANN, 2008, p.194). Sugerida apenas em situações extremas, uma vez que, as crianças serão privadas da convivência e da presença da figura do genitor.

O interesse do filho, portanto, em matéria de visita, "é de ordem pública, e deve ser soberanamente apreciado pelo juiz levando-se em consideração três ordens de fatores: o interesse da criança, primordialmente; as condições efetivas dos pais, secundariamente, e, finalmente, o ambiente no qual se encontra inserida a criança. O interesse maior do filho justifica toda e qualquer modificação ou supressão do direito sempre que as circunstâncias o exigirem". Deve o juiz, destarte, resguardar os filhos menores de todo abuso que possa ser praticado contra eles pelos pais, seja de natureza sexual, seja sob a forma de agressão, maus-tratos, sequestro e outros, afastando o ofensor diante de situações comprovadas ou de flagrantes indícios. (LEITE *apud* GONÇALVES, 2019, p.292)

Para tal, deve-se compreender qual os principais objetivos e funções da equipe de atendimento multidisciplinar. Prevista no Artigo 29, da Lei Maria da Penha, que possui em sua composição, profissionais da área “Psicossocial (assistentes sociais e psicólogas), jurídica (advogados) e saúde (médicos, psiquiatras etc)”. (CUNHA, 2007, p. 114)

Sua finalidade, conforme descreve Souza (2007, p. 140), é de um serviço que vai além dos prestados pelas instituições públicas e privadas, pois atua, não somente, apoiando a vítima, o agressor e familiares e, sim, prestando um serviço de apoio e de auxílio à atividade jurisdicional, pois inclusive complementam os saberes técnicos do Juiz, Ministério Público e da Defensoria Pública, com os seus laudos e pareceres técnicos.

"Compete a 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. " Também "quando a complexidade do caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de atendimento multidisciplinar". (CUNHA, 2007, p. 115)

Portanto, é de conciso entendimento doutrinário, a necessidade da oitiva da equipe de atendimento multidisciplinar, antes de decidir-se as medidas que serão aplicadas ao ofensor, pois estas carregam profundo valor no que diz respeito a integridade, tanto moral quanto física, da ofendida, bem como, na relação de genitor e dependente, uma vez que, deve-se manter, sempre, a possibilidade de visitação destes, nas ocasiões em que as agressões forem somente contra a genitora/cônjuge, indo assim, de encontro ao entendimento de Pedro Rui da Fontoura Porto, que aduz:

Quando o histórico de violência for apenas contra a mãe, em princípio, inexistem razões para privar o agressor do contato com seus filhos, mas é possível estabelecer restrições quanto a local e horário de visitas, bem como a proibição de fazê-lo alcoolizado, drogado ou de levar o dependente a frequentar lugares não recomendados (PORTO, 2007, p. 98)

Nesta seara, conclui-se que a medida efetiva de suspensão das visitas deve ser aplicada pelo juiz, quando eminente a necessidade de “resguardar os filhos menores de todo abuso que possa ser praticado contra eles pelos pais, [...] afastando o ofensor diante de situações comprovadas ou de flagrantes indícios” (GONÇALVES, 2019, p. 292), e, porquanto persistir a possibilidade da relação entre os genitores e filhos, deve ser mantida a visitação, ainda que restringida, uma vez que “A troca de ofensas entre os pais e a exaltação de ânimos, com risco de agressões físicas, não é, todavia, motivo para se proibirem as visitas do genitor que não ficou com a guarda do filho” (GONÇALVES, 2019, p. 292-293)

Como corolário desta concepção, conclui-se: tanto na atribuição da guarda quanto na fixação das visitas é o interesse do menor ou do incapaz que sempre prevalecerá. Essa é a lição unânime da doutrina, da qual destacamos, pela autoridade, as palavras do eminente Silvio Rodrigues: Em todos os litígios em que se disputa a guarda de filhos, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse dos menores” (RODRIGUES *apud* NERY, 2015, p. 568)

Em conformidade com o pensamento de Nery (2015, p. 569), o ideal seria que os cônjuges fossem conscientes da importância da presença de ambos na criação dos filhos. Uma vez que, conforme disposto no decorrer do primeiro capítulo, manter uma saudável relação com ambos, dificulta a caracterização da síndrome da alienação parental.

3.2 A DISCREPÂNCIA DO CONCEITO DE EXTINÇÃO E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR.

Vale ressaltar, a diferença entre a aplicação das medidas de restrição ou suspensão do direito de visita, uma vez que, intimamente ligado com o exercício do poder familiar e de sua extinção sob ensinamento do Código Civil, sendo que as primeiras são temporárias, ou seja, porquanto durar a decisão judicial, ao passo que a extinção possui caráter permanente.

Por ser um *munus* público que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla-o, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizam o Magistrado a privar o genitor de seu exercício temporária ou definitivamente. No primeiro caso, temos a suspensão; no segundo, a perda do pátrio poder - ambos dependem sempre de decreto judicial, após o procedimento contraditório (art. 24 do ECA) previsto a partir do art. 155 do ECA. E preciso aqui, no entanto, distinguir a perda da extinção do pátrio poder. (DINIZ; FILHO *apud* NERY, 2015, p. 548)

O poder familiar, que possui como definição o poder que os pais exercem sobre os filhos, possui a priori, conforme descrito no Código Civil de 2002, especificamente em seu artigo 1.635, cinco hipóteses de extinção do poder familiar, sendo elas, sob o brilhantismo de Gonçalves (2019, p. 431), por morte dos pais ou do filho, já que desaparecem os titulares do direito; pela emancipação daquele maior de dezesseis anos, devidamente homologada pelo juiz ou das hipóteses que decorre automaticamente; pela maioridade, cessando a subordinação dos pais; pela adoção, transferindo-a ao adotante; ou por decisão judicial nos ditames do artigo 1.638.

A extinção por decisão judicial, que não existia no Código anterior, depende da configuração das hipóteses enumeradas no art. 1.638, caput e parágrafo único, este último introduzido pela Lei n. 13.715, de 24 de setembro de 2018, como causas de perda ou destituição: a) castigo imoderado do filho; b) abandono do filho; c) prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; d) reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar; e) prática, contra outrem, igualmente titular do mesmo poder familiar, de 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; f) prática de estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; g) prática contra filho, filha ou outro descendente, de 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; h) prática de estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (GONÇALVES, 2019, p. 431-432)

Ainda, deve-se mencionar sobre a suspensão do poder familiar, desta vez sob a ótica do Código Civil, uma vez que, difere-se novamente das medidas de suspensão/restricção temporárias, em sede de medida protetivas, sob a ótica da lei 11.340/2006.

Neste sentido, alude Gonçalves (2019, p. 436-437), que o dispositivo legal, precisamente o artigo 1.637, do Código Civil de 2002, prevê a possibilidade ao juiz, de

suspender o aludido poder, nas hipóteses de abuso de autoridade, sendo estes o descumprimento dos deveres inerentes aos pais; por arruinarem os bens dos filhos; por colocarem em risco a segurança deles; bem como, há possibilidade da suspensão em casos de condenação do genitor em crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Destaca-se ainda, que não se faz necessário que o ataque contra o bem físico ou moral do filho seja reiterado, acontecendo uma vez, caracteriza-se perigo ao menor.

A suspensão é temporária, perdurando somente até quando se mostre necessária. Cessada a causa que a motivou, volta a mãe, ou o pai, temporariamente impedido, a exercer o poder familiar, pois a sua modificação ou suspensão deixa intacto o direito como tal, excluindo apenas o exercício. A lei não estabelece o limite de tempo. Será aquele que, na visão do julgador, seja conveniente aos interesses do menor. (GONÇALVES, 2019, p. 437)

Frisa-se que, ainda sob o brilhantismo de Gonçalves, a suspensão que, ao contrário da perda, pode se referir, unicamente, a determinado filho, concentrando-se o exercício do poder familiar unicamente no outro genitor, ou na falta deste, nomeia-se um tutor.

Em síntese, resta-se evidenciado as distinções entre a perda e a suspensão do poder familiar sob a ótica do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, com as medidas de suspensão e restrição previstas no artigo 22, inciso IV, da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), especialmente no tocante ao direito de visitação do genitor afastado, visto que, em virtude de estar restrito, ou suspenso, o seu direito de visita, impede-se o exercício efetivo do poder familiar.

3.3 DA RELAÇÃO DOS TIPOS DE GUARDA COM AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA.

Ao passo que, devidamente exposto e amplamente debatido, os conceitos de guarda compartilhada, unilateral, as tentativas de coibir a incidência da síndrome da alienação parental, a aplicação das medidas protetivas e seus dispositivos, especialmente a de restrição

e suspensão de visitas aos dependentes menores, resta-se concretizar um pensamento conclusivo.

Quando a vítima comparece à delegacia, esta “será informada de seus direitos e dos serviços disponíveis existentes (art. 11, V). Também deve ser esclarecida a respeito das medidas protetivas que pode pleitear” (DIAS, 2007, p. 129). Prosseguindo com o inquérito, mediante representação desta, conforme Dias descreve o procedimento, sendo solicitado a concessão de alguma medida protetiva urgente, esta será tomada a termo e encaminhada a juízo, juntamente com cópia do boletim de ocorrência e qualificação da vítima e seus dependentes.

A autoridade policial deve tomar as providências legais cabíveis (art. 10) no momento em que tiver conhecimento de episódio que configura violência doméstica. Igual compromisso tem o Ministério Público de requerer a aplicação de medidas protetivas ou a revisão das que já foram concedidas, para assegurar proteção à vítima (art. 18, III, art. 19 e §3.º). Para agir o juiz necessita ser provocado. A adoção de providência de natureza cautelar está condicionada à vontade da vítima. Ainda que a mulher proceda ao registro da ocorrência, é dela a iniciativa de pedir proteção em sede de tutela antecipada. Só assim será formado expediente para deflagrar a concessão de medida protetiva de urgência. Exclusivamente na hipótese de a vítima requerer providências é que cabe ao juiz agir de ofício, adotando, contudo, medidas outras que entender necessárias, para tornar efetiva a proteção que a Lei promete à mulher. (DIAS, 2007, p. 79)

Em juízo, por sua vez, analisar-se-á a descrição dos fatos determinando, obrigatoriamente, a identificação do indiciado, ainda que não reste dúvida sobre sua identidade, e serão posteriormente deferidas ou não, nos termos do artigo 19, da Lei Maria da Penha, que aduz “as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da referida” (BRASIL, 2006)

Consoante, conforme exposto no decorrer do capítulo segundo, há a possibilidade de aplicação de medidas ao ofensor quanto a ofendida, mencionadas nos artigos 22 e 24, da lei 11.340/2006. Neste sentido, o magistrado, ao analisar os fatos, deve analisar a quem e quais medidas aplicará, considerando novamente, o “histórico de violência” (PORTO, 2007, p. 98), para que deixe de privar o genitor/agressor do contato com seus filhos, sem que haja efetiva necessidade, garantindo-lhe o seu direito constitucional e sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança, por meio da restrição de visitas e, não, da injustificada suspensão, não obstante, mediante “prévia oitiva de equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar, antes de proferida a decisão” (CUNHA, 2007, p. 91)

Isto posto, extrai-se que, diante da aplicação das medidas protetivas e sob o ponto de vista do melhor interesse da criança, caminha a jurisprudência ao entendimento de que não havendo risco ao dependente, urge a necessidade da guarda compartilhada, posto que é mais vantajosa ao menor.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA UNILATERAL REQUERIDA PELA GENITORA, QUE EXERCE A GUARDA DE FATO DO FILHO. ALEGAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFERINDO A GUARDA COMPARTILHADA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DOS MENORES. NÃO OPOSIÇÃO DO GENITOR. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Nas ações envolvendo a disputa pela guarda de menor deve ser observado o princípio do melhor interesse, além das garantias de segurança afetiva e emocional, promoção da saúde e do desenvolvimento sadio, da educação e dos atributos intelectuais, além do afeto e de um salutar convívio familiar, cabendo a guarda àquele que demonstra reunir as melhores condições para dirigir a educação dos menores. 2. Na hipótese há elementos probatórios que desaconselham a guarda compartilhada, notadamente o boletim de ocorrência com registro de que o genitor praticou violência doméstica contra a genitora, consistente em lesão corporal, ameaça e injúria, que ultimou a aplicação de medidas protetivas, em caráter de urgência em processo judicial que tramitou em Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher neste Tribunal de Justiça. 3. Guarda unilateral que se concede em favor da genitora. 4. Provimento do recurso. (TJ-RJ - Apelação Cível: 0174999-41.2011.8.19.0001, Relator: Elton Martinez Carvalho Leme, Data de Julgamento: 17/02/2016, Décima Câmara Cível)

Novamente, menciona-se a necessidade de cooperação entre os genitores, conforme é o entendimento de Gama:

A essência do modelo da guarda compartilhada “está refletida na palavra cooperação, já que livremente e por mútuo consentimento os pais geraram um filho, não podem se desfazer, através desse mútuo consentimento, das responsabilidades integrais sobre a vida desses filhos. O caráter conjunto do ato da concepção dá aos filhos o direito a ter pai e mãe”. Daí o princípio da paternidade responsável, no contexto do planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º, da Constituição de 1988, a impor o compromisso do Poder Público em promover programas que objetivem tornar acessível à população o conhecimento sobre questões das mais importantes no contexto da família brasileira, inclusive quanto à dignidade das pessoas dos filhos menores (e maiores inválidos), conscientizando a todos do real significado da paternidade, maternidade e da filiação. E, dentro desse enfoque, encontra-se

a guarda compartilhada com um dos efeitos pós-dissolução da sociedade conjugal dos eternamente genitores. (GAMA, 2008, p. 221/222).

Contudo, em outra direção, nos leva a doutrina e a jurisprudência quando os dependentes se encontram em iminente perigo, entendendo que deve ser mantida a posse em favor da genitora unilateralmente, conforme verifica-se julgado que deferiu a suspensão de visitas, considerando indícios de violência contra a dependente.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. RESTRIÇÃO/SUSPENSÃO DE VISITAS À FILHA MENOR. DECISÃO REFORMADA EM PARTE. 1. A suspensão/restrição do direito de visitas do genitor à filha menor, em virtude de indícios veementes de exposição da infante a possíveis práticas de violência, deve ser mantida em razão do melhor interesse da criança. 2. Embora a medida de urgência em questão tenha sido concedida sem o prévio estudo feito por equipe de atendimento multidisciplinar, tenho que isso não configura impedimento para o seu deferimento, conforme, inclusive, defendido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, mesmo porque no decorrer da investigação em face do Agravante poderão ser realizados estudos psicossociais a fim de averiguar a possibilidade de convivência da menor com o genitor. 3. Considerando que a medida protetiva em comento foi determinada sem um prazo de encerramento, necessário se faz fixá-lo, a fim de não se tornar a situação indefinida. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-GO - AI: 06641047420198090000, Relator: Dr. Ronnie Paes Sandre, Data de Julgamento: 01/06/2020, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 01/06/2020)

Diante de todo o exposto, conclui-se que o princípio do melhor interesse da criança é o princípio norteador das decisões a respeito das medidas protetivas de urgência sob a ótica da Lei 11.340/2006, resumindo-se no fato de, havendo violência contra o dependente, a guarda será unilateral, inexistindo iminente perigo ao menor, a guarda do dependente será compartilhada, posto que esta é mais vantajosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho, procurou-se entender como o Estado age em relação ao dependente, nos casos de medida protetiva de urgência solicitada pela agredida, em relação ao agressor, nos termos da Lei 11.340/2006.

Para tal, ao decorrer do primeiro capítulo, procurou-se descrever sobre as alterações no conceito de família, consequência da evolução da sociedade, por se tratar de uma ciência não estática. Ainda, em decorrência destas alterações, fez-se necessário a elucidação sobre os tipos de guarda previstas no ordenamento jurídico brasileiro, sendo estas a guarda compartilhada, guarda alternada, a guarda nidal e, por fim, a importância da luta contra a síndrome da alienação parental.

Tratando-se do segundo capítulo, buscou-se a manifestação mais específica à Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, abrangendo quem foi Maria da Penha, o contexto em que fora criada, a exposição da ausência de dispositivo legal de proteção à mulher no ordenamento jurídico brasileiro anterior a lei, com a intenção de elucidar a importância deste novo dispositivo legal, bem como, as medidas de proteção à mulher, trazidas como novidade.

Assim sendo, transcorrendo-se o terceiro capítulo, buscando unir os primeiros dois capítulos, esclarecendo como funcionaria a relação dos tipos de guarda em casos de medida protetiva, da mesma maneira, analisou-se a diferença entre os conceitos dispostos nas medidas protetivas, sendo estes a restrição ou a suspensão de visitas, bem como, expôs-se a dessemelhança com as hipóteses de extinção e suspensão do poder familiar.

Após o decorrer do presente manuscrito, diante dos conceitos necessários para compreensão, pode-se chegar a uma resposta do problema de pesquisa, sendo este, “o princípio do melhor interesse da criança estaria sendo prejudicado pelo Estado com a suspensão de visitas do genitor em casos de medida protetiva?”

Portanto, chega-se à conclusão que não, uma vez que, o Estado possui diversos mecanismos, sob a ótica da Lei Maria da Penha, para garantir o bem estar dos dependentes.

É certo que em condições de divórcio, sendo este litigioso, ou não, o ideal para a criança, em termos de guarda, seria a guarda compartilhada, conforme grande parte dos doutrinados defendem, inclusive como mecanismo de evitar a incidência da síndrome da alienação parental, tendo em vista que o dependente possuiria relação com ambos os genitores, o que se comprova no decorrer do primeiro capítulo, todavia, não sendo sempre o indicado, devendo, portanto, ocorrer uma análise de cada caso.

Neste sentido, sob o brilhantismo da Lei 11.340, a Lei Maria da Penha, conclui-se que, com a aplicação das medidas protetivas de urgência que impediriam o agressor de se aproximar da vítima, bem como, a suspensão ou restrição de visitas deste genitor ao seu dependente, carrega consigo uma necessária análise específica do caso, feita, por exemplo, pelas equipes de atendimento multidisciplinar que possuem como função e objetivo, auxiliar os juízes e que, portanto, possuem importantíssimo papel nesta tomada de decisão.

Deve-se tomar todas as cautelas necessárias, para que não impeçam ou interrompam o exercício dos direitos constitucionais, tanto do genitor quanto do dependente, de serem visitados e, conseqüentemente, possuírem relação de pais e filhos, uma vez que, uma relação saudável com ambos genitores, possui grande importância para a vida do menor.

Consoante, novamente, como tudo no direito não é absoluto e, diante desta análise necessária, pode ser que este direito de visita seja restrito, caracterizada quando se impõe condições especiais para visitação, ou ainda a suspensão, sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança, uma vez que, a presença deste genitor, na vida do dependente, pode apresentar perigos à sua vivência, tanto de forma psicológica, moral e, inclusive, física.

É certo que a suspensão ou a restrição dessas visitas pode ser temporária, durando/enquanto existirem as medidas protetivas, podendo estas serem revogadas pelo juízo.

Por fim, infere-se que o princípio do melhor interesse da criança é norma orientadora das decisões dos juízos, uma vez que, é levada em consideração para a tomada de decisões, sendo devidamente observada a sua necessidade de garantir o bem-estar infantil dos dependentes de vítimas da violência doméstica.

REFERÊNCIAS

BOWBLY, John. **Separação – Angústia e raiva**. São Paulo: Martins Fontes, 1993. vol. 2 da trilogia Apego e perda.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em: 11 jun. 2023

_____. Lei 8.069/1990: **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> acesso em: 11 jun. 2023

_____. Lei 11.340/2006: **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> acesso em: 19 set. 2022

_____. Lei 10.406/2002: **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> acesso em: 01 set. 2021

BIANCHINI, Aline. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero** – 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção saberes monográficos)

BRITO, Leila. **Guarda Compartilhada: um passaporte para a convivência familiar**. In: Associação de Pais e Mães Separados (org.). **Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos**. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005.

CABRAL, Karina Melissa. **Manuel de direito da mulher**. Leme, MUNDI Editora e Distribuidora Ltda, 2008.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. **O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha**. In: CAMPOS, C. H. (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de (org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____, Carmen Hein de. **Os Juizados Especiais Criminais (JECRIMs) e a Conciliação da Violência Conjugal (art.) in Violência Doméstica – Bases para formulação de políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Revinter/FAPERJ, 2003

CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. **Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br/doutrina/texto.asp>>

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Comentado artigo por artigo**. São Paulo. RT, 2007.

DATAFOLHA, 2019. Datafolha: 27,4% das mulheres sofreram agressões; metade não denuncia. <https://veja.abril.com.br/brasil/datafolha-274-das-mulheres-relatam-agressoes-metade-nao-denuncia/>

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher** / Maria Berenice Dias. 2. Tir. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. Salvador: Editora Revista dos Tribunais, 2020

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 31. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

_____, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: 1993.

FAUCHIER, A.; Margolin, G. **Affection and conflict in marital and parent-child relationships**. Journal of Marital and Family Therapy. Vol. 30. n. 2. Virginia: American Association for Marriage and Family Therapy, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de,; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito Civil: Famílias**. Salvador: Editora JusPodium, 2021, p. 85

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. p. 874.

FILHO, Carlos Alberto Ver Bittar. **Pátrio poder: regime jurídico atual**. RT 676/83

FONSECA, Paulo Roberto Barbosa. **Direito de Família: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Alimentos e direito penal: o abandono material** In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). Alimentos no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 295-324.

_____, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à Luz da lei n.º 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008.

GARDNER, Richard. **Parental alienation syndrome**. New Jersey: Creative Therapeutics, 1992, p. 59-60.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família** / Carlos Roberto Gonçalves. – 16.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha: Lei com nome de mulher**. Violência Doméstica e Familiar, Considerações à Lei nº 11.340/2006 Comentada Artigo por Artigo. Campinas: Editora Servanda. 2008.

JONG, Lin Chau et al. **Desistindo da denúncia ao agressor: relato de mulheres vítimas de violência doméstica**. Revista da Escola de Enfermagem da USP, v. 42, n. 4, p. 744-751, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2003

_____, Eduardo de Oliveira. **O direito (não sagrado) de visita**. In: *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Alexandre Alves Lazzarini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. V.3

LÔBO, Paulo. **Código civil comentado. Famílias. 3. ed.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6 Rio de Janeiro: FORENSE, 2015

_____, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2019

MARQUES, Tania Mendonça. **Violência Conjugal: estudos sobre a permanência da mulher em relacionamentos abusivos**. Uberlândia, Universidade Federal de Uberlândia, 2004.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA, **70% das mulheres vítimas de feminicídio nunca denunciaram agressões**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/novembro/70-das-mulheres-vitimas-de-femicidio-nunca-denunciaram-agressoes>. Acesso: 08 maio de 2023

MISAKA, Marcelo Yukio. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher: em busca do seu conceito**. Caxias do Sul, editora *Juris Plenum*, 2007.

MIZUNO, Camila; FRAID, Jaqueline Aparecida; CASSAB, Latif Antonia. **Violência Contra a Mulher: Por que elas simplesmente não vão embora**. Simpósio sobre Estudos de Gênero e Políticas Públicas, v. 1, 2010.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Direito Civil: família e sucessões, volume 4**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 – (Coleção doutrina, processos e procedimentos).

NEYRAND, Gerard. **L'enfant face à la séparation des parents: une solution, la résidence alternée**. Paris: Syrus, 1994.

NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda compartilhada: um novo enfoque nos cuidados aos filhos de pais separados ou divorciados**. In: BARRETO, Vicente (Org). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1977.

PAULA, Andréa de. **Guarda compartilhada: uma análise crítica**. In: FERREIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira; LÔBO, Paulo Luiz Netto (orgs.). **Direito de Família e as Novas Configurações de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e o novo Código Civil**. Prefácio. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001.

_____, Rodrigo da Cunha. **Guarda compartilhada: um novo paradigma**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

_____, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e familiar contra a mulher: lei 11.340/06 análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família. 2. Ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvío. **Direito de Família**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva. p. 240

SANTOS, Lia Justiniano dos, **Guarda compartilhada, Revista Brasileira de Direito de Família, v. 8** p. 155-164

SENADO FEDERAL. **Pesquisa DataSenado sobre Violência contra Mulher**. 2005. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/apc-a-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=671>. Acesso em: 25 mar. 2008.

SILVA, Maria da Conceição. **Direito de Família na Contemporaneidade: mudanças, desafios e perspectivas**. Revista de Direito, v. 15, n. 2, p. 21-37, 2019

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume único**. São Paulo: Editora Método, 2019.